

Compliance Anticorrupção: FCPA e UKBA, um breve comparativo, por Arnaldo Quirino de Almeida (Pós-graduado em Criminalidade Econômica, Direito Corporativo & Compliance, pesquisador e autor de artigos sobre Compliance Anticorrupção. São Paulo, Brasil)

Para o que importa às atividades empresariais e principalmente em situações nas quais a sociedade empresária mantenha tratativas, contratos e negócios internacionalizados, ou mesmo tratando-se de pequenos empreendimentos que compõem a cadeia de suprimentos ou são fornecedores contumazes de grandes corporações, tem sido cada vez mais necessário a implementação de boas práticas de governança corporativa, ética e integridade.

Entretanto, como tudo no mundo dos negócios, o discurso das boas intenções já não é suficiente para demonstrar que a organização se porta em conformidade com a lei, com suas orientações internas, que cumpre fielmente as determinações do poder público ou de agências regulamentadoras etc. É imprescindível ir além.

O empresário deve dar concretude às boas intenções e ao seu compromisso com a conformidade. O instrumento que confere forma e método ao comprometimento e eficiência da organização em manter-se em conformidade são os denominados Programas de Compliance (ou Programas de Integridade Corporativa), como correntemente são chamadas mundo afora tais “cartas de intenções de fidelidade à lei e à ordem institucional”.

É importante frisar que, sobretudo quando o mundo contemporâneo descortinou as sociedades empresárias como também capazes que cometer infrações e crimes econômicos e financeiros de toda ordem, praticados em seu nome e interesse, por sócios, associados, dirigentes, empregados e colaboradores externos, em muitas ocasiões utilizando-se de esquemas criminosos complexos e de difícil elucidação, por meio de fraudes contábeis, financeiras, falsificação de documentos, transferência ilícita de capitais para o exterior, lavagem de dinheiro, suborno etc., e, de outro lado, constatou-se que o aparato fiscalizatório e de investigação estatal nem sempre reunia condições para apurar os ilícitos e punir rapidamente e eficientemente a “delinquência empresarial”, então paulatinamente os ordenamentos e legislações em todo o mundo foram aperfeiçoando-se na tentativa de minimizar as cifras negras da impunidade nesse tema.

Pode-se afirmar, seguramente, que “as forças de tensão” que tem provocado a edição de leis modernas e atualização de procedimentos em todos os quadrantes para o combate da “criminalidade empresarial”, principalmente a corrupção transnacional em face de governos e a lavagem de dinheiro (dentre outras formas de abuso e deturpação do “poder empresarial”), tem origem nos organismos de regulação e normatização das relações comerciais internacionais e de direitos humanos, preocupados com a repercussão negativa da evasão de recursos públicos decorrentes daqueles delitos, que de um modo ou de outro retiram grandes quantias das economias e dos orçamentos governamentais, cujos valores poderiam estar sendo destinados à modernização de infraestruturas dos Estados e dos serviços públicos os mais variados destinados à população em geral e, por certo, ao cidadão mais carente.

Na perspectiva dos direitos humanos, a delinquência econômica bate forte no problema da desigualdade social e dificuldade dos governos para implementação de uma melhor política de distribuição de renda.

Foi nessa direção que surgiram as convenções, tratados e leis internacionais com o propósito de responsabilizar as sociedades empresárias (pessoas jurídicas) por atos lesivos - corrupção, suborno e fraudes - praticados em face da administração pública nacional e transnacional ou mesmo pelo cometimento de diversos crimes econômicos e financeiros (inclusive a lavagem de dinheiro).

Por óbvio, o modelo de responsabilização varia de país para país. Todavia, no geral, os sistemas de responsabilização partem de uma mesma matriz normativa ditada internacionalmente e alcança não somente a empresa, mas seus dirigentes e representantes legais ou mesmo terceiros associados à pessoa jurídica.

As mais importantes são a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003.

Além destas convenções, devido a importância econômica e política no cenário mundial, também as leis anticorrupção americana (FCPA – Foreign Corrupt Practices Act) e britânica (UK Bribery Act) tem influenciado sobremaneira os textos legislativos que são editados em diversos países.

O FCPA – Foreign Corrupt Practices Act (EUA, 1997) prevê sanções a pessoas físicas e jurídicas norte-americanas, ou mesmo empresas estrangeiras que tenham negócios ou conexões com os EUA, pela prática de atos de corrupção dentro ou fora do território americano.

