

A CORRUPÇÃO NOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS — UMA PERSPETIVA DE DIREITO MATERIAL E DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO (**)

SUMÁRIO: I. Introdução. I.1. Considerações introdutórias. I.2. A relevância penal da corrupção. II. A Corrupção no Direito Privado Material dos Contratos. II.1. Aspetos gerais. II.2. Contrato de suborno. II.3. Contrato principal. III. Breve Referência à Corrupção no Direito dos Contratos Administrativos. IV. A Corrupção no Direito Internacional Privado dos Contratos. IV.1. Regime aplicável aos contratos internacionais de suborno. IV.2. Regime aplicável aos contratos internacionais principais. V. Considerações Finais

I. INTRODUÇÃO

I.1 Considerações introdutórias

O enorme impacto da corrupção é bem conhecido. Numa declaração de 2005, o Banco Mundial estimava que o custo da corrupção atingia, mundialmente, 80 milhares de milhões de dólares e fazia referência a um estudo do Fundo Monetário Internacional indicando que a corrupção podia reduzir o Produto Interno Bruto de um país em mais 0,5% ⁽¹⁾.

A corrupção, porém, não é só prejudicial à economia, mas também ao bem-estar político e moral dos países. Com efeito, ela é um cancro no corpo social, que desvia os titulares de cargos públicos da prossecução dos interesses públicos, colocando em risco a estabilidade política e a legiti-

(*) O presente trabalho foi elaborado com vista aos Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Pamplona Côte-Real.

(**) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

(1) *In* <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0>, content MDK:20908982~ pagePK:51

midade dos governos, impede ou atrasa o desenvolvimento económico, desvia recursos da satisfação das necessidades coletivas para a apropriação privada e mina os padrões éticos na sociedade ⁽²⁾.

Todos os países são afetados por este cancro, e Portugal não é exceção. Segundo o *Corruption Perception Index 2014* da organização *Transparency International* ⁽³⁾, a corrupção no setor público coloca Portugal em 31.º lugar, numa escala crescente entre 175 países examinados, a par do Botswana, do Chipre e de Porto Rico (ocupava o 33.º lugar em 2013).

Embora seja mais visível no setor público, a corrupção também ocorre no setor privado, designadamente quando um representante ou administrador de uma empresa viola a sua ética profissional mediante o favorecimento de um terceiro em prejuízo da empresa.

O combate à corrupção tem mobilizado Estados, Organizações Intergovernamentais e Supranacionais e Organizações Não-Governamentais.

Os Estados têm recorrido principalmente ao Direito Penal para prevenir e sancionar a corrupção. Em Portugal, a corrupção é amplamente criminalizada, incluindo a corrupção no comércio internacional e no setor privado (*infra* I.2). A aplicação desta legislação tem, no entanto, deparado com muitas dificuldades. Também têm sido utilizados instrumentos de Direito Administrativo para prevenir e combater a corrupção, mormente regras especiais sobre contratação pública, medidas anti-burocráticas, sanções disciplinares para funcionários corruptos e supervisão pelo Tribunal de Contas.

Várias Organizações Intergovernamentais têm estado ativas no combate à corrupção, designadamente as Nações Unidas, a OCDE, o Banco Mundial e o Conselho da Europa. O mesmo se diga, a nível supranacional, da União Europeia. Algumas destas organizações adotaram convenções internacionais que promovem a definição de padrões internacionais neste campo.

Portugal é parte na Convenção da OCDE Sobre a Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, de 1997 ⁽⁴⁾, a Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho

⁽²⁾ Ver também Vinay Bhargava, "The Cancer of Corruption" (2005), in <http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/Corruption.pdf>

⁽³⁾ In <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>.

⁽⁴⁾ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000, de 31 de março, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2000, da mesma data. Entrou em vigor para Portugal em 22 de janeiro de 2001.

da Europa, de 1999 ⁽⁵⁾, e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 2003 ⁽⁶⁾, mas já não da Convenção de Direito Civil sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999 ⁽⁷⁾.

Portugal também é parte na Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em Que Estejam Envolvidos Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, de 1997, adotada com base no Art K.3/2/c do Tratado da União Europeia ⁽⁸⁾.

Numerosas Organizações Não-Governamentais estão empenhadas nesta matéria, designadamente a *Global Financial Integrity*, a *Global Witness* e a *Transparency International*. Também deve ser feita referência à *UNCAC Coalition of Civil Society Organizations*, que é uma rede estabelecida com o fim de promover a ratificação, o implemento e a monitorização da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. No que toca especificamente ao comércio internacional, a Câmara do Comércio Internacional adotou as *ICC Rules on Combating Corruption 2011* e elaborou a *ICC Anti-Corruption Clause* que está disponível para a contratação internacional.

As questões jurídico-privadas suscitadas pela corrupção têm recebido menos atenção que os aspetos criminais e administrativos. Não obstante, a corrupção suscita muitas questões jurídico-privadas não só no setor privado mas também no setor público. A invalidade dos contratos de suborno, e as suas consequências, bem como a responsabilidade civil perante concorrentes honestos que tenham sofrido prejuízos devido a corrupção, são questões comuns. A invalidade ou não vinculação da parte inocente do

Sobre esta Convenção, ver Christine URIARTE, "The OECD Anti-Bribery Convention: More than a Criminal Law Instrument", in Olaf Meyer (ed), *The Civil Law Consequences of Corruption* (Baden-Baden, 2009) 31-36.

⁽⁵⁾ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26 de outubro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001, da mesma data. Entrou em vigor para Portugal em 1 de setembro de 2002.

⁽⁶⁾ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de setembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, da mesma data. Entrou em vigor para Portugal em 28 de outubro de 2007.

⁽⁷⁾ Sobre esta Convenção, ver Wolfgang RAU, "The Council of Europe's Civil Law Convention on Corruption", in Olaf Meyer (ed), *The Civil Law Consequences of Corruption* (Baden-Baden, 2009) 21-30.

⁽⁸⁾ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001, de 15 de janeiro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/2001, da mesma data. Entrou em vigor em 28 de setembro de 2005.

contrato obtido mediante corrupção (contrato principal) também é uma questão que pode colocar-se em ambos os setores, mas que é objeto de tratamento diferente consoante diga respeito a contratos de Direito privado ou a contratos administrativos naqueles ordenamentos, como o português, que traçam uma distinção clara entre estas categorias contratuais.

A missão do Direito privado, relativamente a essas questões, é não só a de proteger direitos privados e interesses das pessoas que tenham sofrido danos devido ao comportamento corrupto de outrem, mas também a de veicular as políticas públicas prosseguidas pelo Estado no seu combate contra a corrupção ⁽⁹⁾.

O presente contributo não tem a pretensão de abordar todas as questões jurídico-privadas suscitadas pela corrupção, mas só as que dizem respeito aos contratos comerciais internacionais. Por acréscimo, não será tratada a corrupção com respeito a contratos sujeitos a arbitragem, que já gerou uma abundante bibliografia ⁽¹⁰⁾.

A abordagem escolhida tem uma vertente material, que diz principalmente respeito ao Direito dos contratos e ao Direito da representação voluntária (II), sem ignorar a especificidade dos contratos administrativos (III), e uma vertente conflitual, de Direito Internacional Privado, que diz respeito nomeadamente à determinação da lei aplicável ao contrato de suborno e ao contrato principal e à relevância de normas imperativas de outras leis (IV).

⁽⁹⁾ Ver também Olaf MEYER, "The Civil Law Consequences of Corruption — an Introduction", in Olaf Meyer (ed), *The Civil Law Consequences of Corruption* (Baden-Baden, 2009) 15-20, 17 ff.

⁽¹⁰⁾ Ver, designadamente, Abdulhay SAYED, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* (The Hague, London and New York, 2004); Bernardo CREMADES, "Corruption and Investment Arbitration", in *Liber Amicorum Robert Briner* (Paris, 2005) 203-219; Colin NICHOLLS QC, Tim DANIEL, Martin POLAINE and John HATCHARD, *Corruption and Misuse of Public Office* (Oxford and New York, 2006) 250 e segs.; Hilmar RAESCHKE-KESSLER and DOROTHEE GOTTWALD, "Korruption und internationale Vertragrecht. Rechtliche Aspekte der Korruption im Bau- und belowstruktursektor mit Auslandsbezug", in *FS Hans-Jochem Lüer* (Munich, 2008) 39-56; Abiola MAKINWA — "Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration", in Olaf Meyer (ed), *The Civil Law Consequences of Corruption* (Baden-Baden, 2009) 257-280; Carolyn LAMM, Hansel PHAM and Rahim MOLOO, "Fraud and Corruption in International Arbitration", in *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Madrid, 2010) 699-731; Mohamed RAOUF, "How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?", in *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Madrid, 2010) 1-16.

