



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## **O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e uma reflexão sobre o microssistema anti-corrupção brasileiro**

*The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) and a reflection on the Brazilian anticorruption microsystem*

Tiago do Carmo Martins

**Resumo:** O FCPA é importante mecanismo anticorrupção do Direito estadunidense, que mira a fonte financeira da corrupção: propinas pagas por grandes corporações para auferir vantagens negociais. A estruturação do diploma é refinada e tem pontos de ambiguidade cujo clareamento não tem avançado, pois a norma é pouco desafiada nos Tribunais. Mesmo assim, em especial pela cultura de acordos que se formou em sua órbita, muitas punições são aplicadas e vultuosos valores são arrecadados pelo Estado. Fonte de inspiração para a Lei Anticorrupção brasileira (Lei 12.846/2013), guarda traços comuns e alguns contrastes com ela, de modo que o estudo do FCPA contribui para sinalizar pontos sensíveis que demandam atenção em relação à LAC.

**Palavras-chave:** corrupção; agente estrangeiro; responsabilização; acordo; colaboração interinstitucional.

**Abstract:** The FCPA is an important anti-corruption mechanism in US law, which targets the financial source of corruption: bribes paid by large corporations to gain business advantages. The structuring of the diploma is refined and it has points of ambiguity that have not been cleared up, as the law is little challenged in the Courts. Even so, especially due to the culture of settlement that was formed in its orbit, many punishments are applied and huge amounts are collected by the State. A source of inspiration for the Brazilian Anticorruption Law (Law 12.846 / 2013), it has common features and some contrasts with it, so that the FCPA study contributes to highlight sensitive points that demand attention in relation to LAC.

**Keywords:** corruption; foreign agent; accountability; agreement; interinstitutional collaboration.

**Disponível na URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8n2p88-111>

## O IMPACTO DAS FAKE NEWS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

MARTINS, Tiago do Carmo\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Contornos; 3 Pontos sensíveis do estatuto; 4 Guinada transnacional; 5 Punições previstas e cooperação internacional para aplicá-las; 6 A cultura do Acordo; 7 Para concluir: FCPA e alguns insights para o microsistema corrupção brasileiro; 8 Referências bibliográficas*

### 1. Introdução

A importância de se examinar o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)<sup>1</sup> decorre do fato de ser este o primeiro, e por algum tempo, o único, diploma legal no mundo a se debruçar no enfrentamento da corrupção entre corporações e agentes públicos estrangeiros<sup>2</sup>, situação ainda preocupante nos tempos presentes, a ponto de o G20, grupo de países que reúne as maiores potências econômicas do globo, ter expressado que a luta contra a corrupção no comércio e finanças internacionais é uma de suas prioridades máximas de ação<sup>3</sup>.

Além disso, o FCPA inspirou o processo de construção da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), que nasceu, dentre outras razões, como resposta pressões externas, sobretudo por parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organismo em que o Brasil busca ingresso, mas que tem dúvidas acerca da solidez do ambiente negocial nacional, especialmente por seu histórico de corrupção<sup>4</sup>. Neste contexto, conhecer e compreender o FCPA pode ajudar a avaliar

---

\* *Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor de Direito Administrativo na Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina. Juiz Federal vinculado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).*

1 U.S.C 15.

2 “When the legislation was passed, the United States became the first and only country in the world with strict penalties for companies engaged in business practices that involved bribery” (REDIKER, 2015, p. 57-58).

3 Criminalizing Bribery: 12. “We commit to ensuring that each G20 country has a national law in force to criminalize bribery, including bribery of foreign public officials and to bolster efforts to effectively prevent, detect, investigate, prosecute and sanction domestic and foreign bribery. The fight against corruption in international trade and investment, as a key dimension to promote a level playing field, remains a top priority of the G20. We encourage countries to promote cooperation with the private sector on this topic and we encourage enterprises of G20 countries to take appropriate measures to raise awareness of corruption risks and deploy effective mitigation and compliance systems”. (G20 Anti-Corruption Ministers Meeting, 2020).

4 “Além do contexto nacional, a Lei é uma resposta do Brasil a compromissos internacionais de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção. Em especial, pela pressão exercida por mecanismos de revisão sistemática da OCDE do sistema de controle da corrupção do país” (PIMENTA, 2020, p. 68).

criticamente possíveis caminhos que se abrem ao *microssistema anticorrupção* brasileiro<sup>5</sup>.

O FCPA foi editado como uma resposta do Congresso estadunidense ao abalo de imagem sofrido pelo país em decorrência do escândalo de *Watergate*, em que se flagrou um esquema de fundos escusos, alimentado por corporações transnacionais baseadas nos Estados Unidos, cujo propósito era influenciar eleições, inclusive a que concorrera Richard Nixon, um dos beneficiários de verbas do referido fundo.

Na mesma esteira, a imagem dos Estados Unidos vinha muito comprometida no cenário mundial por seu envolvimento na Guerra do Vietnã. Para reabilitar sua posição de liderança global, o Congresso aprovou a nova normatização antissuborno por unanimidade (REDIKER, 2015, p. 57), tendo o presidente James Carter frisado na ocasião que “esta Lei torna ilegais sob as leis dos Estados Unidos pagamentos corruptos feitos a oficiais estrangeiros”.<sup>6</sup>

Neste contexto, o FCPA “é o instrumento jurídico norte americano para o combate à corrupção, especialmente aquela decorrente de subornos a dirigentes governamentais, tanto nos Estados Unidos como no exterior” (COELHO e HERINGER, 2017, p. 166).

## 2. Contornos

Para atingir os objetivos almejados, especialmente obstar a corrupção de oficiais estrangeiros, o FCPA proíbe<sup>7</sup>:

[...] fazer uso dos correios ou de qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual, de forma corrupta, para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro, ou oferta, doação ou promessa de doação, ou ainda uma autorização de doação de qualquer item de valor a – (1) qualquer dirigente estrangeiro, com o fim de -- (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação em violação à sua obrigação legal, ou (iii) garantir qualquer vantagem indevida; ou (B) induzir tal dirigente estrangeiro ao uso de sua influência perante um governo estrangeiro ou organismo governamental para

---

5 “É correto afirmar, com efeito, a existência de um microssistema destinado ao enfrentamento da corrupção. Também integram esse microssistema [Além da Lei 8.429/92] a Lei 12.850/2013, a Lei 12.529/2011 e a Lei 12.846/2013.” (DINO, 2015, p. 457). O microssistema é também denominado como “(sub)Sistema Nacional Anticorrupção” (ALMEIDA e LIRA, 2020); ou, ainda, “Sistema Normativo Brasileiro de Combate à Corrupção SNBCC” (SPINARDI e VENTURINI, 2021).

6 “This law makes corrupt payments to foreign officials illegal under United States law”. Declaração feita por ocasião da assinatura do FCPA. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=7036>. Acesso em: 17/08/2020.

7 15 U.S.C. § 78dd-1(A)(B).

afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo.

Além da vantagem ao oficial estrangeiro, são vedadas promessas de pagamentos ou pagamentos que tenham por finalidade influenciar ações de partidos políticos, candidatos ou dirigentes desses partidos; ou de organismos internacionais e seus dirigentes; com o fim de que pratiquem atos ilegais, com potencial benefício ao ofertante<sup>8</sup>.

Qualquer pessoa que sirva de intermediário (*third parties*) entre o ofertante da propina e os oficiais estrangeiros, partidos, candidatos, dirigentes de partidos, organismos internacionais ou seus dirigentes também fica sujeita ao FCPA<sup>9</sup>. Nesta categoria podem ser incluídos agentes, representantes, distribuidores e outros que auxiliam uma empresa na obtenção ou manutenção de negócios, bem como advogados contratados no país estrangeiro (KOEHLER, 2020).

