

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES DO *FOREIGN CORRUPT
PRACTICES ACT* NORTE-AMERICANO E DA LEI
ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA COM FOCO NAS
HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS
ADMINISTRADORES DE CORPORAÇÕES**

DIEGO DE PAULA

ITAJAÍ-SC, JANEIRO DE 2020

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

Análise das disposições do *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano e da Lei Anticorrupção brasileira com foco nas hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores de corporações

DIEGO DE PAULA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Junior

Co-orientadora: Professora Doutora Eileen A. Grena-Piretti

Itajaí-SC, janeiro de 2020

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, janeiro de 2020.

Diego de Paula

Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) – Orientador

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores

**ORLANDO LUIZ ZANON
JUNIOR:17929**

Assinado de forma digital por
ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR:17929
Dados: 2020.03.18 15:31:37 -03'00'

Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) – Presidente

**MARCELO BUZAGLO
DANTAS**

Assinado de forma digital por
MARCELO BUZAGLO DANTAS
Dados: 2020.04.22 11:58:20 -03'00'

Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) - Membro

Assinado de forma digital por ORLANDO CELSO DA SILVA
NETO

Dados: 2020.03.18 15:45:38 -03'00'

Doutor Orlando Celso da Silva Neto (UFSC) - Membro

Itajaí(SC), 16 de março de 2020

Dedico este trabalho a minha esposa, Suélen Martini de Paula cujo amor, apoio e compreensão se concretizaram em mais uma de nossas conquistas.

Aos meus filhos, Alice Martini de Paula e Henrique Martini de Paula, por suportar a ausência do papai mesmo sem saber o exato motivo ainda. Que no futuro possam ler este registro com carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e pela força que nunca me faltou na busca de meus objetivos.

Agradeço à minha família pelo incessante suporte a todas as minhas iniciativas.

Agradeço aos professores e colegas do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí, coordenado pelo Professor Dr. Paulo Márcio Cruz.

Agradeço ao coordenador do programa e Mestrado em Dupla Titulação com a *Delaware Law School*, Professor Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, por todo apoio nesta caminhada.

Agradeço aos professores da *Delaware Law School* que oportunizaram um maior conhecimento sobre o sistema jurídico norte-americano e me estimularam a executar esta pesquisa, especialmente aos Professores Drs. Rodney A. Smolla e Eileen A. Grena-Piretti.

Agradeço ao orientador desta pesquisa, Professor Dr. Orlando Luiz Zanon Junior, pelo acompanhamento e direcionamento do trabalho, por sua serenidade e objetividade deixo este registro.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC	Código Civil de 2002
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
DOJ	<i>Department of Justice of the United States of America</i>
SEC	<i>Security and Exchange Commission of the United States of America</i>
NASDAQ	<i>National Association of Securities Dealers Automated Quotations</i>
NYSE	<i>New York Securities Exchange</i>
DGCL	<i>Delaware General Corporation Law</i>
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
CFO	<i>Chief Financial Officer</i>
COO	<i>Chief Operations Officer</i>
SFO	<i>Serious Fraud Office of the United Kingdom</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU/UN	Organização das Nações Unidas/ <i>United Nations</i>
UNCAC	<i>United Nations Convention Against Corruption</i>
CGU	Controladoria Geral da União
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ROL DE CATEGORIAS

Administradores: Os Administradores de sociedades anônimas conforme estabelecido no artigo 138 da Lei das S/A: “A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.”¹

Compliance: É o “conjunto de processos interdependentes que contribuem para a efetividade do sistema de governança, norteados as iniciativas dos administradores e funcionários no desempenho de suas funções, na prática constante da deliberação ética. Podendo ser entendida como mecanismo de cumprimento de leis, normas internas e externas, de proteção contra desvios de conduta e de preservação e geração de valor econômico.”²

Corporation: “an entity (usually a business) [...] established in accordance with legal rules into a legal or juristic person that has legal personality distinct from the natural persons who make it up, exists indefinitely apart from them, and has the legal power its constitution gives it.”³

Corrupção: Adotou-se o conceito utilizado pela Transparência Internacional, como sendo: “The abuse of entrusted power for private gain.”⁴

Corrupção Política: Adotou-se o conceito utilizado pela Transparência Internacional, como sendo: “Manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth.”⁵

¹ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 15 ago. 2018.

² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017. p. 56.

³ “uma entidade (geralmente uma empresa) [...] estabelecida de acordo com o regramento legal em uma pessoa jurídica que tem personalidade jurídica distinta das pessoas físicas que a compõem, que existe indefinidamente à parte dessas, e que tem poder legal dado pela sua constituição.” (tradução nossa) em GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. Dallas: West. 2009, p. 391

⁴ “O abuso do poder confiado para ganho privado” (tradução nossa) em TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Glossary: Corruption**. Disponível em: <https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵ “Manipulação de políticas, instituições e regras de procedimento na alocação de recursos e financiamentos pelos decisores políticos, os quais abusam de suas posições para manter seus poderes, status e riqueza.” (tradução nossa) em TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Glossary: Political Corruption**. Disponível em:

Governança corporativa: também referida como “**Gestão Corporativa**”, tem como conceito operacional: “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa [...] [têm] a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.”⁶

Globalização: Adotou-se o conceito das Nações Unidas “*The [...] increasing internationalization of markets for goods and services, the means of production, financial systems, competition, corporations, technology and industries. Among other things, this gives rise to increased mobility of capital, faster propagation of technological innovations and an increasing interdependency and uniformity of national markets.*”⁷

Sociedade anônima: Também referida como “**Companhia**” neste trabalho é considerada a “pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide por ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas ou adquiridas.”⁸

https://www.transparency.org/glossary/term/political_corruption. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. - São Paulo, SP: IBGC, 2015. p. 108.

⁷ “A [...] crescente internacionalização dos mercados de produtos e serviços, meios de produção, sistemas financeiros, competição, corporações, tecnologia e indústrias. Dentre outras coisas, isso resulta no aumento da mobilidade de capital, mais rápida propagação de inovações tecnológicas e numa crescente interdependência e uniformidade dos mercados nacionais.” (tradução nossa) em NAÇÕES UNIDAS. **Manual on statistics of international trade services**. Disponível em: < https://unstats.un.org/unsd/publication/Seriesm/Seriesm_86e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018. p. 170.

⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**. 1º vol. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição. O objetivo da pesquisa é analisar os sistemas anticorrupção criados pelo *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano (o “FCPA”) e pela Lei Anticorrupção brasileira, com especial foco nas hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores de corporações em ambas as jurisdições. Para tanto, aborda-se inicialmente as bases do regramento societário com foco nas obrigações dos administradores, nos Estados Unidos pela *Delaware General Corporation Law* e, no Brasil, pela Lei das S/A, a fim de verificar se há comparabilidade no formato de gestão corporativa aplicadas nos dois países. Trata-se, a seguir, do FCPA, a base histórica e os motivos que levaram à promoção da lei que é entendida como o primeiro regramento anticorrupção com efeitos extraterritoriais, com foco nas hipóteses de responsabilização dos administradores. Por fim, trata-se da Lei Anticorrupção brasileira, iniciando pelas normas internacionais que influenciaram em sua promulgação, versando sobre as possibilidades prescritas para responsabilização pessoal dos administradores. Nas considerações finais é traçado um paralelo entre os regramentos societários e anticorrupção de ambos os países identificando os riscos aos quais estão submetidos os diretores e conselheiros de corporações.

Palavras-chave: Corporações. Administradores. FCPA. Lei Anticorrupção. Responsabilidade pessoal.