Antes de examinar estas questões, será útil escrutinar com brevidade os regimes jurídico-penais aplicáveis à corrupção, porquanto estes regimes são decisivos na delimitação do conceito de corrupção e fundamentais para a aplicação das regras sobre invalidade dos contratos em causa.

I.2. A relevância penal da corrupção

No quadro do Código Penal, a corrupção constitui um crime no setor público. Este diploma distingue a corrupção passiva da corrupção ativa.

A *corrupção passiva* é definida como a solicitação ou a aceitação por um funcionário de uma vantagem patrimonial ou não-patrimonial, para si ou para um terceiro, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer ato ou omissão (art. 373.º). A pena é atenuada se o ato ou omissão não for contrário aos deveres do cargo e/ou se a vantagem beneficia um terceiro.

A *corrupção ativa*, por seu turno, é definida como a oferta ou promessa a um funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de praticar um ato ou uma omissão (art. 374.º). Também neste caso a pena é atenuada se o ato ou omissão não for contrário aos deveres do cargo e/ou se a vantagem beneficia um terceiro.

Acresce que a solicitação ou aceitação por um funcionário, ou a oferta ou promessa a funcionário público ou a terceiro por indicação ou com conhecimento do funcionário público, de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, constitui crime mesmo que não seja praticado qualquer ato ou omissão. Exceção fazem-se as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes (art. 372.º).

Nestas disposições, o termo "funcionário" inclui os funcionários da União Europeia, independentemente da sua nacionalidade e residência, bem como funcionários de outros Estados-Membros da União Europeia; e funcionários de organizações internacionais de Direito público de que Portugal seja membro, quando a infração tenha sido cometida, total ou parcialmente, em território português (art. 386.º/3).

A solicitação ou aceitação de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, com o fim de obter uma decisão favorável, ou a oferta ou promessa dessa vantagem com o fim de obter uma decisão favorável ilícita, também constitui crime (art. 335.º — tráfico de influência).

No setor privado, certas práticas corruptas podem preencher tipos criminais, tais como o crime de infidelidade pela pessoa que tenha o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar (art. 224.º).

Um regime especial, com penas agravadas, é aplicável aos *titulares de cargos políticos* ou de *altos cargos públicos* (arts. 16.º a 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, modificada pelas Leis n.ºs 41/2010, de 3 de setembro, e 4/2013, de 14 de janeiro).

Outro regime especial é aplicável à *corrupção no comércio internacional e no setor privado* (Lei n.º 20/2008, de 21 de abril). Este regime só é aplicável se a conduta não for sancionada de modo mais grave por outro regime legal (art. 6.º/1).

Segundo este regime, a corrupção ativa de funcionário público ou titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional constituiu um crime (art. 7.º). Esta incriminação aplica-se às condutas que ocorram em Portugal, a bordo de navios e aeronaves portuguesas e, em princípio, à conduta de pessoas com a nacionalidade portuguesa (incluindo pessoas coletivas com sede em Portugal) e estrangeiros que sejam encontrados em Portugal, mesmo que ocorram num país estrangeiro (art. 3.º/a da Lei n.º 20/2008 e art. 4.º do Código Penal).

A corrupção ativa ou passiva de um “trabalhador” do setor privado para praticar um ato ou uma omissão em violação dos seus deveres funcionais também constitui um crime (arts. 8.º e 9.º). Os titulares de órgãos de direção ou fiscalização de pessoas coletivas ou profissionais independentes que prestem serviço a entidades do setor privado são considerados “trabalhadores” para este efeito (art. 2.º/d). Esta incriminação aplica-se principalmente às condutas que ocorram em Portugal ou a bordo de navios e aeronaves portuguesas (art. 4.º do Código Penal) e, em princípio, a condutas de pessoas coletivas ou contra pessoas coletivas que tenham sede em território português (art. 5.º/1/g do Código Penal) e de funcionários públicos nacionais, titulares de cargos políticos nacionais e funcionários portugueses de organizações internacionais mesmo que ocorram no estrangeiro (art. 3.º/b da Lei n.º 20/2008)).

Pro consequente, desde que verificados certos pressupostos, *a corrupção também constitui crime quando praticada num país estrangeiro*:

- no setor público, quando praticada por pessoas com nacionalidade portuguesa, incluindo pessoas coletivas sediadas em Portugal, ou estrangeiros que sejam encontrados em Portugal;

- no setor privado, quando praticada por pessoas coletivas sediadas em Portugal, funcionários públicos nacionais, titulares de cargos políticos nacionais ou funcionários portugueses de organizações internacionais.

No entanto, o Direito penal português só é aplicável a condutas que ocorram fora do território português quando o agente não tenha sido julgado no país da prática do facto ou se tenha subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação (art. 6.º/1 do Código Penal) ⁽¹¹⁾.

À luz deste regime especial, a proibição da concorrência desleal pelo Código da Propriedade Industrial (arts. 317.º e 318.º) — que não é considerada um crime mas um ilícito contraordenacional punido por uma coima (não convertível em prisão no caso de não pagamento) —, não parece desempenhar um papel significativo no contexto da corrupção nos contratos comerciais internacionais. A questão das pretensões fundadas em responsabilidade civil por danos causados por concorrência desleal não será tratada no presente contributo.

II. CORRUPÇÃO NO DIREITO PRIVADO MATERIAL DOS CONTRATOS

II.1. Aspetos gerais

Não vigora na ordem jurídica portuguesa um regime legal específico sobre a corrupção nos contratos de Direito privado. Daí a aplicabilidade das regras gerais, designadamente do Direito dos contratos e do Direito da representação voluntária.

Tanto quanto é do meu conhecimento, o regime aplicável à corrupção nos contratos de Direito privado não foi estudado em Portugal. Por esta razão, as posições que passo a expor são o resultado das minhas reflexões pessoais.

Antes de mais, deve traçar-se uma distinção entre o *contrato de suborno* e o *contrato principal*, i.e., o contrato obtido mediante corrupção.

O contrato de suborno é celebrado entre a pessoa interessada em obter um contrato e um titular de cargo público ou um “trabalhador” de uma

⁽¹¹⁾ Ver ainda art. 6.º/2 do Código Penal com respeito à aplicação da lei do país onde a conduta ocorreu quando esta lei for mais favorável ao agente.

entidade privada. Naquele contrato, o subornado, em troca de uma vantagem pecuniária ou não pecuniária, obriga-se a realizar um ato ou omissão que promove ou facilita a celebração do contrato principal entre o subornador e a entidade pública ou privada.

II.2. Contrato de suborno

Com respeito ao *contrato de suborno*, as regras gerais relevantes são as atinentes aos *contratos ilícitos e imorais*.

O objeto dos *contratos de suborno internos* contraria regras imperativas de Direito Penal; portanto, estes contratos são nulos (art. 280.º/1 do Código Civil) com as consequências estabelecidas nos arts. 286.º e 289.º-291.º do Código Civil.

Assim, as consequências jurídicas da violação são reguladas pelas regras gerais em matéria de negócio jurídico (arts. 280.º e 289.º e segs. do Código Civil), que especificam o tipo de invalidade e as precisas consequências da invalidade. Ao promover a certeza e a previsibilidade jurídicas, esta técnica jurídica revela-se mais adequada que a concessão de uma vasta margem de apreciação aos tribunais, feita pelos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT nos arts. 3.3.1(2) e 3.3.2. Essa técnica não exclui, porém, uma certa margem para a adaptação do regime legal às circunstâncias do caso.

A disposição sobre ilicitude ou imoralidade do fim comum das partes (art. 281.º do Código Civil) não parece desempenhar um papel independente neste contexto, uma vez que a questão da ilicitude ou imoralidade se suscita sempre relativamente ao objeto negocial.

