

BRIBERY ACT 2010: UM NOVO PARADIGMA NO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

*André Mauro Lacerda Azevedo**

ABSTRACT: *This paper aims to draw the changes brought by the UK Bribery Act 2010 and the difficulties faced by companies around the world, especially regarding to the 'reverse burden of proof' and the 'adequate procedures defence' under the Bribery Act. Furthermore, this paper deals with the expansion of the jurisdiction of the United Kingdom's courts. Therefore, the Bribery Act changed the international commercial practices, so that the commercial organisations must be prepared to face this new anti-bribery policy.*

SUMÁRIO: Introdução. I. O crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* e suas implicações. 1. O significado de *associated person* e a problemática na sua interpretação. 2. O critério legal do *adequate procedures* e suas consequências práticas. II. O problema da inversão do ônus da prova no crime de falha da empresa na prevenção do *bribery*. 1. Análise crítica da inversão do ônus da prova no direito penal anglo-saxônico e sua repercussão no *bribery act*. 2. A inversão do ônus da prova nas construções penais que seguem o modelo de *strict liability* e a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. III. A ampliação da jurisdição do reino unido e sua repercussão no combate internacional da corrupção.

INTRODUÇÃO

O *Bribery Act* entrou em vigor no dia 1 de julho do ano de 2011, sendo, desde então, a nova legislação britânica voltada ao combate da corrupção, cunhada através do modelo de *Statutory Law* e revogando todas as disposições anteriores que disciplinavam o tratamento penal da corrupção no Reino Unido¹. O *Act* trouxe profundas mudanças na política britânica *anti-bribery* ao intro-

* Promotor de Justiça do Ministério Público brasileiro e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ O'Shea, 2011: 1.

duzir novos crimes, intensificar o rigor das sanções penais aplicáveis, ampliar a autonomia dos órgãos de *prosecution* e, finalmente, por estender a jurisdição do Reino Unido para além do seu território.

Esta posição do Reino Unido, ao conferir uma nova disciplina contra a corrupção, acabou por imprimir um maior rigor no enfrentamento ao *bribery*, por reconhecer nessa prática criminosa sua flagrante nocividade à democracia, aos direitos humanos e ao próprio Estado de Direito. Através do *Act*, o Reino Unido assumiu a posição de protagonista no combate à corrupção no cenário internacional, reforçando, assim, a sua imagem de Estado preocupado com a elevação do nível ético nas relações comerciais².

Apesar de todo este esforço, uma das principais críticas ao *Act* ainda gravita em torno da própria necessidade de sua inserção na política contra a corrupção no Reino Unido. Há quem defenda, inclusive, que o enfrentamento da corrupção já era bastante eficaz e que a excelente colocação do Reino Unido no *ranking* da Transparência Internacional³, quanto à percepção da corrupção, não justificaria uma mudança tão significativa através da implementação de um maior rigor punitivo⁴, inclusive em questões que contavam com pouca importância na política britânica *anti-bribery*, como era o caso da corrupção praticada no exterior⁵.

O *Act* disciplina quatro infrações penais, sendo que duas delas – corrupção ativa e passiva – praticamente não sofreram nenhuma mudança se comparadas com o tratamento penal dispensado pelo regime anterior. Além dessas duas incriminações, há também o *bribery* de agente público estrangeiro, uma nova infração no Reino Unido, que segue parcialmente o modelo da legislação norte-americana sobre o tema, e, finalmente, o crime de falha da empresa em prevenir a prática do *bribery*⁶.

2 O'Shea, 2011: 7; Monty, 2010: 22-29; conferir as recomendações da *Organisation for Economic Co-operation and Development*, de 1997 e 2008, disponíveis em: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/13/38962457.pdf> e <http://www.oecd.org/dataoecd/23/20/41515077.pdf> [consultado em: 19.06.2012].

3 Em linha: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table [consultado em: 19.06.2012].

4 O'Shea, 2011: 2-3.

5 O *Bribery Act* não foi a primeira legislação europeia a tratar da corrupção cometida no exterior, tendo como precedente a lei italiana de 2001 (DLgs. 231/2001).

6 Podemos perceber bastante semelhança desta disposição legal com o projeto de reforma do Código Penal espanhol de 2009 (LO 5/2010), em cuja exposição de motivos deixa claro o dever corporativo de prevenir a corrupção no setor privado e em transações comerciais internacionais.

É em relação a esta última infração penal que concentraremos nossos estudos neste trabalho, seja pelo rompimento com o paradigma anterior, seja pelos importantes reflexos nas relações comerciais internacionais, o que acabou trazendo um cenário de incerteza quanto a esta nova política criminal britânica, tornando, por isso, necessária a análise detalhada dos seus aspectos mais importantes.

I. O CRIME DE FALHA DA EMPRESA NA PREVENÇÃO DO *BRIBERY* E SUAS IMPLICAÇÕES

O crime tratado na seção 7 do *Act*, sob a denominação de *failure commercial organisations to prevent bribery*, consiste numa nova incriminação voltada à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, em razão da sua falha na prevenção da prática de *bribery* por algum de seus associados⁷, desde que a conduta criminoso se destinasse a trazer alguma vantagem nos negócios desenvolvidos pela empresa ou, ainda, em relação àqueles que pretendesse desenvolver.

O *bribery* cometido pela pessoa associada à empresa deve se enquadrar nas hipóteses das seções 1 ou 6 do *Act*, que tratam dos crimes de *bribing another person* e *bribery* de servidor público estrangeiro. Para a empresa responder por este crime não é exigido, porém, que o empregado pagador de *bribery* seja condenado ou, sequer, processado criminalmente; tampouco que tenha o empregado alguma conexão⁸ com o Reino Unido, nos termos exigidos pela seção 12(2)(c) e (4)⁹ para as demais infrações.

A análise deste crime revela, além de uma série de questões penais e processuais penais importantes, a noção da existência de uma “dimensão normativa do risco empresarial”¹⁰, que obriga as empresas a atuarem na prevenção do risco da responsabilidade penal por descumprimento do seu dever legal, dentre os quais se encontram o controle e prevenção de práticas corruptas por empregados e outras pessoas associadas à sociedade comercial.

O novo cenário trazido pelo *Act* mostra-se ainda mais relevante, em razão da sua repercussão nas empresas de todo o mundo que mantêm alguma rela-

7 Pessoa associada à sociedade comercial é aquela que presta serviços para ou em favor empresa, podendo ser, por exemplo, um empregado, agente, subsidiária, empreiteiro, fornecedor, etc.

8 O’Shea, 2011: 134.

9 Estabelece as condições desta conexão: ser cidadão britânico, cidadão naturalizado, estrangeiro residente legalmente no Reino Unido e empresa incorporada sob a lei de qualquer parte do Reino Unido.

10 Bacigalupo, 2011: 18-23.

ção comercial com empresas britânicas. Além disso, o próprio texto legal, ao definir essa postura preventiva através da exigência do emprego de *adequate procedures*, criou sérias dificuldades às empresas em se adaptarem a esta nova realidade. Não obstante, a utilização de uma expressão tão ambígua, somada à ausência de uma definição concreta das posturas a serem adotadas pelas empresas, revela uma clara imprecisão desse tipo penal, gerando, assim, uma dificuldade ainda maior nesta adaptação às novas exigências trazidas pelo *Act*.

A falha preventiva da empresa não foi uma novidade no direito penal anglo-saxônico, pois nos Estados Unidos já havia previsão semelhante, em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto aos atos de seus agentes e empregados¹¹. Observamos, ainda, a existência de legislação com alguma semelhança na Suíça¹² e Itália¹³. O cenário trazido pelo *Act*, todavia, diferencia-se daquele existente no sistema norte-americano, uma vez que as empresas serão responsabilizadas criminalmente pelo *bribery* de um agente ou empregado, mesmo quando não for comprovado que a prática da corrupção era conhecida por algum de seus diretores ou funcionários do escalão superior.

É importante alertarmos, entretanto, que tal entendimento não se aplica aos crimes das seções 1, 2 e 6 do *Act*, quando, nestas hipóteses, somente será a empresa responsabilizada caso um diretor ou gerente tenha conhecimento do ato, sendo, por isso, conivente com a prática do *bribery*.

Ao desvincular a necessidade da conivência dos órgãos de direção da empresa para que esta pudesse responder criminalmente, amparou-se no fato de que nem sempre os atos ilegais são praticados pelos agentes do alto escalão da empresa, de modo que uma exigência dessa envergadura poderia fazer com que o crime da seção 7 contasse com pouca ou nenhuma aplicabilidade, resultado claramente oposto àquele desejado pelo legislador¹⁴.