ABSTRACT

This thesis is inserted on Law and Jurisdiction Research Line and aims to analyze the anti-corruption systems created by the North American Foreign Corrupt Practices Act (the "FCPA") and the Brazilian Anti-corruption Law with a special focus on the hypothesis of personal accountability of corporate managers in both jurisdictions. For this, it initially addresses the bases of corporate regulation with a focus on the obligations of administrators in the United States by the Delaware General Corporation Law, and in Brazil by the Brazilian Corporate Law, in order to verify if there is comparability in the corporate management format applied in both countries. Subsequently, it deals with the FCPA, the historical basis and the reasons that led to the promotion of the law that is understood as the first anti-corruption regulation with extraterritorial effects, focusing on the hypothesis of managers' accountability. Finally, it is treated the Brazilian Anti-Corruption Law, starting with the International Treaties that influenced its promulgation, dealing with the possibilities prescribed for the personal accountability of the administrators. In the final considerations, a parallel is drawn between the corporate regulations and anti-corruption of both countries, identifying the risks to which the directors and officers of corporations are exposed.

Keywords: Corporations. Directors and Officers. FCPA. Anticorruption Law. Personal Accountability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES DE CORPORAÇÕES NO BRASIL E NOS EUA	17
1.1 BREVES NOTAS SOBRE OS SISTEMAS DA <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	17
1.1.1 Principais características do sistema <i>civil law</i>	17
1.1.2 Principais características do sistema <i>common law</i>	21
1.2 A ADMINISTRAÇÃO DAS CORPORAÇÕES SEGUNDO A DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW	24
1.2.1 Porque utilizar a Lei de Delaware?	25
1.2.2 Os administradores das corporações segundo a DGCL	29
1.2.3 Deveres fiduciários dos administradores das corporações segundo a DGCL	35
1.2.3.1 O dever de cuidado (<i>duty of care</i>)	37
1.2.3.2 O dever de lealdade (<i>duty of loyalty</i>)	39
1.2.3.2.1 A regra de julgamento do negócio (<i>business judgment rule</i>)	41
1.3 AS PRINCIPAIS OBRIGAÇÕES DOS ADMINISTRADORES SEGUNDO A LEI DAS S/A BRASILEIRA	43
1.3.1 A Lei das S/A	43
1.3.2 Os órgãos de administração das companhias segundo a Lei das S/A	48
1.3.3 Os deveres dos administradores segundo a Lei das S/A	52
1.3.3.1 Do dever de diligência	53
1.3.3.2 Do dever de lealdade	56
1.3.3.3 Do dever de informar	58
1.3.4 A responsabilidade pessoal dos administradores segundo a Lei das S/A	60
CAPÍTULO 2 - O FCPA	65
2.1 DA NECESSIDADE DO COMBATE À CORRUPÇÃO	65
2.1.1 O exercício da empresa como motor da corrupção	65
2.2 OS ÓRGÃOS DE <i>ENFORCEMENT</i> DO FCPA	70
2.2.1 Department of Justice of the United States of America	71
2.2.2 Securities and Exchange Commission of the United States of America	72
2.3 O FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT de 1977	73
2.3.1 Nota introdutória	73

2.3.2 Breve histórico da norma.....	74
2.4 AS PROVISÕES DO FCPA.....	83
2.4.1 Provisões antissuborno	83
2.4.1.1 Sujeito ativo.....	84
2.4.1.2 Conceito de vantagem indevida	88
2.4.1.3 Sujeito passivo – dirigente estrangeiro.....	89
2.4.1.4 Finalidade comercial.....	94
2.4.2 Provisões de controles contábeis ('books and records provisions' ou 'accounting provisions')	96
2.4.3 Jurisdição	104
2.4.4 Exceções e defesas afirmativas	107
2.4.5 Penalidades previstas no FCPA	110
CAPÍTULO 3 - DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	115
3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE INFLUENCIARAM A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	115
3.1.1 A Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA	116
3.1.2 Convenção de Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE	120
3.1.3 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - UNCAC.....	123
3.2 A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	127
3.2.1 Responsabilização objetiva das pessoas jurídicas.....	128
3.2.1.1 Sujeito ativo.....	131
3.2.1.2 Sujeito passivo	132
3.2.1.3 Abrangência da aplicação da norma	132
3.2.1.4 Responsabilização objetiva	133
3.2.1.5 Condutas lesivas elencadas no artigo 5º.....	135
3.2.2 Da responsabilização administrativa e judicial	143
3.2.2.1 Da responsabilização administrativa	143
3.2.2.2 Da responsabilização judicial	149
3.2.3 A possibilidade de responsabilização de administradores de corporações pelas disposições da LAC.....	151
3.2.3.1 Dos efeitos do artigo 3º da LAC quanto à responsabilização pessoal dos administradores.....	151

3.2.3.2 Dos efeitos do artigo 14 da LAC quanto à responsabilização pessoal dos administradores.....	156
CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	177

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali em dupla titulação com a *Delaware Law School*.