II.3. Contrato principal

II.3.1. Situações em que a corrupção pode interferir com o contrato principal e a natureza privada ou pública do contrato principal

A corrupção pode interferir com o contrato principal em dois tipos de situações.

No primeiro tipo de situações, o contrato principal é celebrado em violação de deveres do cargo por um titular de cargo público ou de deveres profissionais por um administrador de um ente coletivo, um trabalhador ou um representante, em princípio, em detrimento da pessoa coletiva, empregador ou representado e com o conhecimento da outra parte contra-

tual. Em sentido amplo, podemos designar o subornado que intervém na celebração do contrato principal como um “representante” e o titular dos interesses prejudicados como “representado”. Diferentemente do que se passa com o contrato de suborno, o objeto do contrato principal é, em princípio, lícito e moral. A violação ética diz respeito às circunstâncias que rodeiam a celebração do contrato principal e as consequências negativas daí resultantes para o “representado”.

No segundo tipo de situações, o subornado não intervém na celebração do contrato principal. Verifica-se, porém, uma influência abusiva do subornado sobre a pessoa que celebra o contrato. A relevância criminal da conduta do subornado depende das circunstâncias. Ela pode, nomeadamente, constituir um crime de corrupção ou de tráfico de influência ou não ter de toda relevância criminal.

II.3.2. Situações em que o subornado intervém na celebração do contrato principal

É duvidoso se a regra geral sobre a imoralidade do contrato (contrariedade aos “bons costumes”) é aplicável quando o contrato principal tem natureza privada. Com efeito, diferentemente do Direito alemão (art 138.º do Código Civil), as disposições do Código Civil português sobre a imoralidade dos contratos apenas dizem respeito ao objeto e ao fim comum do contrato (arts. 280.º/2 — tendo presente a epígrafe do artigo — e 281.º). Apesar disso, a literatura jurídica não é inequívoca neste ponto ⁽¹²⁾.

A aplicabilidade do art. 280.º/2 ao contrato principal poderia causar dificuldades nos casos em que o “representado” tem interesse em manter o contrato, uma vez que os contratos nulos não são confirmáveis ⁽¹³⁾. Por outro lado, o art. 281.º é claramente inaplicável ao contrato principal,

⁽¹²⁾ Cp., designadamente, CARLOS MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (Coimbra, 2005) 557, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. (Coimbra, 2012) 498 e 500-501, que reportam o art. 280.º/2 ao objeto do contrato, com PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 3.ª ed. (Coimbra, 1982), art. 280.º an. 3; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II — *Ações e Factos Jurídicos*, 2.ª ed. (Coimbra, 2003), 333 e segs., e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I — *Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed. (Coimbra, 2005) 707 e segs., que omitem esta referência.

⁽¹³⁾ Sobre as soluções adotadas pelo Direito alemão, ver HARALD SCHLÜTER, *Schmiergeldvereinbarung und Hauptvertrag in Deutschland, England und Spanien* (Bielefeld, 2004) 103 e segs., e as dúvidas aí expressas sobre a coerência dogmática de aceitar a ratificação

porquanto pressuporia que as *partes contratuais* (i.e., o “representado” e o subornador) partilhassem um fim ilícito ou imoral, o que não é, em princípio, o caso ⁽¹⁴⁾.

Por estas razões, parece que devem ser aplicadas as regras sobre o “poder de representação”. Não obstante, importa ter em conta que as relações entre “representantes” e “representados” podem assumir diferente natureza e estar sujeitas a diferentes regimes.

Em relações meramente internas, em que a relação “representativa” está diretamente submetida ao Direito português, a solução é clara quando o subornado é um representante voluntário, em sentido estrito, do representado. A celebração do contrato principal em nome do representado viola o dever de lealdade do representante e, por esta razão, constitui um abuso de representação ⁽¹⁵⁾. Porquanto o subornador tem conhecimento prévio do abuso, o contrato principal não vincula o representado enquanto não for por ele ratificado (art. 268.º/1 aplicável *ex vi* arts. 1178.º/1 e 269.º do Código Civil). A ratificação pressupõe que o representado tem conhecimento do abuso e, em especial, do contrato de suborno. O subornador pode fixar um prazo para a ratificação, caso em que esta é considerada recusada se não for realizada dentro do prazo (art. 268.º/3 aplicável *ex vi* arts. 1178.º/1 e 269.º do Código Civil).

A Convenção de Direito Civil sobre Corrupção e os Princípios do UNIDROIT adotam técnicas diferentes. Segundo a Convenção, o Direito interno dos Estados Contratantes deve prever a possibilidade de resolução do contrato por todas as partes contratuais cujo consentimento tenha sido viciado por um ato de corrupção (art. 8.º/2). Os Princípios do UNIDROIT determinam que, em casos de conflito de interesses, o representado pode resolver o contrato se a sua celebração pelo representante envolver um conflito de interesses com o representado que o terceiro conheça ou devesse conhecer (art. 2.2.7(1)). Em casos de corrupção, parece mais apropriado subordinar a vinculação do representado à sua ratificação do que considerar o contrato eficaz até que o representado o resolva.

do contrato mediante a aplicação analógica do art. 177.º/1 do Código Civil sobre a ratificação de contratos celebrados por representantes fora dos seus poderes de representação.

⁽¹⁴⁾ Em sentido diferente, porém, ver A. SOVERAL MARTINS, *Os Poderes de Representação dos Administradores de Sociedades Anónimas* (Coimbra, 1998) 258 e segs.

⁽¹⁵⁾ Sobre a caracterização do abuso de representação, ver António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I — *Parte Geral*, tomo IV (Coimbra, 2005) 112.

O regime da representação voluntária parece ser diretamente aplicável aos contratos celebrados por trabalhadores enquanto representantes dos seus empregadores (art. 115.º/3 do Código do Trabalho).

Na falta de um regime especial, a aplicação analógica destas soluções a outras relações de “representação” deve ser ponderada à luz da sua natureza e da coerência sistemática com o seu regime.

Perante o Direito português, não há uma relação representativa entre os administradores e a pessoa coletiva (a dita *representação orgânica*). Todavia, há uma analogia entre o abuso de representação e o abuso de poderes dos administradores. Os poderes do administrador estão funcionalmente subordinados à prossecução do interesse da pessoa coletiva assim como os poderes do representante estão funcionalmente subordinados à prossecução do interesse do representado. A aplicação analógica do art. 269.º do Código Civil não entra em contradição sistemática com os regimes que disciplinam o efeito vinculativo dos contratos celebrados *ultra vires* pelos administradores (arts. 192.º/3 e 4, 260.º/1-3 e 409.º/1-3 do Código das Sociedades Comerciais; ver também o art. 996.º/2 do Código Civil), que é um problema diferente mas correlacionado.

Por conseguinte, com as adaptações que sejam necessárias, a solução anteriormente defendida deve valer também para os contratos principais celebrados por administradores corruptos ⁽¹⁶⁾.

II.3.3. Situações em que o subornado influencia a pessoa que celebra o contrato principal

Em contratos privados meramente internos, a simples existência de um contrato de suborno entre uma das partes do contrato principal e um “representante” que influenciou a outra parte do contrato principal (a parte inocente) não desencadeia a invalidade deste contrato. O contrato só será inválido se a conduta do “representante” constituir dolo ou, de outro modo,

⁽¹⁶⁾ Cf. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. III (Coimbra, 1991) 176; e João ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por Quotas e Anónimas — Vinculação: Objecto Social e Representação Plural* (Coimbra, 2000) 445 e segs., mas sustentando que o contrato só não vincula a sociedade se o terceiro sabia ou deveria saber que a conduta do administrador era contrária ao interesse da sociedade. Cp., a favor da nulidade dos contratos celebrados com conluio entre o administrador e o terceiro em prejuízo da sociedade, SOVERAL MARTINS, *supra*, 258; e J. COUTINHO DE ABREU, “Vinculação das Sociedades Comerciais”, in *Est. José de Oliveira Ascensão*, vol. II (Coimbra, 2008) 1213-1239, 1236.

causar um erro sobre outros elementos essenciais para a formação da vontade da parte inocente.