Deste modo, os destinatários da vantagem indevida são divididos em três espécies: os “oficiais estrangeiros” (*foreign officials*), que agem em nome de governos ou de organizações internacionais (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p.21); os partidos políticos estrangeiros, agentes desses partidos ou candidatos a cargos eletivos; e os intermediários entre os pagadores e os recebedores do suborno (REDIKER, 2015, p. 58).

Para que a norma tenha incidência, é preciso demonstrar que o correio ou outro instrumento de comércio dos Estados Unidos foi usado para fazer a oferta, pagamento, promessa de pagamento ou para presentear o beneficiário, com o propósito de obter ou manter negócios (U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2004, p.3). Tem-se assim, o que se chama de *business nexus element* (REDIKER, 2015, p. 60), através do qual só são puníveis atos de suborno praticados com a intenção deliberada de fomentar ou preservar negócios.

Enquanto o estatuto torna ilegal qualquer uso de dinheiro norte-americano para subornar oficiais estrangeiros, são cobertos pela norma dois grupos distintos de pagadores de suborno: os emissores de títulos regulados pela *Securities and Exchange Commission* – SEC (empresas com ações negociadas nos EUA, por exemplo); e os indivíduos, cidadãos ou residentes nos Estados Unidos, bem como corporações sediadas ou organizadas sob as leis estadunidenses.

De se notar que, além de proscrever pagamentos indevidos (*anti-bribery provisions*) a autoridades estrangeiras, o estatuto tem normas claras e fortes sobre escrituração contábil (*accounting provisions*), as quais, se não forem seguidas, ensejam punição por si só, independentemente de haver a prova de um suborno específico.

---

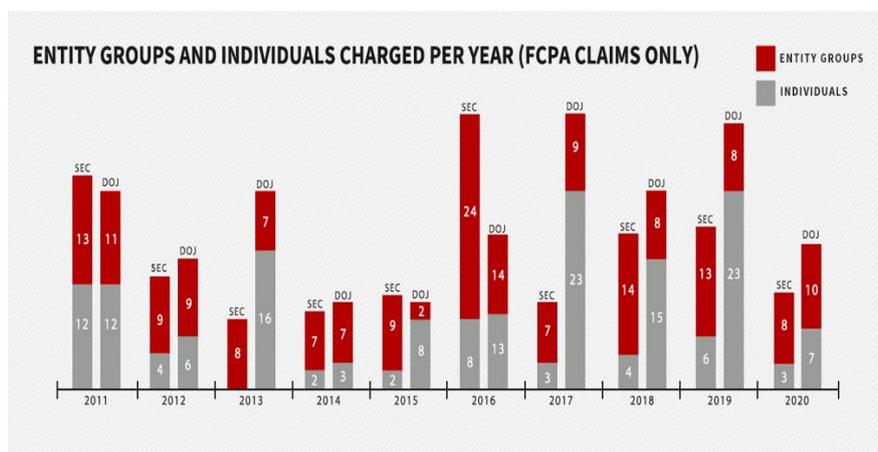
8 15 U.S.C. § 78dd-2(A)(B).

9 USA, Section 30A(c)(1) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-3(A)(B).

Essas normas de ordem contábil têm por objetivo dificultar a ocultação do pagamento de propinas na contabilidade do pagador e facilitar a tarefa da autoridade fiscalizadora, a SEC, de identificar a ocorrência de tais pagamentos. Através delas, então, a SEC mira especialmente evitar que sejam feitos registros: a. falhos, que não permitam identificar transações impróprias; b. falsificados, com o propósito de maquiagem a natureza ilícita de certos pagamentos; c. corretos quantitativamente, mas que não espelham a natureza da transação efetivamente realizada, o que pode encobrir pagamentos indevidos (BARUCH, 1979).

No que tange às formas de punição, o combate à corrupção, na disciplina do FCPA, se desdobra em dois ramos. No braço cível, tanto a Comissão de Títulos e Câmbio (SEC) como o Departamento de Justiça (*Department of Justice* – DOJ) ostentam autoridade persecutória. O DOJ tem competência para casos de violação de previsões antissuborno; a SEC tem atribuição para casos de suborno e de violação das regras de boa contabilidade. No plano criminal, a competência é exclusiva do Departamento de Justiça (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p. 70).

O número de casos conduzidos por cada agência vem expresso no quadro a seguir, que também destaca a natureza da pessoa processada (STANFORD LAW SCHOOL, 2021):



### 3. Pontos sensíveis do estatuto

Embora a lei tenha pretendido detalhar as condutas puníveis, são apontadas falhas de redação que tornam seu significado ambíguo e impreciso. A doutrina critica a vagueza de conceitos de vários pontos do FCPA, fator que seria concessor de muita discricionariedade aos órgãos de persecução.

Um dos pontos criticados diz com a indefinição do termo *oficial estrangeiro*. Aponta-se, em relação ao sujeito passivo da corrupção, que a falta de definição precisa do termo *oficial estrangeiro* deixa aberta a possibilidade de que qualquer empregado de empresa mantida ou controlada por país estrangeiro seja assim considerado (REDIKER, 2015, p. 59).

Esta é, aliás, a compreensão empregada pelo Departamento de Justiça e pela Comissão de Títulos e Câmbio. Casos recentes têm confirmado que pagamentos para empregados de empresas de propriedade ou controladas pelo Estado se submetem ao regime do FCPA (COHEN, HOLLAND e WOLF, 2008, p. 1250).

Assim, parece acertado, para definir o que seja um oficial estrangeiro, tomar de empréstimo o termo *public enterprise*, constante da OCDE *Anti-Bribery Convention* (COHEN, HOLLAND e WOLF, 2008, p. 1255), que o define como “*any enterprise in which the government holds a majority stake, as well as those over which a government may exercise a dominant influence directly or indirectly*”<sup>10</sup>.

Deste modo, a definição de quem seja *oficial estrangeiro* parte da identificação da *government instrumentality*, ou seja, do fato de que o indivíduo haja em nome de companhias estrangeiras que são majoritariamente de propriedade ou controladas por seus respectivos governos.

Com relação às empresas que têm participação minoritária do governo estrangeiro, a questão ainda é aberta, pois as autoridades judiciais têm fornecido orientação esparsa sobre o tema. Enquanto a questão não é definida, “as companhias devem ser sábias e assumir que qualquer conexão com um consumidor ou parceiro estrangeiro e seu respectivo governo pode ser suficiente para caracterizar isto como a *government instrumentality*” (COHEN, HOLLAND e WOLF, 2008, p. 1273-1274).

Ao se estabelecer uma acusação com base no FCPA, é necessário demonstrar que há uma má intenção caracterizada e que o acusado agiu com consciência e de que sua conduta era ilegal (COELHO e HERINGER, 2017, p. 172).

Nisto há grande contraste com a Lei Anticorrupção brasileira, Lei 12.846/2013, a qual, embora se inspire na congênere norte-americana, prevê regime de responsabilidade objetiva da empresa corrupta, pelo simples fato de não ter adotado medidas que evitem o resultado *corrupção*; enquanto o FCPA “prevê a responsabilidade das empresas apenas se provado que ela autorizou (implícita ou explicitamente) ou tinha conhecimento de atos de terceiros, como advogados ou consultores, considerados ilícitos” (FORTINI e MOTTA, 2016, p.107).

#### **4. Guinada transnacional**

O pioneirismo do FCPA acabou, intrigantemente, por colocar as empresas dos Estados Unidos em desvantagem no comércio transnacional. Uma vez que passaram a observar *standarts* anticorrupção mais rigorosos, foram privadas de lançar mão de

---

10 Qualquer empresa na qual o governo detenha uma participação majoritária, bem como aquelas sobre as quais um governo possa exercer uma influência dominante, direta ou indiretamente.

mecanismos ainda em uso por suas concorrentes globais, não submetidas às amarras do estatuto estadunidense<sup>11</sup>.