O objetivo deste trabalho é, a partir da análise das obrigações dos administradores pelo regramento societário de Delaware nos Estados Unidos e da Lei das S/A brasileira, destacar aspectos similares entre os sistemas anticorrupção disciplinados pelo FCPA norte-americano e a Lei Anticorrupção brasileira, com especial enfoque na indicação das hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores de corporações envolvidas em casos de corrupção.

A fim de demonstrar a justificativa para o referente adotado, cabe inaugurar a discussão asseverando que a vontade social das corporações se expressa por intermédio dos atos de seus administradores, sendo de pleno conhecimento a separação entre a pessoa moral e as pessoas naturais que a compõe e administram.

Entretanto, a crescente dinâmica nas transações comerciais que ignoram as barreiras territoriais dos países com transações eletrônicas e instantâneas, fruto do inexorável fenômeno da globalização, têm como efeito a exposição das empresas e seus administradores aos diversos sistemas jurídicos com os quais se relacionam, ainda que inconscientemente.

Deste modo, uma transação comercial levada a efeito no Brasil, mas que seja instrumental para um ato de corrupção praticado nos Estados Unidos, mesmo sem a presença física naquele país, pode atrair a aplicação do severo regramento do FCPA. Do mesmo modo, uma transação comercial nos Estados Unidos que tenha relação com o suborno de um agente público brasileiro terá como efeito a sujeição às disposições da Lei Anticorrupção brasileira.

Assim, diante da complexidade das relações entre empresas, e destas com agentes públicos, nacionais e estrangeiros, tem-se um cenário de grave risco não só às corporações, como ordinariamente se imagina, mas também às pessoas naturais que atuam nas funções de diretores executivos e membros do conselho de administração.

Com efeito, vislumbra-se com esta pesquisa, lançar luz sobre as hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores de corporações, demonstrando as

situações em que estarão sujeitos à incidência direta das normas anticorrupção sem o escudo do véu corporativo.

O referente da pesquisa encerra-se, portanto, no exame do regramento societário de Delaware nos Estados Unidos e Lei das S/A brasileira, a fim de demonstrar a similaridade dos sistemas legais de gestão corporativa, como fundamento para a análise dos sistemas anticorrupção criados pelo FCPA norte-americano e Lei Anticorrupção brasileira, com especial destaque na indicação das hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores de corporações envolvidas em casos de corrupção.

Para a pesquisa foram levantados os seguintes problemas:

a) Se o regramento de gestão corporativa que determina as obrigações dos administradores, disciplinados pelas leis societárias de Delaware (como referência norte-americana) e pela Lei das S/A, são similares?

b) Se o *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, conforme alterado, possui previsão de responsabilidade pessoal dos administradores de corporações por atos de gestão que possam caracterizar corrupção? Quais seriam estas hipóteses?

c) Se a Lei Federal 12.846 de 1º de agosto de 2013 (a “Lei Anticorrupção”), conforme alterada, possui previsão de responsabilidade pessoal dos administradores de corporações por atos de gestão que possam caracterizar corrupção? Quais seriam estas hipóteses?

Os resultados do trabalho de exame dos problemas da pesquisa estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, que versa acerca das obrigações dos administrados de corporações em ambas as jurisdições. Este passo inicial é fundamental para definir o espectro de atuação dos gestores corporativos a fim de permitir a adequada análise dos atos que podem ensejar sua responsabilização pessoal pelas normas anticorrupção nos capítulos seguintes.

