UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito

Marlos Corrêa da Costa Gomes

INCIDÊNCIA DA FCPA (FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT) SOBRE AS EMPRESAS BRASILEIRAS – Análise dos Acordos Celebrados pelo Departamento de Justiça Norte-Americano

Belo Horizonte

2021

Marlos Corrêa da Costa Gomes

INCIDÊNCIA DA FCPA (FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT) SOBRE AS EMPRESAS BRASILEIRAS – Análise dos Acordos Celebrados pelo Departamento de Justiça Norte-Americano

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. dr. Marcelo Andrade Féres

Coorientador: Prof. dr. Eduardo Saad Diniz

Belo Horizonte
2021

Gomes, Marlos Corrêa da Costa

G633i Incidência da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) sobre as Empresas Brasileiras – Análise dos Acordos Celebrados pelo Departamento de Justiça Norte-Americano / Marlos Corrêa da Costa Gomes. – 2021.

Orientador: Marcelo Feres.

Coorientador: Eduardo Saad Diniz.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Comércio internacional – Brasil – Estados Unidos – Teses 3. Suborno – Teses 4. Corrupção – Teses I. Título

CDU 343.352:339.5

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
COLEGIADO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

Incidência da FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) sobre as Empresas Brasileiras – Análise dos Acordos Celebrados pelo Departamento de Justiça Norte-Americano

MARLOS CORRÊA DA COSTA GOMES

Dissertação de Mestrado defendida e aprovada no dia 15 de março de 2021 pela Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais constituída pelos seguintes professores:

Marcelo Andrade Feres - UFMG - (Doutor) (Orientador)

Eduardo Saad Diniz - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP - (Doutor)

Fabiano Teodoro de Rezende Lara - UFMG - (Doutor)

Maurício Moreira Mendonça de Menezes - UERJ - (Doutor)

Professor Dr. Emilio Peluso Neder Meyer

Coordenador do PPGD/UFMG

Documento assinado eletronicamente por **Emilio Peluso Neder Meyer**, **Coordenador(a) de curso de pós-graduação**, em 14/02/2022, às 14:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1254078** e o código CRC **9C01C950**.

DEDICATÓRIA

Agradeço à minha mãe por me ensinar os valores morais que guiaram a minha trajetória acadêmica, profissional e de vida. É graças a você, minha mãe, que me inspira a tornar-me cada vez mais um ser humano generoso e solidário, que tenho o privilégio de defender o meu projeto de pesquisa perante uma banca composta por examinadores que tanto admiro e respeito. Agradeço também ao meu pai, berço de conhecimento, exemplo de paixão à literatura e às artes em geral. Lembro-me dos textos de Nelson Rodrigues, da clássica obra O conde de monte Cristo, de Alexandre Dumas, tal como da instigante obra A rainha do sul de Arturo Perez Reverte, que sempre estimularam as nossas discussões literárias. A vocês, meus pais, os maiores amores da minha vida, dedico todas as minhas vitórias. Por fim, agradeço aos meus orientadores, professor dr. Marcelo Feres e professor dr. Eduardo Saad Diniz, cujas aulas e obras dogmáticas me fizeram refletir sobre as causas e consequências da corrupção, inspirando-me a pesquisar um tema de extrema complexidade e relevância para o desenvolvimento isonômico do nosso País.

Possuímos estatutos rigorosos e leis muito severas – brida e freio para corcéis rebeldes – que se encontram dormindo há quatorze anos como velho leão que não deixa a toca pela caça. Dá-se conosco como com esses pais por demais amorosos, que penduram ameaçadoras varas de vidoeiro só para serem vistas pelos filhos; para medo infundir, não para usá-las. Com o tempo, tornam-se essas varas simples causa de zombarias, não de medo. Assim nossos decretos: se estão mortos para serem cumpridos, não tem vida: da justiça a imprudência infrene zomba, as crianças dão nas amas, soçobrando, por fim, todo o decoro. (SHAKESPEARE, William, 1604.)

RESUMO

A FCPA dos Estados Unidos, ancorada na justificativa da moralidade pós Watergate, é tida, historicamente, como um marco internacional na tentativa de enfrentamento das infrações econômicas, em especial, dos atos de suborno de funcionários públicos estrangeiros. Contudo, apesar do ímpeto moralista, justificado pela crise ética, os primeiros vinte anos de vigência da legislação não alcançaram o resultado prático de enforcement, em resposta à criminalidade corporativa. Entre o final do século XX e início do XXI, período marcado pela retórica da integridade corporativa, assistiu-se o aumento na utilização de acordos consensuais out of court conduzidos pelo DOJ (Department of Justice), alterando assim um modelo binário centenário de justiça criminal nos Estados Unidos. A retórica da integridade, símbolo do good corporate citizenship, principalmente no mundo pós-Enron, é fruto do jogo de compliance entre reguladores e regulados, cujo resultado de intimidação (deterrence) e redução do crime corporativo carece de verificação e aprofundamento científico. Na última década, as empresas brasileiras se tornaram alvo do governo norte-americano, figurando no ranking das maiores multas pagas na história da FCPA, de acordo com os dados da Universidade de Stanford. Nesse sentido, a presente dissertação busca analisar, criticamente, o modelo atual de justiça consensual para os atos de suborno transnacionais de funcionários públicos estrangeiros imputados às empresas, comprovando ou refutando a hipótese de que a distribuição desigual de responsabilidade pelo enforcement da lei e prevenção das infrações econômicas entre o setor público e privado, alimenta a indústria de compliance, pode promover a violação do Estado de Direito, sedimenta instrumentos sancionatórios ineficazes e evita a verificação científica dos programas de integridade corporativa. A pesquisa adotará metodologia dialética, utilizando a técnica de pesquisa teórica e coleta de dados. Buscar-se-á estruturar um estudo crítico com relação ao modelo atual de enforcement, à luz da responsabilidade das pessoas jurídicas e da celebração de instrumentos de resolução não judiciais com empresas brasileiras. Finalmente, o projeto de pesquisa pretende analisar criticamente o modelo sancionatório norte-americano, avaliando se o mesmo seria capaz de oferecer mudanças de comportamento no ambiente corporativo, capazes de reduzir as infrações econômicas e promover a sustentabilidade ético negocial.

Palavras-chave: Foreign Corrupt Practices Act; Acordos de resolução; Justiça consensual; Modelo sancionatório anticorrupção.

ABSTRACT

The United States FCPA, anchored in the justification of post-Watergate morality, has historically been seen as an international landmark in the attempt to tackle economic infractions, in particular, the bribery acts of foreign public officials. However, despite the moralist impetus, justified by the ethical crisis, the first twenty years of the legislation's effectiveness did not achieve the practical result of enforcement, in response to corporate crime. Between the end of the 20th century and the beginning of the 21st century, a period marked by the rhetoric of corporate integrity, there was an increase in the use of consensual out of court agreements conducted by the DOJ (Department of Justice), thus changing a centennial binary model of criminal justice in the United States. The rhetoric of integrity, a symbol of good corporate citizenship, especially in the post-Enron world, is the result of the compliance game between regulators and regulators, whose result of deterrence and reduction of corporate crime needs verification and scientific deepening. In the last decade, Brazilian companies have become targets of the US government, appearing in the ranking of the largest fines paid in the history of FCPA, according to data from Stanford University. In this sense, the present research project seeks to critically analyze the current model of consensual justice for the transnational acts of bribery of foreign public officials attributed to companies, proving or refuting the hypothesis that the unequal distribution of responsibility for law enforcement and prevention of economic violations between the public and private sectors, feeds the compliance industry, can promote the violation of the rule of law, sediment ineffective sanction instruments and avoid scientific verification of corporate integrity programs. The research will adopt a dialectical methodology, using the technique of theoretical research and data collection. A critical study will be structured in relation to the current enforcement model, in light of the responsibility of legal entities and the signing of non-judicial resolution instruments with Brazilian companies. Finally, the research project intends to critically analyze the North American sanctioning model, assessing whether it would be able to offer changes in behavior in the corporate environment, capable of reducing economic infractions and promoting ethical business sustainability.

Keywords: Foreign Corrupt Practices Act; Resolution agreements; Consensual justice; anticorruption sanctioning model.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Ações do DOJ e SEC por ano.
Gráfico 2 – Ações relacionadas por ano.
Gráfico 3 – Réus acusados por ano.
Gráfico 4 – Total e média de sanções impostas a grupos de entidades por ano.
Gráfico 5 – Total e média de sanções impostas a indivíduos por ano.
Gráfico 6 – Tipos de acordos DOJ.
Gráfico 7 – Obrigações de compliance.
Gráfico 9 – Maiores sanções monetárias dos EUA por grupo de entidades.
Gráfico 10 – Localização da alegada conduta imprópria em ações de execução relacionadas à FCPA (por país).
Gráfico 11 – Principais estatísticas de 1977 até o presente.
Gráfico 12 – Classificações da indústria sobre questões de FCPA.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADRs (American Depositary Receipts)
DOJ (Department of Justice)
DPA (Deferred Prosecution Agreement)
FCPA (Foreign Corrupt Practices Act)
NPA (Non-prosecution Agreement)
OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico)
ONU (Organização das Nações Unidas)
SEC (Security and Exchange Comission)

SUMÁRIO

1. LEI ANTISSUBORNO DOS ESTADOS UNIDOS: DA MORALIDADE PÓS WATERGATE À RETÓRICA DA INTEGRIDADE CORPORATIVA 20

1.1. O escândalo Watergate 20

1.2. Revelações de corrupção no ambiente corporativo norte-americano 26

1.3. Nasce a primeira legislação antissuborno internacional do mundo: competência, sujeitos da norma, condutas proibidas e sanções previstas 29

1.4. FCPA enforcement e as teorias justificadoras 40

1.5. Arranjos internacionais e o rompimento das fronteiras sancionatórias: o alcance extraterritorial da FCPA 44

1.6. Empresa cidadã – entre a retórica e a efetividade 49

2. FCPA ENFORCEMENT NA PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS 56

2.1. Evolução das diretrizes de enforcement e a priorização da justiça negociada 56

2.2. A sequência orientativa dos memorandos 59

2.2.1. Memorando Holder 59

2.2.2. Memorando Thompson 63

2.2.3. Memorando Mc Nulty 65

2.2.4. Memorando Filip 66

2.2.5. Memorando Yates 67

2.2.6. FCPA Corporate Enforcement Policy 70

2.2.7. Política de Coordenação de Sanções de Resolução Corporativa (Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties) 73

2.2.8. Evaluation of Corporate Compliance Programs 75

2.3. Críticas à Utilização dos Acordos de Resolução 78

2.4. FCPA em números: análise dos dados da Universidade de Stanford 82

3. AS EMPRESAS BRASILEIRAS NA MIRA DO DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA NORTE-AMERICANO 92

3.1. Justificativa metodológica 92

3.2. EMBRAER 96

3.2.1. A empresa e sua história 96
3.2.2. Das condutas praticadas 97
3.2.3. O acordo e seus termos 98
3.2.4. Conclusão 102
3.3. Odebrecht 102
3.3.1. A empresa e sua história 102
3.3.2. Das condutas praticadas 103
3.3.3. O acordo e seus termos 104
3.3.4. Conclusão 113
3.4. Petrobras 114
3.4.1. A empresa e sua história 114
3.4.2. Das condutas praticadas 115
3.4.3. O acordo e seus termos 116
3.4.4. Conclusão 119
3.5. J&F Investimentos S.A 120
3.5.1. A empresa e sua história 120
3.5.2. Das condutas praticadas 120
3.5.3. O acordo e seus termos 121
3.5.4. Conclusão 123
CONCLUSÃO 124
REFERÊNCIAS 128

INTRODUÇÃO

De acordo com os dados da Universidade de Stanford[1], nos Estados Unidos, a sanção monetária imposta à Petrobras é uma das maiores da história da FCPA (Foreign Corrupt Practices Act). Além da multa, existem valores desembolsados pela empresa para o custeio de investigações internas e a reforma geral do seu programa de compliance, obrigações que decorrem do acordo celebrado com o DOJ (Department of Justice) em setembro de 2018. Outras empresas brasileiras também foram alvo do governo norte-americano na última década, a título de exemplo, Odebrecht, Braskem, Embraer, J&F, BRF, Gerdau, Centrais Elétricas, Ambev e Companhia Siderúrgica Nacional.

Em que pese a sujeição das empresas brasileiras aos dispositivos da lei federal nº 12.846/13, comumente chamada de lei anticorrupção, essas também podem se submeter à FCPA, de acordo com certos critérios estabelecidos pela norma estrangeira[2]. O alcance extraterritorial do dispositivo antissuborno da norma é fruto da ratificação, pelos Estados Unidos, da convenção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), de 1998, que resultou na sua emenda e consequentemente na ampliação da jurisdição do governo para punir atos praticados fora do território norte-americano.

Mas a maioria dos casos sob investigação que envolvem infrações econômicas são resolvidos por meio de acordos de não persecução com o DOJ, fato evidenciado em estudos empíricos, cabendo destacar que a última década se notabilizou pela utilização dos acordos de não persecução out of court[3] – fruto da atribuição de poderes discricionários e amplos aos membros do DOJ.

Os acordos celebrados até o momento pelo DOJ com empresas brasileiras e estrangeiras surpreendem no viés punitivo, resultando em sanções pecuniárias que ultrapassam os bilhões de dólares. Além do caráter punitivo monetário, o governo norte-americano impõe às empresas

---

[1] FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT CLEARINGHOUSE. Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/statisticstop-ten.html?filter=largest_monetary_sanctions. Acesso em: 5 nov. 2019.

[2] THE DEPARTMENT OF JUSTICE'S AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION'S Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act . Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

[3] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-BriberyCases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

estrangeiras e nacionais outras sanções, tais como a alteração compulsória da estrutura de governança corporativa, a implementação de programas de compliance, a publicidade negativa, até mesmo o compartilhamento de provas produzidas no âmbito das investigações internas corporativas.

Mesmo após a regulação por meio das soft laws, a exemplo das memorandas e da US Sentencing Guidelines, não se tem clareza a respeito dos reais efeitos das medidas sancionatórias impostas às empresas[4], principalmente quanto ao alcance do resultado de dissuasão (deterrence) e de reabilitação, elementos tradicionais da pena.

Mas a atuação dos membros do DOJ, responsáveis pelo enforcement da legislação, não está imune a críticas, especialmente quando analisada no contexto dos acordos de resolução por atos de suborno ou demais infrações econômicas. Tais representantes do poder executivo norte-americano receberam poderes amplos para avaliar quando e quais medidas punitivas devem ser aplicadas às empresas e indivíduos, diferente de agências reguladoras que tem o dever de conduzir analises de custo-benefício ao gerar qualquer impacto regulatório para determinado setor econômico. Além disso, muitas obrigações não encontram amparo na legislação, resultando em potenciais violações ao Estado de Direito[5].

As empresas colocam-se em um verdadeiro dilema[5] ao ter que decidir entre revelar fatos descobertos em investigações internas ao DOJ ou aceitar o risco de que os promotores não conseguirão desvendar os mesmos fatos por meio de recursos próprios. As supostas vantagens conferidas às empresas em razão do self-disclosure são gatilho para a atuação discricionária do DOJ, que escolherá de acordo com determinados fatores previstos em guidelines se a empresa faz jus a receber créditos em razão da sua cooperação com o Estado.

Mas o modelo atual de enforcement da legislação é resultado de décadas de total ineficácia da atuação das autoridades nos primeiros vinte anos de promulgação da lei. A promulgação da FCPA, que surgiu no final da década de 1970, foi precedida de inúmeras audiências realizadas no congresso nacional e por tantas outras investigações conduzidas pela SEC (Security and Exchange

[4] LAUFER, William S. Corporate Bodies and Guilty Minds, [s.v.], 43 EMORY L.J. 647, p. 669-670, 1994. [5] ARLEN, Jeniffer. "Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements. In: "Journal of Legal Analysis, [s.v.], 8.1, p. 205, 2016.

[5] LAUFER, William S. The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law, 14 N.Y.U. J. L. & BUS. (2017).

Comission), que revelaram à sociedade dos Estados Unidos graves condutas ilícitas praticadas no ambiente corporativo, envolvendo ainda agentes públicos e políticos.

Em certa medida, a resposta encontrada pelos Estados Unidos para responder à crise ética desencadeada pelo escândalo de Watergate, no início da década de 1970, que evidenciou a participação de empresas americanas no financiamento ilegal de companhas políticas de agentes estrangeiros – muitos considerados inimigos do governo norte-americano, a exemplo dos representantes do movimento comunista italiano[6] – foi a promulgação da FCPA, com fundamento na justificativa de potencial moralizador do ambiente político e comercial da época.

No entanto, quase vinte anos após a sua promulgação, não foi possível identificar o resultado concreto de aplicação da norma, tendo se limitado a poucos casos de processamento de indivíduos e empresas.

Ou seja, o ambiente de enforcement atual, que é resultado de uma transformação ocorrida desde o período da Guerra Fria, está ancorado na ideia de empresa cidadã (Good Corporate Citizenship – tradução livre), proposto pelo governo norte-americano na década de 1990, por intermédio de uma parceria implícita entre os setores público e privado, que revelou uma partilha desigual da responsabilidade pelo enforcement da legislação. Empresas assumiram a responsabilidade de compartilhar com o Estado o dever de controlar os crimes corporativos, e, em troca, esperavam receber créditos como recompensa aos esforços para a adoção de mecanismos de compliance – incluindo o dever de cooperação, investigação, diligência e autodenúncia, evitando a imputação de condutas ilícitas às empresas e indivíduos.

No entanto, parece que esse arranjo promovido pelos setores público e privado em vez de proporcionar o enfrentamento, sob a forma de uma parceria real, da corrupção, vem demonstrando um lado desequilibrado dessa balança. As empresas passaram a investir profundamente em programas de compliance[7] e investigações internas, na capacitação de empregados, na contratação dos compliance officers, na gestão de terceiros de risco (due diligence third party) sob o fundamento da self-policing e do reconhecimento das autoridades, mas não encontram arrimo no investimento realizado pelo governo.

---

[6] KOEHLE Roehler, Mike. “The story of the foreign corrupt practices act. In:” Ohio St. LJ, [s.v.], 73, p. 940, 2012.
[7] LAUFER, William S. “A Very Special Regulatory Milestone. In:” U. Pa. J. Bus. L., [s.v.], 20, p. 392, 2018.

Essa dinâmica vem produzindo alguns fenômenos preocupantes, como a indústria do compliance, o compliance expenditures, o compliance game[8], questões contemporâneas estudadas pelo professor William Laufer, cuja proposta sugere uma verificação científica dos resultados, promovidos ou não, dos programas de compliance (Evidence Based Compliance).

O objeto ora investigado desafia a possibilidade de inovação no campo das medidas sancionatórias e na adoção de instrumentos de resolução controlados para a concretização da efetividade do sistema de justiça dos Estados Unidos, modelo que inspirou e continua inspirando diversos outros sistemas, inclusive aqueles de base romano germânica (civil law), a exemplo do Brasil.

Considerando a corrupção como um fenômeno econômico[9], é preciso reconhecer a necessária reformulação do modelo de prevenção e combate das infrações econômicas, tendo a legislação um papel importante, mas carente de (re)alinhamento da relação entre o Estado e a sociedade. A relevância do projeto de pesquisa se confirma a partir do cenário atual brasileiro que, seguindo o exemplo dos Estados Unidos e de diversos outros países, enfrenta uma crise marcada por grandes escândalos de corrupção que põe em xeque todo o ambiente de sustentabilidade ética do país.

Desde os estudos clássicos de Gary Becker[10], por meio da contribuição científica da área econômica, passando pelas lições do direito administrativo sancionador, até os estudos empíricos de direito mais recentes a respeito dos acordos de resolução por atos de corrupção e seus efeitos[11], procurar-se-á investigar se as medidas sancionatórias seriam capazes de reduzir ou deter as infrações econômicas, promover mudanças de comportamento no ambiente corporativo, estimular a cultura de integridade e contribuir para a tomada de decisão ética.

No entanto, desde o caso New York Central R. Co. v. United States (1909), a responsabilidade criminal da pessoa jurídica nos Estados Unidos é centralizada na conduta dos empregados (respondeat superior), ou seja, a organização pode ser denunciada com base na ação

---

[8] LAUFER, William S. The Compliance Game. In: SAAD-DINIZ, D. Brodowski; A. Luiza (Ed.). Regulação do Abuso no Âmbito corporativo: O Papel do Direito Penal na Crise Financeira. [S.n.]: [s.l.], 2015.

[9] ACKERMAN, Rose and PALIFKA, Bonnie. Corruption and government: Causes, consequences, and reform. Cambridge University Press, 2016. p. 207.

[10] BECKER, Gary S. "Crime and punishment: An economic approach. "In: The economic dimensions of crime. London: Palgrave Macmillan, 1968. p. 13-68.

[11] GARRETT, Brandon L. Too big to jail: How prosecutors compromise with corporations. Harvard: Harvard University Press, 2014.

criminosa de um único empregado, ainda que tenha agido sem o consentimento da organização. Para tanto, será avaliado se a ação ou omissão ocorreu em razão do cargo, das atribuições conferidas ao agente, e em benefício da organização, ainda que indireto. O racional adotado parte da premissa de que as organizações influenciam os comportamentos dos seus empregados, cabendo-lhes garantir a supervisão necessária para evitar ou impedir o cometimento de crimes.

Apesar do domínio exercido pela teoria da respondeat superior em quase todo o século XX, a década de 1990 nos Estados Unidos foi palco da mudança e desenvolvimento de um novo padrão de responsabilização das pessoas jurídicas por meio do conceito de culpabilidade da organização[12]. Com o surgimento dessa teoria, passa a se tornar requisito para a determinação da conduta punível e consequente responsabilização das pessoas jurídicas, o conhecimento sobre a estrutura de governança corporativa, a complexidade, o processo de tomada de decisão, o tamanho da organização, a complexidade das respectivas atividades, deslocando, assim, os critérios da responsabilidade vicariante.

Pouco mais de um século, o sistema de responsabilidade e punição das pessoas jurídicas continua sendo aplicado pelas autoridades de enforcement. Contudo, muitos esforços teóricos foram feitos para tentar desenvolver novas formas que não fossem pautadas no modelo tradicional. Alguns modelos modernos de responsabilização despontam no momento, a exemplo da teoria do caráter corporativo[13], que sugere uma mudança radical no sistema punitivo corporativo, inclusive com a abolição das multas e a participação do poder judiciário na avaliação das medidas sancionatórias impostas. Busca-se assim promover a punição das empresas, em detrimento e sem prejudicar indivíduos inocentes, garantindo reformas estruturais nas organizações e conferindo credibilidade ao sistema de justiça, no caso dos Estados Unidos.

O poder econômico das empresas é visto como um obstáculo à aplicação da FCPA, também chamado de too big to jail, expressão utilizada para criticar alguns casos conduzidos pelo DOJ envolvendo grandes instituições financeiras (GARRETT, 2014). Será que as empresas realmente são muito grandes para serem presas, com as ressalvas para a metáfora, alguns estudiosos do tema evidenciaram as dificuldades para se promover a responsabilidade criminal das grandes

[12] DINIZ, Eduardo Saad. Ética negocial e Compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

[13] DIAMANTIS, Mihailis E. “Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment.” Iowa L. Rev. 103 (2017): 507.

organizações. Diante dos efeitos típicos da pena, aqueles que detêm poder econômico optam por contratar grandes escritórios de advocacia para evitar, ao máximo, um processo criminal. O resultado do jogo de compliance demonstra que os dados envolvendo grandes corporações se limitam aos acordos de resolução multibilionários que atendem às empresas, ao Estado, mas deixa de lado as vítimas.

No entanto, considerando as recentes investigações e os acordos celebrados pelo DOJ com empresas brasileiras[14][15][16], impondo multas grandiosas e inúmeras obrigações de fazer não previstas na legislação, abre-se o caminho para a condução de investigação científica, visando compreender o modelo de aplicação da legislação vigente para fins de se responsabilizar as pessoas jurídicas, os efeitos e impactos das sanções impostas às empresas, assim como se a atuação dos membros do DOJ pode potencialmente violar direitos fundamentais, inclusive constitucionais, mesmo para as empresas.

Além das sanções pecuniárias, os agentes federais dos Estados Unidos podem impor obrigações às empresas, que pode envolver desde a demissão do corpo diretivo, mudanças nas alçadas de aprovação, reformulação da estrutura de governança, desenvolvimento de políticas internas e procedimentos, passando pela implementação de um programa de integridade, até a destinação obrigatória de recurso orçamentário, visando a contratação de pessoal e tecnológico para a área de compliance (ARLEM e KAHAN, 2017).

Nesse cenário agressivo de enforcement, alguns autores sugerem que a atuação dos agentes federais violaria o Estado de Direito, o que inclusive é o entendimento da autora Jennifer Arlem (2016):

> Embora muitos promotores usem seu discernimento com sabedoria e alcancem objetivos que a maioria concordaria em atender ao interesse público, nem todos concordam. A conformidade com o estado de direito exige que as restrições sejam impostas ao escopo da autoridade dos promotores e que as decisões do mandato sejam sujeitas a uma supervisão mais efetiva. (p. 231 – tradução livre)

[14] THE UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penaltiesresolve. Acesso em: 20 out. 2019.

[15] THE UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/petrleo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations. Acesso em: 20 out. 2019.

[16] THE UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/embraeragrees-pay-more-107-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act-charges. Acesso em: 20 out. 2019.

Portanto, diante do alcance extraterritorial da norma estrangeira, do aumento na utilização de instrumentos de resolução por atos de suborno sem apreciação do poder judiciário, do direcionamento de parte das atividades do DOJ para investigar e responsabilizar as empresas brasileiras e considerando o contexto recente de corrupção no Brasil, justifica-se realizar pesquisa científica sobre o objeto proposto.

1. LEI ANTISSUBORNO DOS ESTADOS UNIDOS: DA MORALIDADE PÓS WATERGATE À RETÓRICA DA INTEGRIDADE CORPORATIVA

1.1. O escândalo Watergate

A década de 1970, nos Estados Unidos, foi marcada por um dos maiores escândalos de corrupção política já revelados à humanidade[17]. O caso, além de envolver o então presidente Richard Nixon, implicou na acusação formal de inúmeros indivíduos, incluindo oficiais do governo, advogados e membros da comitiva da campanha eleitoral que permitiu a reeleição de Nixon à presidência em 1972. Mas toda a história tem início com a prisão de indivíduos, alguns funcionários da casa branca, que invadiram o edifício Watergate, em Washington D.C., local frequentado por muitos parlamentares, e que sediava o comitê nacional do partido democrata norteamericano, que acabou se tornando símbolo da desestabilização política naquele país – culminando na renúncia do então presidente e ampliando a desconfiança da sociedade nas instituições e no sistema de justiça.

Mas, para compreender em profundidade o caso, é preciso realizar uma breve digressão histórica, remontando as peças que fundamentam e justificam a promulgação da atual legislação antissuborno dos Estados Unidos (FCPA). Para tanto, dividir-se-á a análise a partir de dois eventos complementares. Inicialmente, serão feitas considerações sobre o julgamento dos indivíduos envolvidos na invasão do edifício Watergate, na sequência será feita uma avaliação do relatório final emitido pela comissão do Senado que investigou as irregularidades configuradas no contexto da eleição presidencial de 1972.

Quando, em 18 de junho de 1972, o jornal Washington Post publicou a matéria Held in Plot to Bug Democrats' Office Here[18], que revelou a invasão do prédio Watergate, imaginava-se que o episódio retratava um ordinário evento de furto em empreendimentos imobiliários. Contudo, o que se tornou público naquele momento, em verdade, foram indícios do cometimento de crimes graves e o envolvimento de alguns indivíduos com interesses políticos não ortodoxos.

---

[17] BREWSTER, Rachel. “Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy.” Virginia Law Review (2017): pg. 1621

[18] LEWIS, Alfred. Washington Post. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2002/05/31/AR2005111001227.html Acesso em: 23 jun. 2020.

Frank Sturgis, Eugenio Martinez, Virgílio Gonzales e Bernard Barker, considerados os soldados da infantaria [19] (the foot soldiers), após ocorrerem as prisões, foram acusados formalmente[20], em setembro de 1972, por cometerem os crimes de roubo, com a intenção de interceptar as comunicações arquivadas na sede nacional do partido democrata norte-americano, posse ilegal de dispositivos de escuta e vigilância, organização para o crime, todas condutas vedadas em lei.

Também foram presos e acusados James McCord, um ex-agente da CIA (Central Intelligence Agency) e encarregado como oficial da segurança do comitê de reeleição de Richard Nixon, e de seus superiores E. Howard Hunt (ex. agente da CIA e, na época, consultor da Casa Branca) e G. Gordon Liddy (ex. funcionário da Casa branca e, na época, diretor jurídico do comitê de finanças para a reeleição de Richard Nixon).

Segundo a denúncia, o objetivo da empreitada criminosa seria reunir informações que pudessem ser utilizadas contra o partido democrata, beneficiando, assim, a reeleição de Richard Nixon, que ocorreu cinco meses após o episódio em Watergate. Contudo, o caso ganhou contornos dramáticos quando os acusados, em sua defesa, admitiram que, apesar de reconhecerem a pratica de condutas ilegais, pensavam que se tratava de uma missão de segurança nacional – autorizada por uma agência de inteligência do governo, com a finalidade de apurar eventuais ligações financeiras de membros do partido democrata com o regime cubano de Fidel Castro[21].

Outrossim, alegaram ainda os acusados que o reconhecimento de culpa, consubstanciados em pleas guilty, fora realizado em contexto de coação e fraude, uma vez presumindo que a mesma agência de inteligência esperava dos indivíduos a confidencialidade das informações obtidas – renunciando, portanto, ao direito de ir para o julgamento por intermédio do júri (trial).

A acusação alegava que os encarregados da reeleição do presidente Nixon articularam um esquema criminoso de espionagem contra o partido democrata, de modo sistêmico, e financiado com recursos disponibilizados no fundo gerido pelo comitê de reeleição, com o intuito de promover

---

[19] Expressão adotada no julgamento United States vs barker, que reconheceu o inexpressivo poder dos indivíduos presos no edifício Watergate, cuja missão seria cumprir ordens superiores destinadas à proteção da soberania nacional norte-americana e o combate de regimes totalitários.

[20] Disponível em: https://casetext.com/case/united-states-v-barker-10. Acesso em: 23 jun. 2020.

[21] "[...] appellants now claim that, at the time of the break-in, they sincerely, though erroneously, believed the operation to be a 'national security' mission, authorized by a 'government intelligence agency' to examine alleged financial ties between the Democratic Party and the Castro regime in Cuba […]".

invasões nos escritórios de políticos democratas e obter evidências passíveis de prejudicar os adversários políticos.

A acusação apresentou provas que indicavam o recebimento de valores por Barker, para selecionar ex. agentes da CIA com experiência em espionagem, que totalizaram U$ 114 mil dólares. Após alguns meses, em novembro de 1972, o juiz John J. Sirica proferiu sentença condenatória dos acusados, levando-se em consideração, para a imposição da pena, o fato de os indivíduos, apesar da culpabilidade, estarem executando ordens dos seus superiores – fato que levantou dúvidas quanto aos reais idealizadores do esquema criminoso e mandantes dos crimes em questão.

Logo, na sequência do julgamento dos invasores do prédio Watergate, no início de fevereiro de 1973, o Senador Edward Kennedy propôs a criação de um comitê de apuração da campanha eleitoral de Richard Nixon, naquele momento reeleito e movido por um discurso de negação quanto à participação no escândalo envolvendo as ameaças ao partido democrata. Para conduzir os trabalhos do comitê e liderar as investigações, foi indicado o senador Sam Ervin, ex-juiz da Suprema Corte da Carolina do Norte, formado pela Harvard Law School, considerado um grande conhecedor do direito constitucional e experiente em investigações.

Superadas as discussões no Senado norte-americano a respeito dos membros que integrariam o referido comitê de investigação, o orçamento destinado à realização das diligências necessárias para apuração dos fatos, as questões relacionadas aos poderes e a autonomia dos seus membros, tal como a imprescindível delimitação do escopo, foi aprovada, por intermédio da resolução n. 60, a criação do comitê de apuração da campanha eleitoral de 1972.

A resolução procurou dispor sobre o objeto da investigação, que tinha a missão de avaliar eventuais condutas ilegais ou antiéticas, praticadas individualmente ou em conluio de agentes, no seio das eleições de 1972, incluindo o caso Watergate e as supostas condutas de espionagem com viés político, bem como a indispensável avaliação quanto à necessidade de propor uma nova legislação que pudesse salvaguardar o processo democrático eleitoral nos Estados Unidos.

Um dos objetivos do comitê era avaliar se as condutas praticadas no âmbito do caso Watergate, que fora processado e julgado na corte de Columbia, de alguma forma, foram influenciadas por subornos, coações e até ameaças, tal como financiadas por fundos ilegais

constituídos com a finalidade de desestabilizar adversários políticos, fato que poderia conduzir para uma reavaliação do caso pelo próprio judiciário.

Outra questão que restou expressamente disposta na resolução n. 60 do Senado diz respeito ao ambiente normativo, os senadores propuseram uma análise ampla quanto à adequação da legislação em vigor na época, especialmente quanto à respectiva capacidade de intimidar práticas ilícitas e tutelar o processo democrático de escolha do presidente dos Estados Unidos.

Foram conferidos amplos poderes ao comitê do Senado para investigar supostas condutas ilícitas, principalmente a participação do então presidente Nixon no escândalo envolvendo o complexo Watergate, mas também realizar um estudo a respeito da (in)suficiência normativa que poderia comprometer o Estado de Direito e a confiabilidade do processo eleitoral norte-americano. O caso ganhou repercussão internacional, demandando por parte dos membros eleitos para compor o referido comitê uma preocupação extraordinária em apurar os fatos conforme as evidências produzidas, respondendo ao clamor social por justiça.

Pouco mais de 15 meses após a instauração oficial do comitê de investigação da campanha presidencial, em junho de 1974, o presidente do grupo responsável pelas apurações, Sam Ervin, divulgava o histórico relatório final contendo recomendações para o congresso norte-americano[22]. O documento retratou o lado sombrio da política dos Estados Unidos, revelando aquilo que umas das testemunhas ouvidas pelo comitê chamou de a cancer growing on the presidency, caracterizada por corrupção, fraude e abuso do poder.

Segundo Ervin, algumas das lições tiradas com o trágico evento de Watergate é que as campanhas eleitorais demandavam supervisão externa, além disso a sobrevivência das instituições, supondo essas serem livres, que integram os poderes superiores responsáveis pela garantia do Estado de Direito, depende da aplicação vigorosa da legislação criminal, especialmente para aqueles que ocupam funções de destaque na administração pública.

Dentre as recomendações feitas pelo comitê de investigação, com base nas evidências obtidas por intermédio da análise de inúmeros documentos, nas diversas entrevistas e depoimentos concedidos por testemunhas-chave, destaca-se a necessária regulação das comunicações entre a Casa Branca e a Receita Federal dos Estados Unidos. As provas apontaram a utilização pelo

[22] Disponível em: https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/investigations/pdf/Watergate_FinalReport1974.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

governo norte-americano de informações confidenciais, sob a proteção da Receita Federal, para interesses políticos escusos a fim de obter elementos intimidatórios de adversários políticos do então presidente Nixon.

Algumas provas sugeriram que o então presidente se valia das informações sigilosas, inclusive, e, principalmente, oriundas de investigações conduzidas internamente pela Receita Federal, para influenciar o curso das investigações, ou então para tentar impedir o seu prosseguimento. Dessa forma, o comitê recomendou[23] que fossem adotadas medidas legislativas hábeis a limitar o compartilhamento de informações confidenciais entre as agências norteamericanas, em especial a Receita Federal, e o governo, salvo quando fundamentadas, e desde que devidamente registrados os pedidos, bem como que todos os pedidos e ordens emanadas pelo executivo, no tocante a Receita Federal, fossem comunicadas ao congresso para fins de realizar uma supervisão por intermédio dos seus diversos comitês.

A questão da obtenção de informações sobre casos críticos também foi objeto de comentários e recomendações pelo comitê, que orientou fossem as mesmas restritas ao primeiro nome do indivíduo investigado e a descrição genérica do assunto apurado. Tal orientação encontrou o seu fundamento na proteção das investigações internas, não apenas no âmbito da Receita Federal norte-americana, mas ainda das demais agências, garantindo minimamente autonomia e preservando a confidencialidade das informações coletadas.

Outra recomendação de natureza legislativa disse respeito a transparência das informações relacionadas aos recursos financeiros recebidos pelo presidente e vice-presidente, anualmente, exigindo não somente o devido registro na autoridade competente para fins de fiscalização e controle, mas principalmente quanto às demais espécies de recursos, por exemplo os brindes, presentes e hospitalidades concedidas por terceiros aos membros do alto escalão da administração pública. O comitê preocupou-se com questões atinentes à corrupção (lato sensu), mencionando a expressão anything of value, pela primeira vez, com o fim de coibir práticas de influência ilegal de autoridades públicas por intermédio de vantagens indevidas em benefício próprio ou de terceiros, parentes seus ou pessoas próximas.

---

[23] Disponível em: https://archive.org/details/FinalReportOfTheSenateSelectCommitteeOnPresidentialCampaignActivities/page/n1091/mode/2up. Acesso em: 25 jun. 2020.

A última recomendação feita pelo comitê envolveu o clássico e debatido direito ao attorneyclient privilege. Apesar de consagrado como um pilar fundamental para a efetividade do sistema de justiça, apto a permitir que o cliente compartilhe com o seu advogado amplamente os fatos para que esse possa lhe defender, sob o manto da proteção das referidas comunicações, não se poderia encobertar a prática de ilícitos ou aceitar que advogados estivessem se valendo do direito para ocultar informações em prejuízo das instituições democráticas. Portanto, nesse sentido, foram recomendados estudos à Ordem dos Advogados estaduais e locais a respeito dos limites éticos ao exercício do direito de privilege, de modo a elaborar guias orientativos para advogados, clientes e autoridades de investigação.

Menos de um mês após a divulgação do relatório final pelo comitê do Senado, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidia[24] a respeito do suposto direito do chefe do executivo de recusar cumprir uma intimação para fornecer certas informações – a cópia de gravações de conversas entre o presidente e seus interlocutores no salão oval da Casa Branca – sob a alegação de lhe ser garantido o direito ao executive prilege contra ordens judiciais.

O tribunal, em decisão proferida em julho de 1974, reconheceu que a confidencialidade das comunicações realizadas por chefes de quaisquer dos poderes, ainda que protegidas, encontra limites contra o abuso do poder, não sendo, portanto, um direito absoluto. Diante dos diversos indícios contra o então presidente, corroborados no processo que condenou os invasores do complexo Watergate e no relatório final emitido pelo comitê do Senado, o tribunal determinou que fossem fornecidas as gravações – cujo resultado imediato provocou a renúncia de Nixon.