O *dolo* pressupõe que o “representante” tenha empregado sugestões ou artifícios ilegítimos com vista a induzir ou manter em erro a parte inocente, ou tenha violado um dever de informação destinado a evitar esse erro, e este erro foi determinante na celebração do contrato. Neste caso, o contrato pode ser anulado pela parte inocente (arts. 253.º e 254.º do Código Civil).

Se os pressupostos do *dolo* não estiverem preenchidos, a invalidade do contrato pode, sob certas circunstâncias, resultar de um erro sobre os motivos que determinaram a vontade da parte inocente ⁽¹⁷⁾.

É o que se verifica, em primeiro lugar, quando a conduta do “representante” resultou num erro da parte inocente sobre a identidade ou as qualidades do subornador, ou sobre a identidade ou as qualidades do objeto do contrato, em situações em que o subornador conhecia, ou deveria conhecer, a essencialidade destes elementos para a parte inocente. Neste caso, a parte inocente pode anular o contrato (arts. 251.º e 247.º do Código Civil) ⁽¹⁸⁾.

A parte inocente também pode anular o contrato quando a sua celebração tenha sido determinada por um erro sobre outros elementos essenciais para a formação da sua vontade, conhecido pelo subornador, de um modo que a exigência do cumprimento do contrato seja gravemente contrária aos “princípios da boa fé” (art. 252.º/2 do Código Civil — erro sobre a base do negócio) ⁽¹⁹⁾. Parece que a parte inocente também pode pedir a modificação do contrato segundo critérios de equidade e que o subornador pode opor-se à anulação mediante a aceitação da modificação do contrato nestes termos (art. 437.º *ex vi* art. 252.º/2 do Código Civil) ⁽²⁰⁾.

III. BREVE REFERÊNCIA À CORRUPÇÃO NO DIREITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos comerciais internacionais são na maioria dos casos negócios de Direito privado, mas abrangem contratos que, em ordenamentos

⁽¹⁷⁾ Ver, com respeito ao Direito suíço, Pierre TERCIER, “La corruption et le droit des contrats” (1999) 121 *La semaine judiciaire* 225-271, 258 e segs.

⁽¹⁸⁾ Ver MENEZES CORDEIRO, I, I, *supra*, 824-825.

⁽¹⁹⁾ Ver MENEZES CORDEIRO, I, I, *supra*, 834-835.

⁽²⁰⁾ Ver José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol III — *Relações e Situações Jurídicas* (Coimbra, 2002) 198-199.

como o português, estão sujeitos a regimes especiais de Direito Público (contratos administrativos). Não é possível abordar todos os problemas colocados pela corrupção nos contratos comerciais internacionais sem levar em consideração a dicotomia entre contratos privados e contratos administrativos. Uma vez que esta dicotomia é desconhecida ou tem menos importância na maioria dos ordenamentos estrangeiros, e que o Estado português e os entes públicos autónomos nacionais também podem celebrar contratos de Direito privado, o presente contributo será focado nos contratos privados mas tomará em conta, em termos muito gerais, certos problemas colocados pelos contratos administrativos.

No que toca a *contratos de Direito privado celebrados por titulares de cargos públicos no exercício das suas funções*, o titular do cargo público não atua no exercício de um poder administrativo, mas no âmbito da gestão privada da Administração. O Código de Procedimento Administrativo determina, porém, que esta atividade está sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa constantes do Código e às regras que concretizam preceitos constitucionais (art. 2.º/5 do Código de Procedimento Administrativo e art. 5.º/6/a do Código dos Contratos Públicos).

A celebração de um contrato por um titular de cargo público subornado constitui uma violação dos princípios da legalidade, prossecução do interesse público e imparcialidade (arts. 3.º, 4.º e 6.º do Código de Procedimento Administrativo).

As consequências desta violação relativamente a contratos de Direito privado da Administração não são, porém, inteiramente claras.

O art. 1.º/2 do Código dos Contratos Públicos determina que a Parte II do Código é aplicável à formação destes contratos, mas as regras sobre a invalidade contidas na Parte III do Código só são diretamente aplicáveis aos contratos administrativos. O art. 44.º/1/a do Código de Procedimento Administrativo proíbe a intervenção de titulares de órgãos ou agentes da Administração Pública em contratos da Administração (de Direito público ou privado) quando tenham um interesse pessoal no contrato, designadamente como representantes da outra parte contratual. O contrato celebrado em violação desta proibição pode ser anulado pela Administração (art. 51.º/1 do mesmo Código). Os regimes de Direito privado só são aplicáveis a estes contratos na medida em que forem compatíveis com os princípios da atividade administrativa e com as regras de Direito público ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Ver MARCELO REBELO DE SOUSA/André SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, tomo III (Lisboa, 2008) 34-35.

A doutrina dominante considera nulo o ato administrativo praticado por um titular de cargo público corrompido, com fundamento em *desvio de poder*, nos termos do art. 133.º/1 do Código de Procedimento Administrativo ⁽²²⁾. Esta solução parece extensível aos contratos administrativos celebrados por um titular de cargo público corrompido nos termos do art. 284.º/2 do Código de Contratos Públicos ⁽²³⁾. E é defensável a sua aplicação analógica a contratos de Direito privado celebrados nas mesmas circunstâncias ⁽²⁴⁾. Também neste caso a solução poderá ser inconveniente quando o Estado ou ente público autónomo esteja interessado em manter o contrato, porquanto, como já foi assinalado, os contratos nulos não são confirmáveis ⁽²⁵⁾. O recurso aos arts. 283.º/2 e/ou 284.º/1 do Código dos Contratos Públicos, que permitem a anulação do contrato pelo Estado ou pelo ente público envolvido, poderia evitar esta inconveniência, mas esta opção também é problemática devido aos prazos curtos estabelecidos para a anulação.

No caso de *mera influência do subornado sobre o titular de cargo público que celebra o contrato*, as soluções de Direito privado atrás mencionadas (II.3.3) são igualmente aplicáveis aos contratos administrativos (art. 284.º/3 do Código dos Contratos Públicos).

IV. A CORRUPÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DOS CONTRATOS

IV.1. Regime aplicável aos contratos internacionais de suborno

Na falta de convenção de arbitragem, os contratos comerciais internacionais são, em princípio, regulados pela lei designada pelo *Regulamento Roma I* (Regulamento (CE) n.º 593/2008 sobre a Lei Aplicável às Obri-

⁽²²⁾ Ver Diogo FREITAS DO AMARAL/PEDRO MACHETE/LINO TORGAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed. (Coimbra, 2011) 434 e 449, e n. 753.

⁽²³⁾ Ver *supra*, 614-615.

⁽²⁴⁾ Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública* (Coimbra, 1996) 171-172, qualquer atividade realizada pela administração que se desvie da prossecução do interesse público constitui uma situação de desvio de poder.

⁽²⁵⁾ Ver art. 285.º/1 e 2 do Código de Contratos Públicos e *supra*, 442 e segs. e 616 e segs.

gações Contratuais). O Regulamento permite que as partes designem a lei aplicável ao contrato (art. 3.º). Na omissão das partes, o contrato de suborno será regulado, em princípio, pela lei da residência habitual do subornado (art. 4.º/1/b ou 2).

A maioria dos contratos internacionais de suborno regulados pela lei portuguesa serão nulos com os mesmos fundamentos que os contratos internos de suborno, dado o vasto âmbito de aplicação dos regimes de Direito Penal vigentes na ordem jurídica portuguesa (*supra* I.2) ⁽²⁶⁾.

Em casos residuais, *em que estes regimes não são aplicáveis*, é, em minha opinião, necessário determinar, em primeiro lugar, se há normas proibitivas estrangeiras aplicáveis enquanto normas de aplicação imediata ou necessária. Com base numa interpretação extensiva do art. 9.º/3 do Regulamento Roma I, podem ser aplicadas as normas de aplicação necessária relativas à validade do objeto e do fim do contrato contidas na lei do país onde as obrigações resultantes do contrato devam ser ou tenham sido executadas. De modo geral, as normas que proíbem os contratos de suborno parecem satisfazer o critério do interesse público contido no art. 9.º/1 e são frequentemente aplicáveis independentemente da lei reguladora do contrato. Tendo em conta “a sua natureza e o seu objeto” e “as consequências da sua aplicação ou não aplicação”, estas normas devem ser aplicadas por um tribunal português, desencadeando a nulidade do contrato nos termos do art. 280.º/1 do Código Civil.