Inicia-se a exposição com a apresentação das principais características dos sistemas jurídicos de *civil law*, de tradição romano-germânica aplicado no Brasil, e do *common law*, de tradição inglesa aplicado nos Estados Unidos da América, como meio de facilitar a compreensão dos institutos jurídicos que serão tratados na sequência.

Passa-se, então, justificar a escolha da Lei Geral das Corporações de Delaware como paradigma do regramento societário norte-americano, uma vez que o

referido estado é reconhecido como a capital corporativa dos Estados Unidos. São então apresentadas as principais características e os deveres fiduciários a que estão submetidos os administradores de corporações sob a Lei de Delaware.

A seguir, são apresentados os traços principais da lei federal que rege o direito societário e as obrigações dos administradores de corporações no Brasil, a Lei das S/A. O Capítulo encerra caracterizando o que se espera em termos de comportamento adequado dos administradores de corporações, demonstrando que apesar de algumas diferenças conceituais, a lei brasileira deriva em parte do modelo norte-americano, o que permite verificar similaridade entre ambos os regramentos jurídicos, respondendo ao primeiro problema da pesquisa.

O Capítulo 2, parte das noções do Primeiro Capítulo, ingressando mais diretamente no objetivo geral, que trata da análise das disposições do *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, mais conhecido por seu acrônimo “FCPA”, iniciando com uma exposição sobre a necessidade de combate à corrupção com dados de renomados órgãos internacionais como a ONU e Transparência Internacional.

São então apresentadas as principais atribuições do Departamento de Justiça e a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos da América, órgãos responsáveis pela aplicação do FCPA.

Na sequência, trata-se do histórico dos motivos que levaram à promulgação da norma, desde o caso *Watergate* até as graves denúncias de suborno de grandes corporações norte-americanas, levados a efeito tanto naquele país quanto no exterior.

Versando-se, também quanto às provisões antissuborno e de controles internos, a característica extraterritorial do combate à corrupção inaugurada pela norma, as pesadas penalidades nela previstas e as hipóteses de responsabilização dos administradores por atos de gestão que respondem ao segundo problema da pesquisa.

O Capítulo 3 fecha a abordagem ao referente proposto, dedicando-se à Lei Anticorrupção brasileira, principiando pelos tratados internacionais de combate à corrupção incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, que pavimentaram a promulgação da referida lei.

A seguir, passa-se a versar sobre o objeto principal da norma que é a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, o que foi uma novidade no combate à corrupção no Brasil levantando certa polêmica doutrinária endereçada no relatório

da pesquisa.

Analisa-se os âmbitos de responsabilização, tanto na esfera administrativa quanto judicial, perpassando os artigos fundamentais da norma.

Dá-se especial foco a análise dos artigos 3º e 14, que se referem à possibilidade de responsabilização dos administradores, inclusive quanto ao peculiar instituto da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, que pode levar à extensão dos efeitos das penalidades aos administradores das corporações.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os modelos de gestão societária e as hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores em ambas as jurisdições.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa será empregado o Método da Lógica Dedutiva.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial.⁹

9 Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 31-60.

CAPÍTULO 1 – OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES DE CORPORAÇÕES NO BRASIL E NOS EUA

1.1 BREVES NOTAS SOBRE OS SISTEMAS DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O escopo deste trabalho visa analisar o regramento anticorrupção levado a efeito pela Lei da Anticorrupção brasileira e *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano tratando especialmente das possibilidades de responsabilização pessoal dos administradores de corporações em razão da infringência destas normas.

Assim, considerando que serão tratados institutos normativos de ambos os países, e que, Brasil e Estados Unidos da América estão inseridos em sistemas jurídicos distintos, sendo o primeiro descendente do sistema de *civil law* de tradição romano-germânica e o segundo proveniente do sistema de *common law* de tradição inglesa, faz-se necessário abordar, ainda que sumariamente, as principais características de ambos os sistemas jurídicos no intuito de auxiliar no entendimento da matéria de fundo aqui versada.