Por forte pressão interna, em 1988 foram aprovadas emendas no FCPA e promulgado o *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, que impôs ao Presidente Ronald Reagan o dever de promover conversações no plano internacional em busca de um acordo que reforçasse a aplicação dos termos do FCPA em nível global.

Na mesma esteira, o Presidente Bill Clinton pressionou em 1990 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico a adotar a Convenção de Combate ao Suborno de Oficiais Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (REDIKER, 2015, p. 61-62), com o que os países membros acabaram por incorporar em seus respectivos ordenamentos muitas normas semelhantes ao FCPA<sup>12</sup>.

Neste campo, de se ressaltar a virtude da ação estadunidense em inspirar tratados internacionais e legislações internas sobre combate a corrupção transnacional. Contudo, o mundo ainda vive estágio incipiente nesta luta, como revela estudo feito pela Transparência Internacional, analisando práticas de 47 países, que representam 83% das exportações realizadas no mundo.

O estudo da TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, que mediu o nível de persecução de atos de corrupção transnacional, tendo em conta 5 critérios (quantidade de investigações iniciadas, de processos ajuizados, de casos de repercussão iniciados, de casos que levaram à aplicação de sanções e de processos de maior repercussão finalizados que implicaram em sanções substanciais), revelou que muito ainda precisa ser feito para combater o pagamento de propina a oficiais estrangeiros (INTERNATIONAL TRANSPARENCY, 2020):

#### ENFORCEMENT LEVEL



11 “Além de ser o único país que punia a corrupção internacional, outros, como França e Alemanha, permitiam a dedução contábil dos gastos com propinas internacionais” (RODRIGUES, 2020, p. 48).

12 “A Convenção da OCDE sobre corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais foi internalizada no Brasil pelo Decreto 3.678/2000; e, junto com a Convenção da ONU de 2003 (Convenção de Mérida), são as principais fontes inspiradoras da LAC” (GONÇALVES, 2018, p. 34-35).

Já em 1998, novas emendas foram realizadas no FCPA, desta feita para conformar o texto aos compromissos assumidos perante os membros da OCDE. Deste movimento, três principais consequências resultaram: a incorporação da ideia de que empregados de organizações internacionais se equiparavam a *oficial estrangeiro*; a ampliação do conceito de propina, que passou a ser pagamento destinado a obter qualquer vantagem imprópria, não apenas tendente a alcançar benefícios comerciais; e a maior de todas, a ampliação do espectro de incidência do FCPA, que passou a visar cidadãos estrangeiros (REDIKER, 2015, p. 63):

For the first time, it made anti-bribery provisions applicable to foreign citizens who could now be charged for violations if they made “use of the U.S. mails or any means or instrumentality of interstate commerce or committed any other act in furtherance of an offer, payment, promise, etc., “while in the territory of the United States<sup>13</sup>.

Com a mudança, tanto cidadãos americanos que cometessem ofensas no exterior, quanto estrangeiros que praticassem atos de corrupção nos Estados Unidos ou com alguma conexão com o território daquele país foram postos sob a mira do FCPA. Este último ponto não passou despercebido pela crítica, que acusou os Estados Unidos e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico de estarem policiando os negócios de outros países (REDIKER, 2015, p. 64).

Com efeito, a interpretação dos órgãos de persecução a respeito do termo *interstate commerce* é bastante larga e alcança não apenas negociações, comércio, transporte ou comunicações entre os estados da federação, mas também entre qualquer país estrangeiro e um estado federado ou entre este e qualquer lugar, mesmo navio, situado no exterior (DIAMANT, SULLIVAN e SMITH, 2019, p. 360).

No que tange à amplitude de ações cobertas pelo FCPA, bem como em relação ao seu alcance extraterritorial, o manual elaborado pelo Departamento de Justiça e pela Comissão de Títulos e Câmbio elucida que, para as autoridades federais:

fazer uma chamada telefônica ou enviar um e-mail, mensagem de texto ou fax de, para ou através dos Estados Unidos envolve comércio interestadual - como o envio de uma transferência eletrônica de ou para um banco dos Estados Unidos ou de outra forma usando o sistema bancário dos Estados Unidos, ou viajando através das fronteiras estaduais ou internacionais de ou para os Estados Unidos (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p.10).

---

13 Pela primeira vez, fez disposições antissuborno aplicáveis a cidadãos estrangeiros que agora poderiam ser processados por violações se fizessem "uso dos correios dos EUA ou qualquer meio ou instrumento de comércio interestadual ou cometessem qualquer outro ato em prol de uma oferta, pagamento, promessa, etc., “enquanto no território dos Estados Unidos.

Denota-se que são várias as possibilidades de relacionar um ato pretensamente corrupto com algum interesse do governo dos Estados Unidos, mesmo que cometido no exterior e por nacional de país estrangeiro, o que faz consistentes as críticas sobre a invasão norte-americana em jurisdições de outros países<sup>14</sup>.

Caso que espelha o caráter extraterritorial do FCPA é o da companhia farmacêutica *Novartis AG* e sua subsidiária *Alcon Inc.*, acusadas pela SEC de manter um esquema de fraude contábil para fazer pagamentos impróprios a prestadores de serviços de saúde, públicos e privados, na Coreia do Sul, Vietnã e Grécia, vantagens essas que visavam a fazer com que os prestadores de serviços prescrevessem tratamentos vendidos pela Novartis e pela Alcoa. Os pagamentos eram gerenciados por uma subsidiária da empresa sediada na China, que se valia de contratos forjados para distribuir as vantagens. A Novartis negociou com a Comissão de Títulos e Câmbio o pagamento de um ressarcimento de U\$ 112.8 milhões e a inclusão em um programa de *compliance* de três anos, além de fechar um acordo de persecução diferida com o DOJ, no qual se obrigou a pagar a monta de U\$ 233 milhões, a título de multas criminais (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020). O caso, em princípio, não registrava pagamentos originados ou recebidos nos Estados Unidos, mas o fato de as empresas negociarem ações naquele país fundamentou a competência da SEC para impor as regras do FCPA na espécie.

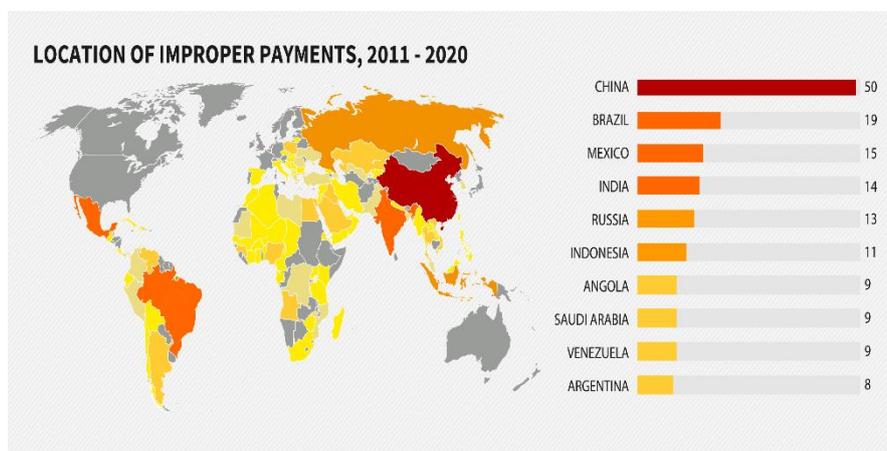
Outro caso de evidente extraterritorialidade envolve a empresa brasileira J&F, acusada de pagar propina a autoridades no Brasil para acessar financiamentos públicos e outras oportunidades negociais. Embora os subornos tenham beneficiado agentes públicos brasileiros, para facilitar negócios no Brasil; e conquanto as autoridades nacionais já estivessem apurando o esquema, inclusive com a celebração de acordos de leniência e colaboração premiada em execução; o DOJ e a SEC também instauraram procedimentos contra a companhia brasileira, baseando-se no fato de que os pagamentos se efetuaram através de bancos e de propriedades imobiliárias situadas nos Estados Unidos<sup>15</sup>. A J&F concordou em pagar multa de U\$ 256 milhões às autoridades estadunidenses, que levaram em consideração nesse cálculo o valor já negociado com as autoridades brasileiras (FOX, 2020).

