

REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL NO EXTERIOR: EMPRESAS BRASILEIRAS EM RISCO?

REFLECTIONS ON NORTH AMERICAN LEGISLATION ANTI-CORRUPTION IN BUSINESS ABROAD: BRAZILIAN COMPANIES AT RISK?

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves *

Pedro Hilst **

SUMÁRIO: Introdução; 1. Origem do Foreign Corrupt Practices Act; 2. Destinatários da norma; 3. Condutas vedadas e sanções; 4. Concurso com outras leis dos EUA e efeitos em outras jurisdições; 5. Divulgação voluntária, colaboração com as autoridades e delação; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trará reflexões sobre a legislação estadunidense anticorrupção no exterior, com enfoque no Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), cujas determinações e pesadas sanções podem alcançar, a depender da situação, empresas brasileiras ou empresas no Brasil. Neste intuito, primeiramente é traçado breve histórico do FCPA para então adentrar em suas prescrições de forma a explicitar a quem se destina a norma, quais as condutas vedadas e eventuais sanções a que estão submetidos aqueles que violarem seus dispositivos, bem como o concurso com outras leis dos Estados Unidos da América e com consequências em outras jurisdições. Também são abordados os efeitos da divulgação voluntária de violações, da colaboração com as autoridades e da delação.

Palavras-chave: Anticorrupção. FCPA. Compliance. Direito Comparado. Violações.

ABSTRACT: *This essay will present reflections about the American anticorruption legislation, with emphasis on the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), whose determinations and heavy sanctions can reach, under some circumstances, Brazilian companies or foreign companies in Brazil. In order to achieve this objective, firstly it is presented the FCPA's background and then the analysis of to whom concern its prescriptions and the forbidden practices and sanctions that may be applied to perpetrators. Other laws of the United States of America that applies and consequences in other jurisdictions are shown. Also the voluntary disclosure of violations, collaboration with the authorities and whistleblowing are objects of study.*

Keywords: *Anticorruption. FCPA. Compliance. Comparative Law. Violations.*

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

** Graduação em Engenharia Industrial Mecânica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná e Université de Technologie de Troyes (França). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Artigo recebido em 08/08/2018 e aceito em 18/10/2018.

Como citar: ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; HILST, Pedro. Reflexões sobre a legislação norte-americana anticorrupção empresarial no exterior: empresas brasileiras em risco? *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, p. 13, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

Mais do que um estudo de direito comparado, o conhecimento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), a lei anticorrupção dos Estados Unidos da América (EUA) é essencial no Brasil contemporâneo, pois, como se demonstrará, empresas brasileiras e subsidiárias de empresas estrangeiras instaladas no país podem estar expostas à referida lei e suas consequências penais, civis e administrativas.

Neste panorama, é mister o estudo para além das normativas nacionais, principalmente encontradas nos dispositivos do Capítulo II-A do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que tipificam os crimes de tráfico de influência e a corrupção ativa em transação comercial internacional (respectivamente os artigos 337-C e 337-B, ambos do Código Penal), e na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que institui a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O presente artigo se propõe a apresentar a legislação estadunidense anticorrupção no exterior, sobretudo o *Foreign Corrupt Practices Act*, pretendendo uma introdutória análise da referida lei. Neste intuito, primeiramente é traçado um esboço histórico do FCPA para a compreensão de sua motivação. Ato seguinte, são analisadas as prescrições legais de forma a explicitar a quem se destina a norma, quais as condutas vedadas e eventuais sanções a que estão submetidos aqueles que violarem seus dispositivos. Para que a compreensão do tema seja adequada, também é feita a apresentação conjunta de outras leis dos EUA e com consequências mesmo em outras jurisdições, vez que sem a análise global, impossível a correta mensuração sobre o alcance da sistemática norte-americana. Finalmente, são abordados os efeitos da divulgação voluntária de violações, da colaboração com as autoridades e da delação.

Em um contexto histórico em que a globalização é uma força inconteste e em que a internacionalização das empresas é frequente, torna-se imperioso conhecer a fundo não somente as regras que ditam o bom comportamento no plano interno, mas também no estrangeiro, sob pena de programas de *compliance* se tornarem inefetivos.