Apesar da saída encontrada por Nixon para se evitar maior desgaste político, decorrente de uma possível decisão desfavorável no curso do processo de impeachment que tramitava em paralelo naquele momento, o congresso e a agência reguladora do mercado de capitais iniciaram investigações sobre os supostos pagamentos ilegais e financiamentos de campanhas eleitorais realizados por grandes corporações norte-americanas. As evidências produzidas em ambos os fóruns revelaram novas faces da lamentável relação criminosa entre os detentores do poder econômico e os representantes políticos do país.

[24] Disponível em: https://www.oyez.org/cases/1973/73-1766 Acesso em: 25 jun. 2020.

1.2. Revelações de corrupção no ambiente corporativo norte-americano

Além das revelações a respeito do uso abusivo do poder político para obtenção indevida de vantagens eleitorais, bem como a relação próxima entre os membros do governo e os agentes das demais agências de inteligência que permitiu o compartilhamento ilegal de informações confidenciais, o congresso norte-americano buscava apurar outras irregularidades vinculadas ao financiamento de campanhas políticas, especialmente aquelas contribuições realizadas por grandes corporações. Para tanto, foram instaurados subcomitês com a finalidade de avaliar as causas e as consequências das condutas praticadas no ambiente corporativo com interesse na dominação de mercados.

Dois grupos se destacaram nessa missão de compreender a engrenagem da corrupção corporativa, o primeiro deles liderado pelo senador Frank Church (church comittee[25]), cujo escopo envolveu as corporações multinacionais no contexto do comércio exterior e o exercício do poder econômico para influenciar nas contratações públicas estrangeiras. O segundo, apoiado pelas investigações conduzidas pela SEC [26], a respeito de pagamentos ilícitos não registrados formalmente pelas empresas, que teriam o condão de minar a confiança dos investidores na gestão empresarial, além de promover danos diretos à imagem das empresas e a credibilidade dos seus negócios perante a comunidade internacional.

Desde as investigações iniciadas em decorrência do caso Watergate, os agentes da SEC passaram a apurar se algumas das contribuições políticas realizadas por organizações multinacionais seriam lícitas e, caso fossem, estavam devidamente registradas em seus livros contábeis/fiscais – do mesmo modo, divulgadas voluntariamente as informações nos relatórios exigidos pela legislação norte-americana que dispõe sobre o mercado de capitais. Mas os agentes desvendaram diversos pagamentos sem o devido registro, muitos, inclusive, com indícios de falsificação, utilização de fundos secretos sem a informação das fontes respectivas, que seriam utilizados para o pagamento de vantagens indevidas em transações comerciais no exterior.

Chamou a atenção das autoridades da SEC o fato de as organizações se valerem de um esquema intencionado para a manipulação de resultados, a falsificação de informações financeiras

---

[25] Disponível em: https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/trade.pdf Acesso em: 27 jun. 2020.

[26] Disponível em: https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices1976.pdf Acesso em: 27 jun. 2020.

reportadas em relatórios encaminhados para a agência reguladora do mercado de capitais e a estruturação de pagamentos em sistemas financeiros desenvolvidos exclusivamente para evitar o rastreamento governamental. Tais irregularidades eram do conhecimento da alta administração das empresas, que decidiam quando e quanto se pagaria para obter um determinado negócio no exterior, se preciso fosse, os pagamentos poderiam ser feitos por empresas (subsidiárias) de fachada.

A questão dos pagamentos ilegais enfrentava um aspecto extraterritorial e de legalidade, tendo em vista que os agentes identificaram que algumas transações estavam registradas como se lícitas fossem, a explicação seria por conta da admissibilidade da conduta na legislação local estrangeira. Ou seja, alguns países admitiam pagamentos ilegais para agentes públicos sob o fundamento de facilitar o andamento de determinado processo administrativo burocrático. Esse ponto merece algum destaque diante das provisões que, futuramente, após a promulgação da FCPA, seriam chamadas de facilitating payments[27], dispondo especificamente sobre a defesa corporativa baseada em pagamentos permitidos na legislação do país em que foi realizado algum negócio.

Essa relação obscura entre as empresas e os agentes públicos, em especial os oficiais estrangeiros representantes de governos, foi objeto de análise detida da SEC para avaliar exatamente qual seria a finalidade dos pagamentos ilícitos. O resultado das apurações demonstrou que o primeiro interesse das organizações seria obter algum de tipo de vantagem tributária, ou incentivos legislativos, concedida pelas autoridades do país estrangeiro para a realização de negócios. O segundo interesse das organizações seria obter ou manter contratos com os governos estrangeiros, mediante o pagamento de suborno ou o oferecimento de outros tipos de vantagens para os agentes e/ou seus familiares.

Outro atrativo para as grandes corporações dizia respeito a transferência da responsabilidade por negociar com governos estrangeiros às empresas de consultoria locais (terceiros), prática atualmente comum, mas que na década de 1970 despertou o interesse e a atenção das autoridades.

Mas enquanto os agentes da SEC investigavam as condutas praticadas pelos grupos econômicos norte-americanos no que toca às violações típicas da legislação do mercado de capitais

[27] "The FCPA's bribery prohibition contains a narrow exception for 'facilitating or expediting payments' made in furtherance of routine governmental action. The facilitating payments exception applies only when a payment is made to further 'routine governmental action' that involves non–discretionary acts." Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal–fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

– a exemplo dos dispositivos de registro contábil e financeiro, bem como da manipulação de informações ao mercado e investidores – em paralelo, o senador Frank Church presidia o subcomitê que revelaria o lado pernicioso dos negócios nos Estados Unidos. Church acabou se tornando símbolo da tentativa de estabelecer uma análise de causa e consequência da relação de poder que une as empresas e os governos.

O comitê liderado por Church ouviu inúmeras testemunhas, dentre elas alguns executivos de empresas multinacionais de diferentes segmentos da indústria que, ou haviam admitido pagamentos ilegais para a obtenção ou manutenção de contratos internacionais com governos estrangeiros, ou respondiam as acusações de financiamentos ilegais de políticos estrangeiros. Relatos de que a corrupção seria um modo de se fazer negócios globalmente, de que o pagamento de suborno para agentes públicos estrangeiros seria algo imprescindível para o sucesso das operações empresariais e de que essa seria a única alternativa para competir com empresas europeias e japonesas, foram feitos pelos executivos das empresas ouvidas pelo comitê[28].

Ou seja, segundo os empresários, no final das contas, não haveria prejuízo para o mercado norte-americano, muito pelo contrário, na visão desses, a corrupção impulsionaria a economia local e beneficiaria diretamente o crescimento exponencial dos negócios mundo afora. Alguns relataram que, inclusive, os pagamentos seriam feitos como condição imposta por governos estrangeiros para realizar negócios no país deles. Houve relatos, segundo depoimento de Church, de que os pagamentos beneficiariam oficiais das forças armadas do país estrangeiro, que em troca concederiam contratos milionários para compra de equipamentos de defesa das empresas americanas.

Esse ambiente de corrupção somente seria possível se organizado sob a forma de cooperação multilateral e encoberto por paraísos fiscais, cujo ambiente legal proporcionava a blindagem dos recursos depositados em instituições financeiras. Ocorre que essas condutas, apesar de promover a expansão dos negócios das empresas americanas, também promoveria a ruptura do diálogo com países "parceiros" dos Estados Unidos.

Church, em depoimento prestado ao subcomitê de comércio internacional[29], enfatizou que a dinâmica da corrupção promovida pelas indústrias norte-americanas subverteria os processos

[28] Disponível em: https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/trade.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.
[29] "So that while bribes and kickbacks may bolster sales in the short run, the open participation of american firms in such practices can, in the long run, only serve to discredit them and the United States. Ultimately, they create conditions

eleitorais nos países estrangeiros, especialmente na medida em que conferiria poderes a grupos políticos inimigos dos Estados Unidos, que se valeriam do argumento da integridade e do não financiamento das respectivas campanhas com dinheiro oriundo de suborno – conferindo a eles vantagem de narrativa, ainda que retórica, que permitiria vencer as eleições locais. De certa forma, essa mesma corrupção que gera e aumenta o lucro para as multinacionais, prejudicaria a política externa na medida em que impediria que os países democráticos moderados, que seriam apoiados pelo governo norte-americano, fossem eleitos.

O senador americano, diante do cenário desolador de total enfraquecimento da confiança da sociedade nas instituições, reconheceu que o caminho para transformar o ambiente e promover a retomada da credibilidade dos negócios perante os governos "amigos" estrangeiros deveria ser pela via da regulação da corrupção – incluindo tipificar as condutas ilegais, estabelecer sanções rígidas, conferir poderes aos agentes da lei e construir uma aliança global no enfrentamento da corrupção sistêmica.

1.3. Nasce a primeira legislação antissuborno internacional do mundo: competência, sujeitos da norma, condutas proibidas e sanções previstas

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos[30] (DOJ) tem competência criminal para investigar as condutas ilícitas descritas pela norma, negociar acordos de resolução com indivíduos e empresas, bem como oferecer denúncia formal ao Judiciário, exercendo o ônus acusatório contra as infrações econômicas. Ante a necessidade de especialização a respeito da criminalidade de colarinho branco[32], resultado da complexa estrutura societária contemporânea, da globalização dos negócios e da evolução das técnicas destinadas às infrações no ambiente corporativo, foi criada uma seção de fraude da divisão criminal que recebeu a competência[31] primária para cuidar de

---

which bring to power political forces that are no friends of ours, whether a Quaddafi in Libya, or the communist in Italy." Disponível em: https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/trade.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

[30] Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. Acesso em: 8 jul. 2020. [32] Expressão desenvolvida por Edward Sutherland, na década de 1950, em decorrência dos estudos de criminologia corporativa que evidenciaram as causa e consequências da criminalidade empreendida no ambiente organizacional. SUTHERLAND, E. H. White collar crime: The uncut version. Yale: Yale University Press, 1985.

[31] "No investigation or prosecution of cases involving alleged violations of the antibribery provisions of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) of 1977 (15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, and 78dd-3) or of related violations of the FCPA's record keeping provisions (15 U.S.C. § 78m (b)) shall be instituted without the express authorization of the

qualquer questão relacionada à FCPA – desde que envolva a violação do dispositivo de antissuborno ou o dispositivo de registros e controles, quando o ilícito for relacionado à corrupção.

A competência conferida aos membros do DOJ para investigar e processar, incluindo a atribuição de poderes para atuar perante o Judiciário, em defesa do interesse público e do combate à corrupção, é compartilhada parcialmente com outra importante agência governamental, a SEC (Securities and Exchange Commission). Responsável pela fiscalização do mercado de capitais norte-americano, a SEC compartilha o encargo de investigar e processar indivíduos e empresas, a respeito das condutas relacionadas ao dispositivo de registros contábeis/financeiros e controles internos, recebendo atribuições para buscar na esfera civil toda e qualquer reparação dos danos causados.

A justificativa para centralizar a supervisão dessas investigações e denúncias nessas duas autoridades é frágil; está sustentada na complexidade das investigações[32] e nas inúmeras diligências que deverão ser realizadas, incluindo a troca e o compartilhamento de informações com autoridades estrangeiras, bem como também a condução de inquirições de testemunhas e a intimação de acusados para fornecer informações relevantes ao caso.

Pois bem, apesar da plausibilidade da alegação de complexidade investigativa, não parece razoável que o DOJ concentre toda essa autoridade para investigar e punir as condutas ilícitas, fato que é inclusive objeto de crítica por parte da doutrina, que aponta potenciais irregularidades cometidas pelos seus membros – cujo aprofundamento analítico será percorrido em um capítulo próprio que tratará do enforcement da legislação.

O legislador norte-americano, com relação ao dispositivo antissuborno, optou por estabelecer a sua aplicabilidade para três categorias distintas de pessoas e entidades que, uma vez praticando quaisquer das condutas proibidas descritas pela norma, poderão as autoridades exercerem a sua jurisdição.

Criminal Division". Disponível em: https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977. Acesso em: 8 jul. 2020.

[32] "The investigation and prosecution of particular allegations of violations of the FCPA will raise complex enforcement problems abroad as well as difficult issues of jurisdiction and statutory construction. For example, part of the investigation may involve interviewing witnesses in foreign countries concerning their activities with high-level foreign government officials. In addition, relevant accounts maintained in United States banks and subject to subpoena may be directly or beneficially owned by senior foreign government officials. For these reasons, the need for centralized supervision of investigations and prosecutions under the FCPA is compelling." Disponível em: https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977. Acesso em: 8 jul. 2020.

A primeira categoria seria a dos issuers[33], ou emissores na tradução livre para o português, que se refere às organizações que têm uma ou mais classes de valores mobiliários registrados segundo as regras da SEC, ou ainda as empresas que tenham deveres de reportar relatórios conforme a legislação do mercado de capitais.

No caso específico das empresas estrangeiras, para fins de incidência da FCPA, serão consideradas emissoras aquelas que tenham emitido ADRs (American Depository Receipts) e estejam listadas na bolsa de valores dos Estados Unidos. Diretores, gerentes, empregados em geral, independentemente do nível e da função exercida, tal como agentes intermediários ou representantes/agentes terceiros contratados, caso pratiquem atos ilegais ligados à corrupção, poderão ser responsabilizados.

De acordo com um relatório divulgado pela SEC, em dezembro de 2015, um total de 923 empresas estrangeiras – das quais 25 seriam brasileiras – estariam registradas e obrigadas a reportar relatórios em conformidade com as regras do mercado de capitais, portanto, todas sujeitas aos dispositivos da FCPA. Para ilustrar a atuação das autoridades de enforcement, especialmente às empresas estrangeiras, o guia[36] de consulta sobre FCPA divulgado pelo DOJ e SEC apresenta alguns exemplos práticos de casos conduzidos pelas autoridades a respeito de atos praticados por empresas não americanas. Destacam-se os acordos celebrados pelo DOJ com empresas brasileiras, a exemplo da Petrobras e Braskem, cuja análise crítica será apresentada no capítulo 3 da presente dissertação.

A segunda categoria de jurisdição sobre a norma diz respeito aos domestic concerns, ou em português: preocupação doméstica (tradução livre), que se refere à possível responsabilização de

[36] "SEC enforcement actions have involved a number of foreign issuers. See, e.g., Complaint, SEC v. Magyar Telekom Plc., et al., n. 11-cv-9646 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2011), ECF n. 1 (German and Hungarian companies), available at http://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp22213- co.pdf; Complaint, SEC v. Alcatel-Lucent, S.A., n. 10cv24620 (S.D. Fla. Dec. 27, 2010), ECF n.1 [hereinafter SEC v. Alcatel-Lucent] (French company), available at http:// www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21795. pdf; Complaint, SEC v. ABB, Ltd., n. 10-cv-1648

[33] "The term 'issuer' means any person who issues or proposes to issue any security; except that with respect to certificates of deposit for securities, voting-trust certificates, or collateral-trust certificates, or with respect to certificates of interest or shares in an unincorporated investment trust not having a board of directors or of the fixed, restricted management, or unit type, the term 'issuer' means the person or persons performing the acts and assuming the duties of depositor or manager pursuant to the provisions of the trust or other agreement or instrument under which such securities are issued; and except that with respect to equipment-trust certificates or like securities, the term 'issuer' means the person by whom the equipment or property is, or is to be, used." Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf. Acesso em: 9 jul. 2020.

(D.D.C. Sept. 29, 2010), ECF n. 1 [hereinafter SEC v. ABB] (Swiss company), available at http://www.sec.gov/litigation/ complaints/2010/comp-pr2010-175.pdf; Complaint, SEC v. Daimler AG, n. 10-cv-473 (D.D.C. Apr. 1, 2010), ECF n.
1 [hereinafter SEC v. Daimler AG] (German company), available at http://sec.gov/litigation/complaints/2010/comppr2010-51.pdf; Complaint, SEC v. Siemens Aktiengesellschaft, n. 08-cv-2167 (D.D.C. Dec. 12, 2008), ECF n. 1 [hereinafter SEC v. Siemens AG] (German company), available at http:// www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20829.pdf. Certain DOJ enforcement actions have likewise involved foreign issuers. See, e.g., Criminal Information, United States v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, n. 19-cr-884 (S.D.N.Y. Dec. 6, 2019), ECF n. 3 [hereinafter United States v. Ericsson], available at https://justice.gov/criminalfraud/file/1226526/ download; Non-Pros. Agreement, In re Petróleo Brasileiro S.A. (Sept. 26, 2018), available at https://www.justice.gov/criminalfraud/file/1097256/download; Criminal Information, United States v. Teva LLC, n.
16-cr-20967 (S.D. Fla. Dec. 22, 2016), ECF n. 1, available at https://www.justice.gov/criminalfraud/file/920421/download; Criminal Information, United States v. Braskem S.A., n. 16-cr-709 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016), ECF n. 6. Disponível em:
https://www.justice.gov/criminalfraud/file/920086/download;
https://www.justice.gov/criminalfraud/file/1292051/download. Acesso em: 9 jul. 2020.

qualquer indivíduo cidadão, nacional ou residente nos Estados Unidos, bem como qualquer pessoa jurídica com a sede principal nos Estados Unidos, ou que seja organizada de acordo com a legislação de quaisquer dos Estados norte-americanos. Os executivos, gerentes, empregados em geral, bem como qualquer terceiro que pratique algum ato ilegal em nome ou benefício da pessoa jurídica, também estará sujeito às disposições da FCPA.

A última categoria de jurisdição da norma é o territorial jurisdiction ou jurisdição territorial (tradução livre). Essa categoria permite que as autoridades busquem responsabilizar indivíduos ou pessoas jurídicas estrangeiras, ainda que não sejam considerados issuers ou domestic concerns, desde que o ato tenha sido praticado em solo norte-americano. Essa categoria é fruto da segunda emenda promovida em 1998 que ampliou a competência das autoridades para aplicar a legislação com base no critério territorial.

Mas, apesar das três categorias distintas já apresentadas, as autoridades norte-americanas ainda têm jurisdição para sancionar atos praticados por indivíduos ou pessoas jurídicas estrangeiras, ainda que não sejam registradas ou sediadas nos Estados Unidos, assim como não sejam titulares de direitos sobre valores mobiliários, mesmo que a conduta haja ocorrido no exterior.

Também chamada de alternative jurisdiction ou jurisdição alternativa (tradução livre), permite que a atuação dos membros da SEC e do DOJ não encontre limites – fundamentada na conexão do ato ilícito praticado com alguma forma de instrumentalização para o crime, como por exemplo a utilização de um e-mail, cujo servidor seja norte-americano, para a troca de mensagens sobre um possível esquema de suborno à funcionários públicos estrangeiros.

Nesse sentido, ainda que o ato tenho sido praticado fora dos Estados Unidos, por empresas ou indivíduos não americanos e que não tenham qualquer vínculo societário ou com o mercado de capitais norte americano, poderá ser objeto de escrutínio e acusação formal pelo DOJ ou a SEC. São vários os exemplos de denúncias contra indivíduos acusados de pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros, cujo fundamento para a jurisdição dos Estados Unidos em punir se sustenta em reuniões realizadas, como forma de organizar o esquema corrupto, em solo norteamericano[34].

Para que uma pessoa jurídica ou indivíduo de quaisquer das quatro categorias mencionadas previamente viole o dispositivo antissuborno, é preciso que o ato seja praticado: i) em favor de uma oferta, promessa, pagamento ou autorização de pagamento; ii) de qualquer dinheiro, presentes ou qualquer coisa de valor; iii) para agente público estrangeiro; iv) com o propósito de influenciar qualquer ato ou decisão de tal funcionário estrangeiro em sua capacidade oficial, induzir tal funcionário estrangeiro a praticar ou omitir qualquer ato que viole o dever legal de tal funcionário ou garantir qualquer vantagem imprópria ou induzir esse funcionário estrangeiro a usar sua influência com um governo ou instrumento estrangeiro para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou instrumento, a fim de ajudar a obter ou manter negócios para, com ou direcionar negócios para qualquer pessoa.

Além disso, a legislação proíbe o pagamento de suborno, com os mesmos propósitos, para partidos políticos[38], funcionários vinculados aos partidos políticos e candidatos políticos. Também, é considerada violação do dispositivo quando o pagamento é feito a terceira pessoa, quando está sabia que os valores transferidos tinham o propósito de obter vantagem indevida por intermédio da manutenção ou conquista de novos negócios.

Outrossim, vale ressaltar que há exigência de que o ato praticado vise ganhar ou reter negócios, ou direcionar os negócios para terceiro interessado. Também chamado de business prupose test ou “teste de finalidade dos negócios” (tradução livre) é interpretado pelas autoridades

[34] O guia de consulta sobre FCPA, atualmente em sua segunda edição, apresenta alguns casos levados ao crivo do judiciário norte-americano com fundamento em reuniões realizadas em solo norte-american. “Superseding Indictment, United States v. Nervis G. Villalobos-Cardenas, et al., N. 17-cr-514 (S.D. Tex. Apr. 24, 2019) (establishing jurisdiction under 15 U.S.C. § 78dd-3 based on meetings in the U.S.), available at https:// www.justice.gov/criminalfraud/file/1267066/download; Criminal Information, United States v. Steven Hunter, N. 18-cr-415 (S.D. Tex. Sept. 17,

2018) (same), available at https://www.justice.gov/criminal-fraud/ file/1266876/download; United States v. Ramiro Andres Luque Flores, n. 17-cr-537 (E.D.N.Y. Oct. 6, 2017) (same); see also United States v. Société Générale, supra note 10 (establishing corporate jurisdiction under 15 U.S.C. § 78dd-3 based on, among other things, meetings in the U.S.)". Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download. Acesso em: 10 jul. 2020.

[38] "(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of – (A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or (B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality. in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of - (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or (B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person." Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

de maneira ampla[35], para também considerar um ato como ilegal quando intencionado a receber algum tipo de tratamento tributário indevido, evitar o pagamento de despesas alfandegárias ou até mesmo para burlar o atendimento de requisitos contidos em editais de compras públicas.

Uma vez praticado o ato ilegal, poderá a pessoa jurídica ou indivíduo estar sujeito às sanções previstas na legislação. No caso de pessoas jurídicas, cujos agentes pratiquem um ato de suborno, com relação à esfera criminal, as multas podem alcançar até dois milhões de dólares, cujo aumento se dará em função das circunstâncias majorantes a serem avaliadas pelas autoridades. Já os indivíduos podem receber sanções pecuniárias de até 250 mil dólares e pena privativa de liberdade (prisão) de até cinco anos. Quanto ao dispositivo de registros e controles internos, as pessoas jurídicas estão sujeitas a multas que podem chegar até 25 milhões de dólares, já os indivíduos estão sujeitos a multas de até cinco milhões dólares e a pena restritiva de liberdade de até 20 anos.

Cumpre esclarecer que as multas em questão dizem respeito as sanções decorrentes da violação do dispositivo antissuborno, considerado um tipo penal e, portanto, sujeitando os seus

[35] "Non-Pros. Agreement in re: Wal-Mart, Inc. (june 20, 2019) (holding company liable for internal controls failures resulting in corrupt payments related to obtaining permits and licenses), available at https://www. justice.gov/criminal-fraud/page/file/1177596/download; Non-Pros. Agreement, In re: Archer Daniels Midland Company (Dec. 20, 2013) (favorable tax treatment), available at https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/ legacy/2014/01/03/adm-npa.pdf; Non-Pros. Agreement, In re Ralph Lauren Corporation (Apr. 22, 2013) (customs clearance), available at https://www.justice.gov/sites/default/ files/criminal-fraud/legacy/2013/04/23/RalphLauren.-NPAExecuted.pdf."Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download". Acesso em: 13 jul. 2020.

infratores às penas mencionadas. Contudo, as multas podem ser aumentadas significativamente pelo poder judiciário em razão do disposto na lei de multas alternativas (alternative fines act), que prevê a possibilidade de imposição de multa de até o dobro do benefício que o réu obteve com o pagamento de suborno. Para tanto, cabe às autoridades fundamentar o pedido para o aumento da pena na própria denúncia, demonstrando para o júri as razões para o aumento da sanção, ou, a depender do caso, podem ser consideradas atenuantes quando o réu admitir os fatos e reconhecer a sua culpa (guilty plea).

Com relação às sanções determinadas no âmbito do poder judiciário, a US Guidelines Manual estabelece as diretrizes que devem ser observadas pelos magistrados quando da determinação das penas aplicadas as pessoas jurídicas. O capítulo 8 do documento propõe que as sanções envolvendo as pessoas jurídicas, em decorrência dos atos praticados por seus agentes – ou terceiros intermediários atuando em seu nome ou benefício – forneçam uma punição justa, a adequada intimidação contra futuras condutas e os incentivos necessários para que as organizações adotem mecanismos internos de prevenção contra infrações econômicas.

Cinco princípios norteiam, ou deveriam nortear, a atividade jurisdicional voltada à determinação das sanções aplicadas às organizações. O primeiro deles se refere à necessidade de a pessoa jurídica arcar com todos os custos necessários para a reparação dos danos, incluindo aqueles destinados à indenização das vítimas. O segundo princípio visa a coibir a atividade empresarial estruturada exclusivamente para o cometimento de delitos, cuja punição deve ser o suficiente para desencorajar futuros ilícitos – se necessário, para casos críticos de empresas constituídas sem qualquer finalidade de exploração de atividade econômica, determinando a alienação compulsória dos seus ativos.

O terceiro princípio supõe que o valor da multa poderá variar, bem como deve estar proporcionalmente vinculado de acordo com a gravidade da ofensa, assim como a culpabilidade da organização, cuja determinação levará em consideração alguns fatores, de natureza majorante: o envolvimento ou tolerância à atividade criminosa; o histórico delitivo da organização; o descumprimento de qualquer decisão estatal/regulatória; e a obstrução da justiça; ou de natureza atenuante: a existência de programas de compliance; a autodenúncia (“voluntariedade”) e a cooperação com as autoridades e/ou a assunção de obrigações de fazer.

O último dos princípios norteadores das sentenças condenatórias de pessoas jurídicas pelo Judiciário impõe aos magistrados considerarem uma espécie de suspensão condicional do processo, nos casos em que há necessidade de acompanhar o cumprimento integral de sanções que envolvam obrigações de fazer no tempo – por exemplo, a utilização de monitoria externa para fiscalizar a implementação adequada de todos os pilares de um programa de compliance corporativo.

Chama a atenção o fato de o documento, alterado na década de 1990, seguindo a linha da retórica da integridade corporativa e do combate a corrupção, expressamente defender a adoção de programas de compliance como instrumento apto a prevenir, e até eliminar, condutas criminosas no ambiente corporativo. Desde então, as críticas sobre a ausência de parâmetros mínimos para a avaliação dos referidos programas, bem como a necessidade de verificação científica quanto ao resultado efetivo dessas sanções sustentadas em obrigações de fazer, formuladas pelo professor da Universidade da Pensilvânia (William Laufer), vêm inspirando outros importantes doutrinadores – como por exemplo Brandon Garrett, nos Estados Unidos e, no Brasil, Eduardo Saad Diniz.

Além das sanções pecuniárias, o documento elenca uma sanção talvez pouco habitual, principalmente para as pessoas jurídicas, a prestação de serviços à comunidade[36]. Em que pese o óbvio da impossibilidade de a própria pessoa jurídica realizar tais atividades, a penalidade, que não deixa de ser uma sanção pecuniária indireta, deverá ser executada por intermédio dos seus próprios recursos e sob a responsabilidade de algum colaborador seu (ou terceiro contratado para esse fim específico).

Outrossim, a referida sanção coloca-se como medida punitiva complementar voltada para a reparação do dano, que poderia envolver ainda, por exemplo, a doação de dinheiro para um centro de pesquisa cuja missão estivesse voltada à proposição de alternativas preventivas contra a criminalidade econômica, ou para custear a contratação de tecnologia e inteligência às autoridades de enforcement.

No entanto, pode ocorrer de a organização não ter capacidade financeira para arcar com o pagamento das sanções pecuniárias impostas, sejam elas diretas ou indiretas – como, por exemplo, a implementação do programa de compliance, a contratação de um monitor externo etc. – exigindo

[36] "§8B1.3. Community Service — Organizations (Policy Statement) Community service may be ordered as a condition of probation where such community service is reasonably designed to repair the harm caused by the offense". Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines–manual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

do magistrado responsável pelo processo, ou a autoridade competente responsável por negociar um acordo de resolução, avaliar as condições reais, sendo facultado, caso a análise conclua pela incapacidade, decidir pela redução do valor da multa.

Um exemplo brasileiro que ilustra bem essa situação diz respeito à construtora Odebrecht que, em 2017, celebrou acordo com o DOJ para pôr fim ao caso envolvendo as práticas de suborno de funcionários públicos estrangeiros. A construtora brasileira foi beneficiada com a redução da multa inicial de 260 milhões de dólares, para 93 milhões de dólares. Segundo o memorando de sentença protocolado pelo DOJ, a referida redução da sanção pecuniária decorreria da incapacidade de a empresa arcar com o referido valor, para tanto, se valeu do fundamento da inability to pay contido no Manual Guidelines, documento referenciado nos parágrafos precedentes.

Contudo, cabe uma crítica à ausência de parâmetros claros no documento que autoriza tais reduções nas multas impostas, seja pelo Judiciário ou decorrentes de sanções impostas por intermédio dos acordos de resolução, se limitando a prever a possibilidade de redução com fundamento na suposta incapacidade financeira do réu ou investigado – que não se mostra transparente o suficiente quanto às evidências que as empresas devem apresentar para justificar tal medida benéfica. No caso específico de empresa brasileira do ramo de construção civil, o DOJ se limitou a informar que a empresa apresentou justificativas que demandariam tratamento diferenciado pela autoridade, sem, contudo, especificar quais seriam essas motivações para reduzir drasticamente o valor da multa originalmente imposta.

Mas, se em relação aos parâmetros necessários para justificar a redução de multas há margem para críticas quanto à transparência das informações, o mesmo ocorre com relação aos critérios adotados para a atribuição de culpabilidade. Chamado de pontuação da culpabilidade (culpability score), esse capítulo do documento apresenta seis critérios para determinar o grau de culpabilidade da organização.

A primeira se relaciona ao envolvimento, ou tolerância, da organização na conduta criminosa. Para tanto, é avaliada a relação entre o tamanho da organização e o envolvimento de algum empregado, ou membro da alta administração, na conduta criminosa, ou ainda se tal agente ignorou deliberadamente o fato. Avalia-se, ainda, em que medida a tolerância ou a ignorância com relação às ofensas praticadas são difundidas pela organização. Caso evidenciadas algumas das situações mencionadas, atribui-se uma pontuação que pode variar entre cinco e três pontos.

O segundo critério faz referência às hipóteses de reincidência, ou seja, se estabelece um aspecto temporal (crime semelhante cometido em menos de 10 ou cinco anos) e outro ligado à gravidade da conduta (infração criminal ou conduta resolvida na esfera administrativa, por exemplo). Ao final, atribui-se novamente uma pontuação que pode variar entre dois e um ponto.

O terceiro critério adotado faz alusão ao descumprimento ou violação de uma ordem judicial pretérita, bem como de alguma obrigação imposta em decorrência de alguma infração precedente. Aplica-se uma pontuação que varia entre um e dois pontos, se a organização cometeu a infração enquanto cumpria algum tipo de sanção – por exemplo, durante a implementação de um programa de compliance determinado por ordem judicial, ou em decorrência da imposição da obrigação proveniente de um acordo de resolução ou não persecução.

Outro critério adotado está relacionado à obstrução de justiça, nas hipóteses em que a organização "intencionalmente" impede, dificulta, obstrui investigações, acusações e até mesmo os processos judiciais, ou, de alguma forma, conhecendo as condutas praticadas por seus agentes, nada faz para impedir, pode receber três pontos no seu resultado final de culpabilidade.

Os últimos dois critérios estabelecidos para atribuir o grau de culpabilidade das organizações se voltam às medidas de prevenção contra as condutas ilícitas praticas no ambiente corporativo e, portanto, a pontuação aplicada tem o condão de diminuir o resultado final (atenuantes). Aqui, são avaliados o programa de compliance do réu, ou investigado, e a cooperação da organização com os elementos probatórios das condutas praticadas por seus agentes ou terceiros por ela contratados.

Mas o documento traz ressalvas quanto à subtração dos pontos em razão das referidas medidas preventivas adotadas pela organização, como por exemplo a necessidade de, ao se tomar conhecimento do ato ilícito, a empresa reportar às autoridades os fatos apurados internamente. Considera-se causa de desconsideração da pontuação para esse critério o fato de a organização, sem alguma justificativa razoável, deixar de cooperar com as autoridades, informando a respeito da descoberta de algum ilícito praticado por funcionário seu ou terceiro contratado.

No mesmo sentido, deve-se desconsiderar a atenuante, se evidenciado que algum indivíduo da alta administração, ou que ocupe alguma posição relevante no setor em que o ilícito foi cometido, participou, contribuiu ou ignorou deliberadamente o fato.

Fato curioso é que se presume que o mesmo fato – ilícito praticado, ou que contou com a participação, ou que foi ignorado deliberadamente, por membro da alta administração, ou com relevante função na organização – quando ocorrido no ambiente de uma pequena empresa, indica que o programa de compliance não é efetivo[37]. Ou seja, reconhece-se a importância do tone at the top também nas empresas menores. Contudo, tal presunção deveria ser considerada relativa, e mostra-se, a priori, equivocada.

Explica-se que pode ocorrer de a alta administração de uma empresa familiar com menos de 200 empregados[38] participar da prática do ato ilícito, mas as autoridades concluírem que, apesar disso, há uma cultura de integridade na organização. Por mais paradoxal que possa parecer, o compromisso da alta administração é um pilar do programa de integridade, cuja ética pode ser diferente da ética dos demais empregados da organização. O contrário também pode acontecer, ou seja, a alta administração demonstrar um comportamento ético e o resto da organização se portar de modo diferente.

Noutro giro, se a organização for capaz de comprovar que, mesmo o ato ilícito tendo sido praticado no ambiente corporativo, tem pessoal responsável pela operação/gestão do programa de compliance com obrigação de reporte direto para o conselho de administração da organização – ou para o comitê de auditoria, esse comportamento contribuirá favoravelmente para que as autoridades avaliem a sua culpabilidade. O mesmo valerá se restar comprovado que o programa de compliance foi capaz de detectar a infração previamente a sua identificação pelas autoridades, bem como se a organização comunicou, voluntariamente, os fatos às autoridades governamentais.

Ou seja, no final das contas, literalmente – pois o DOJ fará um cálculo entre as circunstâncias majorantes e atenuantes – se a organização autodenunciar o ilícito ocorrido, cooperar plenamente com as investigações, adotar medidas substanciais, preventivas e corretivas, assumir obrigações de fazer e reconhecer a culpa a respeito das condutas violadoras da lei, o resultado final poderá ser igual a zero.

---

[37] "There is a rebuttable presumption, for purposes of subsection (f) (1), that the organization did not have an effective compliance and ethics program if an individual - (i) within high-level personnel of a small organization; or (ii) within substantial authority personnel, but not within high level personnel, of any organization, participated in, condoned, or was willfully ignorant of, the offense". Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelinesmanual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

[38] "'Small organization', for purposes of subsection (f) (3), means an organization that, at the time of the instant offense, had fewer than 200 employees". Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelinesmanual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

No entanto, ainda que o grau de culpabilidade atribuído à organização seja igual a zero, o Judiciário deverá considerar, dentre outros aspectos, além daqueles que já foram mencionados, que a sentença reflita a seriedade do crime cometido, os danos causados, promova uma justa punição, desestimule o cometimento de novos crimes dentro da organização, avalie os efeitos colaterais de uma sentença penal condenatória, os antecedentes criminais dos agentes que participaram do ato ilícitos, dentre outros.

1.4. FCPA enforcement e as teorias justificadoras

Algumas teorias foram desenvolvidas ao longo do tempo e buscaram questionar as reais motivações para promulgar a FCPA. Fala-se em fundamento puramente moral, interesse próprio, observância ao princípio da legalidade, coordenação multilateral internacional, uso da norma como instrumento de política externa e até altruísmo. Nesse sentido, o presente subcapítulo buscará apresentar as diferentes formas de explicar o porquê da existência da legislação antissuborno e o que motiva a sua aplicação.

As discussões em torno da promulgação da FCPA foram concebidas inicialmente no contexto da Guerra Fria, período em que a política estrangeira norte-americana foi marcada por questões de segurança nacional, defesa e a busca pela paz. Contudo, com o fim da Guerra Fria, o declínio do comunismo e as mudanças para uma democracia ocidental, a política norte-americana direcionou os seus interesses para o mercado exterior.

Mas, para que a economia global prosperasse e com ela o domínio do mercado mundial pelos Estados Unidos, era preciso que a eficiência e a redução dos custos de transação fossem uma realidade – o que não seria possível com práticas comerciais corruptas, que minam a confiança no mercado e nas instituições democráticas, impede o desenvolvimento de relações comerciais internacionais, prejudica a concorrência e contribui para a oferta de produtos de baixa qualidade para consumidores finais.

E, diante do resultado perverso que o suborno provoca, considerando a força e o poder das empresas multinacionais no cenário econômico global, até faria sentido, pelo menos, a priori, a adoção de uma regulação antissuborno internacional. Contudo, há quem diga, a exemplo de Marie Dalton (2006), que uma legislação destinada ao combate da corrupção deveria incorporar critérios

econômicos e não éticos, como é o caso da FCPA. Segundo a autora, a ideia de corrupção utilizada pela legislação norte-americana se valeu da crença de que o pagamento de alguma vantagem indevida à agentes públicos com o intuito de receber privilégios deveria ser considerado moralmente um erro.

Para Marie Dalton (2006), a adoção de critérios morais pela FCPA, somado ao alcance extraterritorial da norma, teria o condão de conflitar com uma pluralidade cultural existente mundo afora – ou seja, o que é visto como algo reprovável moralmente pelos americanos, poderia não ser visto como algo errado de acordo com a cultura de um determinado país. Essa questão provocaria interferências indesejadas em jurisdições estrangeiras, que não encontrariam convergência de opiniões e valores, criando diversas consequências econômicas. Para a autora, tal qual o aumento das tensões diplomáticas com países estrangeiros, o impacto negativo nas relações comerciais internacionais, possíveis perdas de oportunidades e negócios, dentre outras consequências políticas e econômicas derivam da promulgação da FCPA.

Essa abordagem moral conferida à proibição do suborno previsto na legislação tem a respectiva influência nas escolas de Teologia, cujo desenvolvimento se deu de acordo com a evolução dos preceitos religiosos. As condutas moralmente proibidas, a exemplo do suborno, acabam por utilizar-se de padrões amplos e protegidos por valores, que acabam contribuindo para que as autoridades condenem uma determinada conduta a priori, simplesmente com base em princípios éticos. Essa abordagem moralista, incorporada pela norma, também encontra as suas raízes nas discussões ocorridas no congresso norte-americano, em que a fala de um representante do legislativo ilustra essa questão: "[...] suborno é uma prática moral e socialmente perniciosa [...] temos a obrigação de estabelecer um padrão de honestidade e integridade em nossos negócios, não apenas em casa, mas também no exterior, que será um farol para a luz da integridade para o resto do mundo"[39].