11 *United States vs. Bank of New England*; *R. vs. Duke of Leinster* 1924; *State vs. Beaudry*, 123, Wis. 2d 40, 365, N.W.2d 593 (1985); *Regina vs. Prince*, L.R. 2 Cr. Cas. Res. 154 (1875); Kadish & Schulhofer, 2001: 246; Fletcher, 2000: 647; Stewart, 1969: 61; posição contrária ao *Prince case*: Fletcher, 2000: 723-730; em Clarkson (2001: 144) podemos ver a relação entre *strict liability* e *vicarious liability*.

12 Código Penal suíço, art. 102.2, disponível em: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/3/311.0.en.pdf> [consultado em: 07.07.2012].

13 Decreto legislativo italiano n.º 231/2001.

14 Em *Tesco Supermarkets Ltd. vs. Nattrass* reconheceu-se que apenas a ação dos diretores, gerentes ou outros administradores superiores de uma empresa poderia gerar sua responsabilidade criminal.

A primeira grande dúvida que emerge deste crime refere-se ao alcance da expressão *carries on a business, or part of a business*¹⁵ em qualquer parte do Reino Unido. Tomando-se por base uma interpretação mais elástica, praticamente todas as organizações comerciais relevantes do planeta estariam submetidas ao *Act* e à jurisdição penal do Reino Unido. Isso porque, como não foi restringido o significado de “cuidar de parte ou totalidade de negócios no Reino Unido”, uma multidão de conexões entre uma empresa e aquele país podem vir a ocorrer, como no caso de uma empresa listada na bolsa de valores britânica ou que possua escritório ou filial no território britânico, bem como em relação a uma companhia que incorpore uma empresa britânica, que venda seus produtos no Reino Unido, ou, até mesmo, que no território britânico realize reuniões do seu conselho de diretores¹⁶.

Se, por outro lado, quisermos conferir uma interpretação mais restritiva, diremos que *carries on* conduz-nos a um sentido de continuidade e permanência, de modo que um só negócio ou algumas reuniões realizadas no Reino Unido, de caráter eventual e sem que da atuação corporativa se possa deduzir uma prática contínua, estariam fora do alcance do *Act*. Isso não significa dizer, entretanto, que um grande negócio, ainda que eventual, não possa ser submetido ao crivo do *Act*, pois tanto a frequência, quanto a relevância do negócio, constituem requisitos para afirmar a jurisdição penal do Reino Unido.

Entendemos ser esta última interpretação a mais adequada, parecendo-nos que foi esse o sentido pretendido pelo Governo britânico¹⁷. Contudo, há que se aguardar o pronunciamento dos tribunais sobre o tema¹⁸, a fim de que se firme um *case-law* em relação à extensão do significado da seção 7(5)(b) do *Act*.

Para a compreensão do crime da seção 7, há, ainda, que se identificar, também com precisão, o significado da expressão *relevant commercial orga-*

15 Seção 7(5)(b), do *Act*.

16 O’Shea, 2011: 137-144.

17 *Guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, 2011: 15-16; sobre a interpretação do *Act*, conferir entrevista do *Serious Fraud Office Chief*, Richard Alderman, concedida ao *Daily Telegraph*, em 20 de janeiro de 2011, disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/bribery-act/8269766/Bribery-Act-SFO-chief-Richard-Alderman-sees-UK-courts-as-a-stumbling-block.html> [consultado em: 19.04.2012].

18 A primeira condenação sob a égide do *UK Bribery Act 2010* ocorreu em novembro de 2011, disponível em: <http://www.judiciary.gov.uk/media/judgements/2011/munir-patel-sentencing-remarks-18112011> [consultado em: 31.01.2012]; em maio de 2012, em sede de apelação, a sentença de seis anos de prisão foi reduzida para quatro anos.

*nisation*¹⁹. Primeiramente, *commercial organisation* é uma sociedade comercial com fins lucrativos, de natureza pública ou privada, estando de fora, portanto, todas as entidades que não atuem com o fim de lucro. Além disso, estão também de fora todos aqueles negócios realizados por firma individual e também aqueles desempenhados pela própria pessoa física na gestão de suas atividades comerciais. Assim, uma *relevant commercial organisation* é aquela sociedade comercial incorporada sob o modelo de sociedade anônima ou sociedade limitada²⁰, cuja incorporação seja efetivada em território britânico ou que nele executem, total ou parcialmente, seus negócios.

1. O significado de *associated person* e a problemática na sua interpretação

O *Act* estabeleceu na seção 7(1) a conexão que deveria existir, entre o pagador de *bribery* e a empresa, para que esta pudesse ser responsabilizada pelo cometimento do delito de falha quanto à prevenção da corrupção. Nessa conexão, o legislador exigiu que o ato de corrupção fosse praticado por alguma pessoa associada à empresa, estabelecendo, ainda, alguns requisitos não muito claros sobre a forma dessa associação.

Pessoa associada, em primeiro lugar, é aquela que desempenha uma atividade por ou em favor da empresa²¹. Em princípio, qualquer pessoa física ou jurídica que mantém alguma conexão com a sociedade comercial pode se enquadrar neste conceito. Não obstante, o *Act* também estabelece que não importa a capacidade da pessoa associada em relação à gestão da empresa, quer seja um simples empregado, quer seja um alto executivo. Assim, diretores, empregados, agentes, empresas parceiras, *joint-venture*, fornecedores e contratados²² poderão ser enquadrados como pessoa associada²³ para fins do *Act*.

Em linhas gerais, portanto, a lei exige dois requisitos básicos para enquadrar alguém como pessoa associada à empresa: a existência de alguma rela-

19 Seção 7 do *Act*.

20 O'Shea, 2011: 136; seção 7(5)(a)(b) do *Act*.

21 A expressão utilizada pela lei é *for or on behalf*, conforme seção 8(1) do *Act*.

22 Os subcontratados poderão ficar de fora da categoria de pessoa associada, conforme *Guidance* do Ministro da Justiça do Reino Unido, 2011: 16.

23 Os acionistas que não possuam algum outro vínculo com a empresa estariam de fora do enquadramento legal.

ção entre a pessoa, física ou jurídica, e a companhia; e que esta pessoa esteja atuando por ou em favor da sociedade comercial²⁴.

Mesmo após termos definido o significado de pessoa associada, resta-nos, ainda, analisar em detalhes o elemento mental dessa conexão entre o pagador de *bribery* e a empresa, desvendando, assim, o real sentido da expressão *obtain or retain business or business advantage* em favor da empresa.

Primeiramente, parece-nos indubitável que tal consiste numa atitude do agente em satisfazer ou pretender satisfazer interesses da sociedade comercial, não tendo sido exigido, à empresa, nenhuma *mens rea*²⁵ neste sentido. Em seguida, a responsabilidade da empresa em relação ao crime da seção 7 depende da prática de corrupção ativa (seção 1) ou do *bribery* de servidor público estrangeiro (seção 6), por algum associado da empresa, o que já não ocorrerá em relação ao crime de recebimento de *bribery*²⁶ (seção 2).

Importa, agora, alertarmos para o fato de que essa lei não exige que a pessoa pagadora de *bribery* associada à empresa seja condenada ou acusada pela prática desse crime. Em tese, bastaria a existência de elementos mínimos, que evidenciassem a prática de corrupção por algum empregado ou agente da empresa, para já ser possível supor a configuração desse crime da seção 7. Para chegarmos a essa conclusão, basta direcionarmos nosso olhar à expressão legal *would be guilty*, que significa suposição ou possibilidade²⁷ de ser o pagador do *bribery* culpado, para que possa a sociedade comercial responder pelo crime de falha na sua prevenção.

Melhor seria que o *Act* tivesse estabelecido a previsão de condenação ou, no mínimo, de acusação formal do empregado ou agente pagador de *bribery*, para que se imputasse à empresa a responsabilidade pela falha na prevenção da corrupção. Porém, o propósito do legislador foi exatamente o contrário, ou seja, pretendeu que a responsabilidade empresarial fosse a mais ampla possível, de modo a absorver as inúmeras situações de *bribery* ocorridas em terri-

24 Sobre este assunto, O'Shea (2011: 146), que assinala haver uma questão de fato e outra substantiva, relacionando-se a primeira à simples conexão entre o pagador de *bribery* e a empresa, e a segunda ao fato de a pessoa associada estar ou não representando os interesses da empresa quando da prática da corrupção.

25 Sobre a necessidade do *actus reus* e *mens rea*, cf. Stewart, 1969: 43; sobre *strict liability*, veja-se o *leading case US vs. Dotterweich*, 320 U.S. 277, 284 (1943); Fletcher, 2000: 718; Clarkson, 2001:135; Herring, 2011: 67.