1 ORIGEM DO *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*

O grande escândalo político conhecido como *Watergate* não só causou o *impeachment* do presidente Richard Nixon por causa de contribuições ilegais para a campanha de 1972, como também expôs a multimilionária cadeia de corrupção empresarial nos EUA.

Muitas empresas, entre elas gigantes do setor de petróleo e gás tais como Exxon (anteriormente Standard Oil), Mobil, Gulf Oil, Ashland Oil e Phillips Petroleum, subornavam agentes públicos estrangeiros para obter negócios (BIEGELMAN, 2010, p.8). Já nos anos 70, Eduardo GALEANO, em seu emblemático *As Veias Abertas da América Latina*, denunciava o poderio das grandes empresas do setor sobre os rumos dos países:

Não há empresários cujo poder político se compare com o que exercem as grandes corporações petrolíferas. A Standard Oil e a Shell entronizam e destronam reis e presidentes, financiam conspirações palacianas e golpes de Estado, têm a seu serviço um sem-número de generais, ministros e James Bonds, e em todas as comarcas e todos os idiomas decidem o curso da guerra e da paz. (GALEANO, 2010, p.222)

Investigações da SEC (*Securities and Exchange Commission*), a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos, concluíram que centenas de empresas estadunidenses pagavam propinas a agentes públicos estrangeiros de todos os escalões em quase todo o mundo. A arraigada prática não era ilegal, sendo comum o não registro de tais pagamentos nos livros contábeis. Em países europeus como Alemanha e Reino Unido, mesmo os valores pagos em suborno no exterior eram dedutíveis dos impostos como gasto empresarial legítimo (BIEGELMAN, 2010, p.9).

Nos EUA, a SEC promoveu em 1976 um programa de divulgação voluntária, no qual foi admitido o pagamento de mais de 300 milhões de dólares a funcionários estrangeiros por mais de 500 empresas (BIEGELMAN, 2010, p.10).

O Senado dos Estados Unidos também conduziu investigações e audiências públicas, apesar da resistência do então secretário de estado Henry Kissinger, preocupado com as potenciais consequências do que chamou de “O *Watergate* Empresarial” (“*The Watergate of Private Industry*”) em correspondência de 1975. Intensificadas as investigações, Kissinger tentou manter desconhecidas do público as informações sobre as práticas de suborno da Lockheed Aircraft Corporation, empresa que detinha

a maior parte dos contratos militares nos EUA. Entretanto, a Lockheed foi forçada a admitir perante o Congresso estadunidense o pagamento de 24 milhões de dólares em suborno a autoridades de ao menos 15 países, incluindo para o marido da rainha dos Países Baixos, para o líder do partido da situação no Japão, para o Ministro do Interior italiano e para generais da Força Aérea da Colômbia (BIEGELMAN, 2010, p.11-12).

No âmbito do Poder Executivo, foi formada em março de 1976 uma Força Tarefa sobre Pagamentos Empresariais Questionáveis (*Task Force on Questionable Corporate Payments*). A SEC formulou um relatório sobre Pagamentos e Práticas Empresariais Questionáveis e Ilegais (*Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*) em maio do mesmo ano (BIEGELMAN, 2010, p.13). Willian Proxmire, Frank Church e outros senadores fizeram passar uma lei com dispositivos anticorrupção, a qual também obrigava a que fossem mantidos livros e registros de todas as transações efetuadas pelas empresas e a existência de controles internos. O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) tornou-se lei pela assinatura do presidente Jimmy Carter em 19 de Dezembro de 1977 (BIEGELMAN, 2010, p.15), de modo que os EUA foi o primeiro país a tornar ilegal o suborno de funcionários estrangeiros (BIEGELMAN, 2010, p.8).

Quando foi sancionado, o FCPA foi criticado, sendo apelidado de forma desdenhosa de “Lei do Pleno Emprego dos Contadores de 1977” (“*Accountants’ Full Employment Act of 1977*”), por conta de suas disposições obrigatórias sobre *compliance* (BIEGELMAN, 2010, p.17). Entretanto, hoje, com a globalização acentuada dos negócios, “mais do que nunca, todas as organizações necessitam de um programa robusto de *compliance* para assegurar uma cultura perene de *compliance*”¹ (BIEGELMAN, 2010, p.19).