Contudo, a despeito daqueles que consideram os atos de corrupção algo ruim, perverso, passível de reprovação moral, até os anos de 1990, havia um pensamento quase consensual de que

[39] Foreign Corrupt Practices and Domestic and Foreign Investment Disclosure, Hearing Before the Comm. on Banking, Housing and Urban Affairs, 95th Cong. 216 (1997) (statement of Nicholas Wolfson, Professor of Law, Connecticut University). The Activities of American Multinational Corporations Abroad, Hearings Before the Subcomm. on International Economic Policy, 95th Cong. 5 (1975) (statement by Michael F. Butler, Vice President and General Counsel, Overseas Private Investment Corporation).

o suborno era algo necessário – imprescindível para a desenvolvimento econômico dos países. Até mesmo as políticas do Banco Mundial foram orientadas por anos por esse tipo de pensamento. Segundo Snidal e Kenneth (2002), havia uma concepção pelos agentes do banco de que o pagamento para agentes públicos locais seria uma prática necessária, até mesmo valiosa, para superar a burocracia e promover o desenvolvimento – sendo admitidas tais práticas em virtude das culturas locais e do padrão tradicional de se fazer negócios. Apenas a partir de 1996, as políticas do banco foram alteradas para incorporar as práticas de anticorrupção.

Ademais, o escândalo de Watergate abriu espaço para o campo da reprovabilidade moral das condutas que foram praticadas. Inclusive, as revelações feitas pelo congresso norte-americano e pela SEC contribuíram para a eleição do então presidente Jimmy Carter – que se beneficiou com uma plataforma de política externa sustentada em questões morais impulsionadas pelo referido escândalo. Logo, segundo Snidal e Kenneth (2002), nesse contexto, o principal fundamento para a aprovação da passagem da FCPA era moral.

Mas não apenas a moralidade foi o combustível suficiente e fundante para a passagem da FCPA pelo congresso norte-americano, há quem diga que a principal motivação dos legisladores americanos era a preocupação com os riscos de segurança nacional que o pagamento de suborno à funcionário público estrangeiro representava para a economia dos Estados Unidos. Mike Khoeler (2012), quando analisa as audiências conduzidas pelo congresso, aponta a preocupação dos seus membros, que temiam pela derrota dos Estados Unidos na Guerra Fria ao acreditarem que os pagamentos feitos por empresas norte-americanas poderiam produzir dois efeitos colaterais – que os governos "amigos" não tivessem escolhas a não ser renunciar, uma vez revelados os escândalos de suborno, e de que essas mesmas ações poderiam minar a confiança da sociedade de que o sistema capitalista seria capaz de produzir governos democráticos e o desenvolvimento econômico.

A política de segurança dos Estados Unidos era ligada diretamente à estrutura econômica capitalista, que por sua vez defendia as empresas como os principais atores econômicos do comércio internacional. Contudo, segundo Rachel Brewster (2017), essa estratégia encontrava muita resistência dos países comunistas, a exemplo da União Soviética, que se valia da narrativa de que as empresas americanas eram criminosas, corrompiam agentes públicos locais para obter negócios, financiando políticas públicas contra os direitos dos trabalhadores. Assim, diante da acirrada disputa pelo poder político e econômico entre os Estados Unidos e a União Soviética, na

época, as evidências de que as empresas americanas estavam celebrando acordos secretos com líderes estrangeiros foi reconhecido como questão de interesse da segurança nacional.

Além do fundamento moral e da preocupação com as questões de segurança nacional, os legisladores não ignoravam o fato de a futura legislação potencialmente poder impactar os interesses econômicos dos Estados Unidos. Segundo Kevin Davis (2012), uma evidência que demonstra esse tipo de preocupação do legislativo norte-americano é o próprio relatório da câmara, que avaliou serem baixos os riscos das empresas americanas sofreram prejuízos comerciais ou se colocarem em situação de desvantagem competitiva com relação às concorrentes.

O referido relatório ainda faz referência à possibilidade de a FCPA promover impactos econômicos positivos, dentre empresas americanas, diante da constatação de que o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros nem sempre visavam prejudicar concorrentes estrangeiros, mas, às vezes, até mesmo fabricantes norte-americanas.

Para Davis (2012), a motivação no interesse econômico, próprio dos Estados Unidos, fica mais evidente com as emendas de 1988 e 1998, cujo fundamento apoiava-se em preocupações em torno dos custos impostos pela FCPA às empresas exportadoras e aquelas de capital aberto em bolsa. Para o autor, a primeira emenda ocorrida em 1988 promoveu uma série de alterações na legislação, limitando a responsabilidade criminal por violação de condutas ligadas ao aspecto contábil das empresas, impôs o requisito de conhecimento, estabeleceu exceções à responsabilidade em certos casos – a exemplo dos pagamentos permitidos pela legislação do país em que o negócio era realizado e o custeio de despesas de atividades relacionadas à promoção de produtos.

Contudo, segundo o autor, para responder às críticas a respeito do fato de o governo ter colocado as empresas americanas em situação de desvantagem competitiva, quando comparado com países que não tinham legislação semelhante, restou consignado expressamente que caberia ao executivo buscar um acordo no nível internacional com os membros da OCDE visando implementar um acordo global anticorrupção.

O resultado do trabalho de quase 10 anos de negociação diplomática com as autoridades da OCDE pode ser comprovado na forma da convenção de combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações internacionais, publicada em 1997. Para internalizar a convenção em seu ordenamento jurídico, os Estados Unidos promoveram uma segunda emenda na

FCPA, em 1998, ampliando o escopo da norma para alcançar os atos praticados fora do território nacional.

Kevin Davis (2012) explora ainda a ideia de que, a partir da emenda de 1998 e da vigência da convenção da OCDE em 1997, esse período marcou as discussões em torno da noção de que a FCPA seria uma ferramenta de promoção do desenvolvimento político e econômico. Segundo o autor, entre as décadas de 1980 e 1990, passou-se a aceitar que a corrupção poderia prejudicar a formação de processos democráticos e progressão do desenvolvimento mundo afora. Em certa medida a estratégia adotada pelo governo norte-americano era justamente propagar o fundamento moral e altruísta da FCPA para que outros países acompanhassem o modelo de legislação americana[40].

Essa perspectiva da norma como contribuição para o desenvolvimento econômico do mundo, em especial dos países de interesse comercial dos Estados Unidos, fica evidenciada nos discursos presidenciais – a exemplo de Barak Obama[41]. Primordialmente, o que interessa ao governo norte-americano é apoiar iniciativas estrangeiras de combate a corrupção, permitindo que haja minimamente confiança em regimes democráticos em que as empresas americanas realizam negócios, atraindo ainda mais os investimentos nesses países. Ou seja, trata-se de política estratégica econômica, com viés comercial e de expansão do domínio dos Estados Unidos nos negócios internacionais.

1.5. Arranjos internacionais e o rompimento das fronteiras sancionatórias: o alcance extraterritorial da FCPA

Conforme demonstrado no tópico anterior, apesar do discurso de combate à corrupção adotado pelo congresso e pelo executivo norte-americano, ao que tudo indica, a estratégia oferecida não resultou em esforços para punir empresas e indivíduos, pelo contrário, o que se viu ao longo

[40] ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption, 31 J. LEGAL STUD, p. S141, S161, 2002.

[41] President Barack Obama, supra note 40. See, e.g., President of the United States, National Security Strategy p. 3738 (may, 2010) [hereinafter NATIONAL SECURITY STRATEGY], available at http://www.whitehouse. gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf. Interestingly, President Obama's cover letter to the National Security Strategy characterized support for Anti-corruption activities as part of an effort to "advocate for and advance the basic rights upon which our Nation was founded" and added that "[o]ur commitment to human dignity includes support for development, which is why we will fight poverty and corruption" Id. at ii.

das duas primeiras décadas da legislação foram poucos casos de investigação e/ou denúncia de infrações econômicas.

Era preciso verificar as causas para um suposto afrouxamento da persecução dos ilícitos praticados no ambiente corporativo, principalmente diante da necessidade dos americanos em responder à crise de moralidade provocada pelo escândalo de Watergate – contendo os excessos provocados pelo capitalismo norte-americano e conquistando a confiança de democracias parceiras que lutavam naquele momento contra o avanço comunista[42].

Alguns dos depoimentos realizados no comitê de investigação[43], liderado pelo Senador Frank Church, revelaram certa preocupação em conferir indiretamente às empresas americanas, diante da iminente aprovação da FCPA, alguma desvantagem competitiva com empresas estrangeiras – uma vez que as demais empresas estrangeiras ganhariam os contratos comerciais em virtude do pagamento suborno. Nesse sentido, parecia quase óbvio que o problema da corrupção globalizada não poderia ser resolvido unilateralmente pelos Estados Unidos, era preciso ampliar os esforços na luta contra a corrupção atraindo o engajamento dos demais países interessados nessa causa – especialmente aqueles com relações comercias com empresas norte-americanas.

Movidos pela disputa comercial promovida pela Guerra Fria e os riscos de esvaziamento político nos países considerados parceiros dos Estados Unidos, o congresso promulgou a FCPA[44] com o interesse primário de pôr fim ao discurso antiamericano desenvolvido pelos regimes comunistas – a exemplo da Itália – que na época pregavam contra o capitalismo norte-americano e minavam a confiança dos povos locais nos partidos políticos aliados dos americanos. Na visão dos professores[45] Sean Griffith e Thomas Lee (2019), ao promulgar a FCPA, que criminalizou a conduta

---

[42] Political Contribution to Foreign Governments: Hearings Before the Subcomm. on Multinational Corp. of the S. Comm. On For. Rels., 94th Cong. 2 (1975) (statement of Sen. Frank Church, Chairman, Subcomm. On Multinational Corp.) [hereinafter Church Committee].

[43] ABUSES OF CORPORATE POWER: Hearing Before the Subcomm. on Priorities and Econ. in Gov't of the Joint Econ. Comm., 94th Cong., [s.v.], [s.n.], p. 153-154, 1976.

[44] GRIFFITH, Sean and THOMAS, Lee. Toward an Interest Group Theory of Foreign Anti-Corruption Laws (August 10, 2019). University of Illinois Law Review, vol. 2019, n. 4, [s.p.], 2019.

[45] "By criminalizing the payment of foreign bribes, Congress sought to make a strong statement against American instigation of corruption abroad. The ultimate aim was to buttress friendly governments and to deny succor and rhetorical force to Communist movements around the world that had zeroed in on U.S. corporate payments to fuel Anti-capitalist, Anti-American sentiment. The FCPA, in other words, was a political weapon of the Cold War, wielded in the interests of national security." Idem. Griffith, Sean J. and Lee, Thomas H., Toward an Interest Group Theory of Foreign Anti-Corruption Laws (August 10, 2019). University of Illinois Law Review, v. 2019, n. 4, [s.p.], 2019. [50] SCHROTH, Peter.The United States and the International Bribery Convention, 50 AM. J. COMP. L. 593, [s.v.], [s.n.], p. 596-597, 2002.

de suborno, os Estados Unidos reforçaram perante a comunidade internacional a respectiva posição de repúdio contra as atitudes nefastas praticadas pelas suas grandes corporações.

Mas ainda faltava a mobilização dos demais países, especialmente do bloco comercial, para promover coletivamente um padrão de política internacional anticorrupção. Grifth e Lee (2019) traduzem um pouco das iniciativas do governo norte-americano que buscaram estabelecer tratativas com parceiros comerciais visando estabelecer diretrizes internacionais anticorrupção, por intermédio de acordos bilaterais, mas que não impunham como condição aos países parceiros a promulgação de legislações semelhantes. Os americanos tentaram ainda emplacar dispositivos anticorrupção na rodada de Tóquio[50] para negociação de acordo sobre tarifas comerciais. Contudo, os demais países-membros recusaram a inclusão de uma redação que não guardaria relação, pelo menos em tese, com aspectos comercias – algo que atualmente não encontraria qualquer respaldo ou fundamento.

Portanto, diante das falhas em conseguir criar um ambiente convergente para as negociações com os demais países visando à promulgação de legislações locais anticorrupção, o poder executivo optou por centralizar o seu empenho em organismos internacionais não governamentais – a exemplo da ONU (Organização das Nações Unidas) e da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

Segundo Grifth e Lee (2019), até que o governo norte-americano conseguiu convencer a OCDE em inserir um dispositivo anticorrupção na declaração sobre investimentos internacionais e empresas multinacionais[46], porém os demais países signatários não seguiram essa orientação por discordar da posição dos Estados Unidos de que o suborno seria um problema de segurança nacional e considerar que a corrupção seria mais um "ordinary cost of doing business in the developing world".

A pressão do congresso sobre o executivo para ter uma norma coletiva global antissuborno aumentou – incluindo uma chamada expressa para o presidente quando da aprovação da primeira emenda em 1988[47], por intermédio da Omnibus Trade and Competitiveness Act –, após quase 15

---

[46] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Declaration on International Investment and Multilateral Enterprise. Disponível em http://www.oecd.org/daf/inv/investmentpolicy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

[47] ASHE, DANIEL. The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the US Foreign Corrupt Practices Act. Fordham L. Rev., 73, p. 2897. 2004.

anos de negociação infrutífera com os organismos internacionais, até que, no final da década de 1980, o governo provocou a OCDE[48] para a criação de um grupo ad hoc de estudos visando a elaboração de um dispositivo que obrigasse os seus membros a aprovarem penalidades contra indivíduos e empresas infratoras que subornassem agentes em transações comerciais internacionais.

Assim, no final de 1997, foi adotada pela OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development) a Convenção de Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, bem como iniciados os trabalhos para o recebimento das adesões dos demais países interessados em se tornarem signatários da convenção[49].

Em 1998, a FCPA sofreu emendas em virtude da ratificação da convenção da OCDE e diante do compromisso assumido com os demais signatários da convenção, tornando muito amplo o alcance extraterritorial da norma. Foram conferidos poderes discricionários aos das autoridades norte-americanas para investigar atos suspeitos de corrupção, ainda que a conexão do ato com os aspectos territoriais fosse limitada. O fundamento encontrado para ampliar demasiadamente a capacidade de enforcement da FCPA para além dos limites territoriais dos Estados Unidos estava na própria convenção, no seu artigo 4º, parágrafos primeiro e terceiro, que dispôs a respeito da jurisdição[50].

Diante da redação aberta, que deixou livre aos países definirem internamente a respectiva jurisdição sobre os atos que tenham ocorrido totalmente ou parcialmente eu seu território, o governo norte-americano viu uma oportunidade para expandir o escopo da atuação dos promotores e direcionar a sua arma para as empresas concorrentes estrangeiras que praticassem atos de corrupção – mesmo sem qualquer conexão, ou vínculo muito incipiente, com os Estados Unidos.

---

[48] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. United States Proposal on the Issue of Illicit Payments, at 2, OECD 49. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2013/12/16/united-states-proposal-on-the-issue-of-illicit-payments.pdf Acesso em: 29 jun. 2020.

[49] Atualmente, são 44 países signatários da referida convenção, sendo sete não membros (incluindo o Brasil). Disponível em: http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

[50] "Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the bribery of a foreign public official when the offence is committed in whole or in part in its territory […] When more than one Party has jurisdiction over an alleged offence described in this Convention, the Parties involved shall, at the request of one of them, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution […]". Disponível em: http://www.oecd.org/daf/Anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.

O resultado prático dessa investida é demonstrado por Michael Alstine (2012), cujas pesquisas apontaram que em muitos casos processados pelas autoridades norte-americanas o fundamento utilizado com base na jurisdição territorial não encontra razoabilidade[51]. Em um caso específico, segundo o autor, um cidadão estrangeiro (não americano) que trabalhava em uma empresa também estrangeira foi sentenciado com sanção privativa de liberdade por atos de suborno praticados na Costa Rica[52], como fundamento para a conexão territorial as autoridades alegaram que a empresa empregadora tinha ADRs (American Depositary Receipts) na bolsa dos Estados Unidos e recebia alguns pagamentos por intermédio de bancos norte-americanos.

Brandon Garrett (2014) destaca a prioridade do DOJ e demais agências norte-americanas, a exemplo da SEC e do FBI, em punir atos de corrupção após a ratificação da convenção, a tal ponto de criarem unidades especializadas no tema. O autor apresenta os resultados da sua pesquisa, que coletou dados a respeito do número de casos envolvendo a aplicação da FCPA às empresas, entre 2001 e 2012, indicando um aumento exponencial após as mudanças promovidas na lei. Até mesmo a adoção dos programas de compliance como instrumento de reabilitação das empresas, anos após, em 2009, foi recomendado pela OCDE[53].

Os americanos parecem ter sido bem-sucedidos em alcançar um número expressivo de Estados membros aderentes à convenção, ao todo 44 países signatários, sendo sete não membros da OCDE (Argentina, Brasil, Bulgária, Costa Rica, Peru, Rússia e África do Sul), se comprometeram a realizar as ações de políticas públicas de combate a corrupção dispostas na convenção. Dentre essas, estava a obrigação dos países signatários reconhecerem o suborno de funcionário público estrangeiro como uma conduta criminosa, incluindo as bases jurídicas para a aplicação extraterritorial da convenção.

Contudo, a convenção não dirimiu a questão da jurisdição multilateral e dos riscos reais de violação do princípio non bis in idem, deixando aberto o debate em torno de uma necessária política de coordenação internacional sancionatória contra os atos de corrupção (lato sensu).

---

[51] "The only connection to the United States was that the foreign employer had issued American Depositary Receipts (ADRs) in this country and some payments came from a U.S. bank account."

[52] Press Release, U.S. Dep't of Justice, Former Alcatel CIT Executive Sentenced for Paying $2.5 Million in Bribes to Senior Costa Rican Officials (Sept. 23, 2008). Disponível em: http://www.justice.gov/opa/pr/2008/September/08-crm848.html. Acesso: 20 nov. 2019.

[53] Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-Recommendation-ENG.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

No relatório divulgado no final de 2019[54] sobre os indicadores de enforcement reportados pelos países signatários desde a entrada em vigor da convenção (fevereiro de 1999), até 31 de dezembro de 2018, a OCDE apresentou alguns resultados interessantes do ponto de vista dos esforços dos países combaterem a corrupção.

Chamam a atenção alguns dados em específico, o primeiro deles a respeito das decisões proferidas em casos criminais evolvendo suborno transnacional. Segundo o relatório, muitos países sequer têm decisões criminais de condenação/absolvição de indivíduos ou empresas (Argentina, Colômbia, Costa Rica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Grécia, Islândia, Irlanda, Lituânia, Letônia, México, Nova Zelândia, Portugal, Rússia, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul).

Ao ler os esclarecimentos a respeito da metodologia empregada, não é possível compreender se, eventualmente, esses mesmos países, apesar de não terem sancionado ou absolvido indivíduos/empresas, têm investigações ou processos judiciais em andamento. Fato é que, considerando ser a corrupção um fenômeno político, econômico e social, e que muitos dos países indicados já estiveram envolvidos em coberturas midiáticas sobre escândalos de corrupção, deduz-se que tais signatários podem não estar encarando com muita seriedade as obrigações assumidas por intermédio da convenção.

O segundo indicador que chama a atenção, por outro lado, é dos países que mais sancionaram/absolveram indivíduos e/ou empresas. Das 615 pessoas condenadas ou que celebraram acordos de não persecução penal, e foram sancionadas, mais de 70% são de casos julgados ou resolvidos pelos Estados Unidos e Alemanha.

Com relação às condenações ou acordos celebrados com empresas, os americanos lideram o ranking com 67% dos casos. Novamente, deve-se alertar para a insuficiência e transparência das informações que pudessem esclarecer quem foram os indivíduos e as empresas punidas, qual a origem desses, quais foram as obrigações e sanções impostas, de modo que se pudesse criticar as medidas e avaliar os resultados obtidos.

1.6. Empresa cidadã – entre a retórica e a efetividade

[54] OECD Working Group on Bribery. 2018 Enforcement of the Anti-Bribery Convention. Investigations, proceedings, and sanctions. Disponível em: http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-ConventionEnforcement-Data-2019.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

O nascimento da expressão good corporate citizenchip (empresa cidadã – tradução livre do autor) dá-se no contexto de algumas mudanças normativas implementadas no direito dos Estados Unidos[55]. Começando pela FCPA que, em 1977, criminalizou o pagamento de suborno para agentes públicos estrangeiros por empresas e seus colaboradores, ou terceiros, incluindo o alcance extraterritorial da norma que permitiu as autoridades punirem atos praticados por estrangeiros ainda que fora do território norte-americano.

Além da FCPA, a academia teve uma participação relevante na proposição de padrões legais que, de certa forma, contribuíssem para a mudança na estrutura da governança corporativa da época, sugerindo um controle maior dos conselhos de administração sobre as suas diretorias e gerências – algo criticado pelos grandes grupos econômicos da época, por ser interpretado pelas empresas como medida de interferência indevida na gestão empresarial.

A partir de então, verificou-se um movimento de algumas indústrias, especialmente a indústria defesa[56], regularem por intermédio de políticas corporativas, códigos de condutas e controles internos, reforçando a necessidade de se repensar o modelo de governança, aumentando a conscientização a respeito da inclusão da ética como critério para as tomadas de decisão empresariais. Essas medidas, em que pese não terem força para alterar a legislação da época, em alguma medida, provocaram reflexões sobre as mudanças da estrutura legal daquele momento.

As transformações na legislação dos Estados Unidos, especialmente para as infrações econômicas ou crimes cometidos no ambiente corporativo, tiveram ainda a contribuição da U.S. Sentencing Commission[57], que, em meados da década de 1980, divulgou o primeiro guia orientativo

(soft law) sobre os crimes corporativos – também conhecido como Federal Sentencing Guidelines, ou apenas Guidelines Manual – que marcou uma mudança importante ao introduzir um capítulo específico sobre os padrões das sentenças proferidas contra empresas que praticassem crimes federais.

---

[55] LAUFER, William S. Corporate bodies and guilty minds. In: Emory LJ 43, [s.v.], [s.n.], [s.p.], 1994.

[56] A iniciativa promovida pela indústria de defesa é bastante significativa, não apenas por ter sido a primeira, mas também por buscar engajar-se na construção de padrões de ética adequados a realidade daquele mercado específico, observando as particularidades regulatórias e comerciais. Disponível em: https://www.dii.org/home. Acesso em: 29 jul. 2020.

[57] "The U.S. Sentencing Commission, a bipartisan, independent agency located in the judicial branch of government, was created by Congress in 1984 to reduce sentencing disparities and promote transparency and proportionality in sentencing". Disponível em: https://www.ussc.gov/. Acesso em: 30 jul. 2020.

Foi o primeiro documento a trazer alguma luz sobre o que seria necessário às empresas implementarem na qualidade de medidas preventivas de ilícitos corporativos, os chamados corporate compliance programs, usando, para tanto, incentivos refletidos em fatores de atenuação que deveriam ser levados em consideração pelos juízes quando da aplicação da pena às organizações.

William Laufer é um estudioso há décadas do fenômeno do compliance no ambiente corporativo e do movimento da "empresa cidadã", iniciado na década de 1990, analisando empiricamente as causas e, principalmente, os resultados que podem ser aferidos dessa suposta parceria entre reguladores e regulados. Segundo o autor, o aumento no custo ou despesas para as empresas estarem em conformidade (compliance) é fruto da narrativa da empresa cidadã, cujo objetivo seria encontrar um equilíbrio entre as responsabilidades dos setores público e privado na aplicação da lei antissuborno – contribuindo assim, teoricamente, para a redução das infrações econômicas e, consequentemente, mitigando danos à administração pública e as diversas vítimas de um ato de corrupção.

A estratégia adotada pelo governo norte-americano envolveu um acordo implícito[58] em que de uma só vez as autoridades poderiam conseguir obter as provas para comprovar a culpabilidade de indivíduos e empresas – fato que demanda um esforço quase sempre infrutífero dos acusadores em produzir provas, ante a sofisticação e evolução das técnicas delitivas – e ainda transferir para as empresas todo o ônus e os custos para prevenir crimes e responder as condutas ilícitas eventualmente identificadas em virtude dos programas de compliance.

Alguns eram os desafios para conseguir implementar a suposta parceria. Um deles envolvia garantir incentivos suficientes para atrair o desejo da iniciativa privada em colaborar com as autoridades. Para uma empresa aceitar esse ônus persecutório, típico da atividade de investigação e acusação estatal, seria necessário, primeiramente, esclarecer quais seriam as medidas e métricas capazes de identificar ilícitos. Isso foi providenciado por intermédio da inclusão do capítulo oitavo do manual (manual guidelines) de sentenças para crimes federais praticados por empresas, que

[58] UNITED STATES. Sentencing Commission's Proceedings of the Second Symposium on Crime and Punishment in the United States, on Corporate Crime in America: Strengthening the "Good Citizen" Corporation (Sept. 7-8, 1995), (found at http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publicatio ns/research-projects-andsurveys/economic-crimes/19950907- symposium/WCSYMPO_opt.pdf [https://perma.cc/8A2M-7GBS]).

trouxe elementos de análise obrigatória pelos juízos que, uma vez evidenciados, poderiam representar a concessão de leniência ou atenuação das sanções impostas.

Um segundo percalço que as autoridades enfrentavam era o baixo, ou quase nenhum, temor de que o governo despenderia recursos para investigar os crimes econômicos, fato que parece ter sido superado com a adoção estratégica de regular por intermédio do medo (threat regulation) – somado a demonstração de poder e força do governo por intermédio da concessão de discricionariedade ampla aos membros responsáveis pela acusação, em especial aqueles vinculados ao DOJ.

Laufer, a respeito do novo desenho regulatório promovido pelo governo norte-americano, informa que tais mudanças foram refletidas na divulgação de inúmeras memorandas, além da promulgação das leis Sarbanes Oxley Act de 2002 (SOX) e a Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010 (Dodd-Frank), como instrumentos legais de imposição de deveres empresarias de aprimoramento das estruturas de governança corporativa, controles internos e atribuição de responsabilidade aos chamados gate keepers. Contudo, o autor critica as externalidades exageradas criadas pelo governo e transferidas às organizações, fruto da priorização da política criminal em utilizar o orçamento público para punir os delitos de rua, cabendo as empresas a responsabilidade por evitar os crimes corporativos.

Para as empresas havia o benefício de poder negociar melhor os seus acordos, ou demonstrar judicialmente seus esforços para implementar os parâmetros de devida diligência (due diligence principles), utilizando o crédito do programa de compliance no computo final das autoridades quando decidem aplicar a pena às empresas. Parecia que essa parceria poderia ser bemsucedida, atendendo aos interesses do Estado ao conseguir punir as empresas e indivíduos, bem como das empresas que temeriam enfrentar o poder estatal com riscos de sofrer as consequências colaterais de uma possível sentença condenatória, optando pela via do acordo e pela aceitação das obrigações de fazer.

No entanto, a expectativa do governo norte-americano era de que as empresas deveriam se autopoliciar, responsabilizando-se por qualquer desvio cometido por funcionário seu ou terceiro contratado, assumindo um dever de vigilância quase absoluto – algo que nem o próprio Estado seria capaz de fazer – cabendo ao Estado observar atentamente o cumprimento das suas orientações pelas empresas. Essa noção de vigilância e monitoramento encontra o seu fundamento no contexto

de autorregulação-regulada, ou regulação responsiva, teoria desenvolvida por Braithwaite e Aires (1992), que preconiza uma regulação baseada no escalonamento de condutas e formas proporcionais de controle exercido pelo poder público sobre o privado[59].

Com muita habilidade e capacidade de sistematizar diversas teorias, Eduardo Saad Diniz (2019), citando Selznick[65], apresenta o conceito de regulação como "o exercício do controle empenhado por agências públicas em relação às atividades valoradas pela comunidade". Para o autor[60] a regulação representaria mais do que apenas uma distribuição arbitrária de liberdades de ação no mercado, produziria consequências negativas nos países em desenvolvimento, promovendo instabilidades e disparidades econômicas.

Por isso, o autor sustenta que o momento seria oportuno, ainda mais se considerada toda a crise financeira gerada pelos subprimes em 2008, para se refletir a respeito dos novos parâmetros de compreensão e aplicação da regulação nas práticas empresariais. Para ele, uma regulação seria efetiva caso dissesse respeito a uma normativa ou orientação de comportamento com vistas a realização dos valores estabelecidos na política regulatória.

Mas, apesar da expectativa de um resultado que congregue articulação regulatória, mecanismos jurídicos e condições institucionais adequadas para a aplicação das orientações ao mercado, em alguns países, em especial naqueles em desenvolvimento, a desorientação regulatória promove uma desconfiança na relação entre os reguladores e regulados – fruto do desacoplamento entre as medidas de autorregulação privada e o padrão de regulação pública.

É justamente aqui que Laufer (2017) traduz essa assimetria de interesses e os desincentivos que as autoridades oferecem para as empresas no que ele chamou de compliance game[61], o jogo entre reguladores e regulados, cujo resultado, em última análise, não considera a ciência e o avanço da tecnologia para tentar articular uma verdadeira parceria no combate da corrupção.

Laufer (2017) ressalta que, apesar do jogo de compliance, há de se considerar ainda os interesses e a parcela de "culpa" das organizações. Não se poderia apenas responsabilizar o Estado pela ineficiência regulatória e persecutória dos crimes corporativos, é do interesse das empresas

---

[59] AYRES, IAN. and BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate (1992)
[65] SELZNICK, Philip. Focusing organizational research on regulation. In: NOLL, Roger. Regulatory policu and the social sciences. Berkeley: University of California Press, 1985. p. 363-364.
[60] SAAD DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. Revista dos Tribunais, 2019.
[61] LAUFER, William S. "The missing account of progressive corporate criminal law." NYUJL & Bus. 14 (2017)

que o jogo seja jogado dessa forma – podendo dizer que as empresas também seriam cúmplices em manter essa suposta parceria como ela é.

Nesse jogo, o interesse das empresas é de que não haja afetação nos seus negócios, aceitando assim que eventuais acusações sejam resolvidas por acordos, mantendo o equilíbrio regulatório. Ou seja, raramente as autoridades responsabilizam os grandes líderes empresarias envolvidos[62], acabando que muitas vezes as empresas de pequeno porte têm maiores chances de serem responsabilizadas – sofrendo maiores impactos nos seus negócios uma vez que não dispõe de poder econômico suficiente para fazer frente às avalanches acusatórias.

Além do mais, Makkai & Braithwaite (1996), há muito, já criticavam esse modelo regulatório, que resulta no gasto desmesurado em compliance pelas empresas, simplesmente para reduzir os riscos de assumir uma culpa ou se responsabilizar criminalmente por atos dos seus agentes – cujos efeitos colaterais podem até comprometer a própria sobrevivência das empresas – e ainda oferece para os seus jogadores uma aparência de legitimidade, bem como a cobertura moral que a sociedade tanto espera.

Por isso, a crítica de Laufer (2018) a respeito dessa retórica de good corporate citizenship, que segundo o estudioso, vem promovendo uma indústria de compliance que ainda não foi capaz de demonstrar, cientificamente, a capacidade de todas estas medidas prevenirem realmente os crimes corporativos, e mais, influenciar positivamente comportamento e tomadas de decisões éticas – limitando-se a fomentar a indústria por trás desses programas, satisfazendo o apelo social por justiça, dando cobertura moral as empresas e autoridades, tal como garantindo às empresas uma certa leniência em virtude de fatos ilícitos cometidos dentro da sua mais íntima estrutura.

Mas, além do compliance game que Laufer (2018) faz referência e que fomenta negócios em torno das consultorias, estimula as pesquisas realizadas pelas auditorias big four – cujos resultados carecem de uma metodologia cientificamente comprovada, se limitando a compilar a percepção de executivos e profissionais do ramo – eventos com especialistas no assunto, que contam com a participação de membros do governo e da iniciativa privada, bem como promove idiossincrasias e alimenta o ego de autoridades interessadas no holofote que um grande acordo pode oferecer, o autor da universidade da Pensilvânia também critica as externalidades geradas por esse jogo.

[62] GARRETT, Brandon. Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations (2014)

Laufer (2018), a respeito dessas externalidades e custos excessivos gerados a partir da ideia de “empresa cidadã”, elenca as principais questões que deveriam ser profundamente enfrentadas para avaliar a qualidade e os resultados de uma suposta parceria entre o governo e as empresas nos Estados Unidos. A primeira delas seria a atrofia regulatória, ao reduzir consideravelmente a capacidade e a qualidade das atividades de monitoramento e fiscalização das autoridades, considerando a transferência quase absoluta desse dever às empresas.

O segundo problema gerado pela suposta parceria, decorrência do primeiro, seria a discricionariedade reacionária (reactionary discretion, tradução livre), uma vez que o governo, ao transferir para a iniciativa privada todo o ônus da persecução penal, incluindo principalmente os investimentos, limita a capacidade regulatória e provoca resultados que se refletem na renúncia acusatória – optando majoritariamente pelos acordos de resolução – ou ainda processos tímidos que talvez possam não atender ao interesse público.

Mas, segundo o autor, das externalidades produzidas, a que mais revela o problema da política criminal é a priorização comprometida. Para Laufer (2018), o compartilhamento dos custos da justiça criminal não encontra fundamento na avaliação de prioridades e na gravidade das condutas criminosas. O autor questiona qual seria a justificativa para explicar a desproporção dos investimentos público e privado na aplicação da Lei, porque o Estado prioriza os seus investimentos na criminalidade de rua e deixa para a iniciativa privada buscar responsabilizar as infrações econômicas, as empresas teriam melhores condições e capacidades para exercer essa função estatal, deveria haver limites para essa transferência de responsabilidade de “polícia” para as empresas?

A justificativa plausível encontrada pelo governo, segundo Laufer (2018), está na reprovabilidade moral dos crimes de rua, se comparado aos crimes corporativos – cujas vítimas reais acabam sofrendo com os efeitos colaterais de uma sentença penal condenatória que poderia levar a demissão em massa de trabalhadores honestos – pois a política de guerra às drogas, apesar de comprovado cientificamente o seu fracasso e os múltiplos resultados desastrosos, ocupa um espaço relevante na mídia e recebe com louvor o reconhecimento pela população norte-americana.

Ou seja, tal como a FCPA, o fundamento para esse compartilhamento implícito de responsabilidades pela percussão dos crimes econômicos é puramente moral, ignorando as externalidades mencionadas pelo autor e as pesquisas empíricas, cujos resultados apontam para um desequilíbrio nessa suposta parceria entre o público e o privado.

Mas, se essa parceria entre o setor público e privado em vez de promover uma verdadeira luta contra a corrupção, acabou produzindo externalidades negativas, aumentando os custos de transação, dentre outros problemas tratados, haveria alguma solução para essas questões? O próprio Laufer (2018) propõe que a solução seja encontrada justamente nos investimentos feitos pelas empresas ao longo das últimas duas décadas.

Ou seja, com todo esse investimento realizado pelas grandes organizações, na casa dos bilhões de dólares, há de ser ter um acervo substancial, e com potencial convergente, de padrões de governança, riscos e compliance que, aliados às novas tecnologias, poderiam ser utilizados pela academia para serem testados quanto à respectiva capacidade de promover mudanças comportamentais, servindo assim para serem compartilhados os bons resultados com outras empresas – ajustando, obviamente, à realidade dos riscos de cada negócio, dentre outras variáveis.

2. FCPA ENFORCEMENT NA PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS

2.1. Evolução das diretrizes de enforcement e a priorização da justiça negociada

O modelo tradicional de enforcement criminal contra as infrações econômicas, pelos membros do DOJ (Departament of Justice), em especial da FCPA (Foreign Corrupt Practice Act), se pautou pela via binária entre denunciar ou arquivar acusações contra indivíduos ou corporações por mais de um século[63]. No entanto, a partir dos anos de 2000, esse modelo histórico passou a considerar uma terceira via para aplicar a legislação, qual seja, a utilização de acordos de resolução extrajudiciais ou de não persecução. Dentre esses, destacam-se dois[64], o NPA (Non-prosecution

[63] KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. In: UCDL Rev., [s.v.], 49, p. 497, 2015.

[64] "[…] Under a Non-Prosecution agreement, or an NPA as it is commonly known, DOJ maintains the right to file charges but refrains from doing so to allow the company to demonstrate its good conduct during the term of the NPA. Unlike a DPA, an NPA is not filed with a court but is instead maintained by the parties. […] Under a deferred prosecution agreement, or a DPA as it is commonly known, DOJ files a charging document with the court, 379 but it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct. DPAs generally require a defendant to agree to pay a monetary penalty, waive the statute of limitations, cooperate with the government, admit the relevant facts, and enter into certain compliance and

Agreement) e o DPA (Deferred Prosecution Agreement), cuja característica principal é estabelecer um processo negocial entre as autoridades e as empresas buscando um equilíbrio entre o pressuposto punitivo, incluindo a reabilitação por intermédio de reformas corporativas estruturais), o ressarcimento pelos danos causados e a manutenção da atividade econômica.

Esse novo modelo de aplicação da legislação ganhou rapidamente defensores, dentre eles o DOJ que, com a necessária, mas não limitada, atuação voltada para o combate da corrupção (lato sensu), passou a utilizar com certa frequência tais instrumentos sob o argumento de que uma condenação pela via tradicional do judiciário provocaria danos irreparáveis às empresas e principalmente as vítimas.

Essa narrativa é fruto do pensamento do mundo pós-Enron[65], caso paradigmático que promoveu uma série de debates em torno dos efeitos colaterais de condenações criminais de grandes organizações. Era preciso (re)pensar o padrão de responsabilização das pessoas jurídicas em decorrência da prática de infrações econômicas.

Nesse contexto, surgem esses novos instrumentos que, em complemento aos tradicionais plea bargainings, dispensam o reconhecimento de culpa pelas empresas e combinam um sistema punitivo centralizado na restituição, nas multas, em reformas no sistema de governança corporativa e de compliance das empresas, no confisco, dentre outras sanções. Importante destacar que tais inovações não foram desenvolvidas por intermédio de alterações legais, mas antes de mudanças na prática do exercício da autoridade de enforcement (DOJ) por meio de guidelines.

Para se ter uma ideia desse universo, a partir de 2004, o órgão (DOJ) celebrou nada menos que 125 acordos[66] entre NPA (Non-prosecution Agreement) e DPA (Deferred Prosecution Agreement), uma média de 8,3 por ano. Numa comparação quantitativa com o modelo brasileiro de enforcement anticorrupção, a CGU (Controladoria geral da União), no âmbito da União, desde 2014 – data de início da vigência da lei n. 12.846/2013 – celebrou onze acordos de leniência[67].