Se o ordenamento do país estrangeiro onde o contrato de suborno deva ser ou tenha sido executado não contém normas de aplicação necessária nesta matéria, a mesma consequência pode resultar da imoralidade do objeto do contrato. Com efeito, segundo a doutrina dominante ⁽²⁷⁾, a “ofensa dos bons costumes” (art. 280.º/2 do Código Civil) é entendida como uma referência a padrões morais geralmente aceites. O contrato de suborno viola a ética dos cargos públicos bem como a ética profissional dos “trabalhadores”.

Todavia, é duvidoso que todos os contratos internacionais de suborno possam ser considerados nulos devido a imoralidade, independentemente

⁽²⁶⁾ Cp., aventando a possibilidade de submeter o contrato de suborno à lei reguladora do contrato principal, Vincent HEUZÉ, “Corruption”, in *Répertoire de droit international. Encyclopédie Dalloz*, vol. I (Paris, 1998) n.º 23.

⁽²⁷⁾ Ver PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *supra*, art. 280.º an. 3; OLIVEIRA ASCENSÃO, *supra*, 334-335; CARLOS MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *supra*, 558-559; e PAIS DE VASCONCELOS, *supra*, 500 e segs.

do setor em causa e das regras aplicáveis no mercado estrangeiro afetado ⁽²⁸⁾. Uma vez que os contratos de suborno no setor público são geralmente ilegais, a questão suscita-se principalmente com respeito aos contratos de suborno no setor privado. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 também visa combater a corrupção no setor privado, mas deixa às partes contratantes uma margem de discricionariedade sobre as medidas a adotar para a prossecução dessa finalidade. Este instrumento não fornece um argumento sólido para considerar nulos todos os contratos de suborno não proibidos pelas regras internas aplicáveis.

Uma solução equilibrada será a de considerar um contrato de suborno no setor privado nulo devido a imoralidade quando, no mercado estrangeiro afetado, o contrato viole regras imperativas (que, porém, não constituem normas de aplicação necessária do país de execução do contrato de suborno) ou padrões morais geralmente aceites. Porquanto o combate à corrupção no setor privado é uma finalidade prosseguida pelo ordenamento português e pela comunidade internacional, a nulidade do contrato não deve depender de qualquer pressuposto adicional.

O Regulamento Roma I não prejudica a aplicação da *Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação* (1978) por força do seu art. 25.º/1. A Convenção é aplicável a todos os contratos em que um “intermediário” se obriga a realizar atos jurídicos por conta do “principal” (art. 1.º/1 e 3). Isto inclui os casos em que a atividade do “intermediário” consiste em receber e comunicar propostas ou em efetuar negociações por conta do “principal” (art. 1.º/2 ⁽²⁹⁾). Também é aplicável aos contratos em que uma pessoa se obriga a realizar tanto atos jurídicos como atos materiais, quando o principal objeto do contrato for a realização de atos jurídicos ou quando a relação “representativa” for separável (art. 7.º).

Portanto, quando o subornado se obriga a realizar exclusiva ou principalmente atos jurídicos, a Convenção é aplicável à determinação da lei reguladora do contrato de suborno.

⁽²⁸⁾ Com respeito ao Direito alemão, ver Rolf SETHE, “Die zivilrechtlichen Folgen nationaler und transnationaler Bestechung”, in Mark Pieth and Peter Eigen (eds), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahme. Bekämpfung. Prävention* (Neuwied et al., 1999) 449-491, 482 e segs.; SCHLÜTER, *supra*, 27 e segs.

⁽²⁹⁾ Ver I. KARSTEN, “Explanatory Report”, in *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Treizième session* (1979) n.ºs 38 e 113.

De acordo com a Convenção, o contrato é regulado pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha pode ser expressa ou inferida — com certeza razoável — das disposições do contrato e das circunstâncias da causa (art. 5.º). Na falta de uma escolha das partes em sentido diferente, o contrato é, em princípio, regulado pela lei do Estado onde, no momento da formação da “relação de representação”, o “intermediário” tinha o seu estabelecimento profissional ou, na sua falta, a sua residência habitual (art. 6.º/1).

Quando os regimes de Direito Penal português não sejam aplicáveis, pode ser atribuído efeito a normas de aplicação necessária de qualquer Estado que tenha uma conexão efetiva com a situação (art. 16.º). Contrariamente ao art. 9.º/3 do Regulamento Roma I, esta disposição permite a intervenção de normas de aplicação necessária que não pertencem à lei do país de execução. Não obstante, uma vez que o art. 16.º da Convenção atribui ao tribunal uma margem de discricionariedade sobre o efeito a conceder a normas de aplicação necessária de terceiros Estados, parece que as soluções finais convergem com as alcançadas perante o Regulamento Roma I. Assim, o contrato de suborno deve ser considerado nulo quando viole regras imperativas locais ou padrões morais geralmente aceites no mercado estrangeiro afetado.

Um “contrato de comissão” [*commission contract*] pelo qual o comissionista se obriga a realizar um suborno, regulado pela lei portuguesa, constitui um contrato de mandato, que também é nulo, sempre que se apliquem regras proibitivas (art. 280.º/1 do Código Civil).

Por esta razão, uma empresa pode recusar-se a pagar a comissão acordada com um mandatário que, por sua conta, subornou um titular de cargo público estrangeiro com vista a obter um contrato com um ente público estrangeiro, se a empresa ou o mandatário forem portugueses (incluindo pessoas coletivas sediadas em Portugal), ou estrangeiros que sejam encontrados em Portugal.

Quando nem a empresa nem o mandatário forem portugueses, ou estrangeiros que sejam encontrados em Portugal, e a corrupção deve ser realizada — ou foi realizada — no país estrangeiro do titular de cargo público, as regras proibitivas deste país estrangeiro intervêm como normas de aplicação necessária por força do art. 16.º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação. Mais uma vez, a empresa pode recusar-se a pagar a comissão acordada.

O Direito Penal português também é aplicável à corrupção de titulares de cargos públicos portugueses realizada em Portugal, conduzindo à mesma conclusão.

Questão diferente é a de saber se nestes casos o mandatário tem alguma pretensão baseada nas vantagens obtidas pela empresa e nas despesas em que incorreu com a execução do contrato (enriquecimento sem causa). Uma vez que o enriquecimento sem causa tem uma conexão estreita com o contrato, a obrigação extracontratual daí resultante é, em princípio, regulada pela lei aplicável ao contrato (art. 10.º/1 do Regulamento n.º 864/2007 Relativo à Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais, doravante designado Regulamento Roma II). Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que esta obrigação extracontratual tem uma conexão manifestamente mais estreita com outro país, é aplicável a lei deste outro país (art. 10.º/4 do Regulamento Roma II). As partes podem acordar em submeter a obrigação extracontratual resultante do enriquecimento sem causa à lei da sua escolha mediante convenção celebrada depois da ocorrência do facto que deu origem ao dano ou, caso todas as partes intervenham no exercício de atividades económicas, mediante uma convenção livremente negociada antes da ocorrência do facto que deu origem ao dano (art. 14.º/1 do Regulamento Roma II).

Quando seja aplicável a lei portuguesa, o regime do enriquecimento sem causa só opera em caso de invalidade do contrato se os deveres de restituição não assegurarem a devolução de todas as transferências patrimoniais ou aquisições injustamente ocorridas⁽³⁰⁾. Parece ser esta a situação no exemplo dado. Por conseguinte, parece que o mandatário tem uma pretensão limitada às vantagens obtidas pela empresa com o contrato de mandato e às despesas em que incorreu por causa da execução do contrato (art. 479 do Código Civil).

Todavia, se o Direito Penal português for aplicável, qualquer importância devida ao mandatário, enquanto vantagem patrimonial adquirida através do ilícito criminal, é perdida a favor do Estado (art. 111.º/2 do Código Penal)⁽³¹⁾.

Uma terceira questão que pode surgir é a pretensão de *restituição do suborno* pago pelo mandatário ao titular de cargo público estrangeiro quando a empresa não obtém o contrato com o Estado estrangeiro.