Houve, assim, a partir da década de 1970 uma priorização político criminal nos Estados Unidos da América visando a coibir as práticas danosas praticadas por empresas e que, em última análise, desvirtuavam o próprio ambiente concorrencial em que estavam inseridas.

Neste sentido, preocupados com a desvantagem competitiva das empresas americanas em relação às empresas oriundas de países nos quais não se criminalizavam a corrupção transnacional, o Congresso estadunidense solicitou, em 1988, ao Poder Executivo, que iniciasse

¹ Tradução livre para: “More then ever before, all organizations need a robust compliance program to ensure an enduring culture of compliance”. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. p. 19.

negociações no âmbito da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para obtenção de um acordo com seus maiores parceiros comerciais (BIEGELMAN, 2010, p.25).

O resultado foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, adotada em Paris, França, em 1997. Sobre a Convenção, observa Thiago Godinho que o “texto é largamente inspirado na lei americana sobre corrupção internacional, o *Foreign Corrupt Practices Act*” e destaca a vasta amplitude, rara em Direito Penal Internacional, de aplicação da Convenção, conferida pela aplicação extraterritorial do direito, tornando a penalização da corrupção mundial (GODINHO, 2011).

Apesar de não ser membro da OCDE, o Brasil participou das discussões e a Convenção foi promulgada no país pelo Decreto 3.678/2000 (RAMINA, 2001, p. 81). Sobrevieram assim a inclusão do Capítulo II-A no Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), acrescentando-se, pela Lei 10.467 de 2002, os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira e a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

2 DESTINATÁRIOS DA NORMA

O FCPA é composto por duas partes principais: uma sobre contabilidade, estando as violações sob responsabilidade da SEC; e outra sobre anticorrupção, sob responsabilidade do DOJ (BIEGELMAN, 2010, p.24). A investigação de crimes geralmente é feita pelo *Federal Bureau of Investigation* – FBI, a Polícia Federal norte-americana (TARUN, 2012, p.213).

As determinações sobre contabilidade alcançam as empresas de capital aberto (*publicly traded*) que emitem valores mobiliários nos Estados Unidos ou emissores que estejam obrigados a reportes periódicos à SEC (15 U.S.C. §78m(b)(2))². Por recorrerem à poupança pública para a captação de recursos, tutela-se os interesses dos investidores do mercado, tanto titulares de valores mobiliários quanto potenciais adquirentes, na esteira da mesma lógica aplicada, no Brasil, na Lei das Sociedades Anônimas – Lei 6.404/76 (BERTOLDI/RIBEIRO, 2011, p.222).

² Para aumentar a ciência e entendimento do FCPA, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (*Department of Justice* - DOJ) disponibiliza traduções não oficiais da lei em várias línguas. A tradução para o português disponibilizada foi empregada, em paralelo com o texto original, como referência no desenvolvimento do presente artigo. A referida tradução pode ser acessada no *link* <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>>.

Essas emissoras (*issuers*) devem, conforme dispõe 15 U.S.C. §78m(b)(2):

(A) preparar e manter livros contábeis, registros e contas que, com um nível razoável de detalhe, reflitam de forma completa e precisa as transações e as disposições dos ativos do emissor; e

(B) criar e manter um sistema interno de controles contábeis, suficiente para fornecer garantias razoáveis de que

(i) as transações sejam executadas de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa;

(ii) as transações sejam registradas conforme necessário para (I) permitir o preparo de demonstrações financeiras em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos ou quaisquer outros critérios aplicáveis a tais demonstrações e (II) manter uma prestação de contas dos ativos;

(iii) o acesso aos ativos seja permitido somente de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa e;

(iv) o registro de prestação de contas dos ativos seja comparado com os ativos existentes a intervalos razoáveis e que as medidas apropriadas sejam tomadas com respeito a quaisquer diferenças.