---

remediation commitments, potentially including a corporate compliance monitor […]". Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal–fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

[65] CHRISTOPHER, Wray and HUR, Robert. Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice. In: Am. Crim. L. Rev., [s.v.], 43, 1.095, 2006.

[66] Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html. Acesso em: 15 nov. 2019.

[67] Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordoleniencia. Acesso em: 19 ago. 2020.

A importância de tais instrumentos vai muito além da simples resolução de um caso que envolva a prática de infrações econômicas, abrange a imposição de multas elevadas[68], muitas vezes consideradas exageradas, assim como dispensam o reconhecimento da culpa[69] – requisito típico dos plea agreements – e promovem reformas nas estruturas de governança corporativa das empresas, sanções, muitas vezes, sequer previstas na legislação. Esse tipo de justiça consensual que ganhou forma no início dos anos de 2000, vem sendo objeto de críticas por parte da doutrina, em especial a norte-americana, em que pese causar uma sensação de punição das empresas e resgatar o sentimento de justiça por parte da sociedade.

No entanto, sob o argumento da necessidade de punição exemplar e de concretização do sistema de justiça penal dos Estados Unidos, viu-se nas últimas duas décadas uma expansão na utilização de acordos de resolução, muitos deslocados do poder judiciário. Esse movimento somente foi possível a partir da publicação de algumas memorandas, a inclusão do capítulo oitavo na sentencing of organizations (US sentencing guidelines) e a inclusão de novos dispositivos no manual (justice manual) para atuação dos membros do DOJ (principles of federal prosecution of business organizations).

As críticas da doutrina em relação ao emprego desses instrumentos passa pelos custos excessivos para celebração de tais acordos[70], a ausência de verificação científica quanto à respectiva eficácia, potenciais violações do Estado de Direito, a regulação indireta por intermédio de acordos resolutivos[71], assim como a discricionariedade ampla conferida aos membros do DOJ para impor obrigações não previstas em lei[72]. Alguns autores sugerem que o sentimento de impunidade e o confronto com o dilema de se promover condenações de grandes corporações são desafios para uma punição justa e eficaz.

---

[68] Diamantis, Mihailis E. Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment. In: Iowa L. Rev., [s.v.], 103, p. 507, 2017.

[69] GARRETT, Brandon. Collaborative Organizational Prosecution, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 154, 157 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011)

[70] GREEMBLUM, Benjamin. What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements, 105. In: COLUM. L. REV., [s.v], p. 1863, 1885, 2005.

[71] ARLEN, Jennifer and KAHAN, Marcel. Corporate governance regulation through nonprosecution. In: U. Chi. L. Rev., [s.v.], 84, p. 323, 2017.

[72] GARRETT, Brandon. Too big to Jail. Harvard University Press, 2014.

Esse cenário de negociação poderia implicar no sentimento negativo de privilégio desmesurado dos grandes grupos econômicos, que dificilmente seriam condenados, salvo pela via do judiciário. Considerando a ampliação cada vez maior do escopo de responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção, é preciso compreender de que maneira seria possível conferir legitimidade à legislação sem frustrar o pensamento coletivo por justiça.

O modelo de justiça consensual dos Estados Unidos, especialmente a partir dos anos de 2000, priorizou a responsabilização das pessoas jurídicas por infrações econômicas, em nível federal, renunciando aos direitos e garantias constitucionais das empresas. A atuação das autoridades de enforcement, em particular da FCPA, se desenvolveu, desde a década de 1970, à margem da lei e ordenada por guias orientativos (guidelines) que serão aprofundados no tópico seguinte.

O presente capítulo apresentará a evolução dos instrumentos de soft law, quase regulatórios, publicados pelo DOJ, com a finalidade de direcionar as investigações, estabelecer os processos de negociação de acordos, definir os fatores para a avaliação da concessão de benefícios, assim como as estratégias adotadas, de maneira oposta ao oferecimento de denúncias ao poder judiciário.

Na sequência, serão analisados alguns direitos constitucionais das empresas que, apesar da pouca aplicabilidade ou restrição conferida pela jurisprudência norte-americana, vivem o dilema de decidir entre negociar um acordo de resolução (inclusive extrajudicial) e ter encerrado um caso envolvendo atos de corrupção, ou se defender em juízo, servindo-se de todos os direitos e garantias constitucionais outorgados às empresas, mas correndo o risco de ter as suas atividades econômicas extirpadas em decorrência de uma sentença penal condenatória considerada de "morte".

2.2. A sequência orientativa dos memorandos

2.2.1. Memorando Holder

O ano de 1994[73] determinou o marco inicial para a utilização dos acordos de resolução com as pessoas jurídicas por infrações econômicas, tendo a celebração de um DPA (deferred prosecution

[73] Mary Jo White, Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?, In 2 37TH ANNUAL INSTITUTE ON SECURITIES REGULATION 815, 818 (PLI Corp. Law & Practice, Course Handbook Ser. n. B–1517, 2005). Koehler, M. (2015). Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign

agreement) pelo DOJ com a seguradora Prudential se tornado um referencial histórico. Tal acordo é considerando um dos primeiros a envolver uma grande empresa que, para evitar sanções impostas no âmbito de um processo penal regular, se comprometeu com obrigações de fazer consistentes em reformas internas. Naquela época, não havia qualquer dispositivo que regulasse a adoção de tais instrumentos negociais, pelo contrário, os membros do DOJ se valiam de um poder discricionário, sem amparo legal, para, ao mesmo tempo, punir a empresa e evitar uma condenação pela via do judiciário.

Nesse sentido, era preciso estabelecer os fatores que deveriam ser levados em consideração pelos membros do DOJ para decidir entre processar formalmente uma empresa ou propor um acordo de não persecução penal. Foi assim que, no dia 16 de junho de 1999, o governo norteamericano divulgou o memorandum Holder, documento destinado a todos os membros do DOJ, responsável por estabelecer as diretrizes e critérios para a avaliação da oportunidade e conveniência em se trazer acusações contra as pessoas jurídicas.

Um dos pressupostos estruturantes do documento é a responsabilização penal das empresas por infrações econômicas, centralizado nas teorias da dissuasão e retribuição. Apesar de passados mais de 20 anos da promulgação da FCPA (Foreign Corrupt Practice Act), em 1977, poucos foram os casos registrados envolvendo empresas condenadas formalmente por crimes.

O documento adotou algumas premissas, aparentemente equivocadas, de que a realização de acusações formais contra empresas promoveria a intimidação de indivíduos e mudanças de comportamento no ambiente corporativo. Esse referencial elaborado pelo DOJ reforçou a ideia de imputação da conduta do agente à pessoa jurídica, fruto da teoria respondeat superior, que atribui a responsabilidade da pessoa jurídica desde que o ato tenha sido praticado por pessoa com poderes no âmbito das suas atribuições (estatutárias ou contratuais) e que tenha sido em benefício (direto ou indireto) da empresa. Desde a guerra civil, as cortes norte-americanas depositaram na teoria vicariante a atribuição da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas pelos atos dos seus agentes.

Para decidir entre a formalização de uma acusação (denúncia) contra as empresas e a negociação de um acordo de resolução, os membros do DOJ deveriam levar em consideração, além

---

Corrupt Practices Act Enforcement. UCDL Rev., 49, 497. E Arlen, Jennifer, and Marcel Kahan. Corporate governance regulation through non-prosecution. In: U. Chi. L. Rev., [s.v.], 84, p. 323, 2017.

dos fatores típicos considerados para as pessoas físicas, quais sejam, a suficiência das evidências, a probabilidade de êxito no julgamento, as prováveis dissuasões, reabilitações, outros oito fatores[74]. Tais fatores ampliaram, em certa medida, os poderes conferidos às autoridades, especialmente com relação à atribuição de responsabilidade às empresas. Percebe-se forte justificativa para a responsabilização das pessoas jurídicas como fator de garantia contra a impunidade e de promoção de punições severas, marca da expressão dos teóricos retributivistas.

O documento, apesar de não prever expressamente no seu corpo as expressões NPA e DPA, sinalizou às autoridades a necessária avaliação das condutas corporativas pré-acusatórias, reconhecidas por intermédio da cooperação das empresas com as investigações, das denúncias voluntárias, das ações imediatas de remediação, na linha do compromisso implícito (good corporate citizenship) sinalizado pelo governo à iniciativa privada no início da década de 1990. Tal compromisso se refletiu de variadas formas, por meio da publicação de documentos (manuais ou guias orientativos), os quais ofereceriam incentivos para uma parceria das empresas com a administração pública na prevenção da corrupção.

A despeito dessa parceria tácita, merece destaque a crítica de Willian Laufer (2018), da Universidade da Pensilvânia, em relação ao desequilíbrio na distribuição de responsabilidade pelo enforcement da lei e da transferência quase que integral para a iniciativa privada do ônus investigativo. O resultado dessa suposta parceria teria estimulado o desenvolvimento da indústria de compliance, ampliando demasiadamente o custo para estar em compliance pelas empresas, sem quaisquer parâmetros regulatórios aceitáveis para a necessária verificação científica dos programas de compliance.

Após alguns anos da publicação do guia de orientação aos membros do DOJ, os americanos foram alvejados com um novo escândalo corporativo, na sequência de escândalos corporativos, desde a renúncia de Richard Nixon, na década de 1970, dessa vez, envolvendo a empresa de energia

[74] "1. The nature and seriousness of the offense, including the risk of harm to the public, and applicable policies and priorities, if any, governing the prosecution of corporations for particular categories of crime (see section III, infra); 2. The pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or condonation of, the wrongdoing by corporate management (see section IV, infra); 3. The corporation's history of similar conduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it (see section V, infra); 4. The corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents, including, if necessary, the waiver of the corporate attorney-client and work product privileges (see section VI, infra); 5. The existence and adequacy of the corporation's compliance program (see section VII, infra); 6. The corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution,

Enron. A companhia, sediada em Houston, com faturamento anual na época de, aproximadamente, 100 bilhões de dólares, se viu envolvida em gravíssimas acusações de fraude e violações da FCPA. Na esteira do caso Enron, encontrava-se a auditoria Arthur Andersen LLP, considerada uma das cinco maiores empresas de auditoria do mundo, que foi formalmente acusada pelo DOJ por obstrução da justiça após evidências de que a empresa incentivou a destruição de provas relacionadas à auditoria da Enron.

and to cooperate with the relevant government agencies (see section VIII, infra); 7. Collateral consequences, including disproportionate harm to shareholders and employees not proven personally culpable (see section IX, infra); and 8. The adequacy of non-criminal remedies, such as civil or regulatory enforcement actions (see section X, infra)." Disponível em: https://www.friedfrank.com/files/QTam/holdermemo.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

O caso ganhou contornos dramáticos, após o sócio da empresa de auditoria recusar um acordo de resolução (DPA) com as autoridades norte-americanas, ocasionando a sua condenação por um júri[75] – sob a acusação de "persuadir consciente e corruptamente outra pessoa, com a intenção de causar ou induzir qualquer pessoa a reter documentos ou alterar, destruir ou mutilar documentos para uso em um processo oficial"– e a posterior sentença condenatória que, dentre as sanções impostas, determinou a cassação da licença para prestação de serviços de consultoria e auditoria de empresas listas no mercado de capitais.

O resultado quase natural de uma decisão que retira da empresa o direito de exercer a sua atividade econômica só poderia ser um, a demissão em massa de aproximadamente 28 mil profissionais, além da instauração de um processo de recuperação judicial diante do estado préfalimentar da empresa – confirmando o que alguns chamam de "sentença de morte"[76].

A partir daquele momento, passou-se a discutir novas maneiras de realização do sistema de justiça penal nos Estado Unidos, em especial para se combater as infrações econômicas, uma realidade enfrentada pelo mundo pós-industrial, provocando reflexões a respeito do modelo sancionatório adotado pelo DOJ. As autoridades passaram a priorizar a reabilitação das empresas em detrimento das acusações formais pela via do processo judicial, estabelecendo novas metas de efetivação da justiça, alicerçadas no padrão consensual.

[75] Uma análise mais detalhada do caso envolvendo a empresa de auditoria pode ser verificado em: GARRETT, Brandon. Too big to Jail. Harvard University Press, 2014.
[76] JOHNSON, Carrie. Ruling Won't Deter Prosecution of Fraud, WASH. POST, June 1, 2005.

Proveniente desse contexto, o "mundo pós-Enron" viu emergir a culpabilidade pela falha do dever de vigilância[77] dos chamados gatekeepers, cuja atribuição de responsabilidade decorreria, por exemplo, da causalidade omissiva[84]. Mas tais profissionais, exercentes de funções de verificação, análise e avaliação de informações relevantes do mercado de capitais, também falharam no dever de garantir a conformidade dos processos de prevenção contra as infrações econômicas[78].

Os membros do DOJ passaram a sofrer críticas constantes em virtude da supercriminalização das pessoas jurídicas e indivíduos, cujo resultado após as acusações e o processo judicial, culminaria em prejuízos para os terceiros interessados (empregados, acionistas etc.). De certa maneira, essa perspectiva de prejuízo para terceiros, vítimas das condutas praticadas no ambiente corporativo, se tornou um gatilho para o governo resolver os casos de corrupção por meio de acordos de resolução.

Nesse sentido, o governo norte-americano passou a considerar principalmente os efeitos colaterais resultantes de condenações judiciais, como a proibição de contratar com a administração pública e a suspensão dos direitos de exercício da atividade profissional (auditoria, advocacia etc.). No entanto, sob o manto da moralidade punitivista e a retórica da integridade corporativa, ainda carecem de um maior aprofundamento teórico os impactos que a indústria do compliance ocasionou e que será abordado nos tópicos seguintes.

2.2.2. Memorando Thompson

Para responder às críticas feitas ao DOJ, no mundo pós-Enron, foi publicado em 2003 o memorando Thompson[79], documento orientativo denominado "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations". O foco principal do documento era estabelecer parâmetros mínimos para a avaliação da cooperação das organizações em processos de investigação, assim como a

---

[77] WEISSMAN, Andrew; WEISSMAN, Andrew. Rethinking criminal corporate liability. In: Ind. LJ 82 p. 441, 2007

[84] SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: Compliance. Belo Horizonte: Fórum (2018). p. 1

[78] COFFEE Jr.; John C. Gatekeeper failure and reform: The challenge of fashioning relevant reforms. In: BUL Rev. [s.v.], 84, p. 301, 2004.

[79] Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019

aferição da efetividade dos programas de compliance como condição para receber reduções de multas e se habilitar para negociar um acordo com as autoridades.

A avaliação dos programas de compliance, como elemento a ser considerado no processo de negociação passa, definitivamente, a ser um critério de ponderação para apreciação das autoridades que, combinado com a colaboração das empresas, poderiam "premiar" boas práticas.

Contudo, ainda que o documento tenha sido divulgado com a intenção de estabelecer as balizas para a atuação das autoridades, o suposto incentivo à produção de provas, a realização de investigações internas corporativas e a cooperação irrestrita das empresas, acabou propiciando um ambiente favorável para o cometimento de uma série de violações de direitos individuais[80] no campo das novas técnicas de investigação.

O voluntarismo inicialmente traçado pelo documento, fruto da cooperação a partir da manifestação livre da vontade do indivíduo (ou empresa), foi substituído pelas práticas coercitivas, ameaçadoras e sustentadas justamente nas provas produzidas pelas empresas.

Um caso real que marcou esse período diz respeito a Big Four KPMG, uma das maiores auditorias do mundo, que esteve envolvida em supostas práticas ilícitas na virada do século[81]. Alguns dos respectivos empregados e sócios seniores, acusados de participação no "esquema" de corrupção (lato sensu), haviam avocado o direito de serem defendidos por advogados, cujo custeio dos honorários deveria ser antecipado pela empresa.

No entanto, sob o argumento de que os membros do DOJ pressionaram a empresa a renunciar tal direito, proibindo o custeio das despesas de honorários para a defesa em juízo dos seus empregados, a KPMG informou a todos que não cumpriria com essa obrigação, pois do contrário não conseguiria celebrar o seu acordo de resolução com o DOJ e ter reduzida as sanções impostas (especialmente a multa).

O caso foi parar na justiça, tendo a corte do distrito Sul de New York entendido que o dispositivo do Memorando Thompson que exige das empresas a renúncia aos direitos, alguns constitucionais, visa em última análise obter condenações e a imposição de sanções aos indivíduos a qualquer custo. Contudo, segundo a decisão, essa não deveria ser a finalidade precípua das

[80] SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance, p. 128.
[81] Disponível em: https://www.sec.gov/news/press/2003-16.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

autoridades, muito pelo contrário, deveria estar inserida na sua missão alcançar a justiça, que não é realizada a partir de coações ou ameaças pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei.

Aceitar que as autoridades possam negociar direitos individuais, sem a participação dos seus titulares, e ainda restringindo o acesso à justiça ao recusar o custeio dos honorários dos defensores, viola direitos fundamentais, cujo contraditório e ampla defesa deveriam ser pilares na atividade das autoridades de enforcement. Nesse sentido, a corte reconheceu que a conduta dos agentes do DOJ violou a quinta e a sexta emendas constitucionais, que conferem a todos os cidadãos um julgamento justo e a assistência de um defensor constituído para que o devido processo legal, assim como a ampla defesa / contraditório, sejam observados.

O caso é relevante, pois provoca uma série de reflexões a respeito da legitimidade dos acordos celebrados a partir dos anos de 2000, além de promover discussões a respeito dos limites de atuação dos membros do DOJ e das garantias necessárias para as empresas, além dos indivíduos, no curso dos procedimentos de investigação.

2.2.3. Memorando Mc Nulty

Para corrigir as falhas geradas a partir da publicação do documento anterior (Thompson memo), o governo publicou, em 2006, o memorandum Mc Nulty[82], que rediscutiu a imprescindível observância de direitos e princípios fundamentais, criando restrições e limites para a utilização de práticas investigativas, muitas vezes consideradas ilegais, contra as organizações.

Acrescenta-se, na pauta, o debate em torno do sigilo profissional do advogado (attorney client privilege[83]), exigindo-se das autoridades, além da comprovação da necessidade legítima[84], autorizações formais do alto escalão do Departamento de Justiça para se estabelecer negociação que envolva a renúncia de direitos – incluindo a não autoincriminação e compartilhamento de documentos oriundos do trabalho entre clientes e advogados.

---

[82] Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.

[83] WITZEL, Steven. Privilege Waivers' Role in Deferred and Non-Prosecution Agreements, 250 N.Y. L.J. n. 47, Sept. 5, 2013.

[84] "Legitimate need was based on four factors: (1) the likelihood and degree of benefit the information would provide, (2) alternative means of obtaining the information, (3) voluntary disclosures already provided, and (4) the risk of negative consequences of a waiver to a corporation." Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

O documento procurou estabelecer um processo para que os promotores pudessem requerer a renúncia das empresas e indivíduos a tais direitos fundamentais, assim como a imposição de condicionantes, não proibidas pela lei, para celebração de acordos de resolução (ex.: a proibição de custeio de despesas com advogados para o exercício da defesa de direitos individuais).

Não parece incomum os promotores exercerem do seu poder discricionário, quase absoluto e ilimitado, de enforcement da lei, para obter provas ou confissões de testemunhas e investigados, em condições precárias e sem a proteção de direitos, motivo pelo qual as previsões expressas no documento foram importantes para impor limites à atuação dos membros do DOJ.

Contudo, apesar da tentativa de conter a saga punitivista das autoridades, as práticas abusivas e coercitivas continuaram sendo alvo das críticas da doutrina e da prática jurídica nos Estados Unidos. A discricionariedade conferida aos membros do DOJ para avaliar a cooperação das empresas, impor obrigações de fazer sem previsão legal, exigir a renúncia de direitos (alguns fundamentais), dentre outras condutas, passou a ser objeto de estudos e debates intensos nos Estados Unidos.

2.2.4. Memorando Filip

Outro documento[85] que segue a linha histórica desde o final da década de 1990, de "regulação" das práticas preventivas empresariais anticorrupção e do modus operandis dos membros do DOJ, foi publicado em 2008, intitulado Filip Memo – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

O governo norte-americano, pela primeira vez, por intermédio do referido guia, acrescentou um dispositivo expresso no manual de justiça (Justice Manual) – que, até 2018, se chamava US Attorneys Manual – para fins de se estabelecerem balizas à atuação da autoridade de fiscalização em sede de crimes federais cometidos por empresas.

[85] Na última década, o DOJ publicou outros documentos-guia relacionados à seleção de monitores externos em processos de negociação, pré-acordos de resolução (Morford Memo), assim como o "Yates memo" que retomou o equívoco de modelagem sancionatória para os indivíduos, chamados gate keepers (responsabilidade individual) e, mais recentemente (2019), o documento "Benczkowski Memo" que tentou propor parâmetros de avaliação da efetividade dos programas de compliance – sem, contudo, ser possível afirmar o seu resultado, considerado-se que nem o conceito de efetividade foi desenvolvido pelo DOJ, muito menos a proposta foi calcada em parâmetros cientificamente comprovados quanto à concreta capacidade dos programas de compliance promoverem mudanças comportamentais e a redução das infrações econômicas.

O documento propunha revisar o memorando anterior (MC Nulty), estabelecendo-se critérios para proposição dos acordos de resolução por atos de corrupção, considerando-se fatores de cooperação, produção de provas antecipadas pelas empresas e os esforços para a implementação de programas de compliance. O documento é um compendio de toda a atividade de enforcement das autoridades em casos de condutas criminosas em nível federal, respondendo, em parte, às críticas à ampliação dos poderes conferidos pelo Estado e o aumento na utilização do modelo negocial para resolver casos de suborno (ou demais infrações econômicas).

2.2.5. Memorando Yates

O memorando Yates [86] surge no contexto de utilização exacerbada de acordos com organizações para resolver casos envolvendo infrações econômicas, em especial práticas de suborno. Esses acordos teriam o condão de resolver a questão atinente as empresas, que uma vez pagando multas elevadas e assumindo o compromisso de reforçar as suas estruturas de governança e compliance, poderiam se beneficiar com a suspensão do caso na corte (na hipótese de aplicação do deferred prosecution agreement) ou na renúncia do DOJ em denunciar a organização[87] (na hipótese da adoção dos non-prosecution agreement) – recebendo ainda o benefício direto reputacional, considerando que o anúncio de um acordo de resolução com as autoridades do DOJ impacta positivamente o mercado de capitais, consequentemente valorizando as ações da organização e respondendo aos acionistas.

Ocorre que essa dinâmica consensual que se fez presente e tornou-se prioridade do governo norte-americano desde o início do século XXI sofreu duras críticas quanto à ineficácia e incapacidade de deter os crimes econômicos, sugerindo que uma solução possível seria punir os indivíduos [88], geralmente os executivos que concorreram para a prática de condutas ilícitas, concorreram ou ignoraram deliberadamente os fatos ilícitos e não agiram para evitar o seu

---

[86] Disponível em: https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download. Acesso em: 19 ago. 2020.
[87] UHLMANN, David. Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability, 72 Md. In: L. Rev., [s.v.], n. 43, p. 1.295, 1.301, 2013.
[88] Julie R. O'Sullivan, How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction, 51 Am. Crim. L. Rev. 29, 30-31 (2014) (arguing that DPAs "are not demonstrably better" than individual convictions in furthering the goals of criminal enforcement, including deterrence); Uhlmann, supra note 2, at 1298-1299.

resultado. As críticas ainda apontavam para o fato de o DOJ ser muito leniente com as organizações, tendo sido apático quanto aos eventos de fraude perpetrados, em 2008, e que provocaram consequências duras para a economia dos Estados Unidos, não tendo sido capaz de punir indivíduos[89].

Nesse contexto, o memorando Yates surge como uma tentativa de traçar as balizas para a punição de indivíduos, passando a priorizar a responsabilização de executivos envolvidos de alguma forma na prática de infrações econômicas. Ocorre que a intenção se mostrou fracassada na sua execução, não apenas em razão da ausência de estudos que indicassem ser a punição (ou impunidade) de indivíduos o grande problema da corrupção, como ainda na presunção de que as investigações internas corporativas conduzidas pelas empresas – na linha dos incentivos governamentais para a cooperação empresarial – resultariam na revelação de fatos e na individualização de condutas.

O que se viu foi que, na confiança integral do governo nas iniciativas de investigações internas corporativas, o investimento do governo em suas próprias investigações foi incipiente – fortalecendo assim a adoção dos instrumentos de justiça negociada, em especial os acordos de resolução, única fonte confiável para empresas, e viável para o Estado, "entregarem" os indivíduos envolvidos em ilícitos. Ressalta-se que a valorização da cooperação empresarial (no compartilhamento de provas) e a sua condição de critério a ser avaliado pelo DOJ para a concessão de créditos, decorre de diretriz estabelecida nos memorandos Thompson e Holder.

Ou seja, o Yates Memo, em vez de corrigir o problema causado pelas políticas anteriores, de criar incentivos às empresas colaborarem com a justiça a qualquer custo, potencialmente violando direitos individuais e aumentando significativamente os custos de transação, consolidou o entendimento de que a responsabilidade por investigar os crimes corporativos seria da própria organização infratora.

Um ponto que recebeu críticas da academia diz respeito à construção de uma cultura de renúncia[90] a direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados ao attorney-client privilege

---

[89] Copeland, Katrice. The Yates Memo: Looking for "Individual Accountability" in All the Wrong Places Article. Office of Senator Elizabeth Warren, Rigged Justice: 2016: How Weak Enforcement Lets Corporate Offenders Off Easy 4 (2016), http://www.warren.senate.gov/files/documents/ Rigged_Justice_2016. Ben Protess & Jessica Silver-Greenberg, Two Giant Banks, Seen as Immune, Become Targets, N.Y. Times: Dealbook (Apr. 29, 2014, 8h40 PM), http://dealbook.nytimes.com/2014/04/29/u-s-close-to-bringing-criminal-chargesagainst-big-banks ("A lack of criminal prosecutions of banks and their leaders fueled a public outcry over the perception that Wall Street giants are 'too big to jail.'").

[90] Katrice Bridges Copeland, Preserving the Corporate Attorney-Client Privilege, 78 U. Cin. L. Rev. 1199, 1213 (2010); Gideon Mark & Thomas C. Pearson, Corporate Cooperation During Investigations and Audits, 13 Stan. J.L.

and work-product protection, tal como o direito de não se autoincriminar, como condição para a celebração dos acordos de resolução (NPA e DPA) dos casos que envolvam infrações econômicas. Apesar de as duas políticas anteriores terem excluído expressamente tal critério, na prática, nenhuma empresa obtém sucesso na negociação dos acordos se não renunciar a tais direitos voluntariamente e cooperar efetivamente com as autoridades. Isso significa fornecer todos os documentos, depoimentos e provas aptas a esclarecer os fatos e individualizar as condutas de indivíduos.

Katrice Copeland (2017)[91] sustenta a respectiva crítica na atuação de advogados internos (in house) e/ou externos na condução de investigações corporativas. Segundo a autora, o problema decorreria do possível conflito entre os interesses dos advogados, contratados legitimamente pelas organizações para conduzirem os trabalhos de investigação interna, e os interesses dos indivíduos, especialmente aqueles que se tornam alvo das investigações, que tendem a crer estarem protegidos pela comunicação advogado-cliente (attorney-client privilege).

Segundo a autora, apesar de a finalidade precípua da investigação ser apurar fatos. Para tanto, deve-se estabelecer um plano de investigação que comtemple a produção de provas, a oitiva de testemunhas, bem como, eventualmente, a realização de entrevistas de confronto. Fato é que os advogados contratados (interna ou externamente) ali estão para defender os interesses da organização e não dos indivíduos.

Ou seja, todos os dados e informações compartilhadas pelos indivíduos no curso da investigação, que pressupõe a confidencialidade, serão utilizados para fins de negociar e obter sucesso com as autoridades em um eventual acordo de resolução. Segundo Katrice (2017), os advogados são uma espécie de repositório de conteúdo, cujo recebimento e armazenamento somente é possível pela crença dos indivíduos que cooperam com as investigações de que os seus interesses serão preservados pelos advogados.

Bus. & Fin. 1, 5-6 (2007); Earl J. Silbert & Demme Doufekias Joannou, Under Pressure to Catch the Crooks: The Impact of Corporate Privilege Waivers on the Adversarial System, 43 Am. Crim. L. Rev. 1225, 1229 (2006); Christopher A. Wray & Robert K. Hur, Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice, 43 Am. Crim. L. Rev. 1095, 1172, 1179-80 (2006); Stephen Weigand, Comment, Waiver of the Attorney-Client Privilege and Work-Product Protection from Thompson to McNulty: A Distinction Without a Difference?, 76 U. Cin. L. Rev. 1093, p. 1111-1115.

[91] The yates memo: looking for "individual accountability" in all the wrong places article. Disponível em: https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-102-issue-5/the-yates-memo-looking-for-individual-accountability-in-all-thewrong-places-article/. Acesso em: 8 set. 2020.

Poder-se-ia discutir que tais comunicações sim estão protegidas, bem como que os indivíduos eventualmente entrevistados são informados a respeito da atuação dos advogados enquanto defensores da organização – fruto do dever de informar, também chamado de aviso UpJohn warning[92]. Contudo, na prática, mesmo com os avisos de praxe, os indivíduos, preocupados com possíveis retalizações e a manutenção dos seus empregos, acabam por cooperar e ignoram o fato de que tudo o que for dito em sede de uma investigação interna poderá ser utilizado para a sua própria incriminação.

A conclusão a que se pode chegar é que o modelo de cooperação estabelecido pelo DOJ, consolidado por intermédio do Yates Memo, pressupõe, ainda que implicitamente, a cooperação irrestrita das organizações caso queiram resolver os casos que envolvam infrações econômicas, e isso deve resultar necessariamente no compartilhamento de provas que apontem os indivíduos responsáveis pelos ilícitos. Ocorre que a produção dessas provas, que não seria possível, ou encontraria uma série de dificuldades e entraves jurídicos, se coubesse apenas e tão somente ao Estado produzir – em que deve-se garantir a observância de direitos fundamentais, alguns consagrados na constituição norte-americana – está sustentada na cultura da renúncia e podem, a partir disso, potencialmente violar direitos dos indivíduos que dela participam, que não encontram no ambiente empresarial a mesma proteção jurídica que seria conferida caso a investigação fosse realizada em sede governamental.

2.2.6. FCPA Corporate Enforcement Policy

A FCPA Corporate Enforcement Policy surge no contexto das críticas ao DOJ a respeito da ausência de transparência sobre os critérios adotados pelos respectivos membros a fim de decidir entre denunciar ou firmar algum acordo de resolução com as empresas infratoras. O referido documento consolida a política de consensualização do DOJ para além da infração de suborno, objeto de tutela pela FCPA, abrangendo também as infrações econômicas em geral, estabelecendo as regras para que uma empresa se beneficie caso o resultado do seu comportamento gere

[92] Sobre o aviso Upjohn. Disponível em: https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/Dunst-Chirlin-RenewedEmphasisOnUpjohnWarnings.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

evidências suficientes para as autoridades sancionarem outros indivíduos que participaram do ilícito.

O documento se concentra nos fatores considerados pelos membros do DOJ para conceder créditos às empresas que cooperarem efetivamente com o governo, na linha da expressão good corporate citizenship, cujo discurso pressupõe uma parceria entre o Estado e a iniciativa privada no enfrentamento das práticas de corrupção – mas que, na prática, desde o respectivo surgimento, na década de 1990, mostra-se uma parceria pouco real e que parece promover esforços de apenas um lado da história.

Ressalta-se que o documento gera a falsa impressão, ou a presunção, de que uma vez cooperando com as autoridades de enforcement, tendo divulgado o evento ilícito oportunamente, bem como adotadas as medidas de correção esperadas, terá a empresa o direito de não ser denunciada ou processada – vinculada à renúncia do DOJ nas hipóteses em que restarem demonstrados os requisitos mencionados. Ocorre que tal presunção é relativa, dependerá da ausência das circunstâncias agravantes, bem como da comprovação de cumprimento dos requisitos apresentados pela política.

Contudo, mesmo que sejam identificadas agravantes (ex. reincidência criminal, envolvimento da alta administração no ilícito, dentre outras), a empresa ainda pode se beneficiar com a redução da multa ou a renúncia do DOJ em oferecer o monitoramento externo.

Até mesmo nas hipóteses em que a empresa não compartilhe o caso voluntariamente com o DOJ, mas desde que coopere efetivamente com as investigações do governo e assuma o compromisso de responder adequadamente as infrações identificadas, poderá a empresa se beneficiar com a redução de até 25% do valor da multa a ser sugerida à corte pelos membros do DOJ.

No que tange aos requisitos para enquadramento da empresa como voluntary selfdisclosure, a política traz disposições abertas e que podem dar margem a interpretação. Para se qualificar nos termos da política, a empresa deve reportar o caso "dentro de um prazo razoavelmente rápido, depois de tomar conhecimento da ofensa"[93]. Ora, sabe-se que uma investigação é um processo

---

[93] DisponívelDisponívelDisponívelDisponível em: https://www.justice.gov/criminalfraud/file/838416/download#:~:text=To%20qualify%20for%20the%20FCPA,from%20the%20misconduct%20at%20issue.&text=individuals%20substantially%20involved%20in%20or%20responsible%20for%20the%20violation%20of%20law. Acesso em: 22 set. 2020.

moroso e que exige cuidados justamente para evitar a violação de direitos individuais, bem como estabelecer uma metodologia verificável e confiável de produção de provas.

Qual seria então o conceito de "rápido" de acordo com a interpretação do DOJ, por exemplo, se uma empresa levar seis meses para investigar uma conduta ilícita e, logo após concluir a apuração, reportar a sua avaliação do caso para o DOJ, esse poderá interpretar que a empresa não foi rápida o suficiente e que, portanto, não faz jus a se qualificar para receber os créditos decorrentes da cooperação.

Além disso, exige-se que a empresa revele o caso "antes de uma ameaça iminente de divulgação ou investigação governamental". Ou seja, caso a empresa não tenha tomado conhecimento dos supostos ilícitos por intermédio dos seus mecanismos internos (canal de denúncia) e, em paralelo, as autoridades iniciem uma investigação, a empresa caso venha a ter ciência da investigação do governo por intermédio da mídia, não poderá receber todos os créditos decorrentes de uma futura cooperação pois o requisito anterior, a priori, não teria sido preenchido.

Parece também não ter lógica que a empresa exerça uma vigilância absoluta sobre as suas operações e comportamentos individuais, mesmo dispondo do melhor programa de compliance a empresa pode estar sujeita às infrações e tomar conhecimento dos ilícitos por meios externos – isso, por si só, não significa que o seu programa seja ineficaz ou que a sua postura de cooperação não deva ser reconhecida pelas autoridades mesmo que haja uma investigação governamental em andamento.

Com relação à cooperação integral, de acordo com a política, a empresa deve compartilhar tudo o que tiver sido obtido por intermédio da investigação interna corporativa. Isso pode incluir documentos, e-mails, troca de mensagens por intermédio de celulares corporativos, notas de entrevistas, dentre outros elementos de prova considerados essenciais pelos membros do DOJ. Importante frisar que algumas das provas produzidas, a exemplo das entrevistas de funcionários ou terceiros, são protegidas pelo sigilo da comunicação advogado-cliente que, contudo, será renunciado pela empresa na medida em que a cooperação pressupõe o compartilhamento de todas as provas – incluindo aquelas objeto das comunicações realizadas por advogados externos.

Já quanto ao requisito da remediação adotada pela empresa em resposta aos ilícitos apurados, a política estabelece que seja realizado estudo de causa raiz, para a compreensão ampla dos fatos e atores que participaram do ilícito, bem como a origem dos problemas, esperando que a

empresa seja capaz de solucionar o mal pela raiz. Contudo, em momento algum no documento, é informado qual a metodologia deveria ser adotada para realizar tal estudo, muito menos os parâmetros mínimos para esse tipo de análise – o resultado não parece ser outro a não ser deixar as empresas à mercê do poder discricionário dos membros do DOJ em reconhecer ou não os esforços para esse tipo requisito.

No mais, o DOJ exige das empresas a aplicação de medidas disciplinares, sem, contudo, esclarecer quais seriam essas medidas, qual seria o resultado esperado a partir desse tipo de ação, assim como as alternativas para se obter daqueles que participaram ou contribuíram para o ilícito o comportamento desejado.

O documento, apesar de trazer alguma luz às empresas que têm interesse em cooperar com o Estado, parece apenas consolidar as dúvidas e questionamentos a respeito da ausência de parâmetros claros, verificáveis cientificamente e a crítica para a discricionariedade ampla conferida aos membros do DOJ para avaliar esses requisitos. A política procura estimular a prática de medidas disciplinares contra funcionários e terceiros contratados, fato objeto de reconhecimento pelo DOJ em alguns casos que envolveram o declínio da ação penal em razão do preenchimento pela empresa dos requisitos previstos no documento.

Para as empresas, apesar do benefício de receber créditos em função da cooperação, surgem outros riscos associados, a exemplo das ações indenizatórias de funcionários que se sentem lesados, processos trabalhistas em que se discutirá a violação de direitos no ambiente de trabalho, bem como potenciais danos reputacionais decorrentes da exploração midiática sobre tais fatos.

2.2.7. Política de Coordenação de Sanções de Resolução Corporativa[94] (Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties)

Em maio de 2018, umas das principais autoridades do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) divulgava, para os ouvintes do evento, promovido pelo New York City Bar White Collar Crime Institute, uma nova política[95] que reforçou a tutela dos direitos individuais e das

[94] Opinião dada ao CPJM / UERJ (Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance – prof. João Marcelo de Araújo Jr.) fruto das atividades como pesquisador do referido centro vinculado à Universidade do Estado do Rio de janeiro.
[95] Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download. Acesso em: 22 set. 2020.

pessoas jurídicas contra sanções, promovidas por diversas jurisdições, a respeito de um mesmo fato jurídico. O documento se insere no contexto da justiça negociada e dispõe sobre a necessidade de articulação, intra e intergovernamental, para a aplicação da legislação nos casos envolvendo corrupção lato sensu, incluindo a cooperação internacional com as demais autoridades estrangeiras, mitigando assim decisões que poderiam configurar interferência ao princípio do ne bis in idem.

Na sua apresentação[96], Rod Rosenstein, então principal diretor do DOJ, responsável por assessorar e auxiliar o procurador-geral na gestão dos seus mais de 110 mil funcionários, afirmou que o documento propunha traçar uma coordenação ampla dos esforços em aplicar a legislação, em especial a de antissuborno, coibindo práticas que minam a confiança do povo na administração da justiça, envolvendo não apenas as agências e autoridades norte-americanas, mas principalmente incentivando uma cooperação organizada transnacional apta a investigar e, se for o caso, punir empresas e indivíduos de modo justo, sem violar direitos e garantias.

