

DISCIPLINA: PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO

PROFESSOR DOUTOR VINICIUS MARQUES DE CARVALHO

PROFESSOR CONVIDADO CAIO FARAH RODRIGUEZ

AULA 7 - Combate à corrupção no direito comparado. O Foreign Corrupt Practices Act, o UK Bribery Act e as orientações da OCDE (01/10).

CINTIA DA COSTA ROSA

Leitura Obrigatória:

HUNTER, S. G. A Comparative Analysis of the FCPA and the UK Bribery Act, and the Practical Implications of Both on International Business. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2011, vol. 18:1, pp. 89 – 113.

ROSE-ACKERMAN, Susan, “Introduction: the Role of International Actors in Fighting Corruption”, in Rose-Ackerman, Susan; Carrington, Paul D. *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* Carolina Academic Press (2013), Chapter 1 (pp. 3-38)

Leitura Complementar:

BRAGA, S. L., CONNIFF, C. P., POPOFSKY, M. S. The Anticorruption and Antitrust Interface. *CPI Antitrust Chronicle*, February 2012.

QC, J. F. Overview of the UK Bribery Act. In *Temas de Anticorrupção e Compliance*.

* * *

ARTIGO DE REAÇÃO

O norte-americano *Foreign Corrupt Practice Act* (“FCPA”) marca a inauguração de uma nova estrutura de combate à corrupção. Promulgado em 19 de dezembro de 1977, o FCPA foi o resultado de uma extensa investigação promovida pela *Securities and Exchange Commission*

(“SEC”) sobre contribuições eleitorais ilegais à campanha presidencial para a reeleição de Richard Nixon, também conhecida como “Caso Watergate”.

Em linhas gerais, o FCPA fornece um conjunto de disposições anticorrupção e contábeis, com o objetivo de coibir atos de corrupção em favor de agentes públicos estrangeiros para se obter ou manter negócios.¹ A SEC e o *Department of Justice* (“DOJ”) são as autoridades competentes para a aplicação do FCPA. O DOJ exerce a competência criminal. Já a competência civil, é exercida preponderantemente pela SEC. Ambas as entidades possuem uma estrutura própria especificamente dedicada às violações do FCPA.²

Conforme pontuado por HUNTER (2013), outro agente que desempenha papel fundamental no cenário anticorrupção internacional é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”). Em 17 de dezembro de 1997, a OCDE promulgou a *Anti-Bribery Convention*, criando parâmetros de criminalização ao pagamento de propina a agentes públicos estrangeiros. Adicionalmente, a OCDE também monitora e avalia a aplicação, a efetividade e os resultados das medidas anticorrupção adotadas pelos países signatários.

Exemplo notável da atuação da OCDE é o *U.K. Bribery Act* (“Bribery Act”), promulgado em 8 de abril de 2010, após diversas e rigorosas críticas da OCDE ao Reino Unido em razão de sua falha no cumprimento da *Anti-Bribery Convention*, a qual aderiu em 1998. Denominado como o “FCPA com esteroides”, o Bribery Act abrange a corrupção tanto em âmbito doméstico como internacional. Ainda, diferentemente do FCPA, o Bribery Act se aplica não somente à corrupção de agentes públicos, mas também à corrupção privada, ambas em suas expressões ativa e passiva. A aplicação do Bribery Act cabe ao *Serious Fraud Office* (SFO) (QC).

Delineadas as linhas gerais e o histórico dessas legislações, podemos passar à análise dos impactos de sua aplicação no cenário atual, traçando um paralelo com casos recentes envolvendo o Brasil.

¹ Conforme FCPA Guide: the FCPA contains both anti-bribery and accounting provisions. The anti-bribery provisions prohibit U.S. persons and businesses (domestic concerns), U.S. and foreign public companies listed on stock exchanges in the United States or which are required to file periodic reports with the Securities and Exchange Commission (issuers), and certain foreign persons and businesses acting while in the territory of the United States (territorial jurisdiction) from making corrupt payments to foreign officials to obtain or retain business. p. 2. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

BRAGA, CONNIFF e POPOFSKY (2012), apresentam a interessante interface entre casos anticorrupção e concorrenciais no cenário norte-americano. Diferentemente das ofensas de corrupção, tratadas pela FCPA, as ofensas concorrenciais, tais como fixação de preço, conluio em licitações públicas e prática de cartel, são analisadas à luz do *Sherman Act*.