Um dos critérios adotados para se classificar os sistemas jurídicos existentes no mundo consiste na sua separação em “famílias”, em outras palavras, grupos de sistemas que têm características importantes de estrutura, substância ou cultura em comum. Leciona Friedman¹⁰ que existem duas grandes famílias de sistemas jurídicos nos países ocidentais, sendo elas a da *common law* de tradição inglesa e do *civil law* de tradição romano-germânica.

Também René David¹¹ entende que, não obstante as regras de direito serem infinitamente variadas, é possível agrupar diferentes sistemas jurídicos em “famílias” e aproximá-los ou opô-los entre si conforme adotem, ou não, certos princípios comuns de ordem substancial ou técnica respeitantes à forma, ou ao conteúdo. Sendo, portanto, o agrupamento em famílias o meio próprio para apresentação e compreensão dos diferentes sistemas jurídicos.

1.1.1 Principais características do sistema *civil law*

¹⁰ FRIEDMAN, Lawrence M. **American law: an introduction**. 2. ed., Stanford: Stanford University, 1998, p. 20.

¹¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44.

Neste tópico, serão destacados os traços que caracterizam os sistemas da família de *civil law* com o único escopo de facilitar a compreensão dos institutos que serão tratados nos tópicos seguintes referentes ao sistema jurídico brasileiro.

Apesar de alguma crítica da doutrina brasileira, para fins deste estudo trataremos as expressões direito romano-germânico e *civil law* como sinônimos dada sua utilização desta forma na doutrina inglesa e norte-americana¹².

Conforme leciona René David¹³, a conquista de vastos territórios de ultramar deu causa à expansão da família de direito romano-germânico para fora da Europa. As colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América, foram estabelecidas em localidades que aceitaram de modo natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica.

À medida que tais colônias foram se desenvolvendo o direito local foi se aproximando do direito europeu continental tanto pela doutrina inspirada nas metrópoles quanto pelos códigos redigidos à imagem e semelhança dos europeus. Ressalva, contudo que “as condições próprias da América, muito diferentes das do meio europeu, podem conduzir a uma certa originalidade em relação aos direitos europeus da família romano-germânica.”¹⁴

Traçando também uma abordagem histórica, Friedman¹⁵ retrata que a maior e mais importante família dos sistemas jurídicos é a do *civil law*, tendo como raiz comum uma versão modernizada do direito romano.

Nesta senda, Friedman¹⁶ apresenta sinteticamente o seguinte conceito para a família da *civil law*:

Civil-law systems are, generally speaking, “codified” systems: the basic law is set out in codes. These are statutes, or rather superstatutes, enacted by parliament, which arrange whole fields of law in an orderly, logical and

¹² David René anota que “a denominação *civil law*, usada na Inglaterra para marcar a união desses direitos [romano e germânico] pela sua origem ao *Corpus Juris Civilis*, incorre na mesma reprovação; o facto das palavras ‘direito civil’ serem actualmente usadas com outro sentido impede seu uso”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 46.

¹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 92.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ FRIEDMAN, Lawrence M. **American law: an introduction**. 2. ed., Stanford: Stanford University, 1998, p. 20.

¹⁶ “Os sistemas de *civil law* são, genericamente falando, sistemas ‘codificados’: o direito básico disposto em códigos. Esses são regulamentos, ou melhor, superregulamentos, promulgados pelo parlamento, o qual ordena áreas do direito de uma maneira ordenada, lógica e compreensiva.” (tradução nossa) *Ibidem*, p. 30.

comprehensive way.

Assim, característica primordial da família do sistema de *civil law* é ideia de direito codificado, positivado.

No mesmo sentido, o apontamento de René David¹⁷, para quem, a lei, considerada 'latu sensu', é a fonte primordial, do direito nos países da família romano-germânica, podendo referir-se a estes como "países de direito escrito". No âmbito do *civil law*, os juristas procuram descobrir as regras e soluções de direito, arrimados nos textos legislativos emanados do Parlamento ou autoridades governamentais. Em assim procedendo, a função dos juristas circunscreve-se, fundamentalmente, em descobrir – mediante os vários processos de interpretação – a solução jurídica mais adequada correspondente ao caso em apreço segundo a vontade do legislador.