O documento estabeleceu algumas premissas relevantes do ponto de vista das políticas de prevenção e combate da corrupção:

1) A prevenção eficaz do cometimento de crimes econômicos demanda um empenho coordenado das agências de enforcement e das empresas.
2) A pena deve realizar a sua finalidade intimidatória, de integração e reabilitação, sem, contudo, representar sanções repetidas sobre um mesmo fato que poderiam comprometer a sobrevivência da organização, ou provocar danos irreversíveis.
3) A opção pela via da justiça negociada não pode resultar em impunidade, tal como deve preservar os direitos das vítimas, avaliando sempre o impacto do modelo sancionatório sobre os investidores e funcionários inocentes.
4) Diante da complexidade em investigar crimes econômicos ou de colarinho branco, a cooperação irrestrita de empresas e indivíduos deve ser considerada pelas autoridades de forma isonômica e justa, contribuindo para que o Estado possa direcionar melhor os esforços investigativos e sancionatórios.

[96] Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-delivers-remarksnew-york-city-bar-white-collar. Acesso em: 22 set. 2020.

5) O pagamento de multas elevadas nem sempre pode resultar em reabilitação ou intimidação, sendo essencial buscar alternativas sancionatórias inovadoras que corrijam as irregularidades e estimulem o comportamento eticamente esperado dentro das organizações.

Com relação ao Brasil, vale ressaltar que, ao menos desde a promulgação da legislação anticorrupção, as autoridades vêm buscando cooperar com os membros do DOJ na tentativa de punir empresas e indivíduos envolvidos em escândalos corporativos. Nesse sentido, o acordo de resolução celebrado pela Petrobras[97] com as autoridades norte-americanas reflete, em certa medida essa, cooperação e o reconhecimento dos resultados efetivos obtidos com o trabalho coletivo, dispondo, inclusive, sobre a necessidade de a resolução considerar os valores pagos, a título de multas, perante a justiça brasileira.

Assim, diante do sistema jurídico anticorrupção brasileiro, orientado por múltiplas instâncias com competência sancionatória, cujas críticas apontam para uma imperiosa limitação e coordenação dos poderes de enforcement da legislação, é preciso refletir a respeito da insegurança jurídica relacionada às díspares investigações e possíveis sobreposições de sanções, com impactos colaterais negativos no seio das organizações. Imprescindível a adoção de igual política de sistematização e coordenação sancionatória no sistema jurídico brasileiro.

2.2.8. Evaluation of Corporate Compliance Programs

Em junho de 2020, o DOJ, por intermédio da sua divisão criminal, publicou uma atualização da sua política que dispõe sobre os parâmetros de avaliação dos programas de compliance corporativos. O documento procurou estabelecer quais seriam os critérios avaliados pelos membros do DOJ para reconhecer que um programa de fato seria eficaz, ou seja, que o mesmo pudesse ser capaz de prevenir ilícitos e influenciar comportamentos éticos. A versão original foi publicada em abril de 2019, fruto da parcela de contribuição de Hui Chen – primeira especialista mulher contratada pelo DOJ[98] – na elaboração do chamado "programa piloto" de avaliação dos programas

[97] Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-millionfcpa-violations. Acesso em: 22 set. 2020.

[98] "Among her duties as a consulting expert, Chen will provide expert guidance to Fraud Section prosecutors as they consider the enumerated factors in the United States Attorneys' Manual concerning the prosecution of business entities, including the existence and effectiveness of any compliance program that a company had in place at the time of the conduct giving rise to the prospect of criminal charges, and whether the corporation has taken meaningful remedial

de compliance corporativos, em resposta às críticas referentes à ausência de parâmetros mínimos para estabelecer se um determinado programa é ou não eficaz.

Contudo, em que pese a iniciativa, parece que a proposta não foi bem-sucedida na sua missão de conferir segurança e, principalmente, compartilhar os resultados e experiências dos membros do DOJ a partir do monitoramento dos programas de compliance aprimorados pelas multinacionais sancionadas com fundamento na FCPA. Antes, o documento apenas consolida as principais orientações publicadas pelo DOJ na última década, sem, contudo, contribuir para que os standards de conformidade globalmente conhecidos pudessem ser certificáveis ou verificáveis quanto a respectiva eficácia. Em grande medida, o DOJ fomenta com o documento a indústria de compliance, uma vez que tais instrumentos de soft law tendem a se tornar uma espécie de receita para consultorias e empresas implementarem os seus parâmetros, muitas vezes ignorando a realidade de cada operação.

A eficácia referenciada no documento é avaliada sob duas perspectivas distintas, quais sejam, no momento da ofensa – em que será avaliado se o programa foi capaz de detectar e responder ao ilícito – e no momento em que as autoridades precisam decidir entre denunciar a empresa/indivíduo, ou oferecer um acordo de resolução. O resultado da avaliação sobre o programa de compliance corporativo permitirá que o(s) membro(s) do DOJ determinem a forma apropriada de qualquer resolução ou ação penal, eventual penalidade monetária, se houver, e a imposição de obrigações de conformidade contidas em qualquer resolução criminal corporativa (por exemplo, monitoramento ou obrigações de reportar a evolução das medidas de aprimoramento do programa).

Um ponto positivo do documento está na ideia de que aos membros do DOJ caberia avaliar os programas levando em consideração questões e fatores externos, o contexto em que a organização está inserida, o local/região da operação, a capacidade financeira, o faturamento da empresa, o ambiente regulatório, dentre outros fatores relevantes com potencial de impactar e contribuir para a determinação da eficácia de um programa.

A política atualizada segue a versão original no que tange às premissas – ou "questões fundamentais" – consideradas pelo DOJ, quais sejam, se o programa da corporação é bem "desenhado", se o programa está sendo aplicado com seriedade e boa-fé, bem como se o programa

---

action, such as the implementation of new compliance measures to detect and prevent future wrongdoing." Disponível em: https://www.justice.gov/criminal–fraud/file/790236/download. Acesso em: 24 set. 2020.

funciona na prática. Para cada uma dessas premissas, o DOJ estabelece os parâmetros que serão avaliados pelos seus membros.

Alguns pontos chamam a atenção quanto à ausência de referencial justificador, tal como redações abertas que podem dar margem a interpretação que, em vez de conferir segurança jurídica, alimentam ainda mais a discricionariedade ampla atribuída aos membros do DOJ. Além disso, há um déficit muito grande de informações, indicadores e resultados dos programas de compliance corporativos, em especial das empresas sancionadas com base na FCPA, corroborada pela falta de transparência e desinteresse das organizações em compartilhar esses dados – sob o argumento de que se tratam de assuntos estratégicos e confidenciais.

Chamado de compliance trap (GARRET e MITCHELL, 2020), expressão utilizada para fazer referência a armadilha criada em razão da ausência de estudos empíricos, cuja produção deveria contar com a colaboração e cooperação das empresas, que validem a eficácia das medidas orientativas do DOJ. Segundo os autores, uma das alternativas para realmente avaliar a eficácia do programa de compliance seria o DOJ exigir que as empresas, resguardadas as informações sigilosas e de estratégia industrial, compartilhassem os indicadores, métricas e resultados dos seus programas de compliance.

A relutância legítima das empresas em fornecer informações sobre os seus programas é estimulada por reguladores, assim como os membros do DOJ, uma vez que tais atores também não conferem transparência à respectiva atuação – influenciando diretamente o comportamento das empresas que não se preocupam com tal conduta, considerando-se que a legislação não impõe tal dever.

A ausência de transparência compromete a compreensão do que pode ou não funcionar na prática, deixando ao crivo e liberdade das empresas testarem as suas próprias métricas. Um exemplo disso pode ser visto nas análises de riscos, em que o DOJ exige que as empresas adotem ferramentas e procedimentos de avaliação de riscos, contudo, não apresenta qual método seria eficaz em determinado segmento de mercado/indústria – mais uma vez criando custos para as empresas desenvolverem tais métodos, sem saber se na prática funcionará, ou melhor, se será considerado eficaz pelo DOJ quando da negociação de um acordo de resolução.

Nesse sentido, apesar de a diretriz estabelecer alguns parâmetros de avaliação dos referidos programas, pouco ou quase nada contribui para a construção de um padrão que seja orientado pela

pesquisa científica e compartilhamento dos resultados testados pelas empresas na prática. Essa assimetria informacional alimenta a indústria de compliance, estimula o investimento robusto nas estruturas de corporativas (incluindo tecnologia, recursos humanos, treinamentos etc.) e na contratação de assessoria externa, sem permitir que o público saiba se tais políticas e procedimentos são realmente capazes de prevenir crimes, fato que corroboraria com a tese de que a transferência da responsabilidade por prevenir e responder a crime econômicos para as empresas gera custos indevidos.

2.3. Críticas à Utilização dos Acordos de Resolução

Os esquemas de corrupção (lavagem de dinheiro, suborno e evasão de divisas), geralmente praticados em associação criminosa, se modernizaram com o tempo, tornando a atividade investigativa do Estado cada vez mais complexa, penosa e custosa. Alguns estados, em condições cada vez mais precárias (de pessoal, tecnológica e financeira) ou sem priorização de política criminal para o combate de infrações corporativas, se veem limitados na sua capacidade de deter os crimes.

Surgem, nesse contexto, alguns instrumentos de promoção da colaboração das empresas com o Estado, a exemplo dos NPAs e DPAs norte-americanos, buscando-se a realização do enforcement da lei, assim como a aplicação da pena às empresas "delinquentes". No entanto, os incentivos conferidos aos agentes participantes desse processo negocial não podem nem ser insuficientes, sob pena de criar um ambiente de desestímulo à cooperação, nem demasiados, cujo risco poderia ser estimular o cometimento de infrações[99].

Nesse sentido, os incentivos para a celebração de acordos de não persecução por atos de corrupção (lato sensu) no mundo pós-Enron vem sofrendo críticas em diversos níveis e com distintos fundamentos jurídicos. Portanto, o presente tópico procurará abordar algumas das críticas ao modelo atual de enforcement do DOJ, para os casos de infrações cometidas por empresas.

A primeira crítica direcionada aos acordos de não persecução (NPA e DPA) diz respeito à potencial violação da separação de poderes, devido à exclusão do poder judiciário do processo de

[99] ACKERMAN, Rose. Corruption and government. p. 217.

imposição de penas[100] (multa, restituição integral do dano, demissões de dirigentes etc.). Os poderes conferidos aos membros do DOJ, considerados amplamente discricionários, proporcionam uma atuação quase regulatória dos representantes do poder executivo. Tais poderes incluem, mas não se limitam, a requisição de documentos, a produção de provas e investigação, a inquirição de testemunhas, a negociação de acordos de não persecução (alguns extrajudiciais, a exemplo dos NPAs), a imposição de sanções monetárias e obrigações de fazer, sem amparo legal.

A amplitude da discricionariedade dos promotores pode incluir, por exemplo, a imposição de monitores externos para fiscalizar e acompanhar o atendimento integral das obrigações impostas pelas autoridades de enforcement. Em alguns casos, inclusive, houve acusação de conflito de interesses envolvendo os promotores do DOJ[101] no processo de indicação e seleção de monitores externos, cujo custo para a sua realização é considerado extremamente elevado. O processo de negociação entre os escritórios de advocacia que assessoram às empresas e aos membros da autoridade de enforcement não é transparente, carece de publicidade, alcançada apenas para alguns casos que são divulgados na página oficial do Departamento de Justiça.

Com relação ao suposto monopólio regulatório e "judicial" exercido pelas autoridades de enforcement, alguns autores sugerem a participação obrigatória do judiciário em todos os casos que se proponham ser resolvidos por meio de acordos. A sugestão seria transferir para o poder judiciário a avaliação quanto ao atendimento de interesse público, condicionando a homologação dos acordos à participação das vítimas por meio de audiências públicas. Apesar de a crítica não estar embasada em argumentos cientificamente comprovados, merece toda a atenção e reflexão a partir da argumentação jurídica.

Uma segunda crítica[109] à atuação dos promotores e à utilização de acordos de resolução diz respeito ao risco de violação do Estado de direito (rule of law). Pressupõe-se que o Estado de Direito se opõe justamente ao uso arbitrário ou abusivo do poder, especialmente quando o Estado impõe limitações ao exercício de liberdades individuais, mas também empresariais (livre-iniciativa ou liberdade econômica). Considerando-se que o Estado moderno conferiu poderes discricionários ao executivo, não apenas para aplicar a lei, mas também para limitar o exercício de direitos e

---

[100] BARKOW & BARKOW. Prosecution in the board room: introduction. p. 1-6.

[101] Disponível em: https://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html. Acesso em: 27 nov. 2019.

[109] ARLEN, Jenifer. Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements. p. 206-207.

deveres individuais, seria preciso se estabelecerem também limitações aos representantes desse poder.

O exercício do poder e de autoridade deve encontrar limitações, servindo-se precipuamente para o atendimento do interesse público. Quando as autoridades deixam de lado o interesse público e buscam alimentar os interesses pessoais, cabe ao sistema legal impor algumas restrições para a utilização do poder e seu uso arbitrário – ou que desvia da sua finalidade.

A supervisão também pode exercer um papel fundamental na limitação do uso autoritário do poder, principalmente se for realizada externamente como no caso da revisão judicial. O poder judiciário poderia realizar a função de se verificar a legalidade e legitimidade das medidas sancionatórias impostas às empresas, a renúncia de direitos fundamentais e até aspectos processuais. Contudo, até mesmo esse ponto ainda não é um consenso na doutrina, havendo críticas para a ausência de comprovação científica quanto à eficácia na participação do poder judiciário no processo negocial para os acordos de não persecução.

Uma terceira crítica concentra-se na inadequação dos termos e condicionantes dispostos nos acordos. Esses não promoveriam os efeitos que se esperam de dissuasão e reabilitação, por meio de propostas de reformas estruturantes nas organizações[102]. Sugere-se o aumento dos valores em multas, a priorização dos processos judiciais e a consequente condenação das empresas. E o suposto resultado poderia representar na efetividade do caráter intimidatório da pena.

Contudo, com máximo respeito às opiniões em contrário, não parece razoável supor que as multas elevadas e a submissão dos acordos ao crivo do Poder Judiciário, por si só, promoveriam os elementos da pena. Apesar do déficit de estudos empíricos, no Brasil, a respeito dos efeitos das sanções monetárias, a ciência jurídica talvez pudesse responder a essas e a outras perguntas, mas o caminho pela via da multa certamente não parece ser o melhor.

A suposta eficácia do modelo sancionatório anticorrupção centralizado no pagamento de multas astronômicas pelas empresas, em especial as multinacionais estrangeiras, é objeto de estudo do professor Mihailis Diamantis (2018). Diamantis critica as multas elevadas como instrumento de dissuasão e intimidação (deterrence), cujos estudos empíricos realizados até o momento demonstram que o resultado acaba por prejudicar inocentes (acionistas, empregados e investidores), que acabam dividindo essa conta, cujos efeitos poderiam se refletir até mesmo na

[102] GARRETT, Brandon. Structural reform prosecution. p. 933.

distribuição de lucros, uma vez que tais custos impactam o caixa das empresas. O pagamento das multas bilionárias, segundo o autor, não teria o condão de intimidar os tomadores de decisões com potencial de cometer ilícitos.

Nesse sentido, uma vez que as multas não seriam, por si só, sinônimo de intimidação e dissuasão, Diamantis sugere algumas alternativas sancionatórias, muitas delas pouco inovadoras, apesar da sua aplicação ser incomum, na medida em que já são previstas no ordenamento jurídico norte-americano – serviço comunitário, notificação às vítimas, publicidade do crime e a liberdade condicional. O autor se vale da teoria do caráter corporativo[103] para justificar a aplicação de uma gama maior de medidas sancionatórias, todas focadas na reforma corporativa.

Uma alternativa às multas seriam as alterações na estrutura remuneratória dos executivos, em que o autor apresenta alguns estudos[104] que demonstram medidas que poderiam promover o alinhamento entre o interesse dos executivos e dos acionistas – estimulando o alcance de metas vinculadas ao programa de compliance das empresas. Para tanto, seria necessário que a remuneração dos executivos fosse baseada em ações da empresa, tornando-os acionistas e sujeitando-os às perdas eventuais em virtude da prática de infrações econômicas. Ou seja, se o valor das ações pode diminuir drasticamente em razão de um ilícito econômico praticado no ambiente corporativo, os executivos passariam a ter um interesse pessoal para prevenir os ilícitos.

Outra alternativa sancionatória para além das multas, estaria relacionada a mudanças no nível gerencial da organização. Compreende-se que a gestão empresarial pode contribuir significativamente para a cultura de integridade corporativa, na medida em que o exemplo e o tom são os indutores de comportamentos éticos. Ora, se alguns indivíduos que exercem funções gerenciais na empresa são comprovadamente criminosos, o respectivo comportamento poderia influenciar negativamente outros comportamentos similares na organização, comprometendo assim a mensagem de ética nas tomadas de decisão. Assim, uma sanção possível seria ordenar a substituição desses indivíduos, de modo que a mensagem de intolerância para atos de corrupção seja disseminada em toda a organização.

---

[103] DIAMANTIS, MIHAILIS. Corporate carater. Disponível em: https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR103-2Diamantis2.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

[104] HANNES, Sharon. Compensating for Executive Compensation: The Case for Gatekeeper Incentive Pay, 98. In: CALIF. L. REV., [s.v.], [s.n.], p. 385, 386-389, 2010. (Summarizing the development and growth of stockbased compensation).

Contudo, apesar das propostas apresentadas por Diamantis serem sedutoras, na prática, ainda é preciso que estudos empíricos sejam conduzidos para atesar a sua eficácia, uma vez que tais medidas poderiam ser consideradas interferência indevida na gestão empresarial, somente justificável e legitimada por estudos científicos.

2.4. FCPA em números: análise dos dados da Universidade de Stanford

O objetivo do presente tópico será avaliar os indicadores de enforcement da FCPA, na perspectiva do DOJ/SEC, a partir dos levantamentos empíricos sobre o assunto. Para tanto, adotarse-á como fonte de consulta a Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, fruto da parceria entre a Universidade de Stanford e o escritório de advocacia norte-americano Sullivan & Cromwell LLP, que reuniu um banco de dados contendo informações sobre a FCPA desde a sua promulgação, em 1977.

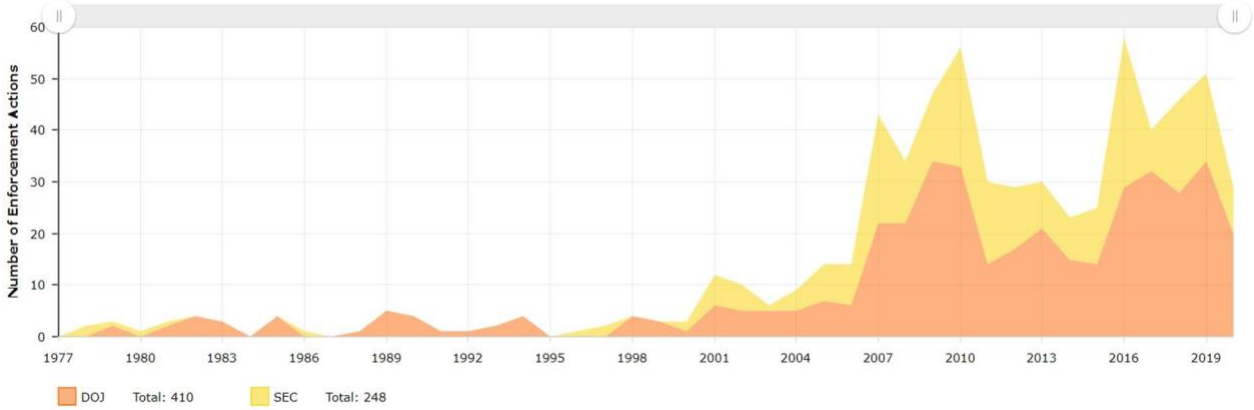
Nesse sentido, serão analisados os dados produzidos pela Universidade de Stanford, com recorte necessário para os acordos e processos movidos pelo DOJ e a SEC, com ênfase ao enforcement da FCPA. O primeiro dado analisado se refere às ações ou processos (enforcement action[105]) movidos pela SEC e o DOJ ao longo do tempo.

No gráfico a seguir, é possível verificar e confirmar que, na virada do século, houve um aumento considerável das ações de enforcement pelas autoridades norte-americanas em relação às violações da FCPA. Como dito, esse crescimento exponencial é fruto da inércia do governo norteamericano nos primeiros vinte anos de vigência da legislação, que somente promoveu alguma aplicação efetiva a partir da ampliação, por intermédio da publicação da convenção da OCDE, do alcance extraterritorial da norma, bem como com as publicações das diretrizes para o processamento das pessoas jurídicas por atos de suborno (consubstanciadas nos diversos memorandos, na US. Sentencing guidelines e na alteração do US. Manual Justice).

[105] "An Enforcement Action is a proceeding that is brought by the Securities and Exchange Commission (SEC), the Department of Justice (DOJ) or both against individuals or entities based on violations of the FCPA or FCPA – related misconduct. Declinations with disgorgement issued pursuant to the DOJ's Pilot Program or revised FCPA Corporate Enforcement Policy are treated as Enforcement Actions. If a proceeding raises FCPA – related claims, but does not allege a violation of the FCPA itself, the proceeding will only be included in the database if the SEC or DOJ lists the proceeding as an FCPA–related action on its website, or if the proceeding is directly 'related' to an FCPA Enforcement Action. Proceedings that do not raise FCPA claims may be excluded from some statistics and analytics." Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/resources/about–the–fcpac–datasets–definitions.pdf. Acesso em: 1º nov. 2020.

Ou seja, é justamente na virada do século que as autoridades norte-americanas passaram a processar empresas e indivíduos por atos de corrupção, reforçando as críticas para a total ineficiência da norma nas suas duas primeiras décadas de vigência.

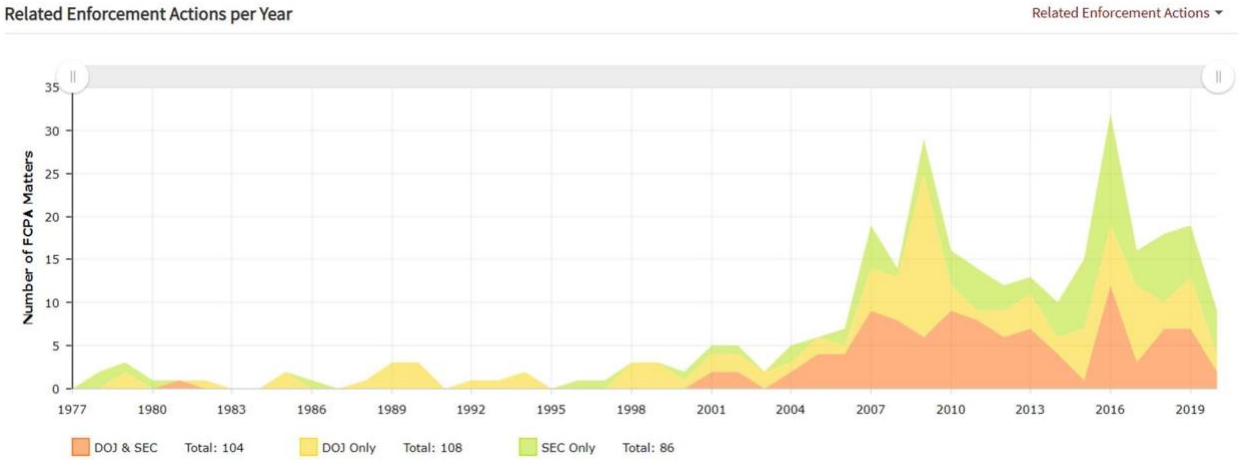
Gráfico 1 – Ações do DOJ e SEC por ano



Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Do mesmo modo, a partir da análise do gráfico a seguir, é possível compreender que somente na virada do século as autoridades passaram a trabalhar de modo integrado, coordenando algumas de suas ações, buscando evitar multiplicidade de sanções e potencial violação do princípio do bis in idem.

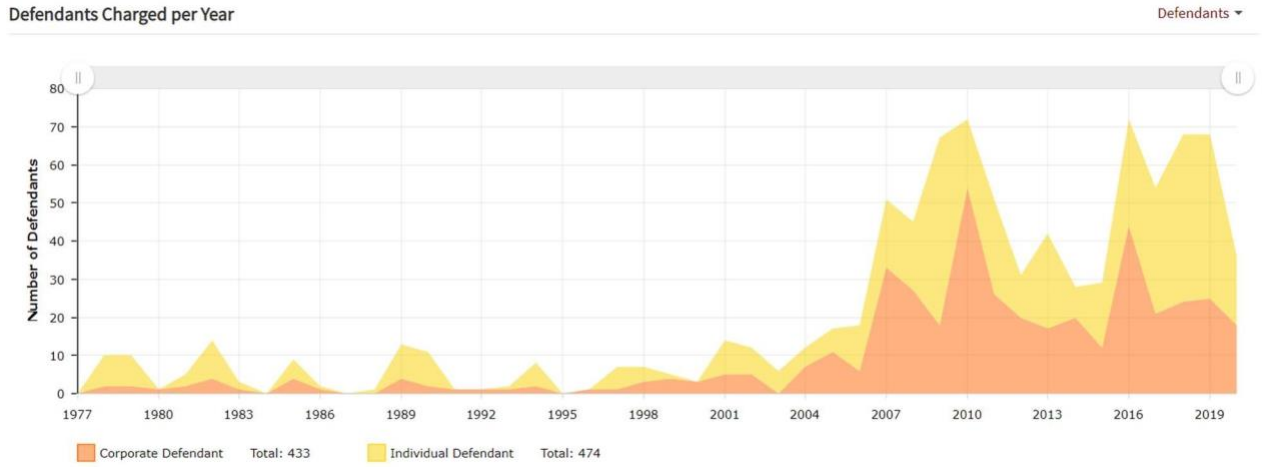
Gráfico 2 – Ações relacionadas por ano



Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Outro dado relevante diz respeito ao número de ações movidas pelo DOJ e SEC, por ano, desde a promulgação da lei (1977) contra réus pessoas jurídicas e pessoas físicas. Aqueles indivíduos e pessoas jurídicas que, eventualmente, resolvem os casos em razão da celebração de um acordo, também estão incluídos no próximo gráfico.

Gráfico 3 – Réus acusados por ano



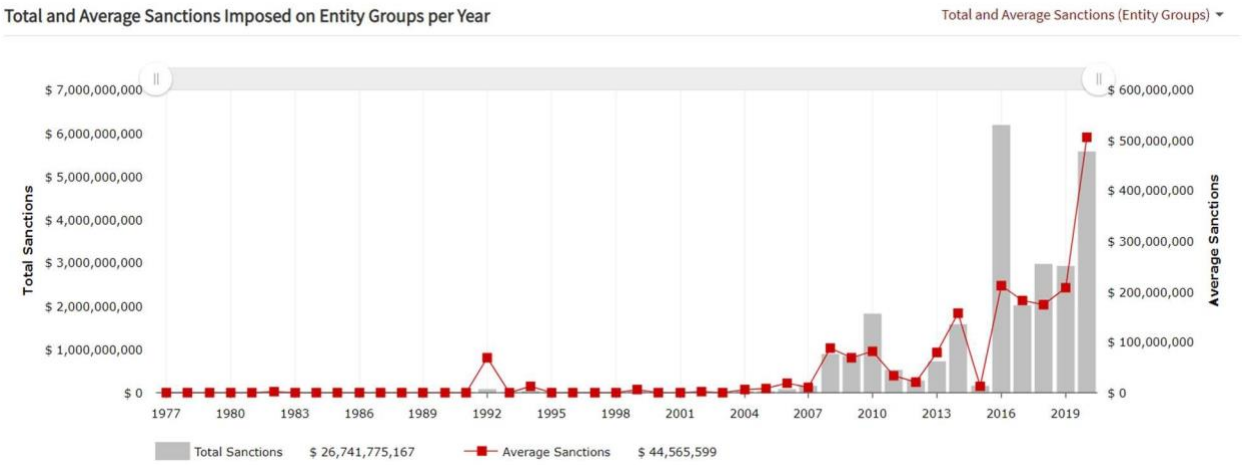
Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

A partir da análise do gráfico anterior, é possível verificar que o número de ações movidas contra indivíduos é superior ao número de empresas, indicador até mesmo esperado. Contudo, não fica claro a partir desse indicador qual é a média de indivíduos punidos ou sancionados toda vez que uma empresa é objeto de acusação formal, bem como se haveria ações em que somente as empresas foram punidas – questão que é objeto de crítica pela doutrina, que considera razoável que os indivíduos que praticaram os atos no interesse ou benefício da empresa sejam punidos também.

O próximo gráfico se refere ao total e à média de sanções monetárias impostas por ano aos grupos de entidades (pessoas jurídicas) em processos movidos com fundamento em violações da FCPA. Esse gráfico compreende não apenas os valores pagos às autoridades nos Estados Unidos, como também aqueles valores pagos às autoridades estrangeiras, desde que decorrentes de um acordo global. Destaque para o ano de 2016, que acumulou mais de seis bilhões de dólares em sanções impostas, representando uma média de 212 milhões de dólares em sanções somente naquele ano.

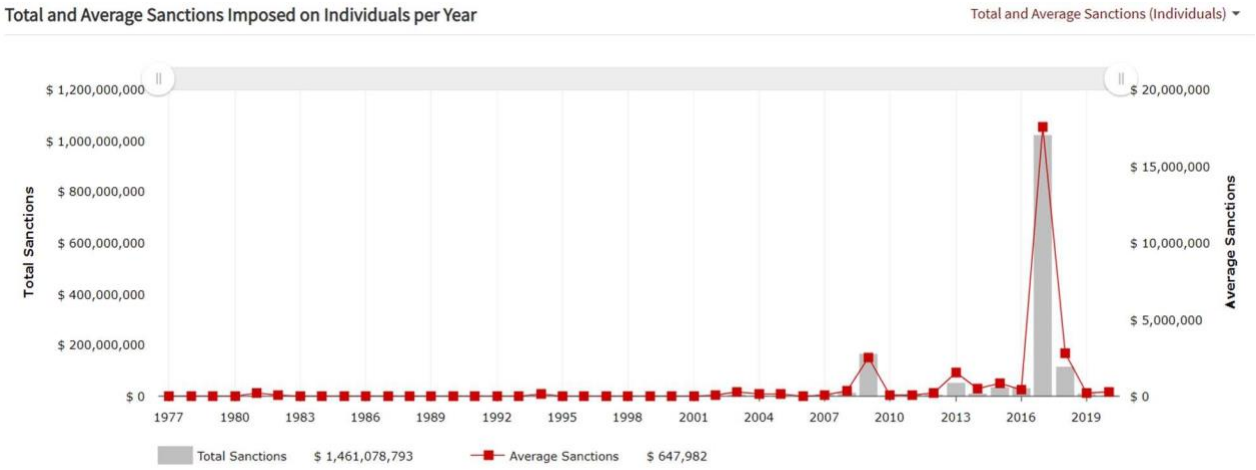
Importante notar que os valores pagos por indivíduos é infinitamente menor do que aqueles pagos por pessoas jurídicas. Evidente que a capacidade financeira dos indivíduos é menor. Contudo, não é possível avaliar a partir dos indicadores os critérios adotados pelas autoridades para impor as referidas sanções, assim como a capacidade financeira de cada indivíduo e o grau da sua culpabilidade para aferir se o valor proposto seria razoável.

Gráfico 4 – Total e média de sanções impostas a grupos de entidades por ano



Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

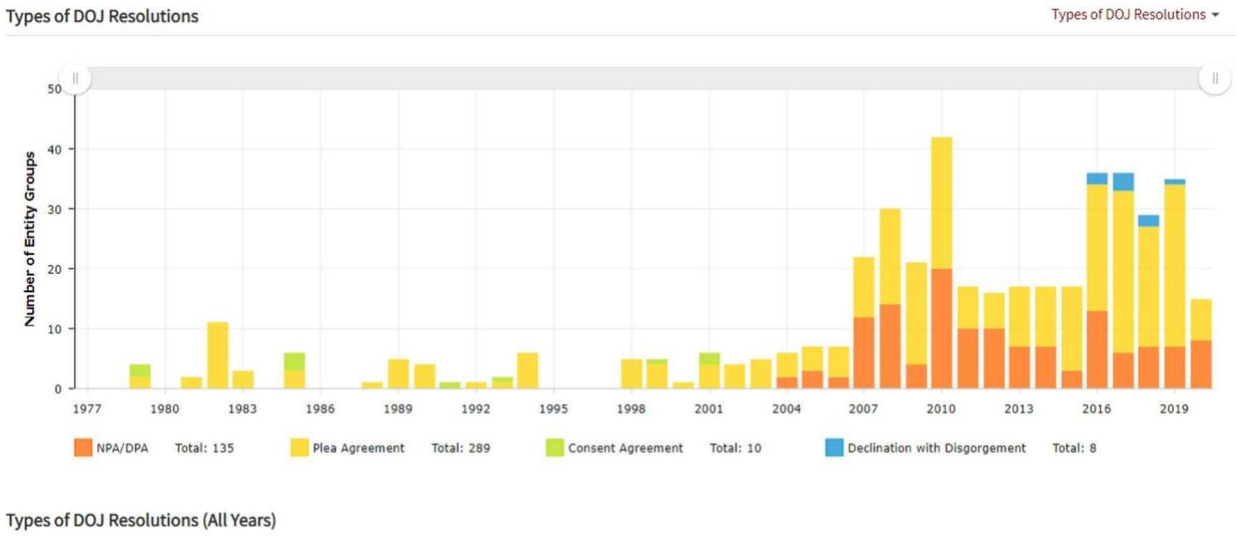
Gráfico 5 – Total e média de sanções impostas a indivíduos por ano



Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Dentre os tipos de instrumentos de resolução adotados pelo DOJ, o acordo de confissão (plea agreement) foi o mais utilizado, seguido dos acordos de não persecução (NPA) e acordo diferido condicional da persecução penal (DPA), conforme o gráfico 6 a seguir apresentado. No entanto, vale notar que, apesar de os acordos de confissão serem a maioria, os demais são fruto da mudança nas políticas sancionatórias do DOJ promovidas na virada do século – seguindo a lógica da suposta "parceria" entre a iniciativa privada e a administração pública, que conferiu o benefício da negociação 100% extrajudicial, atraindo o interesse das organizações uma vez que não há interferência do judiciário.

Gráfico 6 – Tipos de acordos DOJ



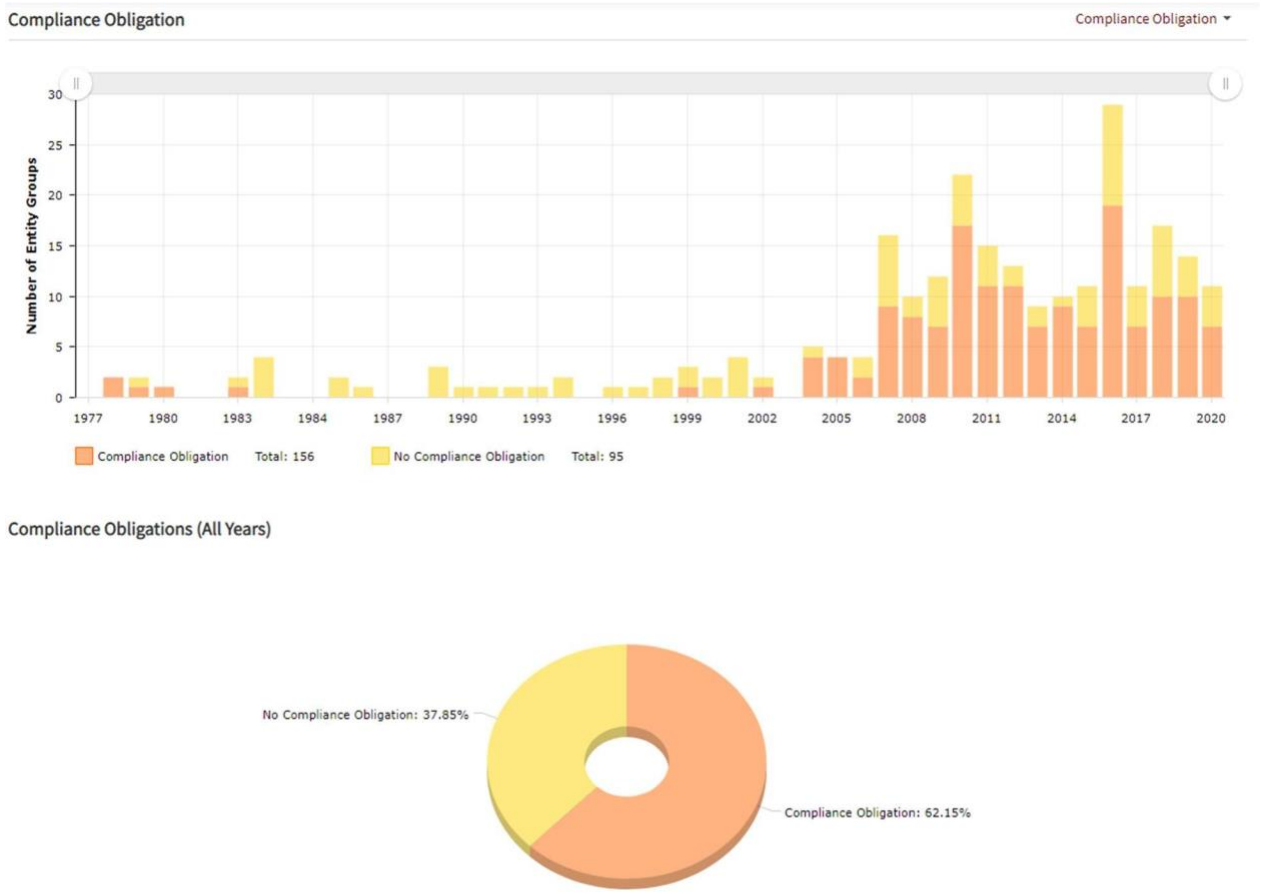
Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Com relação aos acordos, um dado interessante diz respeito a assunção de obrigações pelas pessoas jurídicas refletidas na revisão ou aprimoramento dos programas de compliance. A obrigação que as empresas assumem para investir na estrutura de compliance, seguindo as diretrizes e melhores práticas, é frequentemente (62,15%) utilizada, conforme o gráfico 7 a seguir.

Isso, em certa medida, deve ser visto como um custo adicional, além do pagamento de multa e ressarcimento integral do dano, que a empresa irá desembolsar e que não é levado em conta quando do cálculo final da sanção pecuniária. Nesse sentido, cabe registrar a crítica de William

Laufer[106] (2018) que considera injusto a transferência dos custos inerentes a investigação, avaliação e resposta a ilícitos às pessoas jurídicas – pois, segundo o autor, é conveniente para o Estado transferir a responsabilidade por investigar e punir para as empresas, a quem caberá dispender milhões de dólares em medidas de prevenção com pouca, ou quase nenhuma, verificação científica quanto à real capacidade de mitigação e transformação no ambiente corporativo.