---

14 A SEC, inclusive, expressamente consigna que o FCPA se aplica a condutas proibidas que ocorram em qualquer lugar do mundo e se estende a empresas de capital aberto, seus agentes, diretores, empregados e acionistas, assim como negociantes, consultores, distribuidores, entre outros (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2017).

15 Como frisou o Agente Especial do FBI encarregado das investigações, James A. Dawson: “Não importa onde ocorra, o FBI e nossos parceiros globais estão comprometidos em erradicar a corrupção, que trai a confiança pública e ameaça a livre economia. Esse acordo demonstra o comprometimento do FBI em combater a corrupção estrangeira que atinge os Estados Unidos e [essas] ações enviam uma forte mensagem de que não cederemos em nossos esforços para cumprir a lei e manter todos os responsáveis obrigados a jogar pelas mesmas regras justas” (FOX, 2020).

Levantamento feito nas ações que aplicaram o FCPA demonstra que grande parte dos pagamentos indevidos foi destinado a países em desenvolvimento, dentre os quais o Brasil, segundo colocado da lista (STANFORD LAW SCHOOL, 2021):



Interessante observar que, desde a emenda promovida em 1988, se a oferta de presente, pagamento ou outra vantagem for admitida pela Lei escrita do país do oficial estrangeiro, não haverá ato punível pelo FCPA<sup>16</sup>. Trata-se da *local law defense*.

Esta exceção, contudo, tem aplicação pouco frequente, pois embora alguns países sejam muito tolerantes com a corrupção, é rara a existência de leis escritas autorizando a percepção de vantagens caracterizáveis como suborno (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p.24).

Outro ponto a ser destacado é que atos de conspiração, em que indivíduos ou empresas combinem a prática de corrupção, podem ser enquadrados no FCPA, independentemente da efetiva ocorrência do suborno.

Assim, no caso de uma empresa estrangeira que não tenha títulos registrados na Comissão de Títulos e Câmbio conspirar com uma empresa estadunidense para praticar ato vedado no FCPA, ambas se sujeitam a responsabilização pelo estatuto (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p.35). Algo um pouco semelhante ao delito de organização criminosa previsto na legislação brasileira<sup>17</sup> ou com o crime de formação de cartel<sup>18</sup>, que se satisfaz com o mero ajuste de fixação de preços ou dominação de mercado, independente da obtenção efetiva do resultado.

16 Section 30A(c)(1) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(c)(1), 78dd-3(c)(1).  
 17 Código Penal, “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:”

18 Lei 8137/90, “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:[...] II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores”.

## 5. Punições previstas e cooperação internacional para aplicá-las

Caso submetidos à responsabilização pelo FCPA, entes empresariais ou pessoas físicas (aqui outro fator distintivo com a Lei Anticorrupção) “podem ser obrigados a devolver os ganhos mal adquiridos, acrescidos de juros, e enfrentar o pagamento de multas e penalidades civis substanciais. As empresas também podem ser sujeitas a supervisão por um consultor independente” (COELHO e HERINGER, 2017, p. 184).

Na órbita penal, as sanções aplicáveis por cada ato de suborno são: multa à empresa, de até U\$ 2 milhões; e, para as pessoas físicas, multa de até U\$ 250 mil e prisão por até 5 anos. Caso haja violação das normas de conformidade contábil<sup>19</sup>, as multas sobem para U\$ 25 milhões para a empresa e U\$ 5 milhões para a pessoa física, sujeita também a prisão por até 20 anos<sup>20</sup>. As multas podem ser aumentadas para até o dobro do benefício recebido pelo acusado e, no caso de pessoas físicas, é expressamente vedado que o pagamento da multa seja assumido pelo empregador do condenado<sup>21</sup>.

No plano cível, a multa prevista é de U\$ 21.410 por cada violação das regras contra suborno. Se a infração for de ordem contábil, a multa pode chegar ao valor total do ganho ilícito ou pode ser limitada, conforme o grau de risco da conduta, a U\$ 192.768 para pessoas físicas e U\$ 963.837 para pessoas jurídicas. A Comissão de Títulos e Câmbio pode impor estas penalidades em processos judiciais ou em procedimento administrativo (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p.71).

Em caso envolvendo o gigante financeiro *Goldman Sachs*, a SEC moveu acusações de suborno a autoridades governamentais da Malásia e dos Emirados Árabes Unidos pelo conglomerado, que visava acessar lucrativos negócios com o *1Malaysia Development Berhad* (1MDB), fundo mantido pelo governo da Malásia que ofertava títulos de investimentos na monta de U\$ 6.5 bilhões. Diante das acusações, o Goldman Sachs concordou em pagar um total de U\$ 2.9 bilhões em penalidades, das quais U\$ 1 bilhão se referiam a violações do FCPA imputadas pela SEC (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020).

Ainda, podem ser impostas sanções colaterais, como vedação de contratar com o governo federal, proibição de acesso a crédito em bancos internacionais de desenvolvimento e perda de privilégios de exportação.

De se frisar que o Departamento de Justiça e a Comissão de Títulos e Câmbio têm por princípio evitar a dupla penalização, confisco e restituição pela mesma conduta. Além disso, procuram coordenar ações com autoridades estrangeiras, às quais

---

19 Condutas enquadráveis, em suma, na situação de prestar “declaração for falsa ou enganosa com respeito a qualquer fato relevante”. 15 U.S.C. §§ 78ff (a).

20 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A); 18 U.S.C. § 3571(b)(3), (e)

21 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3), 78ff(c)(3).

destinam parte das multas, penalidades, confisco e valores decorrente de devolução do ganho indevido, na tentativa de equacionar totalmente as responsabilidades que envolvam uma mesma empresa pela mesma conduta.

A Comissão de Títulos e Câmbio e Departamento de Justiça (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p.71)., inclusive, ressaltam “um caso envolvendo uma empresa petroquímica brasileira de capital aberto”<sup>22</sup>, em que o DOJ, a SEC, as autoridades brasileiras e as autoridades suíças creditaram umas às outras na imposição de multas e restituição<sup>23</sup>.

Outro caso notório de cooperação foi o que envolveu a empresa multinacional Siemens AG, acusada de violar disposições contábeis e realizar pagamentos a autoridades na Ásia, África, Europa e Oriente Médio. A companhia foi alvo de investigações paralelas da SEC e do DOJ, essencialmente por negociar ações na Bolsa de Valores de Nova Iorque (DIAMANT, SULLIVAN e SMITH, 2019, p. 360), e acabou firmando acordo de U\$ 1,6 bilhão, contemplando responsabilidades nos Estados Unidos e na Alemanha, onde era investigada pela Promotoria de Munique (REDIKER, 2015, p. 68).