26 O'Shea, 2011: 157; Raphael, 2010: 59.

27 O *modal verb* "would" possui vários significados, dentre os quais, destacamos: "*consequence of an imagined event or situation*", "*desire or inclination*", "*conjecture, opinion or hope*", de acordo com Oxford Dictionaries, disponível em: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/would?q=would> [consultado em: 20.04.2012].

tório estrangeiro, onde a impunidade em relação à pessoa associada acabaria se convertendo na inviabilidade de punição da sociedade comercial.

Por último, não foi exigida, a essa infração, nenhuma conexão entre a pessoa associada e o Reino Unido para que a sociedade comercial pudesse responder pelo crime da seção 7. Diferentemente do que ocorre em relação aos crimes das seções 1, 2 e 6, que quando realizado o *bribery*, fora do território britânico, este somente seria submetido à jurisdição do Reino Unido, caso houvesse alguma conexão entre o agente pagador ou recebedor de *bribery* e o Reino Unido, em relação ao delito da seção 7 foi excluída esta exigência.

2. O critério legal do *adequate procedures* e suas consequências práticas

No tópico anterior, aprofundamos a análise das questões interpretativas que reputamos de maior complexidade e, por isso, também de grande repercussão na responsabilidade criminal da empresa. Agora, enfrentaremos outro problema, ainda mais complexo, que é a análise da *defence* estabelecida pela seção 7(2) do *Act*.

Primeiramente, uma *defence*, em linhas gerais, consiste no instrumento empregado pelo arguido para negar ou refutar os elementos do crime²⁸. Até aqui, não vislumbramos nenhum problema que mereça maior atenção. É, contudo, a questão que vem a seguir que nos interessa, quando o *Act* acaba limitando a possibilidade de defesa da empresa, ao estabelecer como *defence* a demonstração de que a sociedade comercial empregou procedimentos adequados à prevenção da prática de *bribery* por seus associados.

A primeira grande dificuldade que enfrentaremos reside no próprio significado da expressão *adequate procedures*, que, pelo seu alto grau de subjetividade, somado à inexistência de regras objetivas claras quanto à sua interpretação, produzem, talvez, o maior desafio à adaptação das empresas ao *Act*²⁹. A palavra *adequate*, que significa suficiente, adequado, satisfatório ou aceitável³⁰, não exige da empresa uma eficácia na prevenção do *bribery*, de modo que somente lhe é exigida a prática de procedimentos *anti-bribery* que se mostrem satisfatórios ou adequados, ainda que não evitem a sua ocorrência.

28 Herring, 2011: 255.

29 Crítica acerca das expressões duvidosas em Griew (1978: 57); também neste sentido: Coffee, 1999: 18.

30 *Oxford Dictionaries*, disponível em: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/adequate?q=adequate> [consultado em: 20.04.2012]; O'Shea, 2011: 160.

Além da dificuldade de se aferir o real significado da palavra *adequate*, outro problema que surge é o de se saber como deverá proceder a empresa para colocar em prática procedimentos preventivos que se mostrem adequados a esta exigência legal. Como falámos anteriormente, não foram estabelecidas regras gerais ou alguma espécie de *check list*, mas apenas uma orientação explicativa, não vinculante, apresentada pelo Ministro da Justiça do Reino Unido³¹.

O que se percebe da seção 7(2) do *Act* é que o legislador britânico exigiu um comportamento ativo da companhia na prevenção da corrupção pelos seus associados, devendo, portanto, a partir dessa política corporativa de prevenção, colocar em prática todos os procedimentos que se revelem adequados a evitar a ocorrência do *bribery*. Portanto, exige-se não apenas que a empresa execute políticas de prevenção, pois, se assim o fizesse, o mero emprego de qualquer procedimento preventivo levaria à ausência do crime. O que de fato exige o *Act* é que estas políticas preventivas mostrem-se adequadas, ou seja, que sejam potencialmente capazes de evitar o *bribery*.

Mais uma vez voltamos ao mesmo problema com que nos deparámos no início desta análise, que é o da duvidosa expressão *adequate procedures*, que não traz qualquer confiabilidade às empresas na decisão quanto aos procedimentos preventivos que deverão seguir, a fim de evitar a responsabilidade pelo cometimento do delito da seção 7. Assim, muito embora possa a empresa, agindo de boa-fé, empregar os procedimentos que repete necessários à prevenção do *bribery*, pode ser que tais procedimentos não sejam compreendidos como adequados pelo *Serious Fraud Office* (SFO) ou pelo Poder Judiciário, gerando sua punição, mesmo na hipótese em que se pensou estar agindo de acordo com a lei.

A polêmica em torno da expressão *adequate procedure* já era prevista pelo Parlamento britânico, tanto que no próprio *Act* já continha a necessidade da expedição de uma orientação pelo Ministro da Justiça³². Este *guidance* governamental, ao ser editado, estabeleceu seis princípios a serem levados em consideração pelas empresas na definição dos procedimentos internos de prevenção ao *bribery*. O primeiro e mais importante princípio é o da proporcionalidade (*proportionate procedures*), seguido dos princípios do *top level*

31 Para O'Shea (2011: 168), o *guidance* do Ministro da Justiça não passou de um trabalho de relações públicas destinado a acalmar o mercado, que temia pelas perdas financeiras suportadas pelas empresas.

32 Seção 9, do *Act*.

commitment, risk assessment, due diligence, communication e, finalmente, *monitoring and review*. Centralizaremos nossa análise no *proportionate procedures*, pela sua implicação direta na compreensão do termo *adequate*, que é o foco do nosso estudo neste momento.

A sociedade comercial deve empregar, na sua política preventiva, procedimentos que sejam proporcionais ao risco de *bribery* enfrentado³³, tendo em vista a natureza, escala e complexidade das atividades desenvolvidas. Exige-se, também, que essas políticas preventivas sejam claras, práticas, acessíveis e efetivamente implementadas³⁴. Assim, a primeira providência a ser seguida pela empresa seria a de analisar a atividade empresarial que desempenha, e, a partir daí, delinear as políticas internas que mais se ajustem aos riscos envolvidos. Após essa primeira etapa, devem pôr em prática essas políticas, inclusive com a participação dos diretores e ampla divulgação entre os seus empregados, agentes, contratados e demais pessoas, físicas ou jurídicas, com quem a empresa possua alguma relação.

Apesar desta tentativa do governo britânico de esclarecer algumas questões duvidosas que pendem sobre o *Act*, pensamos que essa orientação não teve o êxito de superar tais dúvidas, pois não tornou possível, objetivamente, a identificação precisa do que seria uma atividade de grande ou pequena escala, tampouco a identificação da complexidade ou natureza da atividade pode ser deduzida dentro de padrões objetivos e claros. Além disso, o somatório das duas perspectivas do princípio da proporcionalidade, ou seja, a referente aos riscos enfrentados pela empresa e aquela dirigida à natureza, complexidade e escala da atividade desempenhada, criam ainda mais problemas à interpretação do que seriam estes procedimentos adequados.

Diante disso, quais seriam, então, aqueles procedimentos adequados que deveriam ser adotados por uma pequena empresa que suporta grandes riscos e, ao contrário, por uma grande empresa que enfrentaria pequenos riscos? Leva-se em consideração os riscos ou a complexidade da atividade?

Além da proporcionalidade, as empresas deverão fazer com que seus proprietários e diretores estejam comprometidos com a política de prevenção, inclusive no tocante à punição daqueles associados que se envolvam com atos de corrupção³⁵. Cabe à sociedade comercial, ainda, o dever de avaliar

33 Por exemplo, uma empresa que atue num país em que a percepção da corrupção seja bastante elevada.

34 *Guidance*, 2011: 20.

35 *Top level commitment*.

periodicamente os riscos³⁶, registrar todas as práticas preventivas, rever com frequência as suas políticas de prevenção, permitindo, assim, uma atualização constante dos procedimentos destinados a evitar o *bribery*³⁷. Tais exigências constituem um verdadeiro dever de diligência diante das novas atividades ou novos negócios que extrapolem aquelas atividades rotineiras e para as quais já foi estabelecida a política *anti-bribery*.

A sociedade comercial há de conceder, ainda, ampla publicidade a estes procedimentos, interna e externamente, inclusive com as subsidiárias e os agentes sediados no exterior³⁸, fornecendo um adequado treinamento³⁹ aos seus empregados e agentes, incentivando as empresas parceiras a adotarem políticas preventivas semelhantes⁴⁰ e promovendo a revisão desses procedimentos sempre que se mostre necessário⁴¹.

Percebemos, neste novo cenário, a importância de uma reorganização corporativa, no sentido de incrementar os programas de *compliance* das empresas, criando um rígido e exaustivo código de condutas⁴², em que estejam claras as medidas preventivas destinadas a impedir o cometimento de *bribery*, exercendo, nesta tarefa, um controle sério dos atos dos parceiros, subordinados e colaboradores, a fim de evitar a prática de *bribery*⁴³.