Gráfico 7 – Obrigações de compliance



Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

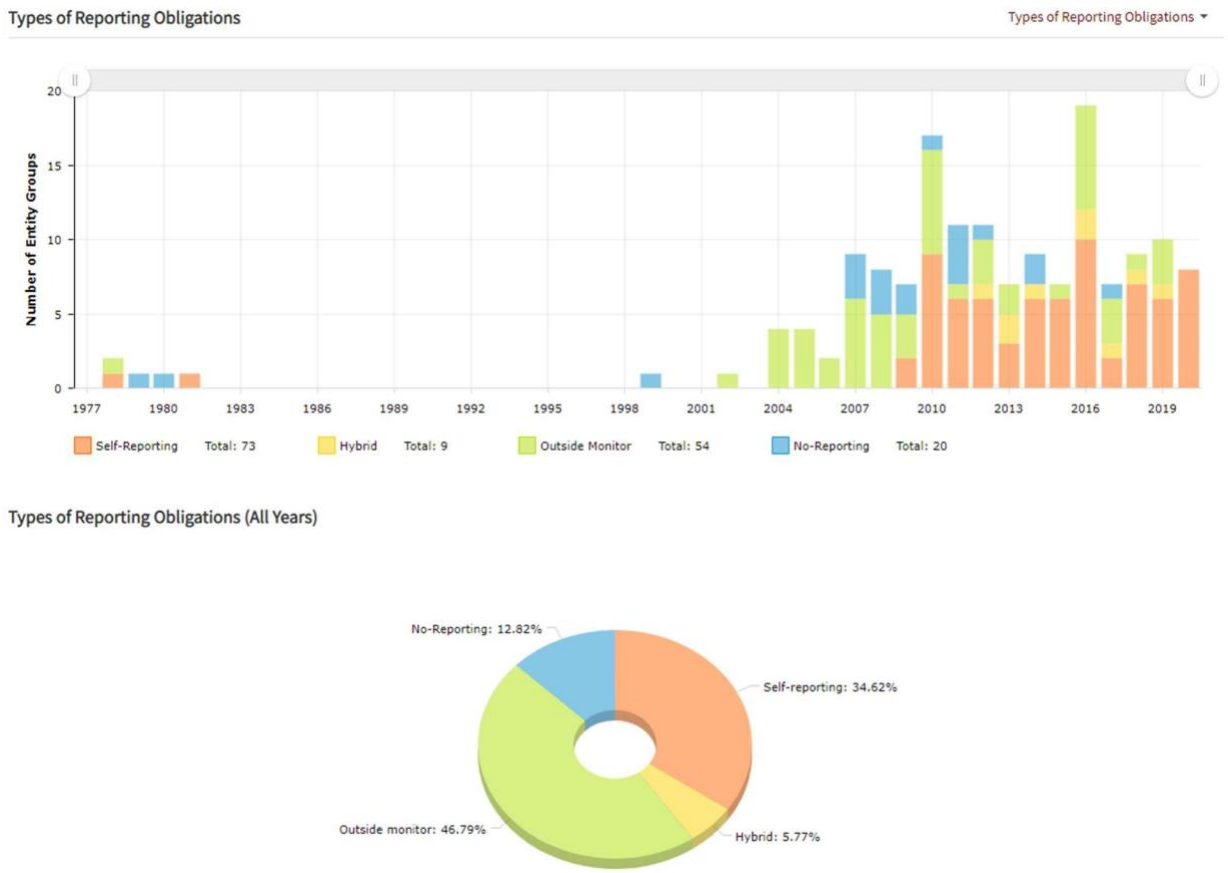
Ainda no campo das obrigações assumidas pelas pessoas jurídicas, a adoção de monitores externos sempre foi alvo de críticas pela doutrina. Não apenas em virtude do custo elevado que

[106] Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1559&context=jbl Acesso em: 01 11 2020.

envolve a contratação desses profissionais e suas respectivas equipes, mas também diante da ausência de evidências a respeito do resultado satisfatório destas atividades de fiscalização/supervisão quanto ao cumprimento das obrigações, como ainda os riscos de conflito de interesses – que, em alguns casos, promoveram suspeitas quanto à legitimidade dos critérios adotados para a seleção desses profissionais, cujo processo passou a ser orientado por uma política própria.

O gráfico 8, a seguir, apresenta os indicadores sobre os tipos de obrigações assumidas pelas pessoas jurídicas a respeito do reporte periódico sobre a evolução das medidas de aprimoramento dos programas de compliance corporativo. Ou seja, 46,79% dos casos envolvendo obrigações de reporte são refletidas na contratação de monitores externos, sendo outros 34,62% reflexos da obrigação de autorreportar (self-reporting).

Gráfico 8 – Tipos de obrigação de reporte.

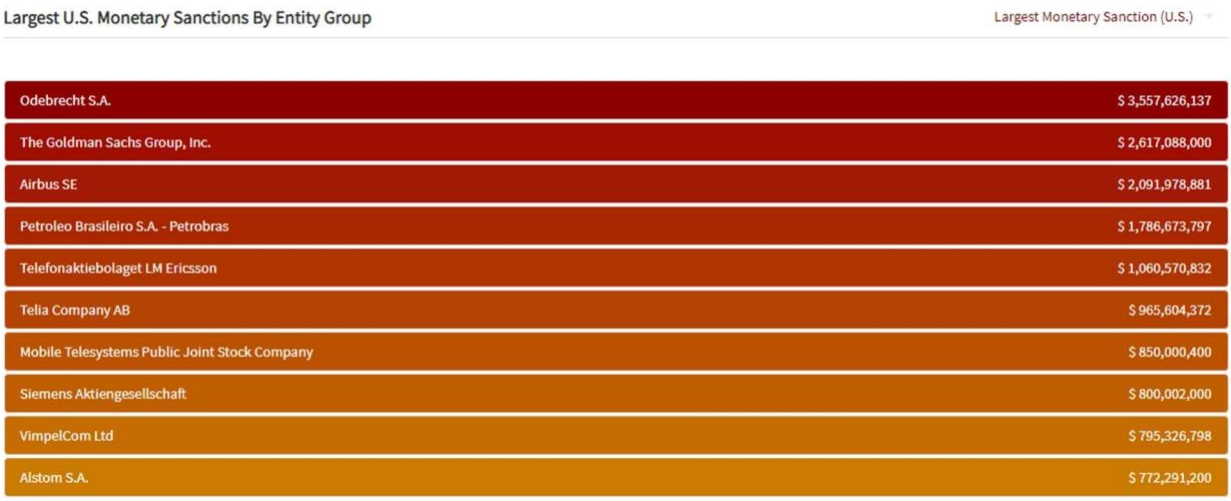


Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Uma característica do modelo sancionatório anticorrupção norte-americano é que o sistema punitivo pressupõe o pagamento de multas, considerado fator de intimidação e prevenção contra novas condutas ilíticas. Ocorre que as multas, apesar dos valores elevados (a média de sanções monetárias aplicadas pelo DOJ em todo o período de vigência da FCPA é de 44.5 milhões de dólares), não necessariamente se refletem em punição (não cumprindo todas as funções da pena). Ao contrário, empresas punidas no passado se tornaram reincidentes mesmo após assumirem o compromisso do pagamento de multa e o aprimoramento do programa de compliance[107].

A propósito das multas elevadas, geralmente aplicadas pelo DOJ, que tem concedido crédito (alguns chegando a 25%), àquelas empresas que cooperem com o Estado, respondem ao ilícito de maneira voluntária e a tempo e compartilhem o resultado das investigações internas com a autoridade de enforcement, o fazem em contrapartida. Curiosamente, no ranking das 10 maiores sanções monetárias já aplicadas pelo DOJ às pessoas jurídicas, com fundamento na violação da FCPA, duas empresas são brasileiras (Odebrecht e Petrobras), sendo que uma delas é a primeira da lista.

Gráfico 9 – Maiores sanções monetárias dos EUA por grupo de entidades



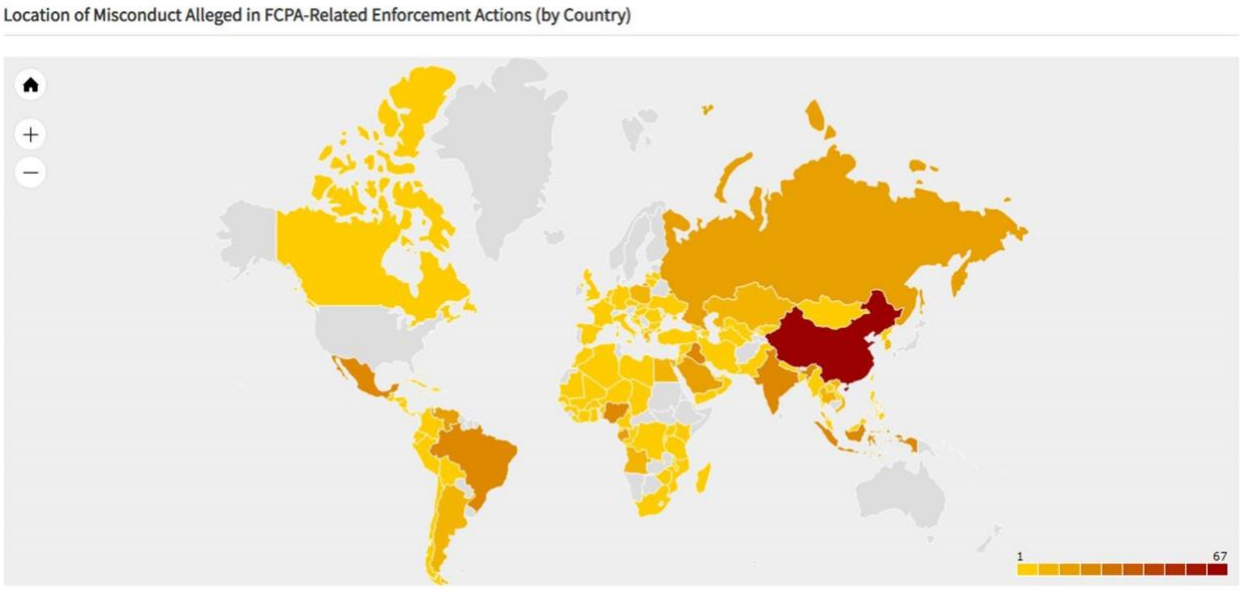
Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

[107] Zimmer Biomet, Orthofix International, Johnson Controls, Inc, Novartis, Eni, Technip, Goodyear, dentre outras empresas são exemplos de reincidência em eventos de violação da FCPA. Disponível em:

Outro fato, no mínimo curioso, e que certamente demandaria um aprofundamento na pesquisa a nível de verificação científica, se refere ao aspecto geográfico. O gráfico 9 a seguir identifica os países em que os subornos foram oferecidos ou pagos, para todas as ações relacionadas à FCPA arquivadas desde a promulgação da lei (1977). Coincidentemente, o local em que as condutas ilícitas objeto de sanção pelo DOJ e SEC foram praticadas e, logo, em que as empresas têm algum tipo de negócio, é justamente em países em que os Estados Unidos tem relação comercial de relevância e estratégia de dominação de mercado (especialmente, à exceção da africa do sul, dos países que compõe os Brics).

https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2017/07/07/corporate–recidivism–in–the–fcpa–context/; https://fcpaprofessor.com/corporate–fcpa–repeat–offenders–4/. Acesso em: 2 nov. 2020.

Gráfico 10 – Localização da alegada conduta imprópria em ações de execução relacionadas à FCPA (por país)



Fonte: Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Apesar das críticas já analisadas no primeiro capítulo quanto à possível utilização da FCPA como um instrumento de política externa, com o objetivo claro de punir empresas concorrentes dos Estados Unidos, enfraquecendo essas a ponto de contribuir para a entrada na região de empresas norte-americanas, não foram identificadas evidências científicas que corroborassem a referida

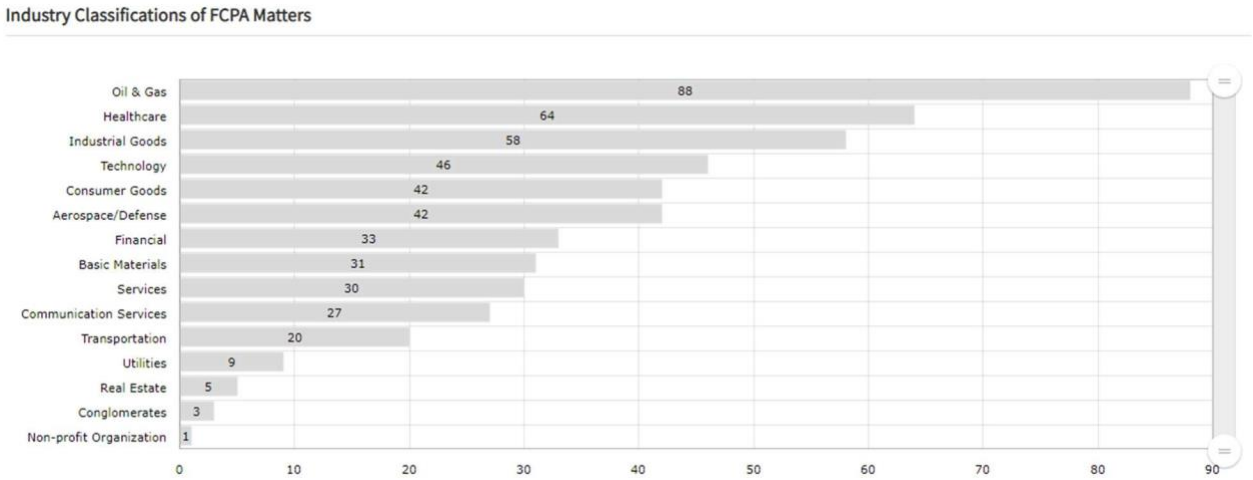
hipótese. Pelo contrário, de acordo com os levantamentos empíricos da Universidade de Stanford, refletidos no gráfico 12, a seguir, o número de empresas rés norte-americanas é superior ao número de empresas estrangeiras.

Gráfico 11 – Principais estatísticas de 1977 até o presente

Fonte: Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

Por fim, quanto aos segmentos de mercado que mais foram impactados com decisões ou acordos fruto de violações da FCPA, destaca-se a indústria de óleo e gás, bem como o setor médico/farmacêutico – ambos extremamente regulados, em que geralmente as transações envolvem relação com a administração pública local e valores muito expressivos, tal como algum tipo de autorização para a exploração da atividade econômica.

Gráfico 12 – Classificações da indústria sobre questões de FCPA



Fonte: Fonte: Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

3. AS EMPRESAS BRASILEIRAS NA MIRA DO DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA NORTE-AMERICANO

3.1. Justificativa metodológica

A análise da corrupção como um problema econômico, cultural e político é tema central da doutrina de Ackerman e Palifka (2016), que propõe reformas estruturais necessárias para a melhora das condições econômicas e de legitimidade política. Os autores afirmam que as reformas devem modificar os incentivos, reduzindo benefícios e aumentando os custos para a prática de corrupção, indo além da aplicação da legislação anticorrupção. Para tanto, segundo os autores, a legislação desempenha um papel fundamental, mas não solitário, no combate da corrupção.(ACKERMAN e PALIFKA)

Os autores entendem que “Effective deterrence is impossible unless law enforcement authorities can obtain relevant evidence – a difficult task because often the participants are the only ones who know of the corrupt deal” (ACKERMAN e PALIFKA. p.527). As reformas propostas pelos autores, são possíveis se houver a conjugação de esforços de importantes atores como o Governo, a Sociedade Civil, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, assim como a Comunidade Internacional.

Neste sentido, a presente dissertação se propôs pesquisar alguns dos resultados (in)satisfatórios gerados pelas diversas reformas promovidas pelo governo norte-americano, dentre

elas a promulgação da FCPA, o aumento dos incentivos para a cooperação empresarial, a ampliação dos poderes conferidos aos membros do DOJ e a adoção em escala dos acordos de resolução "fora da corte".

Em que pese o reconhecimento do avanço no campo legislativo e da pesquisa científica, em parte liderado pelos Estados Unidos, sobre a corrupção e seus múltiplos efeitos, doutrinadores criticam o modelo atual de aplicação da lei norte-americana. Neste sentido, Garrett (2014, p.286) entende que "Even with clearer guidelines, prossecutors retain enormous discretion in making decisions about whom to prosecute and how, and they decide whether a breakdow in compliance occurred or rogue employes were responsible."

O autor apresenta sua proposta de reforma sustentada na ideia de supervisão judicial, ou por autoridade competente, dos acordos celebrados pelas autoridades norte-americanas, a condenação criminal das empresas, a avaliação da efetividade dos programas de compliance e a imposição de sanções destinadas ao desincentivo de práticas corruptivas. (GARRETT, Brandon.
p.286). Contudo, em que pese a contribuição dos estudos conduzidos pelo professor Garrett, não existem evidências empíricas de que a solução para o problema seria a maior participação e controle exercido pelo Judiciário, ao contrário, parece que uma suposta fiscalização judicial poderia implicar em maior desalinhamento informacional - demanda uma expertise que não está inserida na grade de conhecimento e formação dos magistrados e servidores em geral.

Portanto, para compreender a lógica e a dinâmica adotada pelo DOJ, buscar-se-a investigar, ainda, o seu modelo de atuação na utilização dos acordos de não persecução, considerando que a maioria dos casos não é revista pelo Poder Judiciário e, por não pressupor uma consensualidade, mas sim uma imposição a critério dos agentes federais, supostamente violariam o Estado de Direito (ARLEN, Jennifer. p.214).

A autora critica o sistema de justiça criminal norte-americano, que garante considerável poder discricionário aos agentes para impor deveres às empresas, pois tais poderes não sofrem limitações e acabam por ferir o Estado de Direito. A autora critica ainda a atuação dos agentes que carregam em suas imposições vontades de ordem pessoal, absolutamente desconexas dos objetivos da regulação, entendendo que "This exacerbates rule of law concerns because unilateral, uncoordinated, decision-making enhances the ability of a government actor to pursue private aims,

either deliberately or as a result of an idiosyncratic interpretation of public aims." (ARLEN, Jennifer. p.226).

Sob a justificativa moral de promover integridade no ambiente corporativo e com fundamento nas memorandas incentivadoras, as empresas investiram e continuarão investindo milhares de dólares em programas de compliance. Esse é um dos efeitos da regulação antissuborno dos Estados Unidos que, somado a discricionariedade ampla conferida aos membros do DOJ, o Estado não encontra os mesmos recursos financeiros das empresas para conduzir suas investigações e monitorar o cumprimento de obrigações previstas em acordos de resolução.

Portanto, os compliance expenditures detalhado por Laufer (2018) devem ser tidos como motor para uma mudança necessária da estrutura regulatória atual, promovendo uma parceria efetiva e real entre os reguladores e regulados, tomando como ponto de partida as novas tecnologias e as novas ferramentas de governança corporativa e riscos, desenvolvidas no século XXI.

Para responder ao problema apresentado, conduzidiu-se inicialmente investigação histórico-jurídico, desenvolvendo o trabalho com vistas à análise da evolução do instituto da responsabilidade da pessoa jurídica no direito norte-americano, das teorias aplicáveis a culpabilidade corporativa e da origem da justiça consensual.

O raciocínio dialético foi utilizado para analisar a utilização dos instrumentos de aplicação da FCPA nas últimas duas décadas, com especial foco para os acordos celebrados por empresas brasileiras. Pretendeu-se avaliar o fundamento dos instrumentos de enforcement adotados pelo DOJ, as causas para adoção do modelo atual e os efeitos produzidos por tais instrumentos, adotando para tanto o tipo jurídico compreensivo.

Quanto a natureza dos dados, são dados primários da pesquisa a legislação norte-americana antissuborno (FCPA), demais legislações relacionadas ao objeto da pesquisa, as memorandas emitidas pelo DOJ ao longo das últimas duas décadas, demais regulações afeitas ao tema (US sentencing guidelines; US attorneys manual.), a jurisprudência federal criminal, a base de dados empíricos da Universidade de Stanford e dos estudos realizados por Brandon Garrett.

A presente dissertação utilizou ainda dados secundários provenientes do referencial bibliográfico ora proposto, incluindo livros, artigos científicos, seminários e papers produzidos para eventos acadêmicos.

A escolha dos acordos celebrados pelo DOJ adotou como critério inicialmente a seleção de todos os instrumentos jurídicos firmados pela autoridade com as empresas brasileiras, desde a promulgação da FCPA em 1977, excluídos os acordos celebrados com a SEC, sendo apresentados por ordem de antiguidade. Como fonte de consulta para a pesquisa que será apresentada a seguir,

extraíram-se as informações, documentos e indicadores divulgados pela Universidade de Stanford[108].

Neste sentido, os acordos de não persecusão selecionados abaixo são resultado de uma pesquisa avançada que procurou selecionar os casos de acordo com os seguintes critérios: empresas sediadas no Brasil; empresas constituídas no Brasil; de qualquer setor industrial; acordos firmados pelo DOJ; casos resolvidos ou em andamento; com fundamento em violação de quaisquer dos dispositivos da FCPA; excluídas empresas subsidiárias ou controladas por empresas estrangeiras; excluídos os acordos com pessoas físicas; e acordos que previram a assunção de obrigação consistente na implementação de programa de compliance.

3.2. EMBRAER

3.2.1. A empresa e sua história

A EMBRAER é fruto do trabalho de Ozires Silva que, a partir de 1962, se propôs a desenvolver o projeto de uma aeronave que resgatasse a aviação regional no Brasil. O resultado desse trabalho viria em 1968, quando foi concluído o primeiro voo bem-sucedido da aeronave chamada bandeirante[109] – cujo sucesso foi tamanho que demandou a criação de uma fábrica que fosse capaz de produzir a aeronave em larga escala. Contudo, para viabilizar a construção da fábrica seria necessário investimento pesado, somente capaz de ser oferecido pelo governo brasileiro. Assim, nasceria, na década de 1970, uma empresa com capital misto, vocacionada à inovação e o desenvolvimento de projetos aeronáuticos que colocariam o Brasil no patamar das maiores fabricantes de aviação do mundo.

Contudo, na década de 1990, a empresa sofreu uma grave crise financeira, decorrente do cenário econômico internacional desfavorável e dos investimentos elevados no desenvolvimento

[108] Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP.

[109] https://historicalcenter.embraer.com/br/pt/historia. Acesso em: 30 set. 2020. Disponível em:

de novas aeronaves. Assim, como alternativa para a manutenção da atividade econômica da empresa, no final de 1994, foi promovida a sua privatização.

De lá para cá, a empresa cresceu muito, ampliou a sua operação e a fabricação de aeronaves para os Estados Unidos, se instalando no Vale do Silício em 2017, renovando o seu compromisso com a mobilidade aérea urbana das grandes metrópoles, introduzindo veículos aéreos de propulsão elétrica e decolagem e pouso verticais (no português, eVTOLs).

A empresa é enquadrada como issuer, de acordo com os dispositivos do FCPA, em razão da emissão de ADRs (American Depositary Receipts) na bolsa de Nova York, tornando-a ainda sujeita à fiscalização da SEC – especialmente no que tange ao cumprimento do dever de report periódico das informações exigidas pela legislação aplicável (section 15 (d) of the Securities Exchange Act, 15 U.S.C. § 78o [d]).

3.2.2. Das condutas praticadas

Segundo consta do documento de informação publicado pelo DOJ, em 2016, entre os anos de 2008 e 2010, a EMBRAER pagou em torno de 3,52 milhões de dólares em propina para agentes públicos da República Dominicana com o objetivo de alavancar contratos com escopo de defesa militar – comercialização da aeronave super tucano.

Além disso a empresa teria pago propina de aproximadamente 1,5 milhão dólares para um agente público da Arábia Saudita visando obter um contrato para a venda de três jatos executivos. Também constam do documento informações sobre o pagamento de propina para agentes públicos na Índia e Moçambique, sempre com a intenção de obter contratos para o fornecimento de aeronaves.

Em virtude da prática de condutas ilícitas que violaram a FCPA em seus dispositivos, de antissuborno, aspectos de registros contábeis e de controles internos, a empresa celebrou um diferimento condicional da persecução criminal (deferred prosecution agreement ou DPA) (DPA) com o DOJ em outubro de 2016[110].

[110] https://www.justice.gov/opa/press-release/file/904581/download. Acesso em: 30 set. 2020. Disponível em:

3.2.3. O acordo e seus termos

No que tange às considerações preliminares, o documento registra que a EMBRAER não reportou os fatos ilícitos de modo voluntário – um dos requisitos avaliados pelo DOJ para fins de concessão dos benefícios estabelecidos nas diretrizes publicadas pelas autoridades de enforcement – tendo tomado conhecimento por intermédio da intimação formal pela SEC. No entanto, segundo o documento[111], a empresa cooperou com a autoridade, na medida em que a empresa forneceu informações relevantes – incluindo aquelas sobre o envolvimento de indivíduos na prática de ilícitos – que permitiram a autoridade norte-americana, bem como autoridades internacionais, processar tais indivíduos.

Outro fato relevante destacado preliminarmente no documento diz respeito as ações de remediação adotadas pela empresa que, segundo o DOJ, teria parcialmente respondido aos ilícitos. Dentre as ações de resposta adotadas pela empresa, destaca-se a aplicação de medidas disciplinares à funcionários e alguns executivos envolvidos no ilícito. Contudo, consoante descrito no documento, um executivo sênior, cujo nome não é revelado no documento, não teria sofrido qualquer medida disciplinar – apesar de ter conhecimento dos ilícitos, comprovados por intermédio da troca de e-mails, bem como em razão do exercício de supervisão sobre os funcionários que praticaram os atos.

Com relação à cooperação com as autoridades, a EMBRAER recebeu os créditos correspondentes, apesar da ausência de transparência no documento quanto à relevância das informações oferecidas. Mesmo assim, a empresa assumiu o compromisso de pagar multa pecuniária de U$ 107.285.090,00 (cento e sete milhões, duzentos e oitenta e cinco mil e noventa dólares). A empresa, além da multa, assumiu o compromisso de contratar um monitor externo por um período de três anos para supervisionar as obrigações de compliance, as quais serão a seguir analisadas criticamente.

Mesmo diante das inúmeras memorandas publicadas pelo DOJ ao longo do tempo, especialmente na virada do século, as medidas de compliance estabelecidas no documento, pouco ou quase nada, inovam em relação aos parâmetros de avaliação. Além disso, considerando a época

---

[111] https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/904636/download. Acesso em: 26 out. 2020. Disponível em:

em que o acordo foi firmado, março de 2016, perdeu-se ali mais uma grande oportunidade para refletir no documento a experiência de tantas outras empresas que, desde 1977, foram sancionadas e assumiram obrigações de compliance – as quais certamente, algumas, não funcionaram e, portanto, não faria sentido replicar em outros instrumentos de resolução.

Vejamos a superficialidade das obrigações assumidas pela empresa em relação ao programa de compliance. Com relação ao compromisso da alta administração, o documento estabelece que a

EMBRAER deve assegurar que os seus diretores e executivos seniores demonstrem strong, explicit, and visible apoio à política de anticorrupção da empresa. Em nenhum outro trecho do documento, é informado como esse compromisso deve ser demonstrado na prática, quais as "atitudes" que se esperam dos detentores do dever de fidúcia da organização. Chama a atenção a falta de direcionamento no documento para orientar as ações de tone at the top, cuja eficácia depende e muito do desempenho da liderança – cuja ética não pode divergir, ou ser diferente, da ética da empresa.

Sobre políticas e procedimentos, o documento simplesmente sugere que a empresa estabeleça um conjunto de políticas (brindes/presentes/hospitalidade, doações políticas e de caridade, pagamentos de facilitação e extorsão), deixando totalmente a critério da organização a sua execução. A redação se limita a replicar a retórica das políticas desenhadas e aplicadas para toda a organização, sem, contudo, orientar a empresa quanto aos desafios para tornar tais instrumentos eficazes – e não meramente uma regra no papel. Além disso, as autoridades não estabeleceram as métricas para a avaliação da efetividade desse pilar, o diálogo extremamente necessário que deve haver entre as políticas de compliance e demais políticas da organização, os desafios para atestar o conhecimento pelos colaboradores, tal como a gestão de tais políticas.

Importante destacar que as políticas internas pressupõem a implementação de tantos controles quantos forem necessários para mitigar os riscos de violação, assim como impõe atenção especial para a linguagem – que deve ser de fácil compreensão – e a atualização periódica, uma vez que estão sujeitas as alterações dos negócios.

Já em relação ao gestor do programa de compliance, o documento se limitou a estabelecer que essa função deveria ser exercida por alguém sênior na empresa, com autonomia e recursos suficientes, reportando a supervisão do programa para instâncias colegiadas independentes – a exemplo do comitê de auditoria, conselho de administração, dentre outros – a quem caberia desempenhar a liderança e influenciar do topo as decisões éticas.

A despeito do responsável pela gestão do programa de compliance, Eugene Soltes[112] critica a departamentalização do compliance, informando que, em algumas empresas, o compliance (indivíduo) encontra-se posicionado ao lado do jurídico da organização – respondendo para o

[112] SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. In: NYUJL & Bus., [s.v.], 14, p. 965, 2017.

gerente ou diretor jurídico, bem como dividindo o orçamento com esse departamento. Além disso, o autor reforça o desafio das organizações buscarem no mercado profissionais com qualificação não limitada ao conhecimento jurídico, exigindo dos referidos profissionais um conhecimento multidisciplinar e, ao mesmo tempo, específico sobre a operação a qual irá desempenhar a sua função.

Além disso, apenas para realçar a relevância e responsabilidade que o referido profissional assume ao exercer a gestão do programa de compliance, Eduardo Saad Diniz, em sua obra sobre ética negocial e compliance, ressalta que, no Brasil, apesar de a jurisprudência ser incipiente sobre o assunto, na AP470[113], atribui-se a responsabilidade automática em razão da omissão do dever de cuidado. O autor também faz referência a um julgado[114] em que a partir da análise da teoria da cegueira deliberada utiliza-se o exemplo do compliance officer como indivíduo obrigado a impedir o resultado.

Com relação aos demais pilares do programa de compliance disposto no acordo celebrado pela empresa EMBRAER, a autoridade norte-americana refletiu as orientações constantes dos guias publicados pelo próprio DOJ, tal como as diretrizes de melhores práticas publicadas por organismos internacionais – a exemplo da OCDE. Ou seja, se utiliza de expressões genéricas como periodic reviews, incentivizing compliance and disciplining violations, sem agregar qualquer tipo de informação nova ou métrica inovadora testada por outras organizações que tenham sido também sancionadas pelo DOJ.

Por fim, restou consignado no acordo da EMBRAER que a empresa assumiria todos os custos e demais ônus decorrentes da contratação de monitores externos por um período de três anos. De acordo com o que consta do relatório encaminhado pela empresa à SEC, em 2020[115], a empresa

---

[113] Ação Penal nº 470. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541. Acesso em: 27 out. 2020.

[114] Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74591369&tipo_documento=documento&num_registro=201502367712&data=20170905&formato=PDF. Acesso em: 27 out. 2020.

[115] "[...] Under these settlements, in addition to paying a total of US$205.5 million to the SEC, DOJ and a Brazilian federal fund, we agreed to an external and independent monitorship for a period of three years. The monitorship period may be extended at the DOJ's discretion depending on our compliance with the deferred prosecution agreement, or DPA. In February 2017, the United States authorities appointed the monitor, who has been preparing annual reports containing certain observations and recommendations to further improve our Anti-corruption and compliance policies and procedures. In February 2020, we agreed to extend the term of the external and independent monitorship for an additional 90 days in order to allow the monitor to complete his work. On April 13, 2020, the monitor delivered his final report to the DOJ and to the SEC, finding that Embraer's compliance program is reasonably designed and

aceitou que a monitoria fosse estendida por mais 90 dias, tendo encerrado o processo em maio de 2020 com o relatório final atestando que EMBRAER's compliance program is reasonably designed and implemented to detect and prevent violations of the anti-corruption laws

3.2.4. Conclusão

Não há transparência nas informações sobre os relatórios emitidos pelos referidos monitores, o que reforça a crítica da doutrina quanto à necessária revisão dos poderes conferidos aos monitores externos, assim como a necessária divulgação ao público – preservados os dados protegidos por lei – dos resultados dos trabalhos conduzidos por tais profissionais. Caso o resultado das obrigações assumidas pela empresa em relação ao programa de compliance for satisfatório, então haveria mais um argumento para se legitimar o compartilhamento desta suposta eficácia com outras empresas - que não precisariam cometer o mesmo erro para aprender como fazer diferente, mitigando riscos, bastaria se inspirar no modelo bem sucedido de empresas como a Embraer.

3.3. Odebrecht

3.3.1. A empresa e sua história

Fundada em 1944 pelo seu patriarca Norberto, a Odebrecht, uma das maiores empresas de construção pesada da América Latina, até 2015, atuava em mais de 27 países, acumulando na época uma expressiva marca de aproximadamente 168 mil funcionários. A globalização permitiu a empresa expandir os seus negócios para além da fronteira brasileira, iniciando entre as décadas de 1960 e 1970 as operações da empresa em alguns países latinos e africanos.

Mas a respectiva relação com os Estados Unidos teve início na década de 1990, quando a empresa se tornou a primeira brasileira a construir uma obra pública em solo norte-americano. Trata-se da obra do metro rápido (metromover) de Miami, cidade da Flórida, conquistada pela

implemented to detect and prevent violations of the Anti-corruption laws. On May 22, 2020, the monitorship term expired. Under both the DPA and the SEC Consent, there remain certain additional steps that the Company must take to complete the requirements of the DPA and the SEC Consent […]." Disponível em: https://sec.report/Document/0001193125–20–157452/. Acesso em: 27 out. 2020.

empresa após vencer uma concorrência pública. A partir de então, a empresa faturou diversos contratos nos Estados Unidos para prestação de obras e serviços de engenharia, tais como: i) realização de obras na calha do Rio Santa Ana; ii) obra da Barragem de Seven Oaks, na Califórnia, no valor de US$ 168 milhões; iii) obras da ponte Merril Barber e do viaduto Golden Glades, com 2.464 metros de extensão, para atender os usuários do sistema da I-95, estrada federal que vai do sul da Flórida ao Canadá; iv) construção do American Airlines Arena, complexo esportivo e cultural em Miami; v) Pátio do Aeroporto Internacional de Fort Lauderdale – Fort Lauderdale/FL; dentre outras obras divulgadas pela empresa.

3.3.2. Das condutas praticadas

Segundo dados que constam dos arquivos divulgados pelo DOJ[116], entre 2001 e 2016, a empresa esteve envolvida em um esquema de pagamentos de suborno para funcionários públicos estrangeiros de diferentes países (Angola, Brasil, Argentina, Colômbia, Equador, República Dominicana, Guatemala, México, Moçambique, Panamá, Peru e Venezuela), com a finalidade de obter contratos e projetos (total de 100) com a respectivas administrações públicas locais. Segundo as autoridades norte-americanas, ao todo a Odebrecht teria pago aproximadamente US$ 788 milhões em subornos e obteve US$ 3,336 bilhões de lucros decorrentes dos contratos obtidos por intermédio de subornos no período de 15 anos.

Diante das graves acusações contra a empresa, fundamentadas na violação dos dispositivos de antissuborno, bem como conspiracy (organização para o crime), e diante da denúncia oferecida pelos membros do DOJ no distrito de Nova York, seguindo as diretrizes exaradas pelo DOJ em suas políticas, propôs-se a negociação de um acordo de resolução criminal – do tipo plea agreement, cuja condição pressupõe a confissão da empresa sobre os ilícitos praticados no ambiente corporativo.

Pretende-se analisar os termos e condições do referido acordo firmado pela empresa com o DOJ, buscando avaliar as condutas imputadas à empresa, a aplicação das diretrizes dispostas nas políticas do DOJ para fins de concessão de créditos em função da cooperação, a imposição de sanção pecuniária e os critérios adotados para a sua redução, as obrigações de fazer que foram

[116] Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/5000/003527.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

assumidas, refletidas no aprimoramento/implementação do programa de compliance, bem como avaliar em que medida as críticas da doutrina até aqui analisadas se mostram legítimas diante do caso concreto.

3.3.3. O acordo e seus termos

Segundo consta do acordo, a Odebrecht holding, consciente e deliberadamente, em conluio com outros atores e com o propósito de corromper agentes públicos estrangeiros, partidos políticos, funcionários de partidos políticos estrangeiros e candidatos políticos estrangeiros, pagou milhões de dólares em suborno visando obter novos contratos que lhe garantissem aumentar expressivamente o seu lucro – consequentemente lhe permitindo construir um fluxo de caixa que abastecesse o ciclo de corrupção, dando sequência a expansão dos negócios e dominação de mercados mundo afora.

Para tanto, a empresa dispunha de um setor, ou departamento, criado exclusivamente para contabilizar e desembolsar pagamentos de suborno a funcionários de governo estrangeiro e partidos políticos – chamado de departamento de operações estruturadas – tudo com o conhecimento e a participação da alta administração da empresa. Na medida em que o esquema vinha sendo bemsucedido, mas preocupados com a exposição ao risco de um possível enforcement pelas autoridades, a empresa passou a investir em uma tecnologia voltada para a ocultação dos ilícitos praticados.

Assim, foi implementado na Odebrecht a ferramenta chamada Drousys, que servia como uma espécie de sistema de comunicações e aprovações, permitindo que os "gestores" do referido departamento pudessem se comunicar com operadores financeiros externos e outros coautores sobre os subornos, por intermédio de e-mails seguros e mensagens instantâneas, usando codinomes e senhas.

Os recursos financeiros eram enviados para contas de empresas off-shore, não declaradas no balanço contábil da Odebrecht, que por sua vez efetivavam o pagamento aos destinatários finais do suborno, utilizando transações bancárias eletrônicas e pagamentos em dinheiro vivo, que eram deixados em locais públicos predeterminados, dentro de malas.

Considerando que as operações da empresa nos Estados Unidos estavam em plena expansão, os membros do DOJ relatam no acordo que parte do esquema criminoso foi executado

em solo norte-americano. Segundo o DOJ, dois funcionários da Odebrecht, que na época coordenavam as operações da empresa em Miami, participaram da organização do esquema criminoso que envolvia a utilização de empresas estrangeiras para realizar o pagamento de suborno para agentes públicos, cujos esforços delitivos geraram ganhos/lucros para a empresa de aproximadamente 3,3 bilhões de dólares.

A engenhosidade da organização criminoso era tamanha que em certo momento, segundo o DOJ, entre 2010 e 2011, uma filial de um banco austríaco localizada nas antigas – paraíso fiscal situado no mar do Caribe – foi adquirida pela organização, com a finalidade de servir de base para a abertura de contas de pessoas expostas politicamente que receberiam o suborno, sem, contudo, oferecer qualquer resistência ou preocupações de compliance.

Uma parcela do esquema criminoso foi praticada no brasil, envolvendo o pagamento de aproximadamente 349 milhões de dólares em propina para partidos políticos, agentes públicos e seus representantes, sempre com o objetivo de reter contratos com a administração pública, potencializando indevidamente o faturamento da empresa e alimentando um ciclo vicioso de corrupção.

