

**Trench  
Rossi  
Watanabe.**

**ATUALIZAÇÃO DO GUIA DE  
CONSULTA DA LEGISLAÇÃO  
ANTICORRUPÇÃO  
DOS ESTADOS UNIDOS**

[trenchrossi.com](http://trenchrossi.com)

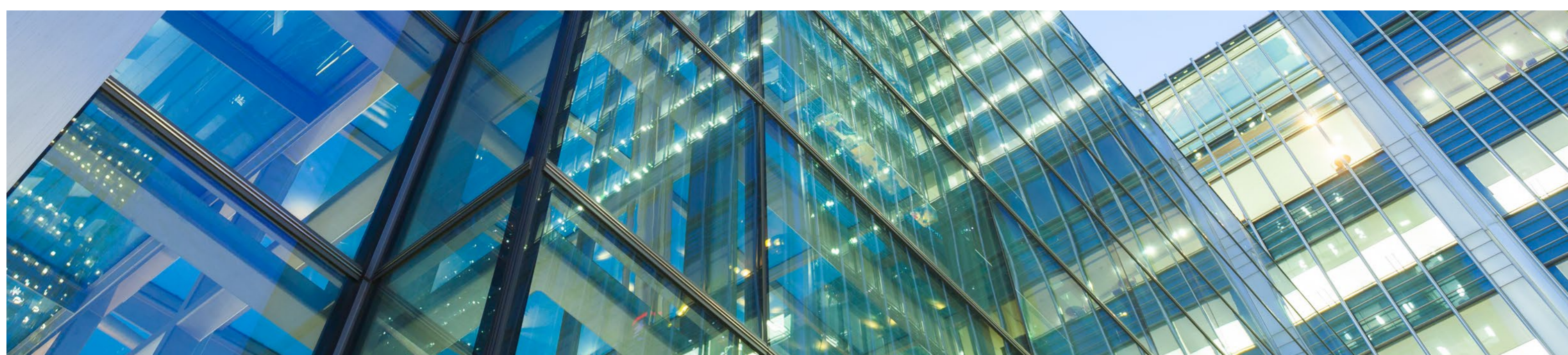


O DOJ (Department of Justice) e a SEC (Securities and Exchange Commission) publicaram recentemente, no dia **03 de julho de 2020**, a segunda atualização do guia de consulta sobre a legislação anticorrupção dos Estados Unidos - Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA"). O documento, apesar da natureza não vinculante, é uma referência internacional a respeito da aplicação da FCPA, pelo DOJ e a SEC, seja no âmbito dos casos submetidos ao poder judiciário, nas tratativas para a negociação dos acordos de resolução, assim como nas hipóteses de investigações conduzidas pelas autoridades governamentais.

O referido guia compila diversas informações e a análise de casos relacionados a corrupção, servindo como um manual para as empresas e indivíduos que realizam transações internacionais sujeitas a jurisdição das autoridades norte-americanas. Apesar das limitações à atuação extraterritorial das agências, é importante ressaltar que uma das marcas da legislação anticorrupção dos Estados Unidos é justamente permitir que as pessoas (físicas ou jurídicas) sejam punidas por atos que não tenham sido praticados em solo norte-americano.

A atualização encontra a sua justificativa diante da evolução, especialmente na última década, das diretrizes fixadas pelas duas autoridades de enforcement da lei e do aprimoramento das técnicas de prevenção, detecção e resposta às infrações econômicas - incluindo a adoção dos programas de compliance corporativos, o aumento na cooperação das empresas com o setor público através do compartilhamento dos resultados de suas investigações internas, o esforço e a cooperação das autoridades internacionais em prol do combate a corrupção, bem como as estratégias de coordenação sancionatória ("anti-pilling on Policy") para evitar a multiplicidade punitiva.

Neste sentido, diante da relevância atribuída ao guia e considerando o cenário de crescimento dos casos de corrupção no contexto da pandemia, objeto de preocupação expressa pela OCDE, analisamos os principais pontos tratados na nova versão e elaboramos um resumo que será apresentado a seguir:



### **Alcance extraterritorial da norma**

As autoridades reforçam, através da segunda edição do guia, a sua competência para punir empresas e indivíduos, ainda que o ato tenha sido praticado fora dos Estados Unidos. Também chamada de jurisdição alternativa, permite as autoridades, como o DOJ e a SEC, processarem aqueles atos praticados integralmente em outro país – fruto das emendas legislativas realizadas na década de 90 e que ampliaram consideravelmente a capacidade sancionatória do governo norte-americano.