II. O PROBLEMA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CRIME DE FALHA DA EMPRESA NA PREVENÇÃO DO *BRIBERY*

1. Análise crítica da inversão do ônus da prova no direito penal anglo-saxônico e sua repercussão no *Bribery Act*

O direito penal anglo-saxônico utiliza-se, com certa frequência, de uma construção criminal puramente formal, em que a subjetividade que dirige qualquer ação criminoso é absolutamente ignorada, consistindo este modelo de

³⁶ *Risk assessment*.

³⁷ *Due diligence*.

³⁸ *Communication*.

³⁹ *Training*.

⁴⁰ Aqui estamos falando de uma empresa contratada, que poderá ser encorajada pela contratante a também desenvolver políticas de prevenção à corrupção.

⁴¹ *Monitoring and review*.

⁴² Sobre o conteúdo dos códigos de conduta, Bacigalupo, 2011: 115.

⁴³ Bacigalupo, 2011: 95-110.

incriminação numa espécie de responsabilidade penal objetiva, em que se exige, em sede processual penal, a inversão do ônus da prova. Esses tipos penais são denominados de *strict liability*⁴⁴, como é o caso do crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* (seção 7).

Este crime tem por base a presunção de uma situação de fato que não precisa ser demonstrada pela acusação, mas, ao contrário, necessita ser refutada, de maneira eficaz, pela defesa, sob pena de prosperar o argumento acusatório da configuração do crime de falha da empresa em prevenir o *bribery*, constituindo tal hipótese numa flagrante inversão do ônus da prova.

Não obstante, o ônus da prova no sistema anglo-saxônico possui uma configuração bastante peculiar, sendo, portanto, imprescindível, à compreensão de nossos argumentos, estabelecermos algumas breves notas conceituais ao seu respeito.

Em primeiro lugar, o ônus da prova (*burden of proof*) subdivide-se em *persuasive burden* (*burden of persuasion*) e *evidential burden* (*burden of production*), sendo que somente o *burden of persuasion* é considerado como verdadeiro ônus da prova (ônus da prova em sentido estrito)⁴⁵.

O *persuasive burden* (ônus de persuasão) consiste no ônus que recai sobre as partes em demonstrarem a veracidade dos seus argumentos, atingindo o nível de exigência necessário para tentar persuadir o julgador acerca das afirmações, fatos e teses desenvolvidas em juízo⁴⁶. Consiste este, portanto, num ônus de provar sua tese durante o processo, o que, caso não seja suficientemente satisfeito, torna possível à parte que se desincumbiu deste ônus sair vitoriosa na demanda⁴⁷. Podemos citar como exemplo do *persuasive burden* aquele ônus

44 Posição intermediária enxergamos em Basel (1999: 117), ao admitir a possibilidade de incriminações do tipo *strict liability* somente quando for possível atribuir à empresa, em razão de má-administração (*mismanagement*), a ocorrência de um crime cometido por algum de seus empregados ou agentes; em Clarkson (2001: 135) constatamos que mais da metade das 8000 infrações penais existentes na Inglaterra seguem o modelo de *strict liability*; para Glanville Williams (1961: 257), o argumento de justificação das incriminações do tipo *strict liability* em razão da dificuldade de demonstração do elemento mental e da probabilidade de que o arguido seja culpado, não seriam argumentos convincentes; sentido crítico em: Simester, Sullivan, Spencer & Virgo, 2010: 62-63.

45 Tapper & Cross, 2010: 120.

46 Tapper & Cross, 2010: 121; Prakken & Sartor, 2008: 4.

47 Macagno & Walton, 2010: 6.

que recai sobre a acusação de provar a culpa do arguido sob o *standard* de prova “para além de qualquer dúvida razoável”⁴⁸.

Já o *evidential burden* (ônus de produção), ao contrário, consiste no ônus das partes de apresentarem prova(s) que tenha(m) relação com o(s) fato(s) que se desejam provar. No caso da acusação, recai sobre ela, por exemplo, o ônus de produção de prova suficiente para justificar o encaminhamento do caso ao Júri⁴⁹. Já em relação à defesa, sobre ela recai o ônus de produção consistente no ônus de apresentar provas capazes de sustentarem seus argumentos defensivos, tentando, com isso, refutar alguma prova apresentada pela acusação ou, até mesmo, demonstrar algum argumento de defesa, na tentativa de enfraquecer o(s) argumento(s) da acusação⁵⁰ ou de fortalecer seus próprios argumentos.

Há, ainda, o *tactical burden*, que consiste numa verdadeira percepção tática da necessidade ou não de se apresentar uma *counter-evidence*, a fim de evitar o sucesso da parte adversária ou, ainda, tentar garantir a própria vitória na causa. Há autores, entretanto, que optam por fundir o *evidential burden* com o *tactical burden*, enquanto outros, ao contrário, traçam uma linha divisória entre ambos os institutos⁵¹.

Superada esta fase introdutória, faz-se necessário ingressarmos no cerne da questão, a fim de sabermos se, de fato, o crime da seção 7 representaria ou não uma hipótese de inversão do ônus da prova e quais seriam as consequências desta constatação.

Começaremos por dizer que a regra geral das incriminações no sistema anglo-saxônico é a da exigência do elemento típico subjetivo denominado *mens rea*⁵². Contudo, não é isso que constatamos no crime da seção 7, quando não se exige *mens rea* (*mental element*) para a configuração do crime de falha

48 Conferir o caso *Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970); em Kadish & Schulhofer (2001: 36), podemos verificar uma posição crítica ao *reasonable doubt standard*.

49 Herring, 2011: 29.

50 Este *standard* de prova da defesa (*on the balance of probabilities*) é menos rigoroso do que o da acusação.

51 Tapper & Cross, 2010: 120; sobre o *tactical burden*, entendem Prakken & Sartor (2008: 4) que este consiste numa avaliação tática da parte quanto aos riscos de perder uma determinada causa, caso não apresentem nenhuma outra nova prova sobre o fato.

52 Smith, 1978: 103-106; em Stewart (1969: 46), podemos constatar uma posição crítica sobre a perda de importância do *mens rea* nos *statutes-created offences*, ou seja, nos crimes criados por leis penais escritas; sobre a definição de *mens rea*, Kadish & Schulhofer, 2001: 203.

da empresa na prevenção do *bribery*, exigindo-se, tão-somente, que uma pessoa associada à sociedade comercial venha a praticar, em seu favor, o ato de corrupção, sendo, assim, absolutamente irrelevante a participação, direta ou indireta, da empresa na tomada da decisão criminosa⁵³, quer incentivando, quer concordando⁵⁴ com a prática do *bribery*.

Não obstante, em que pese não ser exigida a participação direta ou indireta da empresa no *bribery*, exige-se da sociedade comercial a tomada de medidas destinadas a evitar o cometimento de atos de corrupção por funcionários e empresas que com ela possuam algum vínculo. Este dever de prevenção acaba por gerar, à empresa, o ônus de afastar a presunção de não ter posto em prática os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, restando à acusação, por outro lado, apenas o ônus de demonstrar a ocorrência do *bribery* cometido por alguma pessoa associada à empresa e em seu favor.

O que interessa sabermos, portanto, é se ao presumir a falha da empresa quanto à prevenção do *bribery*, em razão da sua prática por algum de seus empregados ou agentes, estaremos diante de uma hipótese de verdadeira inversão do ônus da prova (*burden of persuasion*)⁵⁵ ou, ao contrário, tratar-se-ia de um mero ônus de produção, em que não haveria, de fato, inversão do ônus da prova.

Neste crime de falha preventiva da empresa, constatamos, assim, que o fato provado pela acusação é a prática de *bribery* em favor da empresa realizado por algum de seus associados. Já o fato presumido, por outro lado, implica numa presunção de falha da empresa quanto ao seu dever de diligência, por não ter empregado os procedimentos adequados à prevenção do *bribery*⁵⁶. A moldura penal do crime da seção 7, portanto, traz nos seus elementos típicos a presunção de um fato – a empresa não empregou procedimentos ade-

53 Para O'Shea (2011: 131), ao proceder dessa maneira, o legislador britânico acabou por não aplicar na construção do delito da seção 7 o *identification principle*, através do qual se permitiria identificar, dentro dos quadros da empresa, quais os funcionários e diretores que, em vista da importância de suas decisões, reputar-se-iam como decisões da própria companhia, trazendo à tona o elemento intelectual necessário à configuração da *mens rea* e, a partir dele, a responsabilização criminal da empresa por tais decisões;

54 Stewart, 1969: 61. Sobre o assunto, Fletcher (2000: 722-733) entende que o modelo de *strict liability* deve ser utilizado com muito cuidado.