Condutas de corrupção e concorrenciais tem em comum aspectos como potencial extensão extraterritorial da conduta, sujeição a sanções civis e penais, incentivo ao *self-reporting* de seus agentes e a exposição ao ajuizamento de ações coletivas. BRAGA, CONNIFF e POPOFSKY (2012) propõem que uma conduta de corrupção pode facilitar uma violação concorrencial e vice-versa – além da conduta poder, ao mesmo tempo, representar uma ofensa anticorrupção e concorrencial –, indicando o papel das investigações (públicas e privadas) na condução desse resultado.

Com a Operação Lava-Jato, tornaram-se públicos diversos casos de atos de corrupção com efeitos multijurisdicionais, o que demandou a cooperação entre autoridades brasileiras e estrangeiras. Dentre os casos paradigmáticos, destacaram-se a cooperação entre DOJ, SEC e autoridades brasileiras nas investigações dos casos da Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”), da Eletrobras – Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (“Eletrobras”) e da Construtora Norberto Odebrecht S.A. (Odebrecht). Nos três casos, as empresas se sujeitavam tanto à legislação brasileira quanto ao FCPA, por estarem listadas na Bolsa de Nova York (“NYSE”) ou terem negócios nos Estados Unidos – e, por isso, consideradas *issuers* ou agentes passíveis ao FCPA.

Diante da dimensão dos casos supramencionados, vale fazer um recorte no caso da Eletrobras para análise. Baseando-se nas investigações na Petrobras, a Eletrobras se apresentou voluntariamente ao DOJ e à SEC após delações premiadas indicarem que havia um esquema de corrupção nos projetos da empresa, dentre os quais estaria o projeto para a construção da Usina Termonuclear de Angra 3, conduzida pela sua subsidiária, a Eletrobrás Termonuclear S.A. – Eletronuclear (“Eletronuclear”). Ademais, a Eletrobras também era ré em uma *class action* nos Estados Unidos, em razão das perdas dos acionistas decorrentes da desvalorização das ações da companhia na NYSE.³

³ Conforme arquivamento do Form 20-F, apresentado pela Eletrobras à SEC em 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://eletrobras.com/en/ri/DemonstracoesFinanceiras/20-F%202017%20-%20Amendment%201.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

A Eletrobras conduziu uma investigação interna na Eletronuclear e concluiu que houve a prática de cartel entre as construtoras na licitação para o contrato de montagem eletromecânica e pagamento de propina relacionado aos aditamentos do contrato de construção civil. Nesse caso, contudo, verifica-se que, embora os agentes envolvidos no cartel e no pagamento de propina sejam em parte coincidentes, as condutas são diversas e foi a investigação da conduta de cartel levou aos fatos que possibilitaram a identificação dos atos de corrupção. Após a conclusão da investigação interna, o DOJ declarou que não processará a Eletrobras, em razão da cooperação da empresa ter demonstrado que não houve envolvimento da alta direção da empresa nas condutas ilícitas.⁴

Interessante notar que, além de reforçar o diálogo e cooperação entre os países para a construção de um ambiente anticorrupção global, esses casos promovem uma espécie de *regulation by enforcement* transversal, com a introdução no cenário brasileiro de institutos típicos a outras legislações, conforme podemos verificar com as recentes imposições de monitorias, sanção não prevista na Lei n. 12.846/2013, por exemplo.

Ainda, vale destacar o papel dos programas de compliance que, embora tenham sua efetividade questionada na construção de um ambiente ético, exercem papel extremamente relevante na condenação e eventual cálculo de multa tanto na Lei n.12.846/2013, quanto no FCPA e no Bribery Act.

* * *

⁴ Comunicado ao Mercado de 13 de agosto de 2013. Disponível em: <http://eletrobras.com/pt/ri/ComunidadeFatos/Comunicado%20ao%20Mercado%20-%202013.08.18%20-%20Hogan%20Lovells%20USDOJ.pdf#search=hogan%20lovells>. Acesso em 25 de setembro de 2018.