Note-se que não há necessidade de se provar o suborno, bastando um pagamento realizado não contabilizado adequadamente pela companhia para caracterizar uma infração à FCPA (BIEGELMAN, 2010, p.24). Segundo Martin e Daniel Biegelman:

O propósito dos dispositivos sobre os livros e registros é o de dar efetividade à lei. A lógica nos diz que as empresas provavelmente não vão registrar com precisão suborno pago a oficiais de governos estrangeiros, mas se o fizerem, a evidencia lá está para ser obtida pelo governo. Se as empresas omitirem ou falsificarem transações para esconder pagamentos de suborno, elas também enfrentam risco legal. A força do FCPA dá grande impulso ao governo na investigação e persecução de esquemas de suborno e corrupção. Os violadores estão condenados se o fizerem e

estão condenados se não o fizerem. A melhor forma de evitar punição é não cometer o crime³. (BIEGELMAN, 2010, p.35)

O conhecimento da falsificação dos registros da empresa também é proibido, pois, conforme 15 U.S.C. §78m(b)(5), “nenhuma pessoa poderá sabidamente burlar ou deixar de implementar um sistema de controles internos de contabilidade ou sabidamente falsificar qualquer livro, conta ou registro contábil”. Esta infração é de natureza penal, estando, portando, sob a jurisdição do DOJ (TARUN, 2012, p.13).

As determinações anticorrupção da lei são, atualmente⁴, aplicáveis a três categorias de pessoas: emissoras de valores mobiliários (*issuers*); empreendimentos nacionais (*domestic concerns*); e outras pessoas, que não emissoras ou empreendimentos nacionais, se agirem, em território estadunidense, para promover um pagamento ilícito (TARUN, 2012, p.1). A lei também se aplica aos agentes das pessoas às quais são aplicáveis os dispositivos anticorrupção (aí compreendidos qualquer dirigente, diretor, agente, funcionário ou acionista que haja em seu nome).

Por emissora (*issuer*), entende-se qualquer empresa, estadunidense ou não, que tenha valores mobiliários registrados nos EUA ou das quais se exige relatórios periódicos à SEC (15 U.S.C. §78dd-1(a)), sobre as quais, como já apresentado, também se aplicam as determinações sobre contabilidade da FCPA. São empresas de capital aberto (*publicly traded*) que, por exemplo, negociam *American Depositary Receipts* (ADRs) em bolsas de valores estadunidenses, como é o caso de muitas companhias brasileiras que têm ADRs negociados na Bolsa de Valores de Nova York, dentre elas Ambev, Bradesco, Brasken, BRF, Cemig, Copel, Embraer, Gerdal, Gol, Itaú Unibanco, Net, Oi, Pão de Açúcar, Petrobrás, Sabesp e Vale.

³ Tradução livre para: “The purpose of the books and records provision is to put teeth into the statute. Logic tell us that companies probably will not accurately record bribe payments to foreign government officials but if they do, the evidence is there for the government to obtain. If companies omit or falsify transactions to hide the bribe payments, they also face legal peril. The strength of the FCPA gives great leverage to the government in investigating and prosecuting bribery and corruption schemes. Violators are damned if they do and damned if they don’t. The best way to avoid punishment is not to do the crime in the first place”. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. p. 35.

⁴ Antes de emendas ao FCPA ocorridas 1998, que adequaram a lei à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997 (Convenção da OCDE), a lei alcançava apenas as emissoras (*issuers*) e os empreendimentos nacionais (*domestic concerns*), e somente se usassem, de forma corrupta, os correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual (*instrumentalities of interstate commerce*), como bancos, sistemas de comunicação e transportes. TARUN. Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: ABA, 2012. p.2.

O termo empreendimento nacional (*domestic concerns*) significa, conforme 15 U.S.C. §78dd-2(h), qualquer indivíduo que é cidadão, nativo ou residente nos Estados Unidos; e qualquer sociedade anônima, sociedade, associação, empresa de capital comum, truste comercial, organização não constituída comercialmente ou empresas de um só proprietário que tenham sua sede nos Estados Unidos, ou que tenha sido organizada segundo as leis de um estado dos Estados Unidos, ou de um território, possessão, ou membro da comunidade dos Estados Unidos da América.

As pessoas que não se enquadram nas duas primeiras classificações, ou seja, as pessoas estrangeiras, naturais ou morais, são alcançadas pelo FCPA se cometerem algum ato no território estadunidense para o pagamento ilícito (15 U.S.C. §78dd-3(a)). Entretanto, as autoridades dos Estados Unidos entendem que ligações telefônicas, correios eletrônicos (e-mails) e mesmo transferências bancárias que passam brevemente pelo país permitem ao DOJ e à SEC declararem haver jurisdição sobre a pessoa estrangeira.