Dentre os alvos da organização criminosa, estava a Petrobras, em que os contratos interessavam à Odebrecht em razão dos valores elevados. Assim, para conseguir os referidos contratos, a Odebrecht organizou um esquema de cartel envolvendo diversas construtoras brasileiras, que depois seria chamado de "clube das empreiteiras"[117].

Tal prática de cartelização tomou forma e rapidamente saltou de nove empresas para 16, em razão dos investimentos realizados na época pela Petrobras, o que gerava oportunidades futuras por intermédio de contratos – os quais eram direcionados para as empreitaras, na medida em que as próprias empresas indicavam para os dirigentes da Petrobras quem ganharia o respectivo contrato. As condutas praticadas visavam burlar o procedimento licitatório da estatal de petróleo brasileira, cujos valores, escopo, bem como orçamento eram discutidos com o referido grupo de empresas, que apresentavam propostas de fachada – uma vez que já se sabia de antemão quem seria o vencedor do processo.

---

[117] Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/04/delatores-contam-em-detalhes-comofuncionava-o-clube-das-empreiteiras.html. Acesso em: 26 set. 2020.

Segundo consta do acordo celebrado pela empresa Odebrecht com o DOJ, esse esquema criminoso perpetuou-se por décadas e se capilarizou por diversos países, já mencionados, cuja política extrativista, pouco democrática, favorecia a execução dos ilícitos ligados a corrupção.

Em paralelo às investigações da operação Lava Jato no Brasil, em 2014, as autoridades dos Estados Unidos e da Suíça também iniciaram investigação para apurar os mesmos fatos. Diante da iminência das autoridades promoverem medidas cautelares que poderiam afetar a organização criminosa, alguns participantes procuraram destruir provas e evidências dos crimes praticados. Tal fato foi corroborado com evidências (troca de mensagens entre executivos da Odebrecht), pelos membros do DOJ, que acusaram ainda a empresa por cometer o crime de obstrução da justiça.

Tais condutas envolveram desde a ocultação/destruição de provas que estariam em diversos países, até mesmo o pagamento de propina – enquanto as investigações já eram públicas – para um oficial consular de Antígua, com a finalidade de que esse não compartilhasse, mesmo que requisitado formalmente pelas autoridades, documentos que pudessem expor a empresa e os indivíduos a riscos de prisão.

Assim, na medida em que as investigações no Brasil e no estrangeiro avançavam, as provas eram produzidas e os indícios se tornavam cada vez mais robustos, considerando ainda a cooperação internacional entre as autoridades – fruto de importante coordenação das atividades de repressão a crimes transnacionais, fruto dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratados e convenções internacionais – não restava outra alternativa à empresa Odebrecht a não ser cooperar com justiça e negociar um acordo de resolução.

E assim, no dia 21 de dezembro de 2016, a empresa Odebrecht firmou o seu acordo com o DOJ (plea agreement), assumindo inúmeros compromissos consubstanciados em obrigações de fazer, no pagamento de multa vultosa, bem como na assunção de monitoramento externo. A seguir, serão analisados alguns pontos que chamam a atenção no acordo.

O primeiro fato relevante que se levanta do acordo com o DOJ diz respeito à concessão de créditos em razão cooperação da empresa. No documento, é possível verificar que a autoridade ressalta que a empresa não reportou os fatos voluntariamente, tendo sido objeto de investigação pelo DOJ e fruto da cooperação com as autoridades suíça e brasileira. Contudo, em razão da cooperação integral com as autoridades, a empresa foi beneficiada com a concessão de um crédito

respectivo (percentual de redução da multa). Para tanto, a empresa assumiu o compromisso[118] de compartilhar incondicionalmente todas as provas que a empresa dispunha naquele momento, bem como as evidências produzidas a partir dos procedimentos de investigação interna que a empresa havia conduzido em paralelo.

Além dos créditos decorrentes da integral cooperação (full cooperation credit), a empresa ainda se beneficiou do reconhecimento pelo DOJ das medidas de remediação adotadas. O que não fica claro no acordo é se as referidas medidas foram implementadas antes, durante ou depois das investigações conduzidas pelas autoridades. Presume-se que tais medidas foram adotadas assim que a empresa se deu conta de que não seria possível evitar o enforcement da legislação anticorrupção pelas autoridades. Outrossim, também merece crítica o fato de o DOJ não dar transparência a respeito de quais provas a empresa compartilhou e que justificou a concessão de um crédito considerável (redução de 25% do valor final da multa).

Chama a atenção, o fato de que algumas das medidas de remediação adotadas, como por exemplo a rescisão do contrato de trabalho de 51 indivíduos, bem como a aplicação de medidas disciplinares a 26 outros indivíduos, que, em alguma medida, praticaram ou participaram para a prática dos ilícitos, carecem de um aprofundamento na análise de causa raiz para esclarecer os motivos reais para a prática de tais condutas – deixando margem para a crítica a respeito da incoerência com as próprias políticas do DOJ. Além disso, sob a alegação de que tais medidas não haviam, na época, sido testadas e, portanto, não se poderia afirmar a sua eficácia, o DOJ impõe à empresa a assunção de monitoramento externo – procedimento que poderia ser realizado pela própria empresa, fiscalizada pelo DOJ, o que reduziria os custos de transação consideravelmente.

Também vale uma consideração a respeito das consequências decorrentes da demissão de 51 indivíduos. Além do aspecto trabalhista, em que não é possível afirmar que os direitos desses indivíduos foram observados, existe um aspecto moral, relacionado ao impacto que uma decisão

[118] Odebrecht S.A Plea Agreement. "[…] the Defendant received full cooperation credit for its cooperation with the Fraud Section and BONY's investigation by, among other things, (i) gathering evidence and performing forensic data collections in multiple jurisdictions; (ii) producing documents, including translations, to the Fraud Section and EDNY from foreign countries in ways that did not implicate foreign data privacy laws; (iii) collecting, analyzing, organizing, and producing voluminous evidence and information; (iv) providing non-privileged facts relating to projects obtained or retained through bribery; (v) providing non–privileged facts relating to individuals and companies involved in various illegal schemes; and (vi) facilitating and encouraging the cooperation and voluntary disclosure of information and documents by current and former company personnel; […]". Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/4000/003392.pdf. Acesso em: 26 set. 2020.

não fundamentada ou que não ofereça contraditório/ampla defesa poderia gerar no futuro profissional desses empregados.

Não se defende aqui a impunidade. Pelo contrário, espera-se que as demissões tenham sido executadas com fundamento nas políticas internas da organização, na legislação aplicável à empresa, observando os direitos trabalhistas e decorrentes de um processo legítimo de investigação interna que seja orientado pela apuração de fatos – e não à confissão viciada, a coação de testemunhas, a contaminação de provas, dentre outros vícios que podem anular todo o trabalho de levantamento de informações.

Em razão de tais medidas de remediação, tal como levando em conta outros fatores, como o histórico criminal da empresa, o DOJ concedeu 25% de desconto sobre a faixa de multa aplicável com base na US sentecing guidelines. Ocorre que o descontado dado à empresa foi superior ao previsto na legislação, reduzindo à multa de 4,5 para 2,6 bilhões de dólares ao DOJ, sendo que, desse valor, 10% (260 milhões de dólares) deveria ser pago ao governo norte-americano.

Contudo, após a alegação da empresa de que não teria condições de cumprir o compromisso, novas negociações com o DOJ foram conduzidas e resultaram em uma nova redução da multa. De acordo com o memorando de condenação apresentado pelo governo em 11 de abril de 2017, o DOJ reduziu a multa que a Odebrecht deveria pagar aos Estados Unidos para US$ 93 milhões devido à incapacidade de a empresa pagar a multa integral.

Aqui também merece uma crítica à ausência de transparência quanto à comprovação pela Odebrecht da respectiva condição financeira precária, a ponto de justificar duas reduções no valor da multa. Da leitura dos documentos oficiais divulgados pelo governo dos Estados Unidos, percebe-se que há apenas menção de que a empresa teria demonstrado, com provas, a impossibilidade de pagar o valor da multa inicialmente estabelecido.

O segundo fato relevante envolvendo o acordo firmado pela Odebrecht com o DOJ diz respeito à assunção das obrigações relacionadas ao aprimoramento (ou implementação) – uma vez considerado que a empresa não dispunha de mecanismos internos de prevenção à corrupção confiáveis – do seu programa de compliance. A seguir, serão analisadas criticamente tais obrigações, levando-se em consideração a discricionariedade ampla do DOJ e a ausência de parâmetros de verificação científica a respeito do resultado alcançado com a imposição desse tipo de sanção.

Segundo consta do acordo celebrado[119], os objetivos a serem alcançados a partir do aprimoramento ou implementação do programa de compliance seriam assegurar um sistema efetivo de controles internos contábeis/financeiros, bem como um rigoroso programa de compliance anticorrupção.

De início, o documento (anexo C do documento original), quando trata do compromisso da alta administração (High-Level Commitment), pouco ou quase nada, contribui para a construção de um standard de participação efetiva e tomadas de decisões éticas. A propósito, surpreende a falta de preocupação em delimitar minimamente o que se deve esperar de um pilar, talvez o mais importante do programa, que teria o potencial de influenciar toda a organização – por intermédio da gestão que, caso não partilhe da mesma ética que todos os demais empregados, pode acabar influenciando negativamente comportamentos delitivos. O documento se limita a exigir que a alta administração da organização apoie o programa de anticorrupção.

Além disso, deve-se alertar para um fator que não integra o escopo da presente pesquisa, mas que deveria ser avaliado quando da elaboração do referido tópico pelos membros do DOJ, qual seja, a característica das empresas brasileiras – majoritariamente de base familiar – em que o controle é exercido por uma família ou grupo de famílias. Tal fato, presente na Odebrecht desde o seu nascimento, não foi sequer mencionado no documento como um fator de atenção e cuidado, passível de avaliação como risco de interferência indevida pela família controladora.

Será que, na prática, mesmo com a participação de uma equipe de monitores, o novo programa levaria em consideração essa realidade? Quais foram as medidas adotadas pela empresa para evitar esse risco? E é justamente essa experiência que, caso verificável cientificamente, poderia ser compartilhada com tantas outras empresas com a mesma natureza (base familiar) de modo a criar um padrão replicável de controle. A ausência de transparência de ambas as partes prejudica a noção de eficácia dos programas de compliance, contribuindo para a assimetria informacional e para um ambiente de incerteza quanto aos reais resultados.

---

[119] "[…] Where necessary and appropriate, the Company agrees to adopt a new compliance program, or to modify its existing one, including internal controls, compliance policies, and procedures in order to ensure that it maintains: (a) an effective system of internal accounting controls designed to ensure the making and keeping of fair and accurate books, records, and accounts; and (b) a rigorous Anti-corruption compliance program that incorporates relevant internal accounting controls, as well as policies and procedures designed to effectively detect and deter violations of the FCPA and other applicable Anti-corruption laws. […]" . Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/4000/003392.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

No que tange a políticas e procedimentos, parece que se perdeu uma excelente oportunidade para se integrar o compromisso da alta administração ao cumprimento das normas internas, bem como o desenho de tais regras, a partir da análise de causa raiz dos problemas decorrentes da prática de ilícitos na organização. O documento é simbólico e reflete redações-padrão, sem qualquer preocupação com o caso concreto, se limitando a replicar as diretrizes abertas e genéricas – como por exemplo "promulgar políticas e procedimentos desenvolvidos para reduzir a prática de condutas que possam violar a legislação anticorrupção" – encontradas facilmente em qualquer guia de anticorrupção.

Quanto à avaliação dos riscos, o documento faz menção à importância de as políticas serem elaboradas a partir da sua avaliação, de modo que a respectiva construção seja resultado da necessidade de estabelecer regras que reflitam os anseios da organização para condutas potencialmente danosas. No entanto, apesar da referência diminuta à avaliação de riscos, não há qualquer referência para a metodologia a ser empregada nesse tipo de procedimento.

O documento exigiu que a empresa, por intermédio de algum executivo sênior, supervisionasse a implementação das políticas e procedimentos de anticorrupção. Para tanto, se estabeleceu que o referido responsável deveria ter autonomia e autoridade para reportar o andamento dos trabalhos para o conselho de administração, comitê de auditoria ou qualquer outro comitê ligado ao conselho da empresa, fornecendo a esse todos os recursos necessários para a realização das respectivas atividades. Ocorre que, como dito, uma empresa de controle familiar impõe cuidados adicionais para garantir autonomia do compliance officer.

Em que pese a intenção de se selecionar algum executivo sênior da organização para executar essa atividade – com conhecimento da operação e do histórico da empresa – levando-se em consideração todo o caso e o envolvimento de muitos diretores no ilícito, não parece fazer sentido tal imposição, talvez seria mais razoável que o responsável pela gestão e supervisão do programa fosse um profissional externo, sem vínculos pretéritos com a organização e, logo, imune à contaminação da cultura não ortodoxa até então estabelecida.

Ademais, os demais dispositivos sobre os "pilares" do novo programa de compliance / integridade da Odebrecht pouco acrescentam, se limitando a replicar o padrão de uma suposta boa prática, sem aproveitar a oportunidade para se refletir no documento a experiência recente que

demonstra ser o programa um organismo vivo, sujeito a mutações de acordo com os resultados que comprovem a ineficácia de algum mecanismo.

Por fim, o último aspecto do acordo que merece uma análise crítica diz respeito a assunção da obrigação de custeio para a contratação do monitor externo. Figura muito criticada nos Estado Unidos, tendo sido inicialmente previsto no Memorandum Morford, em 2008, foi ainda objeto de uma política específica, publicada em 2018, que procurou limitar a sua utilização para os casos extremamente necessários. Tal diretriz incorporou alguns princípios, tornando explícitas a necessidade e o escopo potencial de um monitor externo corporativo, que não necessariamente deverá ser utilizado indiscriminadamente pelo DOJ[120]. Além disso, ao contrário do Memorandum Morford que se aplicava apenas aos DPAs e NPAs, a nova política também se estende aos acordos que envolvem a confissão do acusado (ex. plea agreement).

Especialmente a partir dos anos de 2000, o DOJ passou a utilizar o procedimento de monitoramento externo[121], como forma de fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelas empresas infratoras, especialmente em relação ao aprimoramento do programa de compliance e as análises de causa raiz do problema. Ocorre que, tal como previsto no acordo celebrado pela Odebrecht, esse tipo de procedimento vem recebendo diversas críticas.

A primeira delas diz respeito ao custo elevado para a contratação de monitores externos, cujos valores superam e muito a casa das dezenas de milhões de dólares[122]. Em que pese a qualificação de tais profissionais e a sua experiência em lidar com casos complexos – geralmente os monitores são pessoas que tiveram alguma experiência do lado do governo, exercendo funções dentro do Departamento de Justiça – alguns escândalos envolvendo a contratação de monitores externo levantaram um alerta a respeito da relação entre tais pessoas e as empresas.

---

[120] "Despite these benefits, the imposition of a monitor will not be necessary in many corporate criminal resolutions, and the scope of any monitorship should be appropriately tailored to address the specific issues and concerns that created the need for the monitor". Disponível em: https://www.justice.gov/criminal–fraud/file/1100366/download. Acesso em: 29 set. 2020.

[121] DUNST, Lee. Avoiding and Navigating Compliance Monitorships, Anti-Corruption Committee News (Int'l Bar Ass'n Legal Practice Div., London, U.K.), sept. 2013.

[122] Transparency and Integrity in Corporate Monitoring: Hearing Before the Subcomm. on Commercial and Admin. Law of the H. Comm. on the Judiciary, 111th Cong. 46-48 (2009) (statement of Eileen R. Larence, Director, Homeland Security and Justice, Government Accountability Office) (detailing corporations' concerns with "the overall cost of […] monitorship").

Talvez o caso mais paradigmático já debatido envolveu a contratação pela empresa Zimmer, uma das principais fabricantes de dispositivos médicos do mundo, do ex-procurador geral John Ashcroft para exercer a função de monitor externo. A empresa fora acusada de pagar suborno para médicos cirurgiões com o objetivo de ampliar o oferecimento dos seus produtos[123] para a utilização em procedimentos cirúrgicos. Ocorre que, sem qualquer processo concorrencial, a empresa contratou diretamente a empresa de consultoria de Ashcroft pela bagatela de U$ 52 milhões, atraindo a atenção dos membros do DOJ. Diante dos valores astronômicos e de um potencial conflito de interesses decorrente do relacionamento pretérito do profissional com a administração pública norte-americana, as autoridades publicaram o Memorandum Morford – como tentativa de se estabelecer as bases para a utilização de monitores externos.

No entanto, ainda que tenha sido publicado um guia contendo as principais diretrizes para a utilização de monitores externos no âmbito dos acordos de resolução (NPAs e DPAs), a capacidade de negociação das empresas investigadas em relação à contratação dos monitores é bastante limitada, uma vez que o número de profissionais qualificado para desempenhar tal papel é muito reduzido. Logo, além dos monitores saberem que os seus concorrentes são poucos, bem como que não haverá uma competição ampla aprovada pelo DOJ, não restam muitos incentivos para que tais profissionais pratiquem preços mais justos e de acordo com o mercado – ficando as empresas totalmente vulneráveis à aprovação do DOJ, não tendo outra escolha senão aceitar e contratar o profissional com toda a sua equipe.

Outra crítica feita à utilização de monitores externos diz respeito à captura do monitor, em analogia a captura regulatória[124] – fenômeno conhecido que remete a captura pelo mercado de profissionais ligados as agências e autoridades reguladoras, como resultado do poder econômico exercido pelas empresas e a sua capacidade de atrair pessoas com vínculos governamentais de modo a lhe conferir privilégios informacionais.

Ou seja, poderia haver, na relação entre o monitor e a empresas monitoradas, uma vez que existam empatia excessiva entre as partes, riscos de que o monitor fosse inconscientemente levado

---

[123] Press Release, U.S. Dep't of Justice, Five Companies in Hip and Knee Replacement Industry Avoid Prosecution by Agreeing to Compliance Rules and Monitoring (sept. 27, 2007).

[124] Toni Makkai & John Braithwaite, In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture, 12 J. Pub. Pol'y 61, 64, 66 (1992) e Dorit Rubinstein Reiss, The Benefits of Capture, 47 Wake Forest L. Rev. 569, 570 (2012).

a se interessar pela indústria objeto de monitoria – e consequentemente reduzindo a eficácia do monitoramento, fragilizando a parcialidade dos relatórios emitidos, provocando questionamentos quanto ao rigor de fiscalização exercido, dentre outros aspectos que poderiam colocar o trabalho do monitor sob dúvida.

Uma última crítica feita à utilização dos monitores decorreria da ausência de transparência quanto aos resultados do trabalho do profissional responsável pela fiscalização e acompanhamento das ações de aprimoramento do programa de compliance. Se questiona em que medida a divulgação para o grande público (mercado, sociedade, imprensa etc.) não estaria fundamentada no interesse público, legitimado pelo exercício de um controle social sobre as medidas de prevenção contra novos atos de corrupção. Ocorre que muitos, senão todos, os documentos e informações compartilhadas com o monitor são consideradas sigilosos (ou protegidos pelo sigilo comercial/industrial), não podendo ser compartilhado com o público sob pena de promover danos irreparáveis à empresa monitorada.

Além disso, apesar da comunicação entre o monitor e os representantes da empresa não estar protegida pelo attorney cliente-privilege, ao monitor cabe garantir a confidencialidade sobre os documentos e informações recebidos. Parece fazer sentido que houvesse ao menos um equilíbrio entre a necessária garantia de confidencialidade de algumas informações e o atendimento do interesse público, cabendo ao monitor reportar periodicamente o status do andamento e os principais achados para o grande público como medida de prestação de contas.

No entanto, essa não é a realidade. As empresas, o governo, bem como os monitores, se limitam a informar que os trabalhos são ou foram realizados com sucesso, e o relatório intermediário e finais foram apresentados devidamente às autoridades de enforcement. O déficit de informações novamente contribui para um ambiente de compliance repleto de incertezas quanto à eficácia das medidas de prevenção, corroborando algumas críticas de que deveria haver uma troca de experiências entre as empresas sancionadas de modo a se construir programas baseados em evidências – a partir de testes de eficácia e dos seus resultados.

3.3.4. Conclusão

O modelo sancionatório atual acaba por alimentar a indústria de compliance, beneficiando os diversos atores envolvidos nesse jogo, não apenas as empresas, mas também o governo, ao "terceirizar" a responsabilidade que, a priori, seria primária do Estado (detectar, apurar e punir condutas ilícitas), para as empresas. Assim, no acordo celebrado pela Odebrecht com o DOJ, todas as críticas que foram até aqui analisadas fazem sentido.

3.4. Petrobras

3.4.1. A empresa e sua história

A Petrobras S.A, uma sociedade de economia mista brasileira, reconhecida internacionalmente como uma das maiores empresas do setor de petróleo no mundo, viveu dois extremos em sua longa trajetória empresarial e se tornou o epicentro de um dos maiores escândalos de corrupção dos últimos tempos – pode-se dizer o maior, desde o escândalo de Watergate, se considerados os desdobramentos jurídicos e a persecução penal/civil/administrativa contra inúmeros indivíduos e pessoas jurídicas envolvidos.

No início do século, a Petrobras era tida como o grande player do mercado, fundamentado na descoberta do pré-sal, que a colocou em primeiro lugar no ranking dos maiores produtores de energia do mundo[125][126]. Alguns executivos da empresa chegaram a satirizar a ideia de que a empresa Google seria facilmente superada pela Petrobras[127], tornando-se, em questão de tempo, a empresa de capital aberto mais valiosa do mundo.

Contudo, a empresa símbolo de prosperidade, sucesso empresarial e vitrine do brasil para o mundo, se viu envolvida no maior escândalo de corrupção do brasil, um dos maiores da história moderna, objeto de investigações e processos judiciais, tal como sujeita as críticas quanto à incompetência dos seus então gestores – cujo resultado é refletido no seu endividamento exponencial, no aumento da dependência brasileira na importação de petróleo e na reputação marcada pelas acusações no âmbito da operação Lava Jato.

---

[125] Disponível em: https://www.cnbc.com/2011/03/03/the-worlds-15-biggest-oil-producers.html. Acesso em: 31 out.
[126] .
[127] Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/04/16/business/international/brazils-star-petrobras-is-hobbled-byscandal-and-stagnation.html. Acesso em: 31 out. 2020.

Diante das graves acusações de corrupção envolvendo a Petrobras no Brasil, as autoridades norte-americanas, em especial o DOJ, iniciaram uma investigação que acabou culminando na celebração de um acordo[128] de não persecução penal (NPA) com a empresa – considerada issuer, de acordo com os dispositivos da FCPA (Title 15, United States Code, Sections 78dd-1 and 78m [b]).

Tendo em vista que o referido acordo com o DOJ foi celebrado após os executivos da Petrobras terem sido condenados pela justiça brasileira, as autoridades norte-americanas fundamentaram as acusações de violação dos dispositivos de antissuborno (antibribery), controles internos (internal controls) e registros contábeis (books and records), baseados nas confissões manifestadas pelos respectivos executivos condenados no brasil.

3.4.2. Das condutas praticadas

No tópico do acordo referente à declaração de fatos (statement of facts), a autoridade registra que os executivos da Petrobras foram presos, condenados pela justiça e confessaram as suas participações no esquema de corrupção organizado no âmbito da empresa Petrobras. Dentre as condutas descritas pela autoridade, destaca-se a falha na implementação dos controles internos, a falsificação de registros contábeis e respectivos relatórios emitidos para a SEC, bem como a declaração de informações relevantes para o mercado que sabidamente seriam falsas.

Quando comparado aos demais acordos celebrados por empresas, em especial as brasileiras, que é o objeto da presente pesquisa, o acordo da Petrobras segue o padrão de enforcement do DOJ, centralizado no recebimento de créditos em decorrência da cooperação, no pagamento de multa e na implementação/aprimoramento do programa de integridade da empresa. No entanto, o referido acordo inova ao prever a cooperação com as autoridades brasileiras, inclusive estabelecendo a destinação de parcela do valor a ser pago a título de multa para o Brasil, tal como justificando a não imposição de um monitor externo diante da submissão da empresa ao escrutínio e fiscalização pelas autoridades brasileiras (TCU e CVM).

Nesse sentido, serão analisados a seguir os principais termos do acordo, dando ênfase às obrigações assumidas pela empresa, os parâmetros de avaliação do seu programa de compliance e

[128] Disponível em: https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1096706/download. Acesso em: 31 out. 2020.

as medidas de resposta consideradas satisfatórias pelo DOJ, a cooperação com as autoridades brasileiras, bem como o desdobramento dessa cooperação no âmbito da justiça brasileira.

3.4.3. O acordo e seus termos

Inicialmente, vale ressaltar que a empresa não recebeu créditos em decorrência da divulgação voluntária dos eventos ilícitos praticados no ambiente corporativo. Contudo, segundo consta do documento[129], o DOJ reconheceu as ações de remediação ou resposta apresentada pela empresa – incluindo a contratação de escritórios externos para a condução de investigações independentes sobre as irregularidades, cujos resultados foram compartilhados com a autoridade norte-americana.

No entanto, apesar de não ter recebido créditos em razão da divulgação voluntária (voluntary disclosure), a empresa foi beneficiada com a concessão integral dos créditos oriundos da plena cooperação com as autoridades norte-americanas. Além das investigações independentes, já mencionadas, a empresa ainda compartilhou em tempo real as evidências produzidas, facilitou a intermediação de entrevistas com testemunhas-chave, bem como coordenou todos os trabalhos de organização e análise documental para o DOJ – fato reconhecido pela autoridade em função do volume de dados coletados e analisados, que dificilmente seriam obtidos pelo DOJ, se não fosse a cooperação manifestada e realizada pela Petrobras.

Tal cooperação se mostrou apta a identificar indivíduos e pessoas jurídicas envolvidas no esquema de corrupção, fato de extrema relevância para as autoridades que permite a persecução de tais agentes e aplicação da legislação, justificando assim ao desconto de 25% sobre o valor da multa imposta pelo DOJ – que será detalhada no momento oportuno. No entanto, não consta do acordo quais documentos foram fornecidos, bem como os indivíduos e empresas que, a partir da cooperação, foram objeto de novos procedimentos sancionatórios.

---

[129] "[…] The Company did not receive voluntary disclosure credit because it did not voluntarily and timely disclose to the Fraud Section and the Office the conduct described in the Statement of Facts. However, after learning of the allegations of misconduct by Petrobras officials, the Company retained external law firms to conduct an independent investigation, and notified the Fraud Section and the Office of its investigation and intent to fully cooperate […]." Disponível em: https://www.justice.gov/opa/press–release/file/1096706/download. Acesso em: 31 out. 2020.

Para a referida concessão de créditos, além da cooperação, as autoridades reconheceram ainda algumas medidas de resposta/remediação adotas pela empresa, que foram expressamente registradas no acordo, quais sejam: (a) substituição dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva; (b) promoção de reformas na estrutura de governança corporativa; (c) reformulação da estrutura de compliance/integridade, incluindo a criação de uma diretoria específica, cujo mandato não poderia ser encerrado sem que houvesse a aprovação de um membro do Conselho de Administração representante dos acionistas minoritários; (d) limitação dos poderes de decisão para certas transações, estabelecendo uma segunda revisão para transações consideradas de risco; (e) a criação de uma política e procedimento respectivo de investimento, estabelecendo uma matriz especifica de aprovação, pressupondo decisões colegiadas e a participação do diretor de compliance na decisões de investimento; (f) a respeito da investigação interna, a empresa aprimorou as políticas e procedimentos relacionados, reestruturou do departamento de ombudsman, implementando uma linha direta de denúncia e revisando os procedimentos relacionadas ao comitê respectivo; (e) criação de um comitê de ética com poderes para sancionar indivíduos; e (f) aprimoramento dos controles internos, especialmente dos processos de suprimentos e compras, estabelecendo segregação de funções e implementando um procedimento de diligência de terceiros baseado e riscos.

Apesar da transparência com relação às medidas de resposta implementadas pela empresa, carecem de maiores detalhes o resultado de tais ações, bem como se as mesmas foram estabelecidas a partir da análise de causa raiz. No entanto, merece reconhecimento essa iniciativa de expressamente fazer constar no documento do acordo as ações de resposta apresentadas pela empresa, mesmo que não se tenha acesso aos resultados efetivos de tais medidas – fato que cabe a autoridade de enforcement fiscalizar e avaliar na prática.

Dentre as obrigações assumidas pela empresa, merece destaque aquela que impõe à Petrobras o dever de disponibilizar para entrevistas indivíduos (diretores, ex. diretores, consultores, agentes, dentre outros) que posam agregar informações para a investigação, a critério exclusivo da empresa e quando solicitado pelas autoridades norte-americanas. Aqui, cabe fazer uma crítica uma vez que tal obrigação não encontra amparo na lei brasileira, inclusive poderia ser questionada a sua constitucionalidade – na medida em que impõe dever de produzir prova detida por terceiro, que não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal obrigação ainda poderia ser questionada face

ao direito de defesa dos indivíduos, que não seriam obrigados a depor, salvo se resguardado o seu direito de permanecer em silêncio.

Além da obrigação mencionada, a empresa também assumiu a obrigação de pagar uma multa de U$ 853.200.000,00 (oitocentos e cinquenta e três milhões e duzentos mil dólares). Fato inusitado é que esse valor de 10% seria destinado ao tesouro norte-americano, outros 10% à SEC, e 80% deveria ser destinado as autoridades brasileiras (Brasil). Ou seja, o acordo estabeleceu uma obrigação em favor de terceiro que não era parte no acordo, mas se beneficiaria com um montante de aproximadamente U$ 682.560.000,00 (seiscentos e oitenta e dois milhões quinhentos e sessenta mil dólares).

Em decorrência dessa obrigação, a Petrobras celebrou um acordo [130] de assunção de compromissos com o Ministério Público Federal, assumindo "a obrigação de depositar o montante que corresponder em reais à quantia de US$ 682.560.000.00, que constituem 80% do valor de US$ 853.200.000.00, estabelecido nos acordos perante as autoridades norte-americana". Tal acordo, contudo, apesar de homologado em sede de juízo singular (da 13ª Vara Federal de Curitiba), foi objeto de questionamentos quanto à respectiva legalidade, legitimidade e competência.

Dentre as ações ajuizadas visando a questionar em juízo o referido acordo, destaca-se a ADPF 568, proposta, curiosamente, pela Procuradora-Geral da República, na época, apontando como ato atentatório a preceito fundamental a decisão judicial singular que homologou o referido acordo. O relator da ação, ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, concedeu medida cautelar postulada para, dentre outras medidas: (a) suspender todos os efeitos, bem como a eficácia, da decisão homologatória do referido acordo; e (b) determinar o imediato bloqueio dos valores depositados em juízo.

Diante do litígio, o relator da ação provocou audiência com todas as partes requerentes da nulidade do acordo firmado pelos procuradores do MPF, tendo sido realizado reunião com a Procuradora-Geral da República e equipe, o presidente da Câmara dos Deputados, o presidente do Senado Federal, o Advogado-Geral da União, o ministro da Secretária-Geral da Presidência da República, a ministra da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional e representantes dos Ministérios da Economia e da Defesa.

---

[130] Disponível em: file:///C:/Users/riomg/Downloads/Acordo%20fundo%20Petrobras.pdf Acesso em: 31 out. 2020.

O resultado dessa reunião propiciou a celebração de um novo "acordo sobre a destinação dos valores", cujos valores depositados em juízo foram convertidos em favor da União, alocados para as ações voltadas para a educação e proteção do meio ambiente. Nesse sentido, a decisão final homologou o referido novo acordo, extinguindo os demais processos em que se discutia a validade do primeiro acordo celebrado pelos procuradores do MPF. Em que pese o fato de os valores terem sido destinados às ações de cunho educacional e de tutela do meio ambiente, de extrema importância, poderiam encontrar nas ações de combate à criminalidade organizada – bem como a corrupção, os crimes contra a ordem tributária, dentre outras infrações econômicas – uma parcela mínima.

Dando sequência à análise do acordo de não persecução penal com o DOJ, é preciso reconhecer que, se de um lado o referido instrumento inova ao destinar parcela dos valores pagos pela Petrobras ao Brasil, tal como oferece o mínimo de transparência a respeito das ações de remediação adotadas e que fundamentaram a concessão de créditos, o mesmo não se pode falar sobre o aprimoramento do programa de compliance – que segue o padrão genérico de boas práticas, pautado nas diretrizes emitidas pelo próprio DOJ, não oportunizando qualquer input de métricas diferenciadas e típicas às operações da Petrobras.

3.4.4. Conclusão

Ao consultar o site da empresa[131], é possível identificar algumas informações sobre o programa de compliance/integridade, contudo, muito pouco, e sempre moldado em um padrão de estrutura, como se fosse suficiente para fins de transparência e prestação de contas com os seus diversos stakeholders. Mas essa falta de transparência é compreensível, não apenas em função de alguns dados tratados serem pessoais, o que é inclusive protegido por lei, mas também em razão da confidencialidade de algumas informações de natureza comerciais. Além disso, pode-se justificar a ausência de transparência ao temor da empresa de que as autoridades possam utilizar essas informações contra ela mesma.

---

[131] Disponível em: https://petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-etransparencia/?gclid=Cj0KCQjwlvT8BRDeARIsAACRFiXLOFjhSL8x9U8g81TGiZ5VajAc0dXgQ67WWRbSBEJ RFJkckFebBucaAlVjEALw_wcB. Acesso em: 31 out. 2020

Ou seja, não há política pública que incentive a divulgação dos resultados do programa de compliance das empresas, de modo que se pudesse criar um grande hub de conhecimento e experiências para serem compartilhadas entre as empresas – permitindo que o resultado de todo o investimento realizado pelas organizações na estrutura de compliance fosse aproveitado por outras empresas, talvez de menor capacidade financeira.

3.5. J&F Investimentos S.A

3.5.1. A empresa e sua história

A J&F investimentos S.A, pessoa jurídica de direito privado, controladora da JBS – maior produtora de carne bovina, carne de frango e couros do mundo[132] – é uma empresa com mais de 70 anos de história. Diante da sua natureza de holding, é detentora de capital em mais de 250 empresas, com operação em mais de 30 países, sendo que o seu core business é o agronegócio. A empresa tem a sua sede em São Paulo e as respectivas ações são detidas pelos irmãos Batista, figuras conhecidas no cenário brasileiro e agora, após a celebração do acordo com o DOJ, também internacionalmente.

3.5.2. Das condutas praticadas

Segundo a autoridade norte-americana, a empresa, entre 2005 e 2017, por intermédio de terceiros, incluindo os seus acionistas majoritários, de maneira consciente e deliberadamente, praticaram atos que violaram os dispositivos da FCPA. O esquema de suborno envolveu o oferecimento e pagamento de propina para agentes públicos brasileiros com o objetivo de assegurar vantagem indevida, por intermédio da obtenção e retenção de negócios no Brasil, e ainda especificamente para garantir que o BNDES, a Caixa Econômica Federal e o Petros (fundo de previdência da Petrobras) aprovassem transações financeiras que conferissem créditos suficientes para o sucesso dos negócios conduzidos pelos irmãos batista.

---

[132] Disponível em: https://www.jfinvest.com.br/quem-somos/. Acesso em: 31 out. 2020.

Para dificultar o rastreamento das transações bancárias, cujo objetivo era realizar o pagamento de propinas para agentes públicos brasileiros, foram abertas contas em bancos sediados em Nova York, que movimentaram juntas aproximadamente U$ 148.000.000,00 (cento e quarenta e oito milhões de dólares). A propósito das contas, a autoridade norte-americana relata que muitas reuniões realizadas pelos indivíduos envolvidos ocorreram nos Estados Unidos, contando com a participação dos irmãos batista.

3.5.3. Do acordo e seus termos

Em razão dos ilícitos praticados e considerando a responsabilidade da pessoa jurídica em função de atos praticados por indivíduos, em seu benefício ou interesse (vicarius liability), a empresa J&F firmou um acordo de confissão (plea agreement) que, diferentemente dos comumente adotados NPAs e DPAs, pressupõe o reconhecimento da pessoa jurídica ou indivíduo a respeito das condutas ilícitas objeto da acusação pela autoridade de enforcement. Além da confissão sobre os fatos que sustentam a acusação, outra característica do referido instituto[140] é que a acusação deve apresentar a minuta do acordo ao judiciário, a quem cabe aceitar os seus termos – podendo, ainda, caso a acusação opte por deixar em aberto a sugestão das sanções aplicáveis às pessoas objeto do acordo, estabelecer a sentença apropriada ao caso.

Fato que é objeto de crítica de boa parte da doutrina analisada, e que não é uma característica do acordo celebrado pela J&F, mas sim de todos os acordos analisados, diz respeito ao amplo poder

[140] "A defendant may plead guilty, not guilty, or, with the consent of the court, nolo contendere. If the defendant refuses to plead, or if a defendant corporation fails to appear, the court must enter a plea of not guilty. Fed. R. Crim. P. 11 (a). In a criminal case, the plea of nolo contendere has the effect of a guilty plea. United States v. Norris, 281 U.S. 619 (1930). Under Federal Rule of Criminal Procedure 11, a plea of nolo contendere shall be accepted by the court only with its consent and only after it gives due consideration to the views of the parties and the interest of the public in the effective administration of justice. The court does not have the authority to accept either a plea of guilty or a plea of nolo contendere until the court has first determined that the defendant has a requisite understanding and that the plea is voluntary, in accordance with Federal Rules of Criminal Procedure 11 (c) and (d). See McCarthy v. United States, 394 U.S. 459 (1969); Boykin v. Alabama, 395 U.S. 238 (1969). The requirement in Rule 11 (f) that the court not enter a judgment upon a guilty plea without determining that there is a factual basis for the plea, does not extend to criminal forfeiture charged under Federal Rule of Criminal Procedure 7 since such forfeiture is part of the sentence, not the offense. See Libretti v. United States, 116 S. Ct. 356 (1995)." Disponível em: https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-623-pleas-federal-rule-criminal-procedure-11#:~:text=A%20defendant%20may%20plead%20guilty,a%20plea%20of%20not%20guilty. Acesso em: 1º nov. 2020.

discricionário conferido aos membros do DOJ, que já foi retratado nos capítulos anteriores, mas que no acordo com a empresa de agronegócio brasileira se registro expressamente. O documento dispõe, logo no início da respectiva redação, que a empresa concorda com o fato dos membros do DOJ poderem aplicar medidas sancionatórias adicionais caso, a seu exclusivo critério e discricionariedade, entenda que a empresa deixou de cumprir com quaisquer dos termos consignados no documento. Ou seja, se quer se expressou no documento a necessidade de se conferir o contraditório e a ampla defesa à empresa.