⁽³⁰⁾ Ver Luís MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil* (Lisboa, 1996) 467 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *supra*, I, I, 874; *Id.* — *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II — *Direito das Obrigações*, tomo III (Coimbra, 2010) 263.

⁽³¹⁾ Sobre o art. 111.º do Código Penal, ver Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, Parte Geral II — As Consequências Jurídicas do Crime* (Lisboa, 1993) 629 e segs. (com referência ao prévio art. 109.º).

Para responder a esta questão, deve traçar-se uma distinção entre a situação em que o contrato de suborno com o titular de cargo público estrangeiro foi celebrado pelo mandatário como representante da empresa e a situação em que o contrato de suborno foi celebrado em nome do mandatário embora por conta da empresa. No primeiro caso, o contrato de suborno foi celebrado entre a empresa e o titular de cargo público estrangeiro. No segundo caso, entre o mandatário e o titular do cargo público estrangeiro. Em ambos os casos, o contrato de suborno é nulo nos mesmos termos que o contrato de mandato, mas as soluções aplicáveis à restituição do suborno podem ser diferentes.

O titular de cargo público estrangeiro obriga-se a realizar uma atividade material (uma vez que contrato pretendido seria celebrado pelo Estado ou por um ente público autónomo) e, portanto, o Regulamento Roma I aplica-se à determinação da lei reguladora do contrato de suborno. As consequências da nulidade do contrato de suborno estão submetidas à lei reguladora deste contrato (art. 12.º/1/e do Regulamento Roma I).

Se a lei portuguesa também regular o contrato de suborno, a nulidade do contrato gera a obrigação de restituir tudo o que tenha sido prestado (art. 289.º/1 do Código Civil).

Caso o contrato de suborno tenha sido celebrado entre a empresa e o titular de cargo público estrangeiro, a primeira pode exigir a restituição do suborno. Todavia, quando seja aplicável o Direito Penal português, o suborno é perdido a favor do Estado, porquanto se trata de uma vantagem dada com vista perpetrção de um ilícito criminal (art. 111.º/1 do Código Penal). A empresa não pode exigir ao agente a restituição do suborno, uma vez que o contrato de mandato é nulo, e o suborno não foi pago ao mandatário.

Caso o contrato de suborno tenha sido celebrado entre o mandatário e o titular de cargo público estrangeiro, o primeiro pode exigir a restituição do suborno. A empresa também pode exigir a restituição do suborno diretamente ao titular de cargo público estrangeiro, seja com base na aplicação analógica do art. 1181.º do Código Civil (direitos adquiridos em execução do mandato) ou com base no art. 606.º (ação sub-rogatória) do Código Civil.

Por acréscimo, parece que o mandatário tem um dever, perante a empresa, de exigir a restituição do suborno (art. 762.º/2 do Código Civil — dever de agir com boa fé). Uma vez que a importância do suborno foi entregue ao mandatário na execução do mandato, se o mandatário obtiver do titular de cargo público estrangeiro a restituição do suborno, a empresa

pode exigir ao mandatário a sua devolução. Em teoria, a empresa terá direito a ser indemnizada pelo mandatário se este não exigir a restituição do suborno⁽³²⁾. Na prática, a empresa estará em melhor posição se exigir a restituição do suborno diretamente do titular de cargo público estrangeiro.

Mais uma vez, porém, quando seja aplicável o Direito Penal português, o suborno é perdido a favor do Estado, pois é uma vantagem dada com vista à perpetração de um ilícito criminal (art. 111.º/1 do Código Penal).

Uma questão adicional é a das *consequências sobre um contrato internacional de "mediação" de uma lei que proíba "intermediários" na contratação pública*. Para abordar esta questão deve começar-se pela determinação da lei reguladora do "contrato de mediação" perante a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação. Com foi atrás sublinhado, as relações entre o "representado" e o "intermediário" são reguladas pela lei escolhida pelas partes (art. 5.º). Na falta de uma escolha diferente pelas partes, o contrato é, em princípio, regulado pela lei do Estado onde, no momento da formação da "relação representativa", o "intermediário" tinha o seu estabelecimento profissional ou, se não o tem, a sua residência habitual (art. 6.º/1). A esta luz, a lei reguladora do "contrato de mediação" será, em princípio, a lei do Estado afetado, a menos que as partes tenham escolhido outra lei, nomeadamente a lei do país do "representado".

Quando o contrato seja regulado pela lei do Estado afetado, são aplicáveis as regras proibitivas deste país. Este Estado é necessariamente um Estado estrangeiro, visto que o Direito português não contém regras proibitivas desta natureza. Por isso, as soluções resultantes destas regras serão afastadas se forem manifestamente incompatíveis com a ordem pública internacional portuguesa (art. 17.º da Convenção). O combate à corrupção é um objetivo legítimo, amplamente reconhecido na comunidade internacional, mas os meios empregues nem sempre são razoáveis. É o caso das leis que proibam a utilização de "intermediários" na negociação e celebração de contratos com entes públicos⁽³³⁾. A natureza desrazoável destas leis, porém, não parece ser suficiente para desencadear a atuação da reserva de

⁽³²⁾ Ver António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II — *Direito das Obrigações*, Tomo II (Coimbra, 2010) 649.

⁽³³⁾ Ver, com respeito ao caso *Hilmarton*, sentença ICC n.º 5622 (1988) [*R. arb.* (1993) 327], e decisões do Tribunal do Cantão de Genebra 17/11/1989 [*R. arb.* (1993) 342] e do Tribunal Federal suíço 23/6/1992 [*R. arb.* (1993) 691]; ver ainda a decisão *USCA*

ordem pública internacional, mesmo que haja uma ligação significativa com Portugal⁽³⁴⁾.

O Direito do Estado estrangeiro afetado regulará as consequências da violação das suas regras proibitivas. Se o regime aplicável for semelhante ao do Direito português, a contrato será nulo e, portanto, o "intermediário" não pode exigir o pagamento a sua remuneração.

Quando o contrato não for regulado pela lei do Estado estrangeiro afetado, as regras proibitivas deste Estado só podem ser aplicadas como normas de aplicação necessária no quadro definido pelo art. 16.º da Convenção. Visto que, perante esta disposição, o tribunal do foro tem uma margem de discricionariedade quanto ao efeito que deve ser dado a normas de aplicação necessária de terceiros Estados, é defensável que devido à natureza desrazoável dessa lei ela não deve ser aplicada pelos tribunais portugueses nesse quadro. A relevância das regras proibitivas do Estado estrangeiro afetado como um facto causador de impossibilidade de cumprimento do contrato perante as normas materiais do Direito regulador do contrato também é dificilmente concebível. De onde decorre que, em princípio, o "intermediário" tem direito ao pagamento da sua remuneração.

A situação será diferente se a lei do Estado estrangeiro envolvido só sujeitar a atividade dos "intermediários" na negociação e celebração de contratos com entes públicos ao controlo de órgãos públicos. Esta lei não se afigura desrazoável e, por isso, deve ser aplicada no quadro definido pelo art. 16.º da Convenção.

Em qualquer caso, o tribunal português deve indagar se os serviços prestados pelo "intermediário" constituíram efetivamente corrupção. Em caso afirmativo, a recusa de pagamento da sua remuneração pode fundar-se na ilicitude do contrato se este for regulado pelo Direito português ou por um Direito estrangeiro com um regime semelhante. A mesma solução pode ser alcançada, se o contrato for válido segundo a lei estrangeira aplicável, mediante a aplicação das regras penais portuguesas enquanto normas de aplicação necessária, quando a situação caia dentro do âmbito de aplicação destas regras, ou por via da atuação da reserva de ordem pública internacional (art. 17.º da Convenção)⁽³⁵⁾. A atuação da reserva de

Ninth Circuit, no caso *Northrop Corporation v. Triad International Marketing* (1987) [811 F.2d 1265].

⁽³⁴⁾ Ver também HEUZÉ, *supra*, n.º 29.

⁽³⁵⁾ Ver também, no contexto da arbitragem transnacional, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD e B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Paris, 1996) 868,

ordem pública internacional portuguesa dependerá da existência de uma ligação suficiente com Portugal ou, em minha opinião, com outro país em que esteja em vigor uma regra ou princípio fundamental que convirja com a regra portuguesa sobre a invalidade do contrato (como é certamente o caso do Estado estrangeiro afetado) ⁽³⁶⁾.