No histórico legislativo das emendas de 1998 ao FCPA, encontra-se orientação de que o critério jurisdicional da territorialidade deve ser interpretado de maneira ampla, de forma que uma profunda conexão física ao ato de suborno não é requerida (BIEGELMAN, 2010, p.24).

Portanto, empresas brasileiras, mesmo as não emissoras de valores mobiliários nos EUA, as quais preencherem ao requisito podem ser alvo de investigações e eventualmente sofrerem as sanções previstas na lei. É certo que problemas relativos à aplicação extraterritorial e análise acerca de eventual concurso de leis demandaria estudo específico de caso a caso e não é isento de crítica, inclusive quanto a um “imperialismo moral norte-americano” (COELHO, 2017, p.180). Nada obstante, o preceito geral é de que as empresas brasileiras ficam, sim, sujeitas a tais investigações e sanções.

Com base nos princípios de agência (*agency principles*), a matriz de uma empresa é responsável por ações de suas subsidiárias (*subsidiaries*) ou de terceiros (*third-party*) (BIEGELMAN, 2010, p.39), tais como consultores, distribuidores, revendedores ou subcontratantes (TARUN, 2012, p. 101). No caso de *joint venture*, a companhia compartilha da responsabilidade pelas ações dos demais componentes no que tange ao empreendimento conjunto (BIEGELMAN, 2010, p.39). Por fim, também há a responsabilidade do sucessor (*successor liability*) nos casos de

incorporação ou fusão, sendo o sucessor responsabilizado por violações à FCPA anteriores ao movimento societário.

3 CONDUITAS VEDADAS E SANÇÕES

A violação se caracteriza pelo oferecimento, pagamento, promessa ou autorização de pagamento em dinheiro; ou, pelo oferecimento, doação, promessa ou autorização de dar qualquer item de valor⁵, diretamente ou por terceiro, a qualquer dirigente estrangeiro. Dirigente estrangeiro (*foreign official*), de acordo com 15 U.S.C. §78dd-1(f), -2(h), -3(f), significa qualquer dirigente ou funcionário de um governo estrangeiro ou qualquer departamento, órgão ou organismo governamental ou de uma organização pública internacional ou qualquer pessoa que atuar em qualidade oficial para tal governo ou departamento, órgão ou organismo, ou que atuar para tal organização pública internacional ou em nome deles.

Há proibição também em relação ao suborno de partidos políticos estrangeiros, seus dirigentes e candidatos a cargos políticos no exterior (15 U.S.C. §78dd-1(a)(2), -2(a)(2), -3(a)(2)). O propósito do suborno é influenciar ato ou decisão do dirigente estrangeiro, induzi-lo a realizar ou deixar de realizar ato em descumprimento de seu dever legal, garantir a obtenção de vantagem indevida ou induzi-lo ao uso de sua influência perante governo estrangeiro ou organismo internacional. A finalidade do subornador é obter, manter ou direcionar negócios para qualquer pessoa.

Há pagamentos que, desde as emendas de 1988 ao FCPA, são expressamente ressalvados do alcance da proibição, constituindo a chamada exceção para ação governamental de rotina (*exception for routine governmental action*). Assim, não implica violação dos dispositivos anticorrupção os pagamentos com o fim de agilizar ou garantir a realização de uma ação governamental de rotina, como permissões, licenças, documentos, vistos, serviços de correspondência, telefonia e frete, fornecimento de água e eletricidade, proteção de cargas perecíveis (DOJ/SEC, 2012, p. 25).

Ainda são previstas duas *affirmative defenses* (conceito semelhante ao que chamamos no Brasil de excludentes de culpabilidade), as quais, desde que provadas, afastam a aplicação das sanções. Desta forma, se o

⁵ Apesar de a tradução para “item de valor“ poder levar a conclusão de que é necessário ser algo material, o original em inglês, “*anything of value*”, abrange qualquer coisa de valor, podendo ser o suborno pago, por exemplo, em viagens, joias, aluguéis, joias de clubes de campo, carros, entretenimento e a contratação de parentes, conforme anota TARUN. Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: ABA, 2012. p.4.

pagamento, doação, oferta ou promessa de qualquer item de valor que não for ilegal de acordo com o Direito positivo do país do dirigente estrangeiro ou se feito no intuito de, de boa-fé, ressarcir dirigentes estrangeiros de despesas razoáveis e legítimas, tais como refeições, deslocamento, acomodação, quando a empresa estiver promovendo ou demonstrando um produto ou executando um contrato, tampouco se aplicam sanções.