Suas principais características são: a) pune a oferta e promessa de pagamentos ou vantagens ilícitas a *funcionários públicos estrangeiros*; b) pune a *ausência de livros e registros contábeis adequados e controles internos de todo e qualquer pagamento feito por empresas (americanas ou não) listadas na bolsa de valores dos EUA*; c) a corrupção privada e de funcionários públicos nacionais não é tratada pelo FCPA; d) prevê sanções cíveis e criminais (pessoas físicas e jurídicas); e) *permite, sob certas circunstâncias, pagamentos de facilitação* (sem qualquer intuito de corromper); f) prevê a responsabilidade penal subjetiva da pessoa jurídica - vicarial - (que, de regra, decorre da própria intenção de corromper do órgão ou pessoa física que atua em seu nome e interesse; todavia, por não apurar rigorosamente uma "conduta ou culpa própria" da pessoa jurídica, pode-se entender que, na verdade, trata-se de caso de "responsabilidade penal objetiva"); g) a responsabilidade civil é objetiva, ou seja, é suficiente a prova de que os registros são imprecisos ou os controles inadequados; h) *prevê sanções que incluem ações civis contra diretores, acionistas, funcionários e agentes que cometerem atos de suborno ou corrupção*; i) *alcança dirigentes, empregados, terceiros, despachantes, agentes, intermediários ou, de modo, geral, partes associadas*, assim consideradas aquelas que atuam em nome e no interesse da pessoa jurídica.

Segundo previsão do FCPA, é possível que a organização ou sociedade empresária seja processada conjuntamente ou não com seus dirigentes, sócios e empregados. Atualmente há séria orientação do Departamento de Justiça americano (DOJ) para responsabilizar criminalmente, concomitantemente, pessoas jurídicas e físicas envolvidas em conexão com o mesmo ilícito, situação que deve sempre colocar em alerta os empresários menos desavisados, que podem ser surpreendidos com investigação ou mesmo serem presos, sempre que atuarem em nome e no interesse da organização e, nessa condição, infringirem a lei anticorrupção americana.

A norma anticorrupção americana considera indício suficiente do cometimento do crime de corrupção transnacional em seu território simplesmente a comprovação da existência de mensagens trocadas por correio eletrônico (e-mail), conversas telefônicas e de outra espécie qualquer, ou a prova de que uma transação comercial ou financeira se realizou por meio de uma organização dos EUA.

Esse conceito amplo de território está amparado inclusive no modelo de regulação proposto pela OCDE e, no caso do FCPA, autoriza que sejam processados americanos, residentes, e empresas ou entidades que mantenham sede ou domicílio naquele país, quando demonstrado que praticaram atos de corrupção mesmo fora dos EUA e, ressalte-se, ainda que a conduta não tenha se concretizado nos limites do seu

território. Estas são, ademais, diretrizes formalmente reconhecidas pelo DOJ e pela SEC (<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance>).

São outras características do FCPA: pune o pagamento de quantias a partidos políticos e candidatos; o financiamento ilegal de campanhas políticas e de candidatos é comparável à corrupção; é possível que as autoridades norte-americanas imponham à organização infratora o dever de proceder à investigação interna, com resultados apresentados ao processo que tenha sido instaurado no âmbito do DOJ ou SEC.

O UK Bribery Act (Reino Unido, 2010) prevê medidas de combate à *corrupção ativa de agentes públicos ou privados*, à *corrupção passiva dos agentes públicos e privados*, à *corrupção dos agentes públicos estrangeiros* e às *falhas existentes nas pessoas jurídicas no tocante à prevenção de atos de corrupção*. Tem como principais características: a) pune a oferta, promessa, recebimento ou aceitação de pagamentos ou vantagens ilícitas a funcionários públicos locais e estrangeiros; b) prevê sanções criminais (pessoas físicas e jurídicas); c) *pune criminalmente a pessoa jurídica pela falha na prevenção da corrupção ou suborno e também pelo crime de corrupção*; d) *não há crime específico somente pela ausência ou irregularidades nos livros e registros contábeis*; e) *pune a corrupção privada (estrangeira e local)*; f) *não admite pagamentos de facilitação*; g) *prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela falha na prevenção da corrupção*; h) *também aplica-se aos dirigentes, empregados, terceiros, despachantes, agentes, intermediários e partes associadas*.