55 Em Tapper & Cross (2010: 129-130), podemos extrair que a imposição de um *evidential burden* que venha a recair sobre a defesa numa ação penal é considerada compatível com o art. 6.º da CEDH, desde que não se trate mesmo de ônus da prova, mas tão somente de ônus de produzir prova.

56 Sobre o assunto, Kadish & Schulhofer (2001: 51) defendem que há um fato atualmente provado (*the basic fact*) e algum outro presumido (*critical fact*).

quados à prevenção do *bribery* –, presunção esta que gera para a sociedade comercial, em consequência, o ônus de demonstrar a não ocorrência deste fato presumido.

Ocorre, todavia, que não se trata, apenas, de um mero ônus de produção. Trata-se, ao contrário, de verdadeiro ônus de persuasão, através da utilização, pela empresa, em sua defesa, de uma apropriada prova em contrário⁵⁷, ao ser obrigada a demonstrar que empregou os procedimentos adequados de prevenção ao *bribery*.

Não basta, portanto, a produção de *counter-evidence* em relação à presunção decorrente da prova do *bribery* fornecida pela acusação, como ocorreria, por exemplo, caso fosse suficiente à empresa comprovar que empregou algum procedimento preventivo e, por isso, não se manteve omissa quanto a seu dever normativo de diligência. Ao contrário, é preciso ir além deste *burden of production*, exigindo-se à defesa o ônus de provar, não apenas que empregou um ou vários procedimentos de prevenção ao *bribery*, mas sim, e, sobretudo, que tais procedimentos foram adequados, ou seja, proporcionais aos riscos, à complexidade das suas atividades e ao próprio tamanho da empresa, para atingir, assim, o nível de exigência compatível com os princípios a que nos referimos no capítulo anterior. A partir daí, a defesa irá construir uma argumentação persuasiva para convencer o julgador acerca do emprego de adequados procedimentos *anti-bribery*, única prova suficientemente capaz de afastar a presunção da sua falha em dar cumprimento a este dever de prevenção.

O *Act*, portanto, ao onerar a defesa com essa carga probatória, acaba por promover uma inadmissível inversão do ônus da prova, o que não apenas se mostra ilegítimo diante do sistema processual penal anglo-saxônico, como também agride as próprias garantias processuais do sistema europeu-continental.

No crime de falha na prevenção do *bribery* é suficiente, portanto, que o órgão de *prosecution* demonstre que o *bribery* foi praticado por alguma pessoa associada à *relevant commercial organisation* para que possa a empresa ser responsável pela falha no seu dever de prevenção, e, assim, ser acusada pelo cometimento do crime da seção 7⁵⁸. Cabe, todavia, à sociedade comercial, somente a possibilidade de apresentar a defesa nos moldes da seção 7(2), demonstrando que havia empregado os procedimentos adequados à preven-

57 Tapper & Cross, 2010: 134.

58 Seção 7(1) do *Act*.

ção do *bribery*, para tornar possível, assim, o afastamento da sua responsabilidade penal.

A lógica que deduzimos desse dispositivo é a de que, primeiramente, caberá à acusação demonstrar apenas a ocorrência do ato de corrupção, que este ato fora praticado por alguém vinculado à empresa e que o *bribery* foi realizado com o fim de gerar algum benefício à empresa, presumindo-se, em consequência, a omissão da sociedade comercial quanto a este dever adequado de prevenção. Em segundo lugar, a empresa assume o ônus de demonstrar sua diligência, provando que mesmo empregando os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, o *bribery* veio a ocorrer. Portanto, somente a demonstração, pela empresa, de que agiu dessa maneira, poderá constituir argumento suficientemente capaz de refutar a presunção de ter falhado no seu dever de prevenção⁵⁹.

Somado a isso, a empresa ainda tem, contra si, sua clara situação de impotência quanto ao controle dos atos de seus associados, os quais, movidos por interesses puramente individuais ou, até mesmo, conflitantes com aqueles da empresa, podem cometer *bribery* e, com isso, acabarem por punir injustamente a sociedade comercial, que se submeterá a sanções penais extremamente graves⁶⁰, caso não consiga demonstrar que utilizou as práticas preventivas adequadas, constituindo-se, portanto, numa inadmissível exigência legal de inversão do ônus da prova que haverá de ser suportada, pela empresa, na sua defesa.

2. A inversão do ônus da prova nas construções penais que seguem o modelo de *strict liability* e a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Seguindo nossa crítica ao crime da seção 7, por se tratar de uma hipótese de *strict liability*, há o rompimento da unidade objetivo-subjetiva do delito e, em que pese à ausência de um comportamento intencional culpável da empresa, contenta-se o legislador com a mera ocorrência de uma determinada situação concreta – o *bribery* – que, pela sua importância para o interesse público, acaba servindo de argumento de legitimação da intervenção penal, punindo-se a empresa, simplesmente, pelo descumprimento do seu dever de

59 Em Glanville Williams (1961: 896-897), interessante sentido crítico acerca da inversão do ônus da prova estabelecido por incriminações construídas através de *statutory law*.

60 Como o pagamento de multas de valor máximo ilimitado.

prevenção da corrupção praticada por alguma pessoa ou empresa que com ela mantenha conexão.

Assim, apesar de o direito penal anglo-saxônico exigir, em regra, a conjugação dos dois elementos constitutivos do delito – *actus reus* e *mens rea* –, nas incriminações do tipo *strict liability*, conforme já nos referimos, tal exigência não se faz necessária. Em que pese, todavia, serem os delitos do tipo *strict liability*⁶¹ já de longa tradição do direito penal anglo-saxônico, permitindo-se, através deles, a previsão de uma espécie de responsabilidade penal sem culpa, a problemática envolvendo estas incriminações, sobretudo no que tange à inversão do ônus da prova, conforme delineámos acima, assume contornos ainda mais complexos quando nos debruçamos sobre o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca do tema.

Primeiramente, o TEDH reconhece a legitimidade de incriminações do tipo *strict liability*, em que há presunções de fato, desde que se limite ao campo meramente processual, isto é, quando somente se refira à inversão do ônus da prova e que sejam assegurados ao arguido o contraditório e ampla defesa, não resultando tal presunção, portanto, numa violação ao princípio da presunção de inocência, gerando, assim, uma compatibilidade destas incriminações com o art. 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁶².

O que se pode deduzir desta posição do TEDH é a sua inclinação em aceitar a criação de tipos penais meramente formais, desde que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, condições suficientes e necessárias ao afastamento da violação da presunção de inocência. Não obstante, não podemos crer que a inversão do ônus da prova que verificamos no crime da seção 7 do *Act* deixe incólume a presunção de inocência, sendo exatamente esta objeção que procuraremos agora desenvolver.

No crime de falha da empresa na prevenção do *bribery*, conforme já dissemos, há uma verdadeira presunção de culpa, tendo como consequência a inversão do ônus da prova, quando, mesmo sem ter a acusação o ônus de demonstrar a falha da empresa quanto ao seu dever de empregar procedi-

61 Bernal del Castillo, 2011: 99-100.

62 Sobre a ausência de violação do art. 6.º da CEDH, conferir o caso *Salabiaku vs. France*, julgado pelo TEDH, em que ficou decidido que a presunção contida no art. 392, 1 do *Customs Code* francês, de que o detentor da mercadoria produto de contrabando é responsável pelo contrabando, não fere o princípio da presunção de inocência; para análise detalhada sobre o caso *Salabiaku vs. France*, conferir Simester, Simester, Sullivan, Spencer & Virgo, 2010: 60.

mentos adequados de prevenção, já se presume a sua responsabilidade penal pela suposta falta no cumprimento deste dever.

A prova em contrário, todavia, ainda que seja admitida na seção 7(2), consiste na abertura de oportunidade à empresa de demonstrar ter colocado em prática procedimentos preventivos adequados. Como vimos, consistiria tal hipótese numa verdadeira inversão do ônus da prova, a partir do qual a empresa deverá apresentar elementos e argumentos capazes de demonstrar a sua inocência, ou seja, que não apenas não falhou, mas, sobretudo, que os procedimentos preventivos empregados foram adequados, segundo as exigências do *Act*.

A despeito da posição do TEDH ao legitimar a inversão do ônus da prova que envolve as incriminações do tipo *strict liability*, a nós não nos parece ser esta a solução mais adequada, pois se olharmos atentamente para o crime de falha da empresa em prevenir o *bribery*, veremos que a exigência defensiva que recai sobre a sociedade comercial constitui uma verdadeira medida de violação da presunção de inocência⁶³.

Dizer que a presença do contraditório e ampla defesa consistiria num *fair trial* e, portanto, não haveria contradição entre os tipos penais construídos nos moldes de *strict liability* e o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH é descartar, em absoluto, o princípio da presunção de inocência, um dos mais importantes fundamentos do direito processual penal.