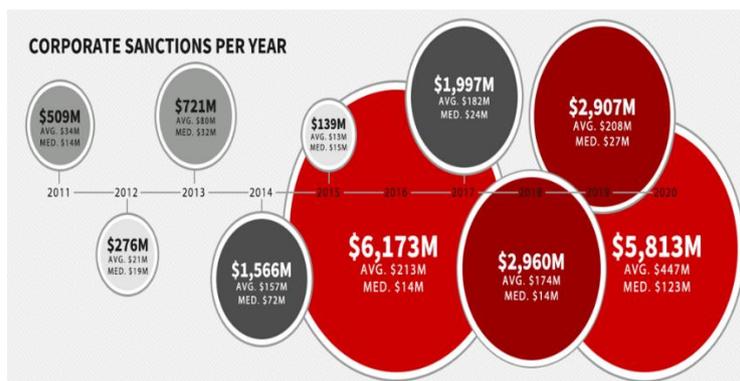
Mais recentemente, em 2020, outro episódio transnacional recordista em arrecadação de valores colocou em evidência a importância da cooperação internacional para combate da corrupção de oficiais estrangeiros. Trata-se do caso *Airbus*, que envolveu autoridades dos Estados Unidos, França e Reino Unido, que juntos arrecadaram U\$ 4 bilhões da empresa de equipamentos de aviação, por subornos praticados ao redor do globo (INTERNATIONAL TRANSPARENCY, 2020, p.20).

O seguinte levantamento, conduzido pela Escola de Direito da UNIVERSIDADE DE STANFORD, elucida a expressividade das sanções impostas com base no FCPA (STANFORD LAW SCHOOL, 2021):

---

22 Trata-se do acordo celebrado com a Brasken, que contou com a participação do MPF brasileiro. Este caso é denotativo da proximidade dos regimes do FCPA e da LAC, que o tem por fonte inspiradora, pois as infrações confessadas pela petroquímica brasileira foram enquadradas em ambos os estatutos, em seus respectivos espaços territoriais de validade. Neste caso, foi aplicada a maior penalidade monetária em solução negociada extrajudicialmente, consoante estudo feito pela OCDE com 46 países signatários da Convenção Anti-Suborno da Organização (OECD. 2019, p. 14).

23 Com o concurso do MPF brasileiro, pela força-tarefa da Lava Jato em Curitiba. Notável que, enquanto autoridades de 3 diferentes países se coordenaram para acertar globalmente as violações praticadas pela empresa em questão, no plano nacional as autoridades brasileiras tiveram dificuldades em estabelecer atuação uniforme e racional, pois tiveram que ser firmados 2 acordos de leniência para os mesmos fatos, um entre MPF x Brasken, outro entre CGU/AGU x Brasken. Uma das principais razões foi o reconhecimento, pelo Judiciário brasileiro, da insuficiência de legitimidade do MPF para celebrar tal acordo, sem a intervenção de outros órgãos federais, em especial a CGU, cuja atribuição para o acordo de leniência decorre expressamente da LAC.



Pelo mesmo estudo, consideradas individualmente, as maiores sanções já impostas vem expressas a seguir, com 2 empresas brasileiras no *ranking top 10* das maiores punições aplicadas (STANFORD LAW SCHOOL, 2021):

Largest U.S. Monetary Sanctions By Entity Group

Largest Monetary Sanction (U.S.)

Odebrecht S.A.	\$ 3.557.626.137
The Goldman Sachs Group, Inc.	\$ 2.617.088.000
Airbus SE	\$ 2.091.978.881
Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras	\$ 1.786.673.797
Telefonaktiebolaget LM Ericsson	\$ 1.060.570.832
Telia Company AB	\$ 965.604.372
Mobile Telesystems Public Joint Stock Company	\$ 850.000.400
Siemens Aktiengesellschaft	\$ 800.002.000
VimpelCom Ltd	\$ 795.326.798
Alstom S.A.	\$ 772.291.200

Já a vultuosidade dos pagamentos de suborno feitos por corporações a oficiais estrangeiros, pode ser percebida através de outro quadro, que, infelizmente, também apresenta, entre os 15 maiores pagadores de propina (STANFORD LAW SCHOOL, 2021), 2 empresas brasileiras<sup>24</sup>:

24 Interessante notar que em ambos os casos, embora as propinas expressivas pagas pelas empresas brasileiras coloquem as companhias nacionais entre as campeãs em pagamento de suborno, isto não se reverteu em um aumento de receita proporcional para as pagadoras da propina, ao contrário do que se verifica com outras empresas da lista (conforme outro demonstrativo feito pela Escola de Direito de Stanford, disponível em <http://fcpa.stanford.edu/bribe-revenue.html?page=1>). Já quanto ao lucro diretamente gerado pela propina paga, a J&F lucrou U\$ 178,12 milhões, tendo 'investido' U\$ 177,6 milhões em suborno (<http://fcpa.stanford.edu/fcpa-matter-enforcement-actions.html?id=547>). Estes dados permitem cogitar que, em relação à Petrobrás, que não teve nenhum lucro expressivo constatado, os pagamentos tenham sido feitos para outros fins, diversos do próprio benefício empresarial indevido. Já quanto à J&F, o lucro gerado pela propina supera muito pouco o valor pago, autorizando concluir, juntamente com as multas impostas à empresa e aos danos de imagem certamente experimentados, que sequer sob o prisma econômico o pagamento de suborno foi compensatório.

Groups of Related Enforcement Actions	Total Bribery
Goldman Sachs' Involvement in Malaysia and the U.A.E. between 2009 and 2014	\$ 1.607.700.000
Siemens' Involvement in Multiple Countries from 1996 to 2007	\$ 1.400.000.000
Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras' Involvement in Brazil between 2003 and 2012	\$ 1.000.000.000
Gorri'n's Involvement in Venezuela between 2008 and 2017	\$ 1.000.000.000
Multiple Companies' Involvement in Uzbekistan between 2004 and 2012	\$ 866.000.000
Odebrecht and Braskem's Involvement in Multiple Countries from 2001 to 2016	\$ 788.000.000
Mobile Telesystems PJSC's Involvement in Uzbekistan between 2004 and 2012	\$ 420.825.848
Montedison's Involvement in Italy in 1998	\$ 378.000.000
Telia's Involvement in Eurasia between 2007 and 2012	\$ 331.200.000
BAE Systems' Involvement in Czech Republik, Hungary, and Saudi Arabia in 2000	\$ 228.500.000
TSKJ's Involvement in Nigeria from 1994 to 2004	\$ 183.000.000
SBM Offshore's Involvement in Multiple Countries	\$ 180.000.000
J&F Investimentos' Involvement in Brazil between 2005 and 2017	\$ 177.600.000
Ericsson's Involvement in Multiple Countries between 2000 and 2017	\$ 149.950.000
VimpelCom's Involvement in Uzbekistan between 2006 and 2012	\$ 114.000.000

## 6. A cultura do acordo

A forte carga sancionatória, acima explicitada, aliada aos danos de imagem que podem advir do processo de responsabilização têm estimulado as companhias a negociar com as autoridades federais acordos que limitem e acelerem suas punições, dando lugar à chamada 'cultura do acordo' (*Settlement culture*), que tem feito com que pouquíssimos casos investigados sob o FCPA sejam resolvidos pelo Poder Judiciário, situação que dá azo à críticas sobre possível uso exagerado da norma pelas autoridades persecutórias e quanto à falta de clarificação da lei, pouco desafiada nos Tribunais.

As soluções negociadas utilizadas pelo DOJ e SEC, em substituição ao processo litigioso de responsabilidade, são os *Plea Agreements*, os *Deferred Prosecution Agreements* e os *Non-Prosecution Agreements*.

Os *plea agreements*, muito usados em negociações com indivíduos, embora também possam comportar pessoas jurídicas, consistem em negociação direta entre o órgão acusador e o acusado, submetida posteriormente ao Judiciário, que não participa das negociações<sup>25</sup>. No acordo, o investigado assume a culpa por uma infração, em troca do arquivamento das investigações relativas a infrações mais graves.

---

25 "An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions". USA. Federal Rules of Criminal Procedures. Rule n. 11.