### **Subornar não apenas para ganhar ou reter contratos**

O guia apresenta outras hipóteses para avaliar o "teste da finalidade do negócio", ou em inglês "the business purpose test", interpretado amplamente pelo judiciário norte americano para considerar aqueles atos violadores da legislação que tenham a intenção de não apenas obter ou reter um contrato, mas também:

- i) influenciar o processo de compras públicas;
- ii) afastar a aplicação das regras destinadas à importação de bens;
- iii) evitar o pagamento de tributos;
- iv) conseguir tratamento diferenciado em processos judiciais ou administrativos;
- v) ser beneficiado indevidamente em decorrência da aprovação de alguma medida legislativa.

### **Brindes, presentes e hospitalidades**

Apesar da prática de corrupção baseada no pagamento de vantagens indevidas à agentes públicos através do custeio de despesas de viagens extravagantes parecer estar superada, as autoridades reforçam no guia a preocupação em relação as novas estratégias criminosas voltadas para corromper autoridades do governo.

A nova versão traz alguns exemplos, um deles de uma empresa asiática que contratou e promoveu parentes de agentes públicos, como forma de obter contratos com a Administração Pública local. As autoridades dos Estados Unidos chamam ainda a atenção para a indústria farmacêutica, especialmente no que tange a realização de doações de caridades e a promoção de produtos médicos, cujo risco de corrupção deve ser considerado.

### **Definição de funcionário estrangeiro**

O conceito de funcionário estrangeiro, para os fins de aplicação da FCPA, é bastante amplo e leva em consideração quaisquer vínculos que uma pessoa pode ter com a Administração Pública, incluindo aquelas entidades cujo o Estado seja detentor de parcela do capital, assim como organizações internacionais. O documento ressalva a questão da forma de organização administrativa que cada país poderá adotar, fator que deverá ser considerado quando da avaliação de incidência da norma.

### **Due Diligence anticorrupção em transações de M&A**

Tanto o DOJ quanto a SEC destacam a importância de as empresas conduzirem diligências prévias as operações de fusão e aquisição, especialmente quando a compradora possui um programa de compliance estabelecido e trabalha para incorporar a sua cultura de integridade à estrutura de governança corporativa da empresa adquirida.

Nas hipóteses em que não for possível realizar a diligência anticorrupção previamente a transação de M&A, as autoridades reforçam que irão avaliar o processo estabelecido pela empresa compradora para integrar o seu programa de compliance à empresa adquirida. De todo modo, sempre que for identificada a prática de infrações econômicas, a empresa precisa responder prontamente, avaliando eventualmente a necessidade de compartilhar evidências com as autoridades e comunicar espontaneamente os fatos – demonstrando boa fé e interesse de cooperar com as investigações desde o início.

### **Disposições contábeis e de controles internos**

O documento provoca uma importante reflexão sobre a integração dos programas de compliance aos diversos sistemas da organização, em especial o financeiro e o contábil, que devem ser elaborados e revisados com base em avaliações de riscos. São citados exemplos de condutas criminosas pautadas na fraude contábil e na omissão de informações relevantes em relatórios divulgados ao público externo.

## Evolução das políticas e estratégias de enforcement

Desde a virada do século, no contexto do "mundo pós Enron", o DOJ vêm implementando políticas internas para orientar a atuação dos seus membros na persecução de crimes econômicos. Neste sentido, o documento menciona algumas políticas divulgadas a partir dos anos 2000 e que são fundamentais para compreender a estratégia adotada pelo promotores norte-americanos, tais como:

- i) Evaluation of Corporate Compliance Programs;
- ii) Corporate Enforcement Policy;
- iii) Selection of Monitors in Criminal Division Matters; e
- iv) Coordination of Corporate Resolution Penalties.