As sanções por violação do FCPA, as quais podem ser severas, foram reunidas na forma da tabela abaixo para uma melhor visualização:

QUADRO 01 – Sanções por violações do FCPA

	Por violação dos dispositivos sobre Contabilidade	Por violação dos dispositivos Anticorrupção
Pessoa natural	Multa*: ≥ US\$5mi Prisão: ≥ 20 anos Penalidade civil: ≥ US\$100.000	Multa*: ≥ US\$100.000,00 Prisão: ≥ 5 anos Penalidade civil: ≥ US\$10.000,00
Pessoa jurídica	Multa*: ≥ US\$25mi Penalidade civil: ≥ US\$500.000,00	Multa*: ≥ US\$2mi Penalidade civil: ≥ US\$10.000,00
* Sob o <i>Alternative Fines Act</i> (18 U.S.C §3571(d)), podem as penas pecuniárias ser muito mais elevadas, podendo atingir o dobro do valor perdido pela vítima ou do benefício auferido pelo autor do crime, pessoa física ou empresa.		

A empresa, por violação dos dispositivos referentes à contabilidade, ainda é passível de outras punições tais como a proibição de contratação com o Poder Público (*debarment*), a perda de benefícios de exportação (*loss of export privileges*), a proibição de participar de certos negócios e práticas por uma injunção (*injunctive relief*) e a nomeação de um supervisor independente para acompanhar a empresa (*appointment of a Monitor*) (BIEGELMAN, 2010, p.37).

4 CONCURSO COM OUTRAS LEIS DOS EUA E EFEITOS EM OUTRAS JURISDIÇÕES

Ainda, pode haver outras potenciais implicações criminais e de responsabilidade civil atribuídas por outras leis dos Estados Unidos. Uma lei que merece destaque é a Lei Sarbanes-Oxley (SOX), a qual requer de

empresas de capital aberto a observância de vários requisitos (envolvendo conflito de interesses, demonstrações financeiras, auditoria, certificação) e a implementação de um *compliance* mais rígido (BIEGELMAN, 2010, p.36). A SOX foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 2002, depois dos grandes escândalos financeiros da Enrol e da WorldCom, alcançando todas as empresas estadunidenses e as estrangeiras emissoras de valores mobiliários (*issuers*) no país (o que inclui as empresas brasileiras que negociam *ADRs* na Bolsa de Valores de Nova York). De acordo com Ricardo Franceschini, a SOX

é extensa e detalhada, impondo uma série de boas práticas e requisitos técnicos e operacionais, com a finalidade de proteger os investidores e punir severamente os administradores que manipulam as demonstrações financeiras da empresa a qual se incorporam, e penalizar, ainda, os auditores que indevidamente certificarem números «maquiados», buscando, com isso, estabelecer a ética nas operações financeiras do mercado de capitais.

É dessa forma que, ante o evidente desequilíbrio, a SOX exhibe como principal objetivo a recuperação da credibilidade do mercado de capitais norte-americano, evitando a incidência de novos erros e impedindo, de forma rigorosa, que as empresas realizem operações consideradas lesivas aos interesses dos investidores. (FRANCESCHINI, 2008)

Uma condenação por pagamento de suborno pode, ainda, gerar efeitos em outras jurisdições. Na Europa, a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços instituiu em seu art. 45, 1, a, determina que fica excluído de participar num procedimento de contratação pública o candidato ou proponente que tenha sido condenado por corrupção por decisão final transitada em julgado de que a entidade adjudicante tenha conhecimento. Segundo Robert W. Tarun, acredita-se que o acordo recorde de 1,6 bilhões de dólares que a Siemens firmou com os governos dos EUA e Alemanha cuidadosamente evitou que uma condenação por suborno acarretasse a pena de não contratação com o poder público na Europa por força do art. 45 da Diretiva da União Europeia (TARUN, 2012, p.20).