Já os *Deferred Prosecution Agreements*, tratam de uma acusação formulada à Corte, acompanhada de um pedido de suspensão do procedimento, para conferir tempo à companhia acusada para, sem assumir formalmente culpa (OECD, 2019, p. 11), demonstrar sua boa conduta. Além do alinhamento da conduta, a companhia se compromete a pagar uma multa, cooperar com as investigações em curso pelo Governo, confessar fatos, renunciar a prazos de prescrição que correriam em seu favor e ingressar em programa de *compliance* e reparação de danos, que pode ser monitorado por terceiro independente. Se os compromissos forem integralmente cumpridos, as acusações são arquivadas e a companhia preserva seus bons antecedentes (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p. 75-76).

Os *Non-Prosecution Agreements*, a seu turno, são muito semelhantes aos *Deferred Prosecution Agreements*, com a diferença de não serem submetidos ao Poder Judiciário (REDIKER, 2015, p. 68).

Neste campo, foi o escândalo financeiro da Companhia Enron, que a levou à falência no início dos anos 2000, que mudou a abordagem do Departamento de Justiça para investigações envolvendo o estatuto anticorrupção. Até então, o órgão federal dispunha de mera opção binária para resolver casos de FCPA: processar ou não processar (KOEHLER, 2015, p. 501-502).

No caso da Enron, o auditor responsável pelas contas da companhia, Arthur Andersen, foi processado e condenado por obstruir a Justiça, ao destruir toneladas de papéis relacionados às investigações. Contudo, em 2005 a Suprema Corte reverteu a condenação. Mas o dano colateral foi enorme e não poderia ser desfeito. Andersen perdeu sua licença de auditor, sua companhia se desmanchou e deixou milhares de pessoas sem emprego.

O "efeito Arthur Andersen", consequências das acusações criminais e das condenações que a seguiram, que terminaram por representar a sentença de morte de uma organização empresarial, fez com que o DOJ reconsiderasse seu proceder.

A partir de então, sem autorização expressa no FCPA, mas com base em parecer emitido pelo Vice Procurador-Geral Larry Thompson, que ficou conhecido como *The Thompson Memo*, o Departamento de Justiça saiu do modo binário, para considerar que, sob certas circunstâncias, "conceder imunidade ou anistia a uma empresa no curso de uma investigação podem ser considerados. Em tais circunstâncias os promotores devem se referir aos princípios que regem os acordos de não persecução em geral"<sup>26</sup>.

---

26 "In some circumstances (...) granting a corporation immunity or amnesty or pretrial diversion may be considered in the course of the government's investigation. In such circumstances, prosecutors should refer to the principles governing nonprosecution agreements generally" (KOEHLER, 2015, p. 502-503).

Desde a edição do memorando, as soluções negociadas passaram a ser a forma predominante de resolver casos de violação ao FCPA. Entre 2004 e 2014, 85% das investigações foi finalizada com uma solução negociada (KOEHLER, 2015, p. 521).

Sob o enfoque do governo dos Estados Unidos, são considerados alguns princípios básicos para decidir entre processar ou negociar com os acusados de violação ao FCPA, tais como a natureza e gravidade da ofensa e seu potencial risco de lesionar o público; o grau de difusão das irregularidades na empresa e o eventual envolvimento de funcionários de alto escalão; o histórico de envolvimento do empreendimento com irregularidades, incluindo as cíveis, criminais e regulatórias; a disposição do investigado em cooperar com a investigação; a efetividade dos instrumentos de *compliance* instituídos pela empresa; a revelação voluntária e tempestiva dos ilícitos empresariais; as medidas instituídas para evitar a repetição de ilícitos; as consequências colaterais do ato, como danos aos acionistas, pensionistas e empregados; e a suficiência de ações legais apenas contra as pessoas físicas responsáveis pelo ilícito (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020, p. 51).

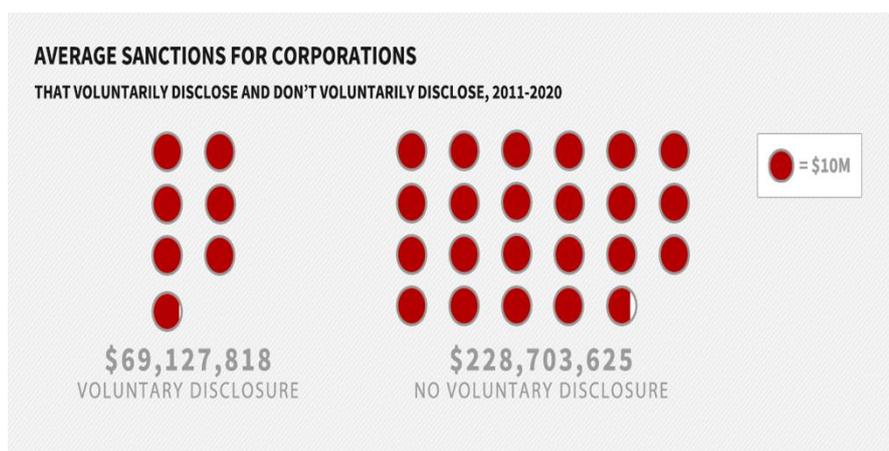
Do ponto de vista do investigado, leva-se em consideração, na decisão de celebrar um acordo ao invés de enfrentar o julgamento, o baixo número de precedentes judiciais sobre o FCPA, decorrente justamente da cultura dos acordos, que impede sejam os casos submetidos às Cortes de Justiça.

Isto faz com que as acusações formuladas pelo DOJ ou SEC carreguem forte grau de insegurança jurídica para o acusado, que não dispõe de parâmetros claros para medir a consistência da acusação. As autoridades federais ficam, assim, com muita discricionariedade ao formular os processos e classificar as condutas apontadas como ilegais (REDIKER, 2015, p. 66-67).

O fato de se poder estipular em acordo penas menores do que as possíveis em uma ação judicial também colabora para a cultura dos acordos. Ainda, a demora de investigações e para o julgamento final do processo acaba trazendo exposição negativa na imprensa, o que deprecia o valor das ações da companhia investigada.

Como resultado, as empresas quase sempre veem a saída negociada como a menos onerosa para encerrar casos abertos sob as previsões do FCPA, o que explica o fato de que todos os casos corporativos de violação ao Estatuto entre 2000 e 2010 foram resolvidos mediante acordos (KOEHLER, 2010, p. 934).

Realmente, a confissão da irregularidade, seguida de negociação com o governo, tem efetivamente levado à imposição de penas pecuniárias menores, como espelha a imagem a seguir (STANFORD LAW SCHOOL, 2021):



Embora muitas acusações sejam formuladas com base no FCPA, parte considerável é apresentada aos acusados sem que os órgãos de controle tenham satisfeito minimamente o ônus de provar a existência de um crime acima de qualquer dúvida razoável<sup>27</sup>. Além disso, nenhum acordo celebrado foi objeto de reprovação por parte do Judiciário (REDIKER, 2015, p. 70).

Tudo isto contribui para exacerbar os poderes acusatórios e fragilizar a posição dos acusados, dando ensejo a críticas sobre uso desvirtuado de tais acusações, que teriam se tornado uma importante fonte de receita para o governo, já que os ingressos têm superado a casa do bilhão por vários anos (GIBSON, DUNN AND CRUTCHER LLP, 2020). Só entre 2009 e 2012, 58 companhias pagaram U\$ 3,74 bilhões em acordos baseados no FCPA (WAYNE, Leslie. 2012).

A discricionariedade alta das autoridades estadunidenses se reflete, também, na sua larga compreensão acerca do alcance extraterritorial do diploma, como ilustra o caso a seguir.

A Diagnostic Products Corporation (DPC), estabelecida e atuante na China, mas subsidiária de matriz sediada nos Estados Unidos, foi acusada de pagar U\$ 1,6 milhão em propinas para médicos e pessoal de laboratório (oficiais estrangeiros) de um hospital estatal chinês. Em troca dos pagamentos, que ocorreram entre 1991 e 2002, o hospital se comprometeu a comprar insumos produzidos pela DPC. Embora todos os fatos tenham ocorrido na China e tenham sido cometidos por empresa lá estabelecida, o Departamento de Justiça se arvorou de competência para acusar, e celebrar acordo, com a companhia, sob alegação de que a subsidiária chinesa teria agido como um ‘agente’ de sua matriz americana, configurando uma “*domestic concern*” (REDIKER, 2015, p. 72).