Nas incriminações que seguem o modelo de *strict liability*, muito embora o agente tenha realizado os elementos componentes do *actus reus*⁶⁴, dispensa-se a presença de *mens rea*. Por esta razão, a doutrina chega mesmo a defender que não se poderia dizer, com firmeza, que esta forma de incriminação consistiria propriamente em delito⁶⁵, mas sim que configuraria simples ação ou omissão proibida em razão do interesse público⁶⁶.

63 Sobre o assunto, Simester, Sullivan, Spencer & Virgo (2010: 60) apresentam sérias críticas à posição do TEDH no caso *Lingers vs. Austria*, em que foi reconhecido que a inversão do ônus da prova e presunções de fato não violariam o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, o que somente ocorreria em situações extremas.

64 Sobre *actus reus*, Stewart (1969: 44) define ação ou omissão dirigida a um resultado prejudicial à sociedade e, por isso, proibido pelo direito penal.

65 Card, Jones & Cross, 1980: 123 ss..

66 Card, Jones & Cross, 1980: 133.

É importante salientarmos, neste momento, que o Reino Unido, desde o ano de 1998, através do *Human Rights Act*⁶⁷, incorporou a CEDH, sendo, portanto, obrigado a submeter-se aos princípios gerais nela consagrados, sobretudo àqueles que se relacionam com a intervenção penal, como o são os princípios da culpa e da presunção de inocência, os quais, diga-se, mais uma vez, constituem fundamentos de legitimação do direito penal e processual penal, estabelecidos pela CEDH⁶⁸.

A análise da compatibilidade ou não do crime da seção 7 com as garantias estabelecidas pela CEDH, passa, necessariamente, pela própria absorção interna destes princípios. Para isso, reputamos de grande interesse trazer a lume os requisitos necessários à verificação dessa compatibilidade, tomando-se, como base neste nosso estudo, o *leading case R vs. DPP*⁶⁹.

Neste precedente, além da própria discussão acerca da necessidade de verificação da compatibilidade entre a lei penal inglesa e a CEDH, o que mais nos interessa são os requisitos apresentados no voto do *Lord Hope of Craighead*, que definiram em quais hipóteses essa inversão do ônus da prova é ou não compatível com a CEDH. A partir da análise dos requisitos estabelecidos pelo precedente *R vs. DPP*, percebemos que, apesar da absorção pelo Reino Unido da CEDH, manteve-se o entendimento de que a inversão do ônus da prova não violaria a presunção de inocência, desde que essa inversão se mostrasse razoável e necessária.

O que de fato nos interessa, com esta análise, é verificar se o crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* é efetivamente compatível com o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, mesmo levando-se em consideração os requisitos apresentados no *leading case* a que nos referimos, quais sejam: o que tem a acusação de provar para transferir o ônus para a defesa; a dificuldade da acusação em provar um determinado fato; e, finalmente, a natureza da ameaça encarada pela sociedade, através de um determinado delito e que, por esta razão, justificaria a inversão do ônus da prova⁷⁰.

67 Em 1998, o Reino Unido incorporou a CEDH, reconhecendo os princípios estabelecidos na referida convenção, inclusive os de natureza penal.

68 O artigo 6.º, n.º 2, da CEDH estabelece que: "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

69 *R vs. DPP, ex p. Kebilene* [2000] 2 AC 326, disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/43.html> [consultado em: 07.06. 2012]; Tapper & Cross, 2010: 137; Herring, 2011: 31.

70 Trecho extraído do voto do Lord Hope of Craighead, proferido no *leading case R vs. DPP, ex p. Kebilene* [2000] 2 AC 326.

Em primeiro lugar, não constatamos no crime de corrupção a gravidade que deveria ser exigida para ensejar um tratamento processual e penal mais rigoroso. O argumento para esta conclusão decorre do próprio confronto entre este *leading case* e o *Bribery Act*, uma vez que naquele precedente discutia-se a prevenção do terrorismo, enquanto que no *Act* estamos diante da prevenção da corrupção. Assim, mesmo reconhecendo a gravidade dos atos de corrupção, este crime está longe de poder ser comparável com o terrorismo, tornando, portanto, injustificável, o maior rigor conferido ao *bribery*.

Em segundo lugar, não haveria uma dificuldade além do normal, para a acusação, em demonstrar a falha da empresa em não empregar os procedimentos adequados à prevenção do *bribery*. A acusação, portanto, dispõe de muitos meios para demonstrar que a empresa manteve-se omissa ou que seus procedimentos de prevenção, efetivamente praticados, não se ajustaram aos riscos enfrentados na atividade empresarial. A inversão do ônus da prova, então, não constituiria na única forma possível de superar alguma dificuldade probatória que poderia recair sobre a acusação, o que deveria ter sido levado em consideração pelo legislador, quando decidiu exigir da empresa o ônus de demonstrar que não falhou no exercício do seu dever de colocar em prática os procedimentos preventivos adequados⁷¹.

Percebemos, portanto, que neste crime de falha da empresa quanto ao seu dever de prevenção, ao exigir-se uma inadmissível inversão do ônus da prova, carregando demasiadamente a defesa com a obrigação de demonstrar que empregou procedimentos adequados de prevenção ao *bribery*, mesmo em se tratando de um *standard* de prova menos rigoroso que o da acusação, ainda assim nos parece indiscutível, ao contrário do que entende o TEDH, que tal inversão violaria a presunção de inocência estabelecida no art. 6.º, n.º 2, da CEDH.

71 Sobre este assunto, recomendamos a leitura do precedente *R. vs. Lambert* [2001] 3 WLR 206, disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/id200102/idjudgmt/jd010705/regina-2.htm> [consultado em: 07.06.2012]; sobre esta questão, Tapper & Cross (2010: 146) afirmam a necessidade de se constatar qual o nível de extensão do *persuasive burden* que pode ser imposto à defesa, defendendo que não se trata, esta análise, puramente de uma matéria de natureza linguística, já que envolveria também considerações a respeito da proporcionalidade.

III. A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL DO REINO UNIDO E SUA REPERCUSSÃO NO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO

A seção 12 do *Act* trouxe uma séria e importante mudança relacionada à jurisdição penal do Reino Unido, em relação ao julgamento dos crimes de *bribery* ocorridos no exterior. Em primeiro lugar, consta do *Act* a previsão da jurisdição territorial, regra geral que abrange todos os crimes, cuja ação ou omissão ocorreu dentro do seu território⁷². Em seguida, estabelece a regra da jurisdição nacional, em que independentemente do lugar em que foi praticado o ato, quer dizer, mesmo que a ação ou omissão vier a ser realizada fora do território britânico, ainda assim será o crime submetido à jurisdição do Reino Unido, desde que seja demonstrada a existência de alguma conexão entre o agente que cometeu o *bribery* e o Reino Unido.

Em relação a esta segunda hipótese, reputamos importante destacarmos alguns aspectos. O primeiro deles consiste nas regras da nacionalidade dispostas na seção 12 do *Act*, através das quais todos os cidadãos britânicos, os cidadãos dos territórios britânicos, o residente no Reino Unido, o estrangeiro vinculado à Grã-Bretanha através do *British Nationality Act* 1981 e qualquer empresa incorporada sob a lei britânica, independentemente do país em que vierem a cometer o *bribery*, estarão sujeitos ao *Act* e serão julgados no Reino Unido⁷³.

A despeito desta ampliação da jurisdição penal do Reino Unido, há uma outra situação ainda mais extrema, quando sequer se exige esta conexão com o Reino Unido, para que o crime seja julgado pela lei britânica. Este é o caso do crime da seção 7⁷⁴, onde não é preciso que a sociedade comercial tenha sido incorporada no Reino Unido, nem que a pessoa associada que cometeu o *bribery* tenha alguma conexão com a Grã-Bretanha ou Irlanda do Norte⁷⁵. Ao contrário, faz-se necessário, tão-somente, que a empresa realize negócios ou parte de negócios em território britânico.

Assim, após a vigência do *Act*, ficou clara a absorção pela jurisdição penal do Reino Unido de todos os crimes referidos nas suas seções 1, 2, 6 e 7,

72 Seção 12(1) do *Act*.

73 Constatamos em O'Shea (2011: 254) que, ao se estender a jurisdição britânica para alcançar os fatos ocorridos fora do seu território, o *Act* acabou por instituir algo incomum no tocante à jurisdição penal do Reino Unido.