Seguindo a metodologia do FCPA e da Convenção da OCDE, estão sujeitas às penas do Bribery Act as empresas incorporadas no Reino Unido ou nacionais do Reino Unido, assim como também a companhias estrangeiras que tenham negócios no Reino Unido (nas transações que ocorram dentro ou fora deste território). Interessante notar que a UK Bribery Act considera crime a conduta da empresa que falha em evitar a corrupção. Trata-se do “déficit organizacional”: defeito ou ineficiência da empresa em promover programas de compliance ou criar instrumentos de controle, prevenção e avaliação de riscos de corrupção e fraudes praticadas contra a administração pública (nacional ou estrangeira) que, pela sua ausência ou ineficácia, possam ocasionar ou facilitar o cometimento das ilicitudes referidas.

Uma outra norma importante que precisa ser mencionada é Lei Sarbanes-Oxley (SOx) de 2002, que também obriga ao seu cumprimento toda e qualquer organização que tenha ações ou títulos negociados nos Estados Unidos e cuja competência para sua aplicação é da Comissão de Valores Mobiliários americana (SEC).

A Lei Sarbanes-Oxley foi editada para melhor regular o mercado de capitais e o sistema financeiro americanos, estabelecendo sanções civis e pena de prisão. Seus pilares estão baseados em controle interno e eficiência na formulação e divulgação de relatórios financeiros e contábeis, com incremento significativo da transparência nos negócios, fidedignidade e confiabilidade das informações e balanços divulgados pelas empresas (supondo, portanto, que as organizações devem preocupar-se em ampliar seu sistema de Compliance para além do Compliance Anticorrupção).

A afirmação quanto à atenção que o empresário deve ter em relação às disposições legais anticorrupção ou antifraude ganha relevo quando se observam casos noticiados pela imprensa, nacional e internacional, em que altos dirigentes de empresas renomadas foram detidos por envolvimento em esquemas criminosos.

No Brasil, por exemplo, ganhou repercussão internacional um dos maiores escândalos de corrupção e fraude empresarial, a denominada “Operação Lava Jato”, uma grande investigação policial e persecução penal para o combate à corrupção e lavagem de dinheiro, que teve início nos primeiros meses do ano de 2014, com prisão de políticos e empresários acusados de participação em desvios de valores, malversação

de dinheiro público e fraudes as mais variadas em contratos com a estatal brasileira Petrobrás e suas subsidiárias.

Esse caso merece destaque, pois, além do desdobramento que teve e continua tendo em nível nacional, a Petrobrás e outra grande empresa do grupo possuem negócios mundialmente, ações e títulos ofertados notadamente na Bolsa de Valores dos EUA, logo, as empresas foram alvo de investigação também pelo Departamento de Justiça americano (DOJ) e pela Comissão de Valores Mobiliários americana (SEC), por ilícitos decorrentes também da Operação Lava Jato em território estadunidense.

Fato é que, apesar dos acordos bilionários firmados pelas empresas com o DOJ e a SEC para o encerramento das investigações (amplamente noticiados na imprensa), os efeitos não alcançam automaticamente seus gestores e dirigentes que continuam sujeitos à FCPA e à SOX, pelas infrações antes mencionadas, ou seja, a responsabilidade civil, administrativa e penal das organizações é independente da responsabilidade da pessoa física, se houver.

De modo que, o encerramento de investigações ou de processos em relação às empresas nos acordos firmados não significa isenção de culpa dos dirigentes que praticaram crimes em nome e no interesse das organizações.

Daí que, é sempre preciso redobrada atenção do empresário ou da alta direção para não ser colhido de surpresa por falta de orientação ou informação insuficiente acerca dos meandros não somente da legislação anticorrupção local, mas também estrangeira, quando couber.

A advertência é pertinente. Não é incomum casos nos quais empresários e dirigentes sejam encarcerados em território americano porque desatenderam, por exemplo, normas de registros contábeis e relatórios financeiros que visam coibir a prática de crimes econômicos, corrupção e lavagem de dinheiro, por meio de falsificação de livros ou emissão de certificações falsas destinadas às autoridades americanas reguladoras e à SEC (aqui a imprensa também reporta casos já ocorridos), visto que, embora na atualidade o discurso esteja centrado no combate e prevenção à corrupção e à lavagem de dinheiro, por influência reflexa destes crimes, também estão sendo dirigidos esforços para a repressão de crimes econômicos, fraudes financeiras e contábeis.

Uma outra observação igualmente relevante: na esfera de atuação empresarial, uma conduta sem qualquer relevância criminal em um país, em outro pode perfeitamente ser considerada crime, como no caso mencionado de irregularidades em registros contábeis ou financeiros, ou do denominado “pagamento de facilitação” (para “agilização de procedimentos” que em alguns países é permitido, mas em outros é considerado um ato de suborno ou corrupção).