Um último ponto a ser considerado é o da *validade do contrato de mandato para efetuar suborno quando no Estado estrangeiro afetado o suborno é uma prática geralmente aceite*.

Também neste caso, na falta de uma escolha das partes em sentido diferente, o contrato é geralmente regulado pela lei do Estado estrangeiro afetado, uma vez que, na grande maioria dos casos, o mandatário tem o seu estabelecimento profissional ou, na sua falta, a sua residência habitual neste Estado. Se o contrato for válido perante esta lei, o mandatário tem, em princípio, direito à remuneração. Deve observar-se, porém, que uma “prática aceite” não significa necessariamente que contrato seja válido. Se o contrato for inválido, a lei do Estado estrangeiro afetado regulará as consequências da invalidade. Nas linhas que se seguem será pressuposta a validade do contrato perante a lei deste Estado.

Mesmo que o contrato seja válido segundo a lei do Estado estrangeiro afetado, caso Portugal seja o país da empresa, a prestação contratual devida pelo mandatário constitui um ilícito criminal e o tribunal português deve aplicar as regras proibitivas portuguesas enquanto normas de aplicação necessária com base no art. 16.º da referida Convenção da Haia. Quando o país da empresa não seja Portugal, faltará provavelmente a conexão efetiva que seria requerida para a aplicabilidade das regras proibitivas portuguesas ao abrigo do art. 16.º da Convenção, ainda que a situação caia dentro do seu âmbito de aplicação, o que não será frequente. No entanto, regras similares do país estrangeiro da empresa podem ser aplicadas com base na mesma disposição. Já se o contrato for inválido perante regras do país estrangeiro da empresa que não sejam de aplicação necessária, o tribunal português só poderia considerar o contrato inválido com fundamento na reserva de ordem pública internacional (art. 17.º da Convenção). Mas, para que esta reserva atuasse, seria necessária uma ligação suficiente com Portugal, que em princípio não se verifica, e a ligação com o país

e Luís de LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem* (Coimbra, 2005) 548 e segs.

⁽³⁶⁾ Ver também SETHE, *supra*, 488.

estrangeiro da empresa também não parece suficiente para o efeito ⁽³⁷⁾. Em suma, o mandatário só tem direito à remuneração se não houver regras proibitivas do país da empresa que sejam relevantes enquanto normas de aplicação necessária ao abrigo do art. 16.º da Convenção.

Quando o contrato seja regulado por uma lei que não é a do Estado estrangeiro afetado, e esta lei seja a portuguesa ou uma lei similar, o contrato é inválido com fundamento em ilicitude se forem aplicáveis regras proibitivas desta lei. O mesmo se diga se regras de outro país, que sejam relevantes enquanto normas de aplicação necessária ao abrigo do art. 16.º da Convenção, reclamarem aplicação, desde que esse país tenha uma conexão efetiva com o contrato. Assim, se Portugal for o país da empresa, o contrato é nulo devido a ilicitude do objeto, porquanto viola regras de Direito Penal português. Razão por que o mandatário não pode exigir o pagamento da sua remuneração. Se não forem aplicáveis regras proibitivas, a possibilidade de considerar o contrato inválido com fundamento em imoralidade parece excluída porque, no mercado estrangeiro afetado, não viole quer regras imperativas quer padrões morais geralmente aceites. Portanto, neste último caso, o mandatário tem direito a ser remunerado.

No que toca à questão do enriquecimento sem causa da empresa à custa do mandatário nos casos em que o mandatário não tem direito a remuneração, são aplicáveis as soluções anteriormente expostas.

IV.2. Regime aplicável aos contratos internacionais principais

As soluções materiais com respeito à *validade e efeitos do contrato principal celebrado com a intervenção do subornado* dependem, em princípio, da lei reguladora da relação. Por seu turno, a determinação desta lei depende da caracterização jurídica da situação perante a lei ou leis potencialmente aplicáveis (art. 15.º do Código Civil).

Perante sistemas jurídicos em que são aplicáveis as regras sobre os poderes dos “representantes”, a questão é regulada pela lei aplicável à “representação”.

Na falta de uma convenção de arbitragem, a lei reguladora da representação voluntária é determinada com base na Convenção da Haia Sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação. No presente contexto, devem ser tidas em conta as normas de conflitos sobre as rela-

⁽³⁷⁾ Ver também SETHE, *supra*, 488.



ções com o terceiro. Com respeito à relação entre o “representado” e o terceiro (subornador), a norma de conflitos designa a lei reguladora dos efeitos do exercício real ou suposto dos poderes do “intermediário” (art. 11.º/1), designadamente a vinculação do “representado” pelo contrato principal. A mesma lei regula a relação entre o “intermediário” e o terceiro que possa resultar de o “intermediário” ter abusado dos seus poderes (art 15.º).

As relações com o terceiro são reguladas pela lei designada pelo “representado” ou pelo terceiro por escrito expressamente aceite pela outra parte (arts. 14.º e 15.º).

Em princípio, na falta de escolha válida, deve ser aplicado o Direito material do Estado em que o “intermediário” tinha o seu estabelecimento profissional no momento dos atos relevantes (arts. 11.º/1 e 15.º). Caso o “intermediário”, atuando ao abrigo de um contrato de trabalho com o seu “representado”, não tenha estabelecimento profissional pessoal, considera-se ter o seu estabelecimento no local onde se situa o estabelecimento do “representado” (art 12.º). Não obstante, o Direito material do Estado em que o “intermediário” agiu deve ser aplicado nos seguintes casos (arts. 11.º/2 e 15.º):

- o “representado” tem o seu estabelecimento profissional ou, na sua falta, a sua residência habitual no referido Estado e o “intermediário” agiu em nome do representado” (a);
- o terceiro tem o seu estabelecimento profissional ou, na sua falta, a sua residência habitual no referido Estado (b);
- o “intermediário” agiu na bolsa ou numa venda em hasta pública (c);
- o “intermediário” não tem estabelecimento profissional (d).

A lei que regula a vinculação de um ente coletivo ao contrato principal celebrado pelos seus administradores é a lei pessoal do ente (art. 38.º do Código Civil). De acordo com o art. 33.º/1 do Código Civil, a pessoa coletiva é regida pela lei do Estado onde está situada a sede principal e efetiva da sua administração.

O art 3.º/1/2.ª parte do Código das Sociedades Comerciais, porém, determina que uma sociedade comercial com sede estatutária em Portugal não pode invocar perante terceiros a lei estrangeira da sede da sua administração. Esta disposição suscita problemas de interpretação que não podem ser examinados aprofundadamente neste contexto. Por esta razão,

vou limitar-me a expor as soluções que considero mais apropriadas ⁽³⁸⁾. Primeiro, este regime especial das sociedades comerciais aplica-se a todas as pessoas coletivas constituídas com a intervenção de órgãos públicos que que desenvolvam uma atividade de natureza comercial à luz do Direito português. Segundo, por força da presunção de que a sociedade tem a sede da administração no Estado da sede estatutária, pode dizer-se que a sociedade está, em princípio, sujeita à lei do Estado em que se constituiu. Terceiro, o preceito, formulado de modo unilateral, deve ser bilateralizado quando a sede estatutária da sociedade esteja situada num país estrangeiro que não é o Estado da sede da administração. Enfim, a lei da sede da administração só deve ser aplicada nas relações com terceiros nos casos em que, tendo sido demonstrado que a sede da administração está situada fora do Estado da sede estatutária, os terceiros em causa devam contar com a aplicabilidade desta lei.

Por conseguinte, a lei reguladora da vinculação do ente coletivo ao contrato principal será normalmente a lei da sua sede estatutária.

Perante sistemas jurídicos em que as regras sobre ilicitude ou imoralidade dos contratos também sejam aplicáveis ao contrato principal, a questão é regulada pela lei aplicável ao contrato principal, determinada em conformidade com o atrás mencionado Regulamento Roma I (*supra* IV.1). Na omissão das partes, o contrato principal será regulado, em princípio, pela lei da residência habitual do vendedor ou do prestador de serviço (art 4.º/1/a ou b).