74 Seção 12(5) do *Act*.

75 Raphael, 2010: 59.

quer dizer, o *bribery* comum (ativo e passivo), o *bribery* de servidor público estrangeiro e o crime de falha da empresa em estabelecer os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, mesmo quando o ato de corrupção seja cometido fora do seu território. É bem verdade que há restrições à aplicação desta extensão da jurisdição britânica, exigindo-se a conexão a que nos referimos. Porém, essas restrições, ao que parece, não são capazes de impedir a aplicação em massa do *Act* às mais distintas sociedades comerciais estrangeiras, algo absolutamente sem precedentes dentro das relações comerciais internacionais.

Talvez seja por isso que tenha sido deixado de fora o servidor público estrangeiro recebedor de *bribery*, em que pese ter cometido o crime de corrupção passiva previsto na seção 2 do *Act*⁷⁶. Pois, ao excluir o agente público estrangeiro do horizonte punitivo, certamente acabou-se por evitar maiores problemas no cenário internacional, além de desestimular outros países a fazerem o mesmo a partir da aplicação do princípio da reciprocidade.

A maneira empregada pelo Reino Unido, no enfrentamento ao *bribery* cometido no exterior, acabou acarretando sérios transtornos às empresas, sobretudo às grandes corporações multinacionais, que normalmente atuam em diversos países e, por isso, possuem parcerias multilaterais com outras empresas ou grupos de empresas, também de nacionalidades diversas.

Essa postura britânica, claramente unilateral, acaba se distanciando da posição que reputamos mais adequada no combate da corrupção, a qual consistiria, justamente, no aumento da aproximação entre os Estados⁷⁷, buscando, desse modo, traçar uma política criminal *anti-bribery* transnacional e uma maior harmonização entre sistemas penais e processuais penais divergentes⁷⁸, tornando-se, então, uma forma mais eficiente no combate não apenas da corrupção, como também do branqueamento de capitais e outros crimes com contornos transnacionais.

Este novo paradigma no enfrentamento da corrupção, como já enfatizá-mos, acabou por trazer sérios problemas às sociedades comerciais, além de muitas dúvidas quanto à própria definição legal de certas práticas e atividades empresariais. Esse quadro desafiador parece assumir contornos ainda

76 Seção 2 do *Act*.

77 Basel, 1999: 113 ss..

78 Para melhor compreensão das perspectivas de aproximação do direito penal e processual penal dos dois sistemas: Tiedmann, 1999: 76; Bernal del Castillo, 2011: 30-31.

mais complexos quando verificamos os seus reflexos no cenário internacional, onde as empresas estrangeiras encontram-se obrigadas, até mesmo quando estiverem atuando nos seus próprios países, a se ajustar a esta nova política *anti-bribery* do Reino Unido.

Ao lado disso, ampliou-se demasiadamente um quadro de incertezas também entre as empresas britânicas que operam em todo o mundo, sobretudo quando estiverem atuando em parceria com outras sociedades comerciais ou quando participarem de *joint-venture*. Esta preocupação justifica-se, uma vez que a prática de corrupção por um simples fornecedor ou empregado, ainda que não exerça função de chefia ou direção, poderá fazer com que a empresa britânica venha a ser processada, criminalmente, pela falha na prevenção ao *bribery*.

Os problemas, contudo, não se restringem ao *bribery* propriamente dito, mas sim à própria essência das relações comerciais internacionais, como nos casos da vedação às *facilitation payments* e *corporate hospitality*, cuja disciplina trazida pelo *Act* merece uma análise mais detalhada.

Começaremos, por ora, tratando dos *facilitation payments*, que constituem uma espécie de prática corporativa bastante comum mundo afora, principalmente nos países subdesenvolvidos e emergentes, cujo objetivo é o de acelerar ou simplificar rotinas governamentais. Esta nova política britânica é o resultado de um alinhamento à política anticorrupção delineada pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), que é absolutamente contrária às práticas comerciais sob os moldes de *facilitation payments*. Como o *Act* não estabeleceu exceção a esses pagamentos facilitadores, à luz da nova legislação, tais pagamentos, independentemente do seu valor, podem ser enquadrados como *bribery*.

A questão apresenta-se de maneira tão complexa que o *guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, o qual, inclusive, faz referência à recomendação da OECD, firmou posição no sentido de que o *Act* não fez nenhuma exceção aos *facilitation payments*, os quais seriam, desta forma, ilegais. A justificativa para manter-se tal política de “tolerância zero” quanto a esta espécie de pagamentos, a despeito da sua permissão por países tradicionalmente parceiros do Reino Unido, como é o caso dos Estados Unidos⁷⁹, foi a sua

79 O *US Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), contrariamente à atual política britânica *anti-bribery*, permite os *facilitation payments*, conforme transcrevemos: “There is an exception to the anti-bribery prohibition for payments to facilitate or expedite performance of a ‘routine governmental action’. The statute lists the following examples: obtaining permits, licenses, or other official documents; processing governmental papers,

nocividade ao próprio desenvolvimento econômico e à democracia, além do fato destas exceções poderem trazer dúvidas quanto à compreensão precisa do significado de *bribery*, atrapalhando, assim, a eficácia das políticas *anti-bribery* desenvolvidas pelas empresas.

Não obstante, a orientação do Ministério da Justiça foi no sentido de que as questões relacionadas aos pagamentos facilitadores seriam de competência dos diretores do *Serious Fraud Office* e do *Public Prosecutions*, os quais deveriam publicar, conjuntamente, um guia de orientação sobre o tema. O *Joint Prosecution Guidance*, então, foi publicado em 30 de março de 2011, estabelecendo, dentre outros fatores, a interpretação dos órgãos acusadores quanto aos *facilitation payments*.

Nessa orientação conjunta⁸⁰, os chefes desses órgãos reconheceram que, apesar de terem tais pagamentos a finalidade de agilizar determinadas rotinas governamentais, cuja natureza, em tese, não configuraria um indevido exercício de funções pelo funcionário público receptor do pagamento, por não ter sido feita nenhuma exceção pelo *Act*, seriam, a princípio, ilegais. Não obstante, entendem também que alguns fatores podem ser considerados, tanto a favor, como contrários à instauração da persecução criminal, descrevendo, assim, uma lista desses fatores e de sua repercussão⁸¹.

Muito embora a orientação dos órgãos de acusação tenha vindo em boa hora, não reputamos que o *Joint Prosecution Guidance* auxilie muito às empresas em suas práticas corporativas. Isso porque a interpretação do *Serious Fraud Office* (SFO) e do *Crown Prosecution Service* (CPS) não chegou bem a estabelecer uma permissão quanto aos *facilitation payments*, mas sim que a atuação desses órgãos seria fundada na análise do interesse público e da existência ou não de má-fé por parte das empresas e indivíduos que utilizem tais práticas.

A situação fica ainda mais complexa ao analisarmos as empresas que se veem praticamente obrigadas a ceder a pressões de autoridades estrangeiras para fazerem uso desses pagamentos facilitadores, como, por exemplo, o

such as visas and work orders; providing police protection, mail pick-up and delivery; providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products; and scheduling inspections associated with contract performance or transit of goods across country".

80 *Joint guidance*, do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, 2011: 9.

81 Um desses fatores contrários à acusação por *bribery* é o pequeno valor do pagamento, o que provavelmente implicará tão-somente numa *nominal penalty*. Já aqueles pagamentos de grande valor, bem como os pagamentos frequentes e repetitivos, estes sim devem ser interpretados como *bribery*. É esta a interpretação que deduzimos do *joint guidance* do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, disponível em: http://www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery_act_joint_prosecution_guidance.pdf. [consultado em: 10.03.2012].

pagamento para conseguir liberação mais rápida de uma carga, que esteja em algum porto estrangeiro, a aguardar autorização dos fiscais aduaneiros. Assim, diante de tal situação concreta, como deverá então comportar-se a empresa? Caso venha a ceder e faça o pagamento poderá sujeitar-se a um processo por *bribery*, caso não ceda ao apelo do servidor público estrangeiro, por outro lado, poderá ter sérios prejuízos, materiais e contratuais, com o atraso na liberação da carga. Esse dilema não foi efetivamente esclarecido através do *guidance* do SFO e CPS, recaindo, mais uma vez, às empresas, o ônus de suportarem os riscos e os prejuízos do exercício da atividade empresarial, mesmo quando não haja má-fé no uso dos *facilitation payments*.

No que tange à denominada *corporate hospitality*, que é também uma prática bastante comum nas relações comerciais, através da qual os vendedores procuram fornecer alguns benefícios aos seus reais ou potenciais consumidores, tem por objetivo assegurar uma maior aproximação com seus clientes e, ainda, a manutenção ou ampliação das vendas. Um bom exemplo de *corporate hospitality* é o fornecimento de *tickets* para eventos desportivos e espetáculos aos consumidores ou possíveis consumidores. Como o *Act* não faz nenhuma exceção, isso se torna um grande problema, que a depender da interpretação que seja feita pela acusação, poderá implicar, inclusive, um processo por *bribery*.