<sup>27</sup> Embora o standard da dúvida razoável não seja adimplido ao início das conversas com os investigados, já há uma investigação preliminar do DOJ ou da SEC quando a empresa é procurada pelas autoridades. Isto marca importante distinção com o regime no acordo de leniência brasileiro, que requer colaboração espontânea da empresa leniente como condição para a negociação com a Administração.

Esta compreensão alargada do DOJ sobre a jurisdição americana foi desafiada e derrotada em um dos poucos casos levados a julgamento nos Estados Unidos (*The African Sting Case*). Agentes do FBI, se fazendo passar por oficiais do governo do Gabão, instigaram executivos de indústrias do setor de defesa e armamento a participar de um esquema de corrupção. O plano consistia em fazer com que os executivos aceitassem pagar U\$ 1,5 milhão em troca de celebrar contratos de U\$ 15 milhões com o governo do Gabão. No entanto, nenhum oficial do governo do país africano estava realmente envolvido.

Conquanto a maioria dos acusados, que incluía cidadãos britânicos e israelenses, se negasse a firmar acordos com as autoridades federais, o caso acabou sendo levado a julgamento, três no total, todos conduzidos pelo Juiz Federal Richard Leon (U.S. District Court for the District of Columbia).

Nesse julgamento, considerado o primeiro sobre o real alcance da jurisdição do FCPA, um dos acusados, Pankesh Patel, de nacionalidade britânica, impugnou a jurisdição das autoridades americanas, que se baseava no fato de Pankesh pretensamente ter remetido, do Reino Unido para os Estados Unidos um pacote, via correio privado, contendo um contrato de compra relacionado ao suposto esquema de corrupção.

O acusado insistiu na alegação de que não praticara qualquer ato em território americano, tese que foi acolhida pelo Juiz Leon, que entendeu que, sem a prova da prática de um ato ilegal em solo americano, era insuficiente, para fins de definir a competência das autoridades americanas, o simples envio de um prospecto de contrato, por um cidadão britânico, diretor de uma empresa sediada no Reino Unido (KOEHLER, 2011).

Este marco interpretativo, embora relevante, não freou a ânsia por acordos no âmbito do FCPA, realidade ainda corrente e predominante na resolução de casos de corrupção empresarial.

Embora a prática corrente de celebrar acordos para encerrar casos de violação ao FCPA implique em grande retorno financeiro ao erário e importante fonte de elementos de prova contra atos de corrupção, não passa despercebido o fato de que a *culture of settlement* tem autorizado que a linguagem vaga da norma quase não seja desafiada nas Cortes de Justiça, impedindo o aperfeiçoamento da legislação e de sua aplicação, bem como concentrando grande poder no DOJ e na SEC (REDIKER, 2015, p. 76).

A experiência norte-americana de aplicação prevalente na esfera extrajudicial de seu principal estatuto anticorrupção empresarial, e as indagações que isto tem levantado, servem de alerta ao Brasil, que também tem direcionado atenção quase integral para a aplicação da Lei 12.846/2013 em âmbito administrativo.

## 7. Para concluir: FCPA e alguns insights para o microssistema corrupção brasileiro

O FCPA claramente inspirou a edição da Lei Anticorrupção. Neste contexto, algumas aproximações podem ser identificadas e certas comparações podem ser estabelecidas entre as disposições da lei estadunidense e o estatuto brasileiro, assim como com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), cernes do *microssistema anticorrupção* nacional.

No que diz com a Lei de Improbidade, cabe frisar que guarda semelhança fundamental com o FCPA: evitar a corrupção de agente público. A nuance é que o agente visado pela lei estadunidense é de país estrangeiro, enquanto a LIA se ocupa do agente do seu próprio país.

De outro lado, o componente corporativo, no sentido de quem corrompe, traz ponto de identificação entre a Lei Anticorrupção e o FCPA, ambas mirando centralmente nas corporações que deslocam recursos para a corrupção. Isto, claro, sem olvidar que o FCPA, ao contrário da Lei 12.846/2013, também alcança pessoas físicas, conquanto a prática esteja a demonstrar predomínio na penalização de grandes empresas.

Nesta linha, a preocupação das duas leis está em alcançar o motor financeiro da corrupção, as corporações que pagam a propina na busca das vantagens indevidas.

Já quanto a quem recebe o suborno, as leis brasileiras cuidam mais da propina que sai da empresa para o agente público nacional, enquanto o FCPA atenta para o funcionário público estrangeiro; não sendo de se olvidar, entretanto, que a Lei Anticorrupção, ao tutelar a Administração Pública estrangeira, tem um olhar, ainda que reflexo, em agentes de outras nações, no que se aproxima do estatuto norte americano.

Igual modo, ambas têm pretensões extraterritoriais, o FCPA mais atento ao agente público estrangeiro beneficiado com o pagamento indevido e os danos daí decorrentes ao comércio global; enquanto a Lei Anticorrupção centra-se na preservação dos interesses e patrimônio de governos de outros países e de organizações internacionais.

Contudo, a necessidade de que se mostre algum vínculo com o território do país que aplica a norma é ponto comum às duas leis, havendo em ambas a necessidade de provar que o ato lesivo tenha relação com algum empreendimento ou pessoa em território nacional.

Outra distinção que sobressai se refere ao fato de que o FCPA expressamente cuida da corrupção de dirigentes de partidos políticos e de candidatos a cargos eletivos, tendo em conta a potencial influência de tais figuras em esquemas de interesse dos corruptores. Já a Lei 12.846/2013, a seu turno, ao não mencionar expressamente os

partidos políticos, tem sido interpretada no sentido de não os alcançar<sup>28</sup>, uma vez que estes não têm natureza empresarial e já estão sujeitos ao regime especial do Direito Eleitoral, o que revela uma potencial fragilidade no escopo da norma.

Diferença importante está no espectro de proteção. O FCPA projeta responsabilizações de natureza penal, conduzidas pelo Departamento de Justiça; e cíveis, de atribuição do DOJ e da SEC. A Lei Anticorrupção, a seu turno, provoca apenas sanções de natureza civil, sem repercussão na órbita penal, o que cria entrechoques com aquela seara, em especial nos temas dos acordos de leniência e colaboração premiada.

Aliás, a articulação interinstitucional é preocupação e prática constante de DOJ e SEC, o que ainda não se verifica na mesma intensidade entre os órgãos brasileiros com atribuições anticorrupção, situação traduzida pelas dificuldades operacionais para celebrar e fazer valer os acordos de leniência no plano intraestatal.

Também é marcante o regime de estabelecimento da responsabilidade, subjetiva no regime do FCPA e objetiva nos termos da Lei Anticorrupção.

Digna de destaque, ainda, é a cultura do acordo (*settlement culture*) estabelecida no âmbito do FCPA, que tem evitado a revisão judicial de casos investigados sob a norma e, com isto, obstado a maior depuração do significado da lei pelo Judiciário estadunidense.

No Brasil, no que diz com a aplicação da Lei Anticorrupção, caminha-se por trilha semelhante, tendo em vista o predomínio dos acordos de leniência na resolução das controvérsias por ela regidas, o que faz com que a apreciação judicial dos atos lesivos venha se limitando, até esta quadra, à interpretação e alcance de cláusulas dos acordos de leniência.

Por derradeiro, a figura da conspiração, compreendida como ajuste preordenado ao cometimento de atos de corrupção, proscria no FCPA, é ausência sentida na Lei 12.846/2013 e na Lei 8.429/92. Sua instituição poderia desincentivar a formação de cartéis predestinados a lesionar os cofres públicos.