## Monitoria Externa

A utilização de monitores externos para avaliar e supervisionar o cumprimento das obrigações assumidas em acordos de resolução por empresas recebeu um tratamento especial pelas autoridades norte-americanas. Considerando os custos envolvidos e a eficácia da medida adotada, as autoridades estabeleceram certos critérios limitadores para a adoção deste tipo de controle pelo Estado, que não devem ser utilizados como um instrumento adicional de punição. Para tanto, as autoridades deverão avaliar os benefícios potenciais para a empresa, seus colaboradores e a sociedade, assim como o impacto que esta medida pode provocar na organização.

## Efetividade dos programas de compliance

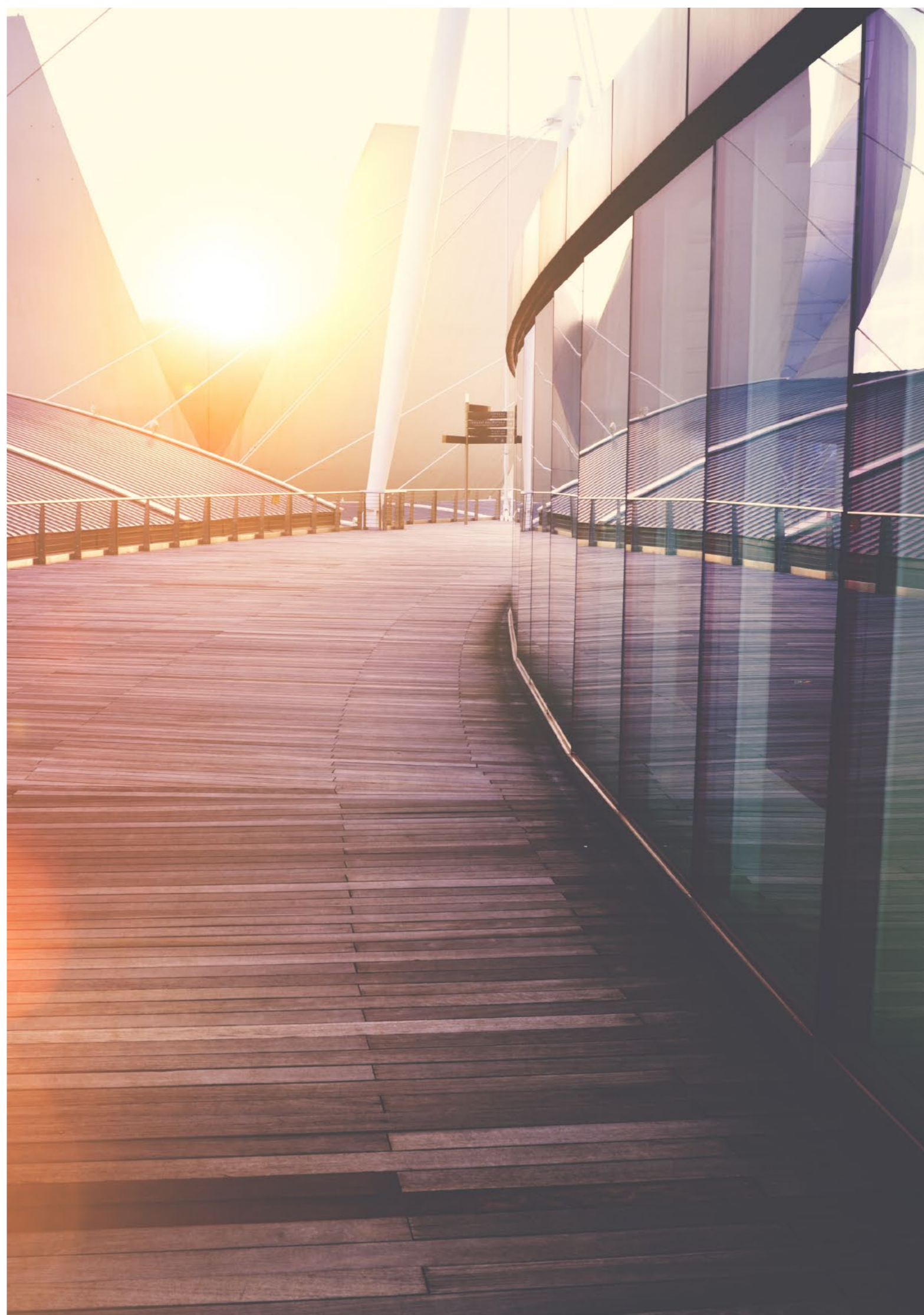
Os critérios de avaliação dos programas de compliance corporativos adotados pelas autoridades de enforcement dos Estados Unidos passaram a ficar mais claros com a publicação do "Evaluation of corporate compliance program". Com a divulgação da segunda edição do guia sobre FCPA, reforçam-se tais parâmetros de avaliação que em resumo procuram avaliar três aspectos fundamentais:

- i) Se o programa foi desenvolvido adequadamente;
- ii) Se tem sido aplicado de boa fé, destinando os recursos necessários e conferindo os poderes suficientes para o responsável pela sua gestão; e
- iii) Se o programa funciona na prática, ou seja, se existem evidência da sua finalidade preventiva na prática;

## Responsabilização de empresas controladoras por atos praticados por agentes de empresa subsidiária

O guia apresenta as situações em que uma empresa controladora pode ser responsabilizada por atos praticados por agentes de uma subsidiária sua. A controladora poderá ser responsabilizada sempre que for provada a sua participação, direta ou indiretamente, ou a sua influência/direção para a ocorrência do ato ilegal. A responsabilidade da controladora decorre da aplicação da teoria da agência, onde a sua característica principal é o controle. Ou seja, as autoridades avaliam se a relação entre a controladora e sua subsidiária, no contexto específico de uma transação ou no âmbito geral, é sustentada pelo conhecimento e a direção das ações executadas pelos agentes da subsidiária - fazendo com que a subsidiária seja reconhecida com agente da controladora.

Além disso, considerando a aplicação da responsabilidade vicariante, nos Estados Unidos, os atos ilegais de suborno praticados pelos agentes da empresa, em seu benefício e interesse, no escopo da função e dos poderes conferidos ao agente, podem gerar a sua responsabilização.



# Contatos

## **Heloisa Uelze**

Sócia  
+ 55 11 3048 6818  
heloisa.uelze@trenchrossi.com

## **Felipe Noronha Ferenzini**

Sócio  
+ 55 11 3048 6575  
felipe.ferenzini@trenchrossi.com

## **Marlos Gomes**

+55 21 2206 4938  
Associado Sênior  
marlos.gomes@trenchrossi.com

## **Fernanda Casagrande**

Associada Sênior  
+55 11 3048 6773  
fernanda.casagrande@trenchrossi.com

# Sobre Trench Rossi Watanabe

Considerado um dos maiores escritórios de advocacia do Brasil, Trench Rossi Watanabe possui uma atuação abrangente e conceituada, com excelência em todas as áreas do direito. Fundado em 1959, o escritório oferece serviços legais para clientes nacionais e internacionais, dos mais diversos mercados, colaborando no gerenciamento de seus negócios de maneira ética e eficiente. Por meio da cooperação estratégica com Baker McKenzie, Trench Rossi Watanabe oferece aos seus clientes acesso a uma perspectiva global, com uma das maiores e mais sólidas redes de escritórios de advocacia do mundo.

Visite [trenchrossi.com](http://trenchrossi.com) para saber mais  
ou envie um e-mail para [contato@trenchrossi.com](mailto:contato@trenchrossi.com)

---

São Paulo  
Rua Arq. Olavo Redig de Campos, 105 - 3º andar  
Edifício EZ Towers Torre A - 04711-904  
São Paulo - SP - Brasil  
Tel.: +55 11 3048 6800  
Fax: +55 11 5506 3455

Rio de Janeiro  
Rua Lauro Muller, 116, Cj. 2802  
Ed Rio Sul Center, 22290-906  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
Tel.: +55 21 2206 4900  
Fax: +55 21 2206 4949

Brasília  
SAF/S Quadra 02 - Lote 04 - Sala 203  
Ed. Comercial Via Esplanada - 70070-600  
Brasília - DF - Brasil  
Tel.: +55 61 2102 5000  
Fax: +55 61 3323 3312

Porto Alegre  
Av. Soledade, 550  
Cj. 401 - 90470-340  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Tel.: +55 51 3220 0900  
Fax: +55 51 3220 0901