Para o mesmo autor¹⁸, numa concepção contemporânea do direito no sistema de *civil law*, não obstante, as demais fontes do direito, que não a lei, ocupam uma posição subordinada, "há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito", não se podendo "confundir o direito e a lei".

Este pensamento pode ser complementado pela doutrina de Marques Neto¹⁹, para quem o sistema de *civil law*, aplicado em boa parte da Europa continental, América latina e países da África, é fruto da tradição e cultura jurídica romanas portadas ao longo da Idade Média pelos glosadores que desenvolvem os estudos de sistematização, principalmente nas universidades europeias. Esse conhecimento, desenvolveu-se e chegou à modernidade na forma de uma cultura jurídica própria que orienta os Estados a entender o direito a partir da positivação da lei.

Marques Neto²⁰ encerra tal pensamento traçando os elementos principais caracterizadores do sistema de *civil law*, como segue:

Como característica central, o sistema romanístico tem como fonte, não única, mas prevalente, a lei escrita e editada pelo parlamento. A exclusividade do Poder Legislativo na edição de comandos legais é fundamental nesse modelo e permite que, a partir daí se possa ter uma estruturação normativa.

¹⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 119.

¹⁸ *Ibidem*. p. 120.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **In: RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/50735/49533>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 60.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **In: RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/50735/49533>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 60-61.

O ordenamento é composto por normas encimadas pela lei — posteriormente, com o desenvolvimento do direito constitucional, encimadas pela Constituição —, prevalecendo sobre normas infralegais, e estas, por sua vez, sobre normas contratuais. [...]

No sistema romanístico, a doutrina cumpre um papel muito importante, não apenas por ser portadora do conhecimento que inspira o legislador, mas também por ser fundamental na interpretação da lei escrita e na formação do direito.

Portanto, pode-se dizer que o sistema de *civil law* aplicado no Brasil derivado da tradição romano-germânica tem como fonte prevalente, ainda que não seja única, a lei escrita tendo como norma maior a Constituição.

Tratando do papel que os magistrados devem conferir aos precedentes judiciais no sistema romano-germânico, Antonin Scalia²¹ é proficiente ao referir que:

[...] in the civil-law system, where it is the text of the law rather than any prior judicial interpretation of that text which is authoritative. Prior judicial opinions are consulted for their persuasive effect, much as academic commentary would be; but they are not binding.

Nesta senda, Marinoni²² também versando sobre a aplicação da lei pelo judiciário no sistema de *civil law* agrega elemento importante ao referir que o “juiz da tradição do *civil law*, se limitava à mecânica aplicação da lei. No *civil law*, quando se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador, o direito era concebido unicamente como lei. A tarefa do Judiciário se resumia à aplicação das normas gerais”.

E prossegue²³ afirmando que a “evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição”.

Assim, pode-se verificar a evolução do sistema de *civil law* especialmente

²¹ “[...] no sistema *civil law*, onde é o texto da lei ao invés de qualquer outra interpretação judicial daquele texto que tem força legal. Opiniões judiciais anteriores são consultadas pelos seus efeitos persuasivos, por mais que os comentários acadêmicos sejam; mas elas não são vinculativas.” (tradução nossa) em SCALIA, Antonin Gregory. Common-Law Courts in a Civil-Law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the constitution and laws. **In: Tanner lectures on human values**. 1995. Disponível em: https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 83.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 20.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 21.

com a prevalência da Constituição como fonte maior do Direito, e a possibilidade até mesmo do controle das leis pelo próprio Poder Judiciário.

Destarte, para os fins que importam ao presente estudo, cabe reiterar que no sistema de *civil law* derivado da tradição romano-germânica, como é o caso do sistema jurídico aplicado no Brasil, a fonte primária do Direito é a Lei (em sentido estrito o ato emanado do Poder Legislativo), tendo como Lei Maior a Constituição. Sendo que os precedentes judiciais, de modo geral, atuam como uma das fontes secundárias do Direito operando no campo da persuasão sem poder vinculante.