Deste balanço sucinto, sobressai que a Lei Anticorrupção pode estar seguindo o mesmo caminho de baixa sindicabilidade judicial de que se ressente o FCPA, haja vista que muitas investigações são finalizadas por acordo. As contendas apreciadas pelos Tribunais, em grande parte, se restringem a aferir se o que foi negociado está sendo cumprido. Com isto, a aplicação da lei tem ficado a cargo da Administração e do Ministério Público, sem maior revisão pelo Judiciário. Isto tem o lado positivo de abreviar apurações. No entanto, a experiência dos Estados Unidos demonstra que a

---

28 Defendendo a sujeição dos partidos políticos: BATINI e RÉ, 2016. Igual linha segue CARLHOSA, defendendo a sujeição dos partidos políticos à LAC, face à sua natureza jurídica de direito privado (CARVALHOSA, 2015).

falta de revisão judicial do FCPA perpetua a ambiguidade do texto, trazendo grande discricionariedade para quem acusa e pouca segurança para os investigados. Trata-se de um ponto a ser melhor debatido e refletido.

Sob outro enfoque, deve ser destacado que o FCPA ostenta um fator de eficiência decisivo em relação à congênere nacional: ao prever responsabilização cível e penal no mesmo estatuto, e por inspirar cooperação institucional e ação concertada entre DOJ e SEC, consegue aplicação menos custosa que a Lei Anticorrupção, que não contempla a responsabilidade penal e que se depara com conflitos interinstitucionais decorrentes de uma multiplicidade de agências anticorrupção com ação desarticulada. Disto resulta a instauração de investigações paralelas sobre um mesmo caso e sérios desentendimentos sobre o desfecho de um mesmo problema. Há casos em que é preciso celebrar mais de um acordo (de colaboração ou leniência) com os mesmos envolvidos perante autoridades distintas, o que traduz nítido desperdício de esforço, tempo e dinheiro. Esse o ponto essencial a ser enfrentado para o avanço do microsistema anticorrupção.

## 8. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa; LIRA, Laura Fernandes de Lima. *Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.201-224, jan./mar. 2020.
- BARUCH, Hurd. *The foreign corrupt practices act*. Harvard Business Review, Jan. 1979.
- BATINI, Silvana; RÉ, Mônica Campos de. *Responsabilização dos Partidos Políticos*. 2016. Disponível em [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ah-UKEwjt\\_vfKzZ\\_qAhXQc98KHZECC-IQFjABegQI-BRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dezmedidas.mpf.mp.br%2Fapresentacao%2Fartigos%2Fresponsabilizacao-de-partidos-politicos-por-corrupcao-monica-e-silvana.pdf&usg=AOvVaw2YJix6nMttGEdC6XHDVMTR](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ah-UKEwjt_vfKzZ_qAhXQc98KHZECC-IQFjABegQI-BRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dezmedidas.mpf.mp.br%2Fapresentacao%2Fartigos%2Fresponsabilizacao-de-partidos-politicos-por-corrupcao-monica-e-silvana.pdf&usg=AOvVaw2YJix6nMttGEdC6XHDVMTR). Acesso em: 01/07/2020.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2015. Edição em e-book.
- COELHO, Nuno M.M.S; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO*. Revista Jurídica, vol. 01, n°. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017.
- COHEN, Joel M.; HOLLAND, Michael P.; WOLF, Adam P. *Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway?* The Business Lawyer, v. 63, n. 4, p. 1243-1274, ago 2008, p. 1250.

- DIAMANT, Michael S.; SULLIVAN, Christopher W. H; SMITH, Jason H. *FCPA Enforcement Against U.S. and Non-U.S. Companies*. Michigan Business & Entrepreneurial Law Review, Vol. 8, Issue 2, Spring 2019.
- DINO, Nicolao. *A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória*. In A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade, Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Editora JusPodvium, 2015.
- FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.
- FOX, Tom. *J&F FCPA Resolution: Bribery Schemes, Huge Fines, and Lessons Learned for Today's Compliance Professionals*. 2020. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/jf-fcpa-resolution/>. Acesso em: 21/02/2021.
- G20 ANTI-CORRUPTION MINISTERS MEETING. *Ministerial Communiqué*. Saudi Arabia: 22 October 2020. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiDj\\_DhxfPuAhUGLLkGHZGmCPgQFjAAe-gQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fg20.gov.sa%2Fen%2Fmedia%2Fdocuments%2FG20SS\\_Communique\\_Anti-Corruption%2520Ministers%2520Meeting%2520\\_EN.pdf&usg=AOvVaw0hfpRjis6U0VA9HScuvEUR](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiDj_DhxfPuAhUGLLkGHZGmCPgQFjAAe-gQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fg20.gov.sa%2Fen%2Fmedia%2Fdocuments%2FG20SS_Communique_Anti-Corruption%2520Ministers%2520Meeting%2520_EN.pdf&usg=AOvVaw0hfpRjis6U0VA9HScuvEUR). Acesso em: 18/02/2021.
- GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP 2020. *2019 Year-End FCPA Update*. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/2019-year-end-fcpa-update/>. Acesso em: 18/08/2020.
- GONÇALVES, Benedito. *A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública*. In Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.
- INTERNATIONAL TRANSPARENCY. *Exporting Corruption*. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.
- KOEHLER, Mike. *Foreign Lawyers Are Third Parties Too*. FCPA PROFESSOR, 19/08/2020. Disponível em: <https://fcpaprofessor.com/foreign-lawyers-third-parties-2/#more-29588>. Acesso em: 19/08/2020.

- KOEHLER, Mike. *Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*. University of California, Davis. Vol. 49:497, 2015, p. 501-522. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2701836](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701836). Acesso em: 19/08/2020.
- KOEHLER, Mike. *Significant dd-3 Development in Africa Sting Case*. FCPA PROFESSOR, 09/06/2011. Disponível em: <https://www.globalregulatoryenforcementlawblog.com/2011/07/articles/government-investigations/following-jurisdictional-victory-for-uk-citizen-fcpa-africa-sting-case-ends-in-mistrial/>. Acesso em: 18/08/2020.
- KOEHLER, Mike. *The Façade of FCPA Enforcement*. 41 GEO. J. INT'L, L. 907, 2010. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1705517](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705517). Acesso em: 18/08/2020.
- OECD. *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. Ano: 2019. Disponível em: [www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm](http://www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm). Acesso em: 07/12/2020.
- PIMENTA, Raquel de Mattos. *A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO*. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.
- REDIKER, Ezekiel K. *THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE "CULTURE OF SETTLEMENT"*. Seton Hall Legislative Journal, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015.
- RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato*. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle, 2020.
- SPINARDI, Felipe Lauretti; VENTURINI, Otávio. *Improbidade administrativa e restrições ao exercício de direitos políticos: interfaces do Sistema Normativo Brasileiro de Combate à Corrupção (SNBCC)*. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 8, n. 1, p. 50-79, 2021.
- STANFORD LAW SCHOOL. *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP*. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/>. Acesso em: 22/02/2021.
- USA. 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*. 2020.
- USA. Department of Justice. *Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior*. 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpaportuguese>.
- USA. *Federal Rules of Criminal Procedures*. Rule n. 11. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure>. Acesso em: 19/08/2020.

USA. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act*. 2017. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/foreign-corrupt-practices-act.shtml>. Acesso em: 21/02/2021.

USA. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. SEC Charges Novartis AG with FCPA Violations. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-144>. Acesso em: 21/02/2021.

WAYNE, Leslie. *Bribery Case Falls Apart, and Tactics Are Doubted*. The New York Times, 23/02/2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/24/business/fbi-bribery-case-falls-apart-and-raises-questions.html>. Acesso em: 18/08/2020.