As penas de prisão e multas são graves e há ainda a obrigação de indenizar integralmente o dano causado à vítima do ilícito ou ao poder público. Por isso, nestas questões, vale o ditado: “é melhor sempre prevenir do que remediar”.

Por derradeiro, para o desiderato de elucidar mais amplamente as iniciativas e boas práticas de Governança Corporativa, Compliance e medidas anticorrupção exigidas pela **FCPA** e **UKBA**, é imprescindível se apropriar das características e do conteúdo essencial da Lei Sarbanes-Oxley, por sua aderência aos princípios e pressupostos daquelas normas de combate à corrupção transnacional.

Mas porque é tão importante ao empresário e à sociedade empresária que tenha títulos ou ações listadas na bolsa de valores dos Estados Unidos, realize negócios transnacionais ou mantenha relações com o setor financeiro e do mercado de capitais em território americano, que esteja em conformidade com a Lei Sarbanes-Oxley (SOx)?

A resposta é quase elementar. Como mencionamos antes, nestas condições a organização e seus empresários também estarão submetidos às imposições da SOx. Daí

decorre a advertência que é imprescindível conhecer as suas particularidades na comparação com a legislação do país de origem da sociedade empresária, que poderá ser menos rigorosa que a norma americana.

De modo geral a lei impõe responsabilidade direta aos gestores e à alta direção da organização por práticas contábeis e relatórios financeiros e contábeis, não pactuando com qualquer sorte de alegação de desconhecimento sobre os registros e apontamentos fiscais, ou tentativa de transferência de responsabilidade à terceiros ou auxiliares técnicos.

No âmbito da SOx (como também na FCPA), não há margem para a alta direção que pretenda promover a transferência de responsabilidade exclusiva para empregados e colaboradores pelo cumprimento das exigências contábeis e financeiras, pois os altos executivos é que devem certificar as contas e registros e demonstrativos contábeis de suas empresas: são responsáveis por conhecer o conteúdo e qualidade das informações mais relevantes apresentadas às autoridades e ao mercado de modo geral.

A SOx expressamente atribui responsabilidades a conselheiros, diretores executivos e financeiros, auditores, analistas de mercado e até mesmo advogados que mantem vínculo de trabalho e assessoramento com organizações de capital aberto, os quais devem informar à SEC violações à legislação cometidas pelos administradores.

A SOx impõe regras mandatórias claras de governança corporativa, ética nos negócios e sobre gestão de riscos e controles internos (que pode ter por base a normatização publicada pelo COSO – Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, denominada *Internal Control: integrated framework* – Controles Internos: um modelo integrado), notadamente em relação à exatidão, transparência e publicidade de relatórios financeiros, sujeitando os infratores, pessoas físicas e jurídicas, à graves sanções administrativa, cíveis e criminais (pena que pode ser de até 20 anos de prisão e multa que pode alcançar o patamar de até US\$ 5 milhões).

Note-se uma vez mais, a SOx aplica-se não somente às organizações americanas ou unidades de negócios fora dos EUA. A Lei deve obrigatoriamente ser cumprida por organizações estrangeiras que tem títulos e ações negociados na bolsa de valores e mercado de capitais americanos.

As principais seções (artigos) da SOx tratam dos seguintes temas: **Comissão de supervisão das empresas de auditoria** – seções 101 a 109; - **Independência do auditor**: seções 201 a 209; **Responsabilidade das sociedades de capital aberto**: seções 301 a 308; **Demonstrações financeiras aperfeiçoadas**: seções 401 a 409; **Conflitos de interesse dos analistas**: seção 501; **Recursos e autoridade da comissão**: seções 601 a 604; **Responsabilidade por crimes de fraudes nas empresas**: seções 701 a 705; **Penas por crimes de colarinho branco**: seções 901 a 906; **Fraude das empresas e responsabilidade**: seções 1101 a 1107.

Como se vê, seja por imposição de organismos internacionais, da legislação, ou devido a mudança de mentalidade do mercado e ao maior comprometimento que se tem notado no meio empresarial com a cultura pela ética e de integridade, o caminho é um somente: a concretização de boas ações na realização de negócios e de uma administração empresarial correta por meio da implementação de governança corporativa de qualidade, associada a existência de um sistema de Compliance efetivamente capaz de mitigar riscos de que sejam praticados atos de corrupção ou suborno e fraudes de toda sorte, a pretexto do regular exercício da atividade empresarial.