A cautela das organizações comerciais, em relação ao *corporate hospitality*, deve ser redobrada, sobretudo quando o destinatário do benefício for um funcionário público, pois no caso do servidor público britânico este tem a obrigação legal de declarar todo e qualquer valor que receber no exercício de suas funções, podendo sua conduta configurar, inclusive, prática do crime da seção 2, eis que o próprio recebimento de qualquer vantagem por este servidor já é presumido pelo *Act* como hipótese de desempenho ilegal da função⁸². Em se tratando de servidor público estrangeiro, por outro lado, o cuidado deve ser ainda maior, pois para a existência desse crime, basta comprovar-se a intenção de influenciar o servidor público estrangeiro, sem que seja necessário pretender que o servidor público estrangeiro venha a praticar algum ato ilegal ou indevido.

Não obstante, a orientação do Ministério da Justiça foi no sentido de flexibilizar a ilegalidade da *corporate hospitality*, de modo que não deveria ser considerado *bribery* aqueles benefícios que se encontrassem dentro de cer-

82 Seções 1(3)(b) e 2(3)(b) do *Act*.

tos padrões de normalidade⁸³. Nesse mesmo sentido é a orientação conjunta do *SFO* e do *Crown Prosecution Service*, ao entenderem que o *Act* não procurou punir as condutas corporativas denominadas de *hospitality* ou *promotional expenditure*, desde que sejam feitas de boa-fé, bem como dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Porém, advertem, sempre que tais promoções ou hospitalidades corporativas destinarem-se a provocar ou recompensar a atividade indevida do recebedor, constituirão nesses casos, sem dúvida, uma hipótese de *bribery*⁸⁴.

Assim, tanto os pagamentos facilitadores, como as hospitalidades corporativas não foram excepcionados pelo *Act*, cabendo, assim, aos órgãos de *prosecution*, analisarem cada caso concreto, a fim de verificar, em primeiro lugar, se está ou não presente o interesse público necessário à persecução penal, e, em seguida, se tais atos foram ou não praticados de má-fé.

Desse modo, segundo o que podemos perceber, os problemas gerados pelo *Act* às empresas mundo afora transcendem a própria órbita penal e processual penal, atingindo, diretamente, a essência das relações comerciais internacionais, que certamente deverão passar por uma profunda mudança a fim de se promover uma adaptação efetiva ao novo cenário trazido pelo *Bribery Act*, na tentativa de minimizar os prováveis prejuízos suportados pelas empresas, diante deste novo paradigma no enfrentamento da corrupção.

CONCLUSÃO

A análise a que nos propusemos fazer neste estudo teve por objetivo esmiuçar os aspectos que reputamos mais controversos do *Act*, e sobre os quais identificamos as questões mais problemáticas. Procurámos centralizar nossa análise na responsabilidade penal da sociedade comercial, que se transformou na grande prejudicada com a nova política criminal de combate à corrupção instituído pelo *Bribery Act*, a partir do ano de 2011. Procurámos desenvolver, em detalhes, o delito da seção 7, sem perder de vista, logicamente, os demais dispositivos legais que com essa incriminação possuíam alguma relação.

No decorrer desta análise, procurámos delinear nossa impressão sobre o *Act*, tomando por base os princípios, precedentes e a construção doutrinária do sistema penal anglo-saxônico. Tentámos, todavia, não nos distanciarmos

83 *Guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, 2011: 13-14.

84 *Joint guidance* do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, 2011: 10.

dos fundamentos do sistema europeu-continental, sempre fazendo, quando possível, uma aproximação integrativa entre ambos.

O estudo do *Act* levantou-nos, ainda, uma importante reflexão acerca dos limites da intervenção penal, fazendo-nos questionar até que ponto a construção de incriminações caracterizadas pelas restrições de garantias processuais pode ser utilizada no sentido de alcançar fins louváveis, como o que ocorreu no caso do *bribery*.

Diante desta constatação, dois aspectos ficaram bastante claros. O primeiro deles é o de que mesmo em se tratando do enfrentamento da corrupção, é preciso fazê-lo com limites, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, numa lógica de que os fins nem sempre justificam os meios. O segundo é o de que o combate internacional da corrupção não há que ser desenvolvido unilateralmente, mas sim envolver uma participação mundial no sentido de unir esforços na produção de um enfrentamento coerente e eficaz.

Finalmente, em que pese a louvável tentativa britânica de chamar, para si, a responsabilidade de elevar o nível ético das relações comerciais ao enfrentar com maior rigor o *bribery*, o emprego de medidas processuais intolerantes, a construção de tipos penais puramente objetivos e a tentativa de consolidação de uma jurisdição penal planetária não constituem uma certeza de trazer os resultados esperados, sendo certos, entretanto, os custos dessa intolerante investida na autonomia das empresas e no pleno exercício de suas garantias processuais.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique

2011 *Compliance y derecho penal*, Pamplona: Aranzadi.

BASEL, Mark Pieth

1999 “Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: international developments”, in *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg: Max-Planck-Institut, pp. 113-117.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús

2011 *Derecho penal comparado – la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona: Atelier libros jurídicos.

BIEGELMANN, Marty & BIEGELMANN, Daniel R.

2010 *Foreign Corrupt Practices Act – compliance guidebook*, Hoboken: John Wiley & Sons.

CARD, Richard, JONES, Philip A. & CROSS, Rupert

1980 *Introduction in Criminal Law*, London: Butterworths.

CLARKSON, C. M. V

2001 *Understanding Criminal Law*, London: Sweet & Maxwell.

COFFEE, John C

1999 “Corporate Criminal Liability – An introduction and comparative survey”, in *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg: Max-Planck-Institut, pp. 9-36.

FLETCHER, George P.

2000 *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

GLANVILLE, Williams

1961 *Criminal Law – the general part*, London: Stevens & Sons Limited.

GRIEW, Edward

1978 “Consistency, Communication and Codification: reflections on two mens rea words”, in *Reshaping the Criminal Law*, London: Stevens & Sons, pp. 57-76.

HALL, Livingston & KAMISAR, Yale

1969 *Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions*, St. Paul: West Publishing Co.

HERRING, Jonathan

2011 *Criminal Law*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

- KADISH, Sanford H. & SCHULHOFER, Stephen J
 2001 *Criminal Law and its Processes: cases and materials*, New York: Aspen Law & Business.
- MACAGNO, Fabrizio & WALTON, Douglas
 2010 “Burdens of Persuasion and Proof in Everyday Argumentation”, in *7th Conference on Argumentation of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, disponível em: http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751682 [consultado em: 15.06.2012].
- MIR PUIG, Santiago
 1995 “El sistema del derecho penal en la Europa actual”, in AA. VV., Jesús-María Silva Sánchez, Bernd Schünemann & Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, pp. 25-35.
- O’SHEA, Eoin
 2011 *The Bribery Act 2010: a practical guide*, Bristol: Jordans.
- PADFIELD, Nicola
 2011 “Actualités du droit de l’Angleterre et du Pays de Galles en 2010”, trad. de Amanda Cabrejo e Sabrina Deltre, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, pp. 951-961.
- PRAKKEN, Henry & SARTOR, Giovanni
 2008 “More on Presumptions and Burdens of Proof”, in *EUI Working Papers LAW*, n. 30, San Domenico di Fiesole, pp. 1-11.
- RAPHAEL, Monty
 2010 *The Bribery Act 2010*, Oxford: Oxford University Press.
- ROBINSON, Paul H.
 2002 *The Modern General Part: principles of criminal law*, Oxford: Oxford University Press.
- SIMESTER, Andrew P., SULLIVAN, George R., SPENCER, John R. & VIRGO, Graham J.
 2010 *Simester and Sullivan’s Criminal Law – theory and doctrine*, Portland: Hart Publishing.
- SMITH, John C. & HOGAN, Brian
 1988 *Criminal Law*, London: Butterworth & Co.
- SMITH, A. T. H.
 1978 “On Actus Reus and Mens Rea”, in *Reshaping the Criminal Law*, London: Stevens & Sons, pp. 95-107.
- STEWART, S. W.
 1969 *A Modern View of the Criminal Law*, Oxford: Pergamon Press.

TAPPER, Colin & CROSS, Rupert

2010 *Evidence*, Oxford: Oxford University Press.

TIEDEMANN, Klaus

1999 *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, trad. de Adán Nieto Martín, in *Revista Penal*, n.º 3, pp. 76-86.

WILKINSON, Peter

2010 *The 2010 UK Bribery Act: adequate procedures*, London: Transparency International, disponível em: <http://www.transparency.org.uk/component/content/article/10-publications/95-adequate-procedures-guidance-to-the-uk-bribery-act-2010> [consultado em: 11.02.2012].