Outro fato interessante do acordo com a J&F e que merece alguma crítica se refere a uma redação expressa no documento que informa estar a empresa ciente de que os termos do acordo não vinculam os demais órgãos e agências norte-americanas, tais como outras divisões do próprio DOJ. No entanto, caso seja do interesse da empresa e desde que requisitado formalmente, a Divisão de Fraude do DOJ poderá oficiar as demais agências e autoridades de enforcement a respeito do acordo celebrado, informando sobre as medidas de resposta implementadas pela empresa.

Curiosamente, essa redação contida no acordo vai de encontro às diretrizes do DOJ – em especial à Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties[133] – contrariando frontalmente os seus dispositivos, que justamente procura evitar a aplicação de múltiplas sanções sobre os mesmos atos ilícitos. Inclusive, é confirmado o dever ético funcional dos membros do DOJ de não se valer da respectiva autoridade penal de maneira injusta para extrair ou tentar buscar outras sanções monetárias civis e/ou administrativas. A redação nos moldes em que foi redigida não oferece qualquer proteção à empresa, salvo se essa requisitar a comunicação formal pelo DOJ com as demais autoridades – algo que poderia ser perfeitamente coordenado, em consonância com o que dispõe a política mencionada que parece promover apenas o discurso da punição organizada.

Além da crítica à ausência de coordenação do sistema acusatório e sancionatório, tal como se critica no Brasil e que acaba promovendo insegurança jurídica às empresas, vale analisar as circunstâncias avaliadas pelos membros do DOJ para oferecer o acordo de confissão. O documento registra que a empresa não recebeu créditos em função de uma autodenúncia, contudo, recebeu parcialmente os créditos em virtude da sua cooperação. No entanto, ao justificar a concessão desse

[133] "In reaching corporate resolutions, the Department should consider the totality of fines, penalties, and/or forfeiture imposed by all Department components as well as other law enforcement agencies and regulators in an effort to achieve an equitable result." Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download. Acesso em: 1º nov. 2020.

crédito, a autoridade informa que a empresa conduziu investigação interna, realizou apresentações dos resultados dessas investigações à divisão de fraude do DOJ, assim como voluntariamente disponibilizou funcionários para serem entrevistados no Brasil.

No entanto, contraditoriamente, a autoridade informa, em seguida, que não forneceu a integralidade dos créditos disponíveis à empresa considerando que está se recusou a produzir todos os materiais relevantes, falhando em não fornecer provas oportunamente. Ou seja, além de a autoridade reconhecer a falta de cooperação e voluntariedade da empresa, não esclarece os resultados das investigações conduzidas pela empresa, do mesmo modo analisa a legalidade e validade das provas produzidas. Mesmo assim, a empresa recebeu parte dos créditos pelo DOJ, demonstrando um pouco de incoerência na aplicação da sanção.

Outrossim, as autoridades reconheceram o acordo de leniência celebrado pela empresa com o Ministério Público Federal e descontaram o valor pago, ou parcelado, referente à multa, aplicando sanção monetária de U$ 128.248.513,00 (cento e vinte e oito milhões duzentos e quarenta e oito mil e quinhentos e treze dólares). Interessante notar que, quando comparado ao Brasil, os valores – objeto de sanção monetária, nos Estados Unidos – devem ser pagos imediatamente, não admitindo parcelamento como ocorre no Brasil. Por exemplo, no caso da J&F, foi autorizado o pagamento em apenas duas parcelas, sendo que a primeira (de U$ 47.000.000,00) 10 dias a contar da decisão pelo tribunal; e a segunda, seis meses depois da mesma decisão.

Por fim, ainda em relação às circunstâncias avaliadas pelo DOJ para oferecer um acordo à J&F, vale registrar que a autoridade reconheceu que a empresa não tinha mecanismos de compliance quando da prática dos ilícitos, contudo, apesar disto, informou que foram adotadas medidas de resposta, tais como: (a) criação e estabelecimento de um programa de compliance anticorrupção que é auditado anualmente por empresa independente; (b) aumento significativo da comunicação sobre a importância do compliance anticorrupção para a empresa; e (c) condução regular e robusta de treinamento de compliance anticorrupção para todos os executivos e gerentes seniores.

3.5.4. Conclusão

Em momento algum, o DOJ compartilha o nível de profundidade da avaliação que fora feita a respeito destas medidas, especialmente do ponto de vista da sua eficácia, ficando claro que não há transparência sobre essa análise – assim como a incerteza sobre o que realmente é levado em conta quando da proposição de um acordo e a respectiva estrutura sancionatória. Por exemplo, não é possível confirmar se foi avaliado a qualidade das comunicações, os destinatários das mesmas, se foram previamente objeto de avaliação de riscos, se a linguagem estava adequada, dentre outros aspectos que não sejam meramente quantitativos.

Nesse sentido, tal como os demais acordos analisados, com relação à obrigação de aprimoramento do programa de compliance da empresa, o acordo segue o padrão de recomendação, inclusive utilizando a mesma redação de outros acordos. Novamente, não oferece qualquer oportunidade para se implementar algo inovador, focado nas características da empresa, nos riscos inerentes as suas atividades, transferindo para a empresa o dever de implementar a seu exclusive critério, condicionado a avaliação pelo DOJ por intermédio da emissão de relatórios periódicos – os quais são sigilosos e não divulgados ao público em geral, reforçando a crítica à ausência de transparência.

CONCLUSÃO

A crise de moralidade pós Watergate, provocada pela política não ortodoxa de Richard Nixon, bem como alimentada pelas relações espúrias de empresas norte-americanas com inimigos políticos dos Estados Unidos, contribuiu, na década de 1970, para as reflexões acerca das consequências econômicas, políticas e sociais oriundas do fenômeno da corrupção. Revelou-se naquele momento histórico o lado sombrio dos negócios, cujo poder econômico era capaz de comprometer até mesmo a política externa dos Estados Unidos.

A FCPA surge neste contexto de recuperação da confiança da sociedade no sistema de justiça norte-americano, mas acaba se tornando mera letra morta por ao menos 20 anos desde a sua entrada em vigor. O governo discutia como seria possível frear os atos de corrupção mundo afora que favoreciam empresas locais, concorrentes das norte-americanas, e estimulavam um ciclo vicioso em torno do poder - que à época era visto como um modelo necessário para se promover negócios, desenvolver economias, desburocratizar, inclusive tutelado por leis locais e até

corroborado pelo Banco Mundial, que alterou suas regras internas apenas após meados da década de 1990.

Desta forma, a incidência da legislação norte-americana não poderia se restringir as empresas nacionais, cujo prejuízo econômico comprometeria a estratégia de denominação de mercados dos Estados Unidos, era preciso ampliar o alcance extraterritorial da norma para punir empresas estrangeiras. Após longos anos de negociação a nível global - por intermédio da OCDE - o governo obteve uma vitória expressiva ao conseguir que fosse aprovada a primeira Convenção internacional sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

A convenção da OCDE conferiu aos Estados Unidos legitimidade para editar uma emenda à FCPA, ampliando o alcance da norma para além das fronteiras, permitindo que o governo passasse a punir empresas nacionais e estrangeiras com o mesmo rigor punitivo. Contudo, apesar do ímpeto punitivista, era preciso estabelecer os parâmetros mínimos para alcançar a eficácia necessária das sanções contra indivíduos e empresas.

Para tanto, na virada do século foram produzidas diversas orientações, em forma de soft law, com o objetivo de traçar as balizas para reestabelecer a ordem, intimidando novas condutas ilícitas praticadas no ambiente corporativo. Contudo, ao Estado não seria possível desvendar ilícitos, especialmente de suborno, simplesmente através da sua máquina investigativa. Dada a complexa estrutura de governança corporativa das empresas multinacionais, somada as técnicas e a organização criminosa voltada à ocultação de informações – beneficiadas por plataformas bancárias em paraísos fiscais - apenas com a colaboração das organizações empresariais o Estado seria capaz de promover o enforcement da lei.

A estratégia encontrada para aumentar a aplicação da FCPA, que durante os seus primeiros vinte anos de vigências pouco foi utilizada, restou consignada em uma parceria implícita entre o Estado e a iniciativa privada. Chamada de good corporate citizenship, a expressão remete a transferência do ônus de polícia do Estado para as empresas, que se comprometeriam a detectar, apurar e responder aos ilícitos praticados no ambiente corporativo.

Contudo, principalmente na virada do século, o que se viu foi uma explosão de casos envolvendo suborno que eram resolvidos sem a participação do judiciário, fruto da concessão de poderes discricionários às autoridades de enforcement que decidiam - e continuam a decidir -

quando e como punir empresas e indivíduos. Tais acordos estabeleceram um novo marco no modelo sancionatório anticorrupção, centralizado nas sanções pecuniárias e nas mudanças das estruturas de governança das empresas - que assumiriam o dever de implementar programas de compliance.

O receio de uma sentença penal condenatória que rodeava as empresas naquele momento, se justificava em razão do período pós-Enron – marcada pela decisão da consultoria e auditoria norte-americana que optou pela via do judiciário, mas que acabou sofrendo as graves consequências de uma sentença considerada de morte. Os efeitos da decisão, que acabou provocando a demissão em massa de milhares de funcionários e a falência da empresa, cuja licença para operar fora cassada pela justiça, reverberou no mercado, na academia e entre as autoridades. Não faria sentido que a sanção justa para o ilícito de suborno fosse a decretação da falência da sociedade empresária, cujas vítimas são os trabalhadores e os investidores que nada puderam fazer para impedir o resultado.

O mundo pós-Enron também marca uma mudança de mentalidade, promovendo o consenso de que a melhor alternativa seria que as empresas investissem em políticas e procedimentos internos, como medida preventiva contra a corrupção (lato sensu).

Se por um lado as empresas passaram a investir valores significativos em compliance, seja na contratação de pessoal, na aquisição e desenvolvimento de tecnologias, no custeio para a contratação das consultorias e escritórios de advocacia responsáveis por conduzir investigações internas, cuja soma alcançava a casa dos bilhões de dólares, do outro lado, do Estado, não se vislumbrava os mesmos investimentos – cuja estratégia dominante, há décadas, consistia em priorizar os investimentos na criminalidade de rua.

Ora, se a parceria então não se mostrou justa, com a distribuição desigual da responsabilidade pelo enformcement da lei, era preciso pensar como tornar essa parceria real sem comprometer a segurança jurídica, o sistema de justiça e os direitos das vítimas. Discute-se, especialmente no meio acadêmico, quais seriam as alternativas para tornar o modelo sancionatório eficaz. A questão da efetividade dos programas de compliance é posta em jogo, considerando o déficit de verificação científica quanto aos reais resultados de tais medidas de prevenção.

Na última década, as empresas brasileiras tornaram-se alvo das autoridades norteamericanas, impulsionados pela operação lava-jato, que contribuiu para o aumento da cooperação internacional entre autoridades estrangeiras, permitindo que as provas produzidas no processo fossem compartilhadas com o governo dos Estados Unidos. Essas empresas acabaram

seguindo o mesmo caminho pavimentado por tantas outras empresas, negociando os acordos de resolução (ou não persecução), assumindo os deveres de compliance – algumas contratando monitores externos – sem, contudo, compartilhar os resultados oriundos dos investimentos nas medidas de prevenção à corrupção.

Esse modelo sancionatório norte-americano de enforcement, que inspirou o legislador e as autoridades brasileiras, deve ser repensado. A política sancionatória não deveria priorizar a multa, mas sim os resultados medidos cientificamente. Somente a partir dos estudos empíricos, cujo sucesso pressupõe a colaboração das empresas e do próprio Estado, que precisam compartilhar e dar transparência das métricas de compliance, será possível avaliar se as obrigações de compliance atualmente assumidas surtiram o resultado esperado – de contenção da criminalidade econômica, de influência positiva de comportamentos éticos, da criação de uma cultura de integridade e de incentivar condutas semelhantes de toda a base de stakeholders.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption. In: The Journal of Legal Studies 31, n. S1, S141-S177, 2002.

ACKERMAN, Rose. Corruption and government. p. 217.

ADLER, Freda; LAUFER, William S. (Ed.). New directions in criminological theory. Transaction Publishers, 1993. v. 4.

ALA'I, Padideh. Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade against Corruption. In: Vand. J. Transnat'l L., [s.v.], 33, [s.p.], 2000.

ALEXANDER, Cindy R.; MARK A. Cohen. The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosection, Deferred Prosecution, and Plea Agreements. In: Rev. 52, Am. Crim. L., p. 537, 2015.

ALMOND, Michael A.; SYFERT, Scott D. Beyond compliance: corruption, corporate responsibility and ethical standards in the new global economy. In: NCJ Int'l L. & Com. Reg. 22, p. 389, 1996.

ALSTINE, Van. Treaty Double Jeopardy: The OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA. In: Ohio St. LJ, 73, p. 1321, 2012.

ARLEM, Jennifer. Prosecuting beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements. In: Journal of Legal Analysis, [s.v.], [s.n.], [s.p.], 2016.

ARLEN, Jeniffer. Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements. In: Journal of Legal Analysis, 8.1, p. 205-209, 2016.

ARLEN, Jennifer; KAHAN, Marcel. Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution, [s.p.], 2016.

ARLEN, Jennifer; KAHAN, Marcel. Corporate governance regulation through nonprosecution. In: U. Chi. L. Rev. 84, p. 323, 2017.

ASHCROFT, John; RATCLIFFE, John. The recent and unusual evolution of an expanding FCPA. In: Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y 26, [s.p.], 2012.

ASHE, D.P. The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the US Foreign Corrupt Practices Act. Fordham L. Rev., 73, p. 2897, 2004.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. Responsive regulation: Transcending the Deregulation debate. In: Oxford University Press, Usa, 1992.

BARKOW; BARKOW. Prosecution in the board room: introduction. p. 1-6.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: The economic dimensions of crime, Palgrave Macmillan, London, p. 13-68, 1968.

BISHOP, Keith P. The McNulty Memo-Continuing the Disappointment. In: Rev. 729, 2007.

BRANDON, Garrett. Too big to Jail. Harvard: Harvard University Press, 2014.

BRASIL DE FATO. Escândalo de corrupção da Novartis envolve ex-ministros do governo da Grécia. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/02/17/ex-senadora-revelaesquemas-de-corrupcao-de-tres-ultimos-governos-colombianos. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL DE FATO. Michele de Mello. Ex-senadora revela esquemas de corrupção de três últimos governos colombianos, 2020. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/02/17/exsenadora-revela-esquemas-de-corrupcao-de-tres-ultimos-governos-colombianos. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Agencia efe. Escândalo de corrupção da Novartis envolve ex-ministros do governo da Grécia, 2018. Disponível em: https://www.efe.com/efe/brasil/economia/escandalo-de-corrup-oda-novartis-envolve-ex-ministros-do-governo-grecia/50000240-3515405. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Acordo de Leniência. Termos Firmados e Valores Pagos. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/leianticorrupcao/acordo-leniencia. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. EMBRAER. História da EMBRAER. Disponível em: https://historicalcenter.embraer.com/br/pt/historia. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Globo por France Presse. Cristina Kirchner é inocentada em dois casos de corrupção e acusada em outro na Argentina, 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/10/29/cristina-kirchner-e-inocentada-em-dois-casos-de-corrupcao-e-acusada-em-outro-na-argentina.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Jornal Nacional. Delatores contam em detalhes como funcionava o "clube das empreiteiras", 2017. Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/04/delatores-contam-em-detalhes-como-funcionava-o-clube-dasempreiteiras.html. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Acordo de assunção de compromissos relacionado ao non-prosecutfan agreemenf entre Petrobras e DoJ e SEC. Petrobras, 2019.

BRASIL. Petrobras. Compliance, ética e transparência: informações sobre as medidas de compliance da Petrobras. Disponível em:

https://petrobras.com.br/pt/quemsomos/perfil/compliance-etica-etransparencia/?gclid=Cj0KCQjwlvT8BRDeARIsAACRFiXLOFjhSL8x9U8g81TGiZ5VajAc0dX gQ67WWRbSBEJRFJkckFebBucaAlVjEALw_wcB. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 785.584 - PR (2015/0236771-2). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74591369&tipo_documento=documento&num_registro=201502367712&data=20170905&formato=PDF. Acesso em: 27 out. 2020.

BREWSTER, Rachel. Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy. In: Virginia Law Review, p. 13, 2017.

BREWSTER, Rachel. Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy. In: Virginia Law Review, p. 1621, 2017. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2002/05/31/AR2005111001227.html. Acesso em: 23 jun. 2020.

BROWN, Darryl K. Street Crime, Corporate Crime, and the Contingency of Criminal Liability, 149. In: U. PA. L. REV. 1295, p. 1334-1335, 2001.

CAIDEN, Gerald E.; CAIDEN, Naomi J. Administrative Corruption, 37. In: Pub. Admin. Rev. 301, 1977.

COFFEE, Jr.; JOHN, C. Gatekeeper Failure and Reform: the Challenge of Fashioning Relevant Reforms. In: BUL Rev. 84, p. 301, 2004.

COOK, William Wilson. A treatise on the law of corporations having a capital stock. Sydney: Callaghan and Company, 1903.

COPELAND, Katrice Bridges. The Yates Memo: Looking for “Individual Accountability” in All the Wrong Places Article. 102 In: Iowa L. Rev., [s.v.], 1897, [s.p.], 2017. Disponível em: https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-102-issue-5/the-yates-memo-looking-for-individualaccountability-in-all-the-wrong-places-article/. Acesso em: 8 set. 2020.

COPELAND, Katrice Bridges. The Yates Memo: Looking for Individual Accountability in All the Wrong Places. In: Iowa Law Review, [s.v.], 102, [s.p.], 2016.

DAVIS, Kevin E. Why Does the United States Regulate Foreign Bribery: Moralism, Self-Interest, or Altruism? New Yor: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. p. 6.

DIAMANTIS, Mihailis E. Clockwork Corporations - a Character Theory of Corporate Punishment. In: Iowa L. Rev. 103, p. 507, 2017.

DIAMANTIS, Mihailis. Corporate carater. Disponível em: https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR103-2-Diamantis2.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

DINIZ, Eduardo Saad. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

DUNST, Lee G.; CHIRLIN, Daniel J. A Renewed Emphasis on Upjohn Warnings. Sobre o aviso Upjohn. Disponível em: https://www.gibsondunn.com/wpcontent/uploads/documents/publications/Dunst-Chirlin-RenewedEmphasisOnUpjohnWarnings.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

DUNST, Lee. Avoiding and Navigating Compliance Monitorships, Anti-Corruption Committee News. In: Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division, London UK, v. 5, n. 2, [s.p.], 2013.

DW MADE FOR MINDS. África do Sul: Jacob Zuma não vai cooperar com investigação sobre corrupção. Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/%C3%A1frica-do-sul-jacob-zuman%C3%A3o-vai-cooperar-com-investiga%C3%A7%C3%A3o-sobrecorrup%C3%A7%C3%A3o/a-49651312. Acesso em: 11 nov. 2020.

EARLE, Beverley. The United States' Foreign Corrupt Practices Act and the OECD Anti-Bribery Recommendation: When Moral Suasion Won't Work, Try the Money Argument. In: Dick. J. Int'l L. 14, [s.p], 1995.

EFE. AGÊNCIA EFE BRASIL. Notícias sobre casos de corrupção em Portugal, Grécia, África do Sul, Colômbia e Argentina. Disponível em: https://www.efe.com/efe/brasil/economia/escandalode-corrup-o-da-novartis-envolve-ex-ministros-do-governo-grecia/50000240-3515405. Acesso em: 11 nov. 2020.

FCPA Professor. Professor Mike Koehler. Corporate FCPA Repeat Offenders, 2020. Disponível em: https://fcpaprofessor.com/corporate-fcpa-repeat-offenders-4/. Acesso em: 2 nov. 2020.

FOREIGN Corrupt Practices Act Clearinghouse. Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html?filter=largest_monetary_sanctions. Acesso em: 5 nov. 2019.

FUKUYAMA, F. The end of History and the Last Man. Simon And Schuster. Francis Fukuyama, the end of History and the Last Man, 1992.

GARRETT, Brandon L. Collaborative Organizational Prosecution. In: Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct 154, 2011.

GARRETT, Brandon L. Structural reform prosecution. In: Va. L. Rev., [s.v.], 93, p. 933, 2007.

GARRETT, Brandon. Too big to Jail. Harvard: Harvard University Press, 2014. p. 282-283.

GLOBAL Investigations Review. Odebrecht sentencing memo. Disponível em: https://globalinvestigationsreview.com/digital_assets/5b6592d6-1904-4040-9019a65fa8525bce/Odebrecht-sentencing-memo.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

GLOBO.COM. Cristina Kirchner é inocentada em dois casos de corrupção e acusada em outro na Argentina. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/10/29/cristina-kirchner-einocentada-em-dois-casos-de-corrupcao-e-acusada-em-outro-na-argentina.ghtml. Acesso em: 11 nov. 2020.

GREENBLUM, Benjamin M. Note, What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements, 105. In: Colum. L. Rev. 1863, 1885, [s.p.] 2005.

GRIFFITH, Sean J.; LEE, Thomas H. Toward an Interest Group Theory of Foreign AntiCorruption Laws. In: University of Illinois Law Review, v. 2019, n. 4, [s.p.], 2019. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3451446. Acesso em: nov. 2020.

HANNES, Sharon. Compensating for Executive Compensation: The Case for Gatekeeper Incentive Pay, 98. In: CALIF. L. REV. 385, p. 386-389, 2010. http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/4000/003392.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

J&F INVESTIMENTOS. Informação sobre a história da empresa. Disponível em: https://www.jfinvest.com.br/quem-somos/. Acesso em: 31 out. 2020.

JOHNSON, Carrie. Ruling Won't Deter Prosecution of Fraud. The Washington Post.

KAHNEMAN, Daniel. Thinking, Fast and Slow. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. In: UCDL Rev. 49, p. 497, 2015.

KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. In: U.C. Davis Law Review, [s.v.], n. 49, [s.p.], 2015.

KOEHLER, Mike. The story of the foreign corrupt practices act. In: Ohio St. LJ 73, p. 929, 2012.

KOHBERG, Lawrence. The philosophy of moral development: moral stages and the idea of justice. New York: Haper, 1981.

LAUFER, William S. A Very Special Regulatory Milestone. In: U. Pa. J. Bus. L. 20, p. 392, 2018. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1559&context=jbl. Acesso em: 1º nov. 2020.

LAUFER, William S. Corporate Bodies and Guilty Minds, 43. In: Emory L.J.[s.v.], 647, p. 669670, 1994.

LAUFER, William S. The Compliance Game. In: SAAD-DINIZ, D. Brodowski; A. Luiza (Ed.). Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira, [s.p.], 2015.

LAUFER, William S. The missing account of progressive corporate criminal law. In: NYUJL & Bus. 14, [s.p.], 2017.
LEIBOLD, Annalisa. Extraterritorial Application of the FCPA under International Law. In: Willamette Law Review, [s.v], n. 51, [s.p], 2014.

LEWIN, Kurt. Principles of topological psychology. New York: McGraw-Hill, 1936.

LILLO, Sergio. EL PAÍS. BRASIL. Odebrecht: um império presente em 28 países. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/08/politica/1457467507_000902.html. Acesso em: 25 set. 2020.

MAKKAI, Toni; BRAITHWAITE, John. In and Out of the Revolving Door - Making Sense of Regulatory Capture. In: Journal of Public Policy, [s.v.], [s.n.], p. 61-78, 1992.

MARK, Gideon; PEARSON, Thomas C. Corporate Cooperation During Investigations and Audits. In: Stanford Business & Finance, [s.v.], 13, [s.p.], 2007.

MARKS, Colin P. Thompson/McNulty Memo Internal Investigations: Ethical Concerns of the Deputized Counsel. In: St. Mary's Law Journal, [s.v.], [s.n.], [s.p.], 2006.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). Declaration on International Investment and Multilateral Enterprise. Disponível em http://www.oecd.org/daf/inv/investmentpolicy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/ResolvingForeign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). United States Proposal on the Issue of Illicit Payments, at 2. In: OECD Doc. C 89, p. 49. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/12/16/united-statesproposal-on-the-issue-of-illicit-payments.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

ORGANIZATION for Economic Co-Operation and Development. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

ORGANIZATION for Economic Co-Operation and Development. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.

ORGANIZATION for Economic Co-Operation and Development. Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-AntiBribery-Recommendation-ENG.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

ORGANIZATION for Economic Co-Operation and Development. Working Group on Bribery, 2018. Enforcement of the Anti-Bribery Convention Investigations, proceedings, and sanctions. Disponível em: http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-ConventionEnforcement-Data-2019.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

O'SULLIVAN, Julie R. How Prosecutors Apply the Federal Prosecutions of Corporations Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction. In: American Criminal Law Review, [s.v.], 51, [s.p.], 2014.

PORTUGAL. Corrupção política: os casos mais marcantes dos últimos 30 anos. Disponível em: https://www.publico.pt/2019/01/09/politica/noticia/-30-anos-acusacoes-corrupcao-politica1857182. Acesso em: 11 nov. 2020.

PROTESS, Ben; GREENBERG, Jessica. Two Giant Banks, Seen as Immune, Become Targets. New York: New York Times, Dealbook, 2014.

PÚBLICO. Corrupção política: os casos mais marcantes dos últimos 30 anos. Disponível em: https://www.publico.pt/2019/01/09/politica/noticia/-30-anos-acusacoes-corrupcao-politica1857182. Acesso em: 11 nov. 2020.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Ética Negocial e Compliance - Entre a Educação Executiva e a Interpretação Judicial, 2019.

ROMERO, Simon; THOMAS JR., Landon. Brazil's. Star, Petrobras, is Hobbled by Scandal and Stagnation. In: The New York Times, New York City, 2014. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/04/16/business/international/brazils-star-petrobras-is-hobbled-byscandal-and-stagnation.html. Acesso em: 31 out. 2020.

ROOT, Veronica. The Monitor "Client" Relationship, 100. In: Va. L. Rev., [s.v.], [s.n.], p. 523-585, 2014. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2082&context=law_faculty_scholarship. Acesso em: 19 ago. 2020.

ROSE-ACKERMAN, S.; PALIFKA, B. J. Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: Causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

RUBINSTEIN REISS, Dorit. The Benefits of Capture. In: Wake Forest Law Review., [s.v.], n. 47, [s.p.], 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: Compliance. Belo Horizonte: Fórum (2018). p. 1.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: RT, 2019.
SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Convention, 50 In: AM. J. COMP. L. 593, p. 596-597, 2002.

SECURITIES and Exchange Commission. Enforcement Actions: FCPA Cases. List of the SEC's FCPA Enforcement Actions Listed by Calendar Year. Disponível em: http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml. Acesso em: 8 jun. 2020.

SECURITIES and Exchange Commission. Report Questionable Illegal Corporate Payments Practices, 1976. Disponível em: https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionableillegal-corporate-payments-practices-1976.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

SELZNICK, Philip. Focusing organizational research on regulation. In: NOLL, Roger. Regulatory policu and the social sciences. Berkeley: University of California Press, 1985. p. 363-364.

SHENON, Philip. Ashcroft Deal Brings Scrutiny in Justice Dept. In: The New York Times, New York, 2008. Disponível em: https://www.nytimes.com/2008/01/10/washington/10justice.html. Acesso em: 30 set. 2020.

SILBERT, Earl J.; JOANNOU, Demme Doufekias. Under Pressure to Catch the Crooks: The Impact of Corporate Privilege Waivers on the Adversarial System. In: American Criminal Law Review, [s.v.], 43, [s.p], 2006.

SOLTES, E. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. In: NYUJL & Bus., 14, p. 965, 2017.

SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. Regulating the New Regulators: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements, 45 In: AM. CRIM. L. REV. 159, 160, 2008.

STEIN, Noah D. Prosecutorial Ethics and the McNulty Memo: Should the Government Scrutinize an Organization's Payment of Its Employees' Attorneys' Fees. In: Fordham Law Review., [s.v.], n. 75, [s.p.], 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO PENAL 470. Relator: Min. Roberto Barroso.

Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541 Acesso em: 27 out. 2020.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. New York: Penguin. 2009.

THE CORPORATE Prosecution Registry. Legal Data Lab at the University of Virginia School of Law and Duke University School of Law. provide comprehensive and up-to-date information on federal organizational prosecutions in the United States. Disponível em: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/prudential.pdf. Acesso em: 4 dez. 2019.

U.S. SUPREME COURT. New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481. New York Central and Hudson River, Railroad Company v. United States, n. 57, 1909. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/. Acesso em: dez. 2020.

UHLMANN, David M. Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability, 72. In: Md. L. Rev. 1295, 1301 n. 43, [s.p.], 2013.

UNITED STATES. Code § 3571. Sentence of fine. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3571. Acesso em: 14 jul. 2020.

UNITED STATES. Congress. Joint Economic Committee. Subcommittee on Priorities and Economy in Government. Abuses of Corporate Power: Hearings Before the Subcommittee on Priorities and Economy in Government of the Joint Economic Committee, Congress of the United States, Ninety-fourth Congress, First and Second Sessions. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1976.

UNITED STATES. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition. Julho de 2020. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download. Acesso em: 10 jul. 2020.

UNITED STATES. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition, 2020. Disponível em: https://www.justice.gov/criminalfraud/file/1292051/download. Acesso em: 13 jul. 2020.

UNITED STATES. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition. Julho de 2020. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

UNITED STATES. Defense Industry Initiative. Disponível em: https://www.dii.org/home. Acesso em: 29 jul. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section. Plea agreement. ODEBRECHT S.A., 2016. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pressrelease/file/919916/download. Acesso em: 15 jul. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act, 2012. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Delivers Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-delivers-remarksnew-york-city-bar-white-collar. Acesso em: 22 set. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35billion-global-penalties-resolve. Acesso em: 20 out. 2019

UNITED STATES. Department of Justice. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/petrleo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations. Acesso em: 20/05/2019

UNITED STATES. Department of Justice. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/embraer-agrees-pay-more-107-million-resolve-foreign-corruptpractices-act-charges. Acesso em: 20 out. 2019.

UNITED STATES. Department of Justice. Eric H. Holder, Jr. Memorandum to all Federal Prosecutors. Department Policy on Charging and Sentencing. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/holder-memo-chargingsentencing.pdf. Acesso em: 8 out. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Five Companies in Hip and Knee Replacement Industry Avoid Prosecution by Agreeing to Compliance Rules and Monitoring. In: Press Release, 2007.

UNITED STATES. Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf. Acesso em: 1° nov. 2019.

UNITED STATES. Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act of 1977. Department's policy regarding investigations and prosecutions of violations of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. Acesso em: 8 jun. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act of 1977. Department's Policy Regarding Investigations and Prosecutions of Violations of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Disponível em: https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practicesact-1977. Acesso em: 8 jun. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act of 1977. Department's Policy Regarding Investigations and Prosecutions of Violations of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Disponível em: https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practicesact-1977. Acesso em: 8 jun. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Former Alcatel CIT Executive Sentenced for Paying $2.5 Million in Bribes to Senior Costa Rican Officials. In: Press Release, 2008.

UNITED STATES. Department of Justice. Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys, 2008. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo03072008.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Office of Public Affairs. Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras Agrees to Pay More Than $850 Million for FCPA Violations. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-millionfcpa-violations. Acesso em: 22 set. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties. Rod. J. Rosenstein. 2018. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download. Acesso em: 1º nov. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Paul J. Mcnulty Memorandum. Principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf Acesso em: 27 nov. 2019.

UNITED STATES. Department of Justice. Paul J. Mcnulty Memorandum. Principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

UNITED STATES. Department of Justice. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. Non-Prosecution Agreement. Washington, DC, 2018. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pressrelease/file/1096706/download. Acesso em: 31 out. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. Pleas-Federal Rule of Criminal Procedure 11. Disponível em: https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-623-pleasfederal-rule-criminal-procedure-

11#:~:text=A%20defendant%20may%20plead%20guilty,a%20plea%20of%20not%20guilty. Acesso em: 1º nov. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. The Deputy Attorney General. DOJ Memo - Bringing Criminal Charges Against Corporations. Disponível em: https://www.friedfrank.com/files/QTam/holdermemo.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. United States Attorney Eastern District of New York. memorandum. Odebrecht proposed sentence. Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/5000/003527.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

UNITED STATES. National Archives Foundation. In: Richard Nixon's Resignation Letter And Gerald Ford's Pardon, 1974. Disponível em: https://www.archivesfoundation.org/documents/richard-nixon-resignation-letter-gerald-fordpardon/. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNITED STATES. Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. Disponível em: https://www.congress.gov/bill/100th-congress/house-bill/4848. Acesso em: 30 jun. 2020.

UNITED STATES. Philip Shenon. Ashcroft Defends Receipt of No-Bid Contract. In: The New York Times, 2008. Disponível em: https://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cndashcroft.html. Acesso em: 27 nov. 2019.

UNITED STATES. Roquet v. Arthur Andersen LLP. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Illinois, John W. Darrah, J. Disponível em: https://casetext.com/case/roquet-v-arthur-andersen-llp-2. Acesso em: 4 dez. 2019.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission (Release). SEC Charges KPMG and Four KPMG Partners with Fraud in Connection With Audits of Xerox; SEC Seeks Injunction, Disgorgement and Penalties. Disponível em: https://www.sec.gov/news/press/2003-16.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. Number of Foreign Companies Registered and Reporting with the U.S. Securities and Exchange Commission, 2015. Disponível em: https://www.sec.gov/divisions/corpfin/internatl/foreignsummary2015.pdf. Acesso em: 9 jul. 2020.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. Registration Statement Pursuant to Section 12(B) Or(G) of the Securities Exchange Act of 1934. EMBRAER S.A. Disponível em: https://sec.report/Document/0001193125-20-157452/. Acesso em: 27 out. 2020.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. Securities Exchange Act of 1934. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf. Acesso em: 9 jul. 2020.

UNITED STATES. Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities. In: Final Report of the Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities. Disponível em: https://archive.org/details/FinalReportOfTheSenateSelectCommitteeOnPresidentialCampaignActivities/page/n1091/mode/2up. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNITED STATES. Senate. In: Watergate Final Report, 1974. Disponível em: https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/investigations/pdf/Watergate_FinalReport1974.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

UNITED STATES. Senate. In: Watergate Resolution Debate,1973. Disponível em: https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/investigations/pdf/Watergate_Resolution Debate1973.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

UNITED STATES. Senate. Protecting The Ability of the United States to Trade Abroad. Committeon Finance, 1975. Disponível em: https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/trade.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

UNITED STATES. Senate. Subcommitte on International Trade of the Committee on Finance. Protecting the ability of the United States to Trade Abroad. Political Contribution to Foreign Governments: Hearings Before the Subcommittee on Multinational Corporations. In: Statement of Sen. Frank Church, 1975.

UNITED STATES. Stanford Law School. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse. Sullivan & Cromwell LLP and the Arthur and Toni Rembe Rock Center for Corporate Governance. Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html. Acesso em: 15 nov. 2019.

UNITED STATES. The Department of Justice's and Securities and Exchnage Commission's Resource Guide to the U.S. Froreign Practices Act. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

UNITED STATES. U. S. Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. DOJ Working Group on Corporate Enforcement & Accountability. Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download. Acesso em: 22 set. 2020.

UNITED STATES. U. S. Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. Sally Quillian Yates Deputy Attorney General. Individual Accountability for Corporate Wrongdoing. Disponível em: https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download. Acesso em: 19 ago. 2020.

UNITED STATES. U.S. Department of Justice. Criminal Division. Selection of Monitors in Criminal Division Matters. 11 out. 2018. Disponível em: https://www.justice.gov/criminalfraud/file/1100366/download. Acesso em: 1º nov. 2020.

UNITED STATES. U.S. Department of Justice. FCPA Corporate Enforcement Policy. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download#:~:text=To%20qualify%20for%20the%20FCPA,from%20the%20misconduct%20at%20issue.&text=individuals%20substantially%20involved%20in%20or%20responsible%20for%20the%20violation%20of%20law. Acesso em: 22 set. 2020.

UNITED STATES. U.S. Sentencing Commission. About the Commission. Disponível em: https://www.ussc.gov/. Acesso em: 30 jul. 2020.

UNITED STATES. U.S. v. Stein, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006). Disponível em: https://casetext.com/case/us-v-stein-38#0af7b48e-d850-4dc3-839a-d35fd463f7d9-fn9. Acesso em: 16 mar. 2020.

UNITED STATES. United States Code. Anti-Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act. 2e de jul. 2004. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

UNITED STATES. United States District Court. Eastern District Of New York. Odebrecht S.A Plea Agreement. Disponível em:

UNITED STATES. UNITED STATES DISTRICT COURT. EMBRAER S.A DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT. 24 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/press-release/file/904581/download. Acesso em: 30 set. 2020.

UNITED STATES. United States District Court. EMBRAER S.A Deferred Prosecution Agreement, 2016. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/904636/download. Acesso em: 26 out. 2020.

UNITED STATES. United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, 2018. Guidelines Manual incorporating amendments effective November 1, 2018. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

UNITED STATES. United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, 2018. Guidelines Manual incorporating amendments effective November 1, 2018. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

UNITED STATES. United States Sentencing Commission. Guidelines Manual, 2018. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

UNITED STATES. United States v. Barker, 514 F. 2d 208 (D.C. Cir. 1975). Disponível em: https://casetext.com/case/united-states-v-barker-10. Acesso em: 23 jun. 2020.

UNITED STATES. United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 1974. Disponível em: https://www.oyez.org/cases/1973/73-1766. Acesso em: 25 jun. 2020.

WEIGAND, Stephen. Waiver of the attorney-client privilege and work product protection from Thompson to McNulty: A distinction without a difference. In: University of Cincinnati Law Review, [s.v.], 76, [s.p.], 2007.

WEISSMAN, Andrew; WEISSMAN, Andrew. Rethinking criminal corporate liability. In: Ind. LJ 82 p. 441, 2007.

WELLE, Deutsche. África do Sul: Jacob Zuma não vai cooperar com investigação sobre corrupção. Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/%C3%A1frica-do-sul-jacob-zuma-n%C3%A3o-vaicooperar-com-investiga%C3%A7%C3%A3o-sobre-corrup%C3%A7%C3%A3o/a-49651312. Acesso em: 11 nov. 2020.

WHITE, Mary Jo. Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?. In: 237th Annual Institution Securities Regulation, [s.v.], 815, [s.p.], 2005.

WITZEL, Steven M. Privilege Waivers' Role in Deferred and Non-Prosecution Agreements, 250. In: N.Y. L.J. n. 47, 2013.

WRAY, Christopher A.; HUR, Robert K. Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice. In: Am. Crim. L. Rev., [s.v.], 43, p. 1.095, 2006.

YANNETT, Bruce E.; LEVINE, Andrew M.; ROHLIK, Philip; WEISS, Maxwell K. Corporate Recidivism in the FCPA Context. New York School of Law. Program on Corporate compliance and enforcement. Disponível em: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2017/07/07/corporate-recidivism-in-the-fcpacontext/. Acesso em: 4 dez. 2019.