5 DIVULGAÇÃO VOLUNTÁRIA, COLABORAÇÃO COM AS AUTORIDADES E DELAÇÃO

A divulgação voluntária (*voluntary disclosure*) de violações ao DOJ é uma opção feita por muitas empresas para evitar sanções pesadas (BIEGELMAN, 2010, p.58), mas não há até o momento uma política clara de quais os fatores e circunstâncias dessa divulgação e cooperação que levam a acordo de não persecução (*non-prosecution agreement – NPA*), acordo de persecução diferida (*deferred prosecution agreement – DPA*) ou outro tratamento favorável (TARUN, 2012, p. 190). Mike KOEHLER explica que

Uma NPA não é feita judicialmente, sendo um acordo privado negociado entre o DOJ e a empresa no qual o DOJ concorda em não processar a empresa se esta admitir a responsabilidade pela conduta em questão e concordar em albergar esforços de *compliance*. Uma DPA é tecnicamente realizada judicialmente e, portanto, tem a mesma aparência de um indiciamento criminal. Entretanto, como negociado entre o DOJ e a empresa, o DOJ consente em diferir a persecução da companhia (usualmente por um período de dois a quatro anos) se a companhia admitir a responsabilidade pela conduta em questão e concordar em albergar esforços de *compliance*. Após o referido período, o DOJ dispensa as denúncias feitas, mas jamais processadas. (...) Dada a prevalência de NPAs e DPAs no contexto da FCPA, uma companhia que realiza um acordo dessa natureza com o DOJ não será demandada a declarar-se culpada das acusações, não sendo considerada violadora dos dispositivos anticorrupção do FCPA⁶. (KOEHLER, 2012).

⁶ Tradução livre para: “An NPA is not filed with a court, but instead is a privately negotiated agreement between the DOJ and the company whereby the DOJ agrees not to prosecute the company if it acknowledges responsibility for the conduct at issue and agrees to a host of compliance undertakings. A DPA is technically filed with a court and thus has the same appearance as a criminal indictment or information. However, as negotiated between the DOJ and the company, the DOJ agrees to defer prosecution of the company (usually for a two to four year period) if the company acknowledges responsibility for the conduct at issue and agrees to a host of compliance undertakings. After the relevant time period, the DOJ dismisses the criminal charges filed, but never prosecuted. (...) Given the prevalence of NPAs and DPAs in the FCPA context, a company entering into such an agreement with the DOJ is never required to plead guilty to any charges and is never found to be in violation of the FCPA’s anti-bribery provisions”. KOEHLER, M. *FCPA professor 2012*. Disponível em <<http://www.fcpaprofessor.com/fcpa-101#q16>>. Acesso em 12 de fev. 2013.

Se um NPA ou DPA, possibilidade mesmo quando não há divulgação voluntária, mas cooperação efetiva, não for oferecido pelo DOJ à empresa, resta a possibilidade de um *plea agreement*, também conhecido por *plea bargain*, uma forma de transação penal com admissão de culpa. Em troca de sanções menores, a empresa faz um acordo com a promotoria (Estado) e se declara culpada (*plea guilty*) antes do julgamento. A maior parte das empresas celebra esse tipo de acordo, enquanto as pessoas naturais indiciadas, passíveis de pena de prisão, muitas vezes preferem ir à julgamento, pois incumbe ao DOJ o pesado ônus da prova (*burden of proof*) da conduta delitiva (KOEHLER, 2012). Vale lembrar que no processo penal estadunidense, como anota João Gualberto Garcez Ramos:

No caso de julgamento pelo júri, o juiz tem o dever de instruir convenientemente os jurados do princípio da presunção da inocência (*presumption of innocence*), isto é, de que, para emitir um juízo condenatório, devem estar convencidos além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Segundo a Suprema Corte, a falta de uma instrução conveniente a respeito dos jurados é, de *per se*, causa de nulidade do julgamento: *Sullivan v. Louisiana*, 508 US 275 (1993). (RAMOS, 2006, p. 192)

Outra forma de possíveis violações chegarem ao conhecimento das autoridades é a delação. O *Dodd-Frank Act* de 2010, uma lei estadunidense com dispositivos de proteção ao delator (*whistleblower*), fez com que a SEC editasse regras complementares para incentivar financeiramente as delações de transgressões a leis federais envolvendo valores mobiliários (entre elas o FCPA) e aumentar a proteção dos delatores contra retaliações. O delator de violações punidas, em uma corte federal ou ação administrativa, com sanções monetárias pode receber de 10 a 30% do valor arrecadado se prover voluntariamente informações originais à SEC que levarem a sanções (*enforcement actions*) obtidas pela Comissão superiores a um milhão de dólares. Embora o foco das empresas claramente esteja em potenciais delações por empregados, o delator pode ser qualquer pessoa (parceiros comerciais, clientes, fornecedores, adversários em litígios, jornalistas, acadêmicos) (TARUN, 2012, p. 23).