Quando o contrato internacional principal seja um contrato administrativo celebrado pela Administração portuguesa (e não haja uma convenção de arbitragem), o Direito Administrativo português é diretamente aplicável (nos tribunais portugueses). A situação é menos clara quando a Administração celebra um contrato de Direito privado. Parece que neste caso a lei reguladora da situação será a lei portuguesa a título de lei pessoal do ente público envolvido ⁽³⁹⁾.

Relativamente à validade do contrato principal celebrado sem a intervenção do subornado, os vícios da vontade da parte inocente, tais como o dolo e o erro sobre os motivos, bem como as suas consequências, são determinados pela lei reguladora do contrato (art 10.º/1 do Regulamento Roma I).

⁽³⁸⁾ Ver LuíS de LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.ª ed. (Coimbra, 2009) 134 e segs.

⁽³⁹⁾ Ver LIMA PINHEIRO, *supra*, § 59 D.

Todavia, quando o contrato principal seja um contrato administrativo internacional celebrado pela Administração portuguesa (e não haja convenção de arbitragem), o Direito português é diretamente aplicável (nos tribunais portugueses).

Portanto, quando o contrato principal seja um *contrato de Direito privado* regulado pela lei portuguesa, e não esteja envolvida uma “relação representativa”, a mera existência de um contrato de suborno entre a empresa, ou mandatário da empresa, e a pessoa que influenciou o sujeito público estrangeiro que celebrou o contrato não desencadeia a invalidade do contrato.

Se o subornado empregou uma sugestão ou artifício com a intenção de induzir ou manter em erro o sujeito público estrangeiro, ou violou um dever de informação destinado a evitar esse erro, e esse erro foi determinante na celebração do contrato, o Estado ou ente público autónomo estrangeiro envolvido pode pedir a anulação do contrato (arts. 253.º e 254.º do Código Civil — *supra* II.3.3). Assim, a invalidade só pode ser arguida pelo sujeito público, que pode confirmar o contrato. Se o sujeito público arguir a anulabilidade do contrato, não está excluída a conversão do contrato num contrato com conteúdo diferente, nomeadamente com respeito ao preço (art. 293.º do Código Civil). No entanto, esta conversão só é possível quando corresponda à vontade comum que as partes teriam tido se tivessem previsto a questão da invalidade quando celebraram o contrato (vontade hipotética). Esta possibilidade de conversão parece mais teórica que prática. Com efeito, é mais verosímil que o sujeito público solicite uma redução do preço como condição para não arguir a invalidade do contrato.

Como foi anteriormente assinalado, mesmo que os pressupostos do dolo não estejam preenchidos, a invalidade do contrato pode, em certas circunstâncias, resultar de um erro sobre os motivos que determinaram a vontade do sujeito público (*supra* II.3.3).

É este o caso, em primeiro lugar, quando a conduta do subornado resultou num erro do sujeito público com respeito à identidade ou qualidades da empresa, ou à identidade ou qualidades do objeto do contrato, se a empresa conhecia ou devia conhecer a essencialidade, para o sujeito público, desses elementos. Neste caso, o sujeito público pode pedir a anulação do contrato (arts. 251.º e 247.º do Código Civil). Como já foi referido, se o sujeito público arguir a anulabilidade do contrato, não está excluída, em teoria, a conversão do contrato num contrato de conteúdo diferente, nomeadamente com respeito ao preço (art. 293.º do Código

Civil), embora seja mais provável que o sujeito público solicite uma redução do preço como condição para não arguir a invalidade do contrato.

O sujeito público também pode pedir a anulação do contrato quando a sua celebração tenha sido determinada por um erro sobre outros elementos essenciais para a formação da sua vontade, conhecido pela empresa, de tal modo que a exigência de cumprimento do contrato seja gravemente contrária aos “princípios da boa fé” (art. 252.º/2 do Código Civil — erro sobre a base do negócio). Parece que ele também pode pedir a modificação do contrato segundo critérios de equidade. A empresa pode opor-se ao pedido de anulação mediante a aceitação da modificação do contrato nos mesmos termos (art. 437.º *ex vi* art. 252.º/2 do Código Civil ⁽⁴⁰⁾). Mais uma vez, de um ponto de vista teórico, isto pode permitir um ajustamento do preço, mas na prática parece difícil preencher os pressupostos de que depende a anulação ou a modificação do contrato.

A anulação do contrato desencadeia a obrigação de restituir tudo o que tenha sido prestado ou, quando não seja possível a restituição *in specie*, a restituição do respetivo valor (art. 289.º/1 do Código Civil). É este o caso de contratos de longa duração, como o contrato para a realização de uma obra pública. Assim, se a obra pública estiver parcial ou totalmente realizada, a empresa tem direito ao valor do serviço prestado e o sujeito público estrangeiro à restituição de qualquer valor pago em excesso relativamente ao valor do serviço prestado.

Como foi atrás assinalado, porém, o Direito Penal português deve ser tido em consideração sempre que seja aplicável. Segundo o art. 111.º/2 do Código Penal, qualquer vantagem patrimonial adquirida pelo infrator mediante o ilícito criminar é perdida a favor do Estado. Por esta razão, parece que se o contrato for válido ou se a invalidade não for arguida pelo sujeito público estrangeiro, as importâncias pagas ou devidas à empresa reverterem para o Estado. Se o contrato for anulado, parece que o valor do serviço prestado também deve ser entregue ao Estado.

Deve sublinhar-se que a maioria dos contratos celebrados pela Administração portuguesa são *contratos administrativos*. Contudo, como foi anteriormente referido, o regime civil dos vícios da vontade é igualmente aplicável aos contratos administrativos (art. 284.º/3 do Código dos Contratos Públicos). As consequências jurídicas da invalidade também são reguladas pelo Direito Civil, uma vez que este tipo de contrato administrativo tem

⁽⁴⁰⁾ Ver OLIVEIRA ASCENSÃO, III, *supra*, 198-199.

um conteúdo passível de ser objeto de um contrato de Direito privado (art. 285.º/2 do Código dos Contratos Públicos) ⁽⁴¹⁾.

Deste modo, as soluções anteriormente expostas parecem aplicáveis no caso de o contrato principal ser um contrato administrativo celebrado pela Administração portuguesa.

Outra possibilidade a ser explorada é a da resolução do contrato pelo sujeito público baseada em razões de interesse público (art. 334.º/1 do Código dos Contratos Públicos) ⁽⁴²⁾. As consequências da resolução são, em princípio, as mesmas da anulação (art. 280.º/3 do Código dos Contratos Públicos e art. 433.º do Código Civil). Por acréscimo, neste caso a empresa terá direito a indemnização pelos danos sofridos nos termos do art. 334.º/1 e 2 do Código dos Contratos Públicos. Parece que este direito a indemnização da empresa pode ser limitado pelo disposto no art. 111.º/2 do Código Penal, segundo o qual toda a vantagem patrimonial adquirida pelo infrator mediante o ilícito criminal é perdida a favor do Estado.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, as regras materiais e as regras de conflitos vigentes no ordenamento português estabelecem ou, pelo menos, permitem encontrar soluções adequadas para os problemas que resultam da corrupção nos contratos comerciais internacionais, não só à luz dos interesses das partes envolvidas mas também do implemento de políticas legislativas razoáveis de combate à corrupção. O diabo está na aplicação das leis em vigor, quando se tem presente que as condenações por crimes de corrupção são raras e a falta de decisões jurisprudenciais publicadas sobre as consequências jurídico-privadas da corrupção.

Não obstante, afigura-se que o Direito material aplicável a situações de corrupção relativas a contratos administrativos requer clarificação com respeito a certas questões e pode mesmo ser melhorado.

No que se refere ao Direito internacional Privado, a certeza a previsibilidade jurídicas poderão ser fomentadas pela adoção de certas regras específicas sobre a validade dos contratos de suborno, designadamente no caso em que não haja normas de aplicação necessária aplicáveis no país estrangeiro em que contrato de suborno deva ser ou tenha sido executado.

⁽⁴¹⁾ Ver MARCELO REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *supra*, 49.

⁽⁴²⁾ See, on the determination of the public interest, FREITAS DO AMARAL/PEDRO MACHETE/LINO TORRAL, above, 656-657