CONCLUSÃO

Consoante desenvolvido no artigo, empresas brasileiras ou empresas no Brasil podem vir a ser responsabilizadas nos Estados

Unidos da América por atos de corrupção no exterior, estando sujeitas às consequências de natureza civil, penal e administrativa, conforme as hipóteses previstas no *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

A violação se caracteriza pelo oferecimento, pagamento, promessa ou autorização de pagamento em dinheiro; ou, pelo oferecimento, doação, promessa ou autorização de dar qualquer item de valor, diretamente ou por terceiro, a qualquer dirigente estrangeiro.

Nada obstante, é desnecessário provar o suborno propriamente dito, sendo suficiente a realização de pagamento não contabilizado de maneira adequada para que seja configurada infração à FCPA.

Companhias de capital aberto brasileiras que negociem, por exemplo, American Depositary Receipts (ADRs) em bolsa de valores estadunidenses são sujeitas à incidência da legislação norte-americana anticorrupção empresarial no exterior. Destarte, o simples fato da sociedade ser brasileira não retira a competência da autoridade administrativa dos EUA.

Ademais, mesmo companhias brasileiras que não sejam emissoras de valores mobiliários nos Estados Unidos da América podem ser alvo de investigações e sanções pelas autoridades norte-americanas, vez que o FCPA tem sido aplicado a partir da simples verificação de que ligações telefônicas, correios eletrônicos (e-mails) ou transferências bancárias tenham relação com mínima atuação nos EUA.

Destarte, é bastante grande o número de sociedades que possam, ainda que potencialmente, estar sujeitas à jurisdição norte-americana, razão pela qual precisam organizar o compliance de maneira a observar a legislação estadunidense, sob o risco de serem submetidas às pesadas penas previstas.

Tal organização empresarial não só previne eventuais consequências jurídicas nos EUA, como também pode contribuir para atrair investidores e parcerias com empresas estrangeiras, já que as políticas de transparência, adequação à lei e a intolerância a atos de corrupção tendem a agregar valor para a própria atividade empresarial desenvolvida.

REFERÊNCIAS

- AMCHAM BRASIL. *INDICADORES BRASIL*: Investimento estrangeiro direto tem leve recuo, mas ganha qualidade. Disponível em <<http://www.amcham.com.br/estudos-e-pesquisas/indicadores-brasil/investimento-estrangeiro-direto-tem-leve-recuo-mas-ganha-qualidade-7571.html>>. Acesso em: 26 de dez. 2017.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla P. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.
- DOJ. SEC. *FCPA*: A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. p. 25. Disponível em <<http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. 2018.
- COELHO, Nuno M. M. S. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. *Revista Jurídica*, vol. 1, n. 46, Curitiba, p. 164-187.
- FRANCESCHINI, Ricardo. *Breves reflexões sobre a lei Sarbanes Oxley*. 2008. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI58808,11049-Breves+reflexoes+sobre+a+Lei+Sarbanes+Oxley>>. Acesso em: 12 de dez. 2017.
- GALEANO, Eduardo. *As Veias abertas da América Latina*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&MPM, 2010.
- GODINHO, Thiago José Z. Contribuição do Direito Internacional no combate à corrupção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011.
- HIRST, Monica. *Understanding Brazil-United States Relations*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.
- KOEHLER, Mike. *FCPA professor 2012*. Disponível em <<http://www.fcpaprofessor.com/fcpa-101#q16>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.
- MDIC. *Balança comercial brasileira: Dezembro/2014*. 2014. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1420551849.pdf>. Acesso em: 22 de fev. 2018.

RAMINA, Larissa. *Ação Internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2001.

RAMOS, João Gualberto G. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: ABA, 2012.