1.1.2 Principais características do sistema *common law*

Os Estados Unidos têm seu sistema jurídico oriundo da família do *common law* com forte influência do Direito Inglês, assim importante para compreensão dos institutos do direito norte-americano que serão tratados neste estudo a apresentação de suas principais características.

Ao tratar da família da *common law* Friedman²⁴ apresenta um breve relato histórico de como se formou este sistema, como segue:

The English were not seduced by the majesty of Rome; they held fast to their native traditions. Many ideas and terms from Roman and European law did, to be sure, creep into English law, but the core of the legal system held firm. This tenacious local system was the so-called 'common law'. It differed and continues to differ in many ways from the legal order in other European countries. For one thing, the common law resisted to codification. There was never an English equivalent to the Napoleonic Code.

The basic principles of law were not found in acts of parliament, and least of all in careful, systematic statements of law adopted by legislature or imposed by decree. The principles were found in case law – in the body of opinions written by judges, and developed by judges in the course of deciding particular cases. The doctrine of "precedent" – the maxim that a judge is bound in some way by what has already been decided – is strictly a common law doctrine.

Portanto, pode-se notar que o sistema de *common law* seguiu um caminho

²⁴ "Os ingleses não foram seduzidos pela majestade de Roma; eles se mantiveram fiéis às suas tradições nativas. Muitas ideias e termos do direito Romano e Europeu influenciaram o direito inglês, mas o principal do sistema legislativo permaneceu intacto. Esse sistema local persistente foi o chamado 'common law'. Ele se diferenciou e continua se diferenciando em diversas maneiras do ordenamento jurídico de outros países europeus. Por uma coisa, o 'common law' resistiu à codificação. Não houve nunca um equivalente inglês ao Código Napoleônico. Os princípios básicos de direito não encontrados em atos do parlamento, e menos de tudo em cuidadosas, sistemáticas declarações de lei adotadas pelo legislativo ou impostos por decreto. Os princípios foram encontrados em estudos de caso – no corpo de opiniões escritas por juízes e desenvolvidas por juízes no curso da decisão de casos particulares. A doutrina de 'precedente' – o máximo que um juiz está ligado de alguma maneira ao que já foi decidido – é estritamente uma doutrina do 'common law'." (tradução nossa) em FRIEDMAN, Lawrence M. **American law: an introduction**. 2. ed., Stanford: Stanford University, 1998, p. 30-31.

diferente dos sistemas derivados da tradição romano-germânica, refutando a codificação e buscando a formulação da lei através da consolidação dos precedentes.

René David²⁵ reporta que o Direito dos Estados Unidos pertence à família da *common law*, tendo identidade de conceitos com o Direito Inglês, não obstante as grandes diferenças evolutivas oriundas do sistema federativo, subordinação à constituição escrita, dentre outros aspectos.

Assim, para o mesmo autor²⁶, em linhas gerais, o Direito para um jurista americano advindo do conceito da *common law* é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial, cujas normas formuladas pelo Estado tem valor secundário, e serão mais claramente consideradas “lei” ao serem referidas nas decisões judiciais que as aplicarem.

Outro aspecto que vale referir é a importância reservada à competência legislativa dos Estados que compõe a federação norte-americana. Conforme assevera René David²⁷, por determinação constitucional a regra é a prevalência da competência legislativa dos Estados sobre a Federação.

Por este motivo, o poder legislativo dos Estados continua a ser mais presente para os cidadãos e juristas norte-americanos, em termos de criação de leis em sentido estrito (*statute*), e sua interpretação pelos tribunais estaduais. Este apontamento reflete a importância atribuída ao regramento societário do Estado de Delaware, como se verá mais adiante neste trabalho.

Quanto às características do sistema de *common law*, Marques Neto²⁸ é preciso ao apresentar suas linhas mestras. Retrata o autor que o sistema da *common law* tem como característica basilar a atribuição de força normativa aos precedentes, os quais, de acordo com a evolução histórica, passaram a estruturar a lei.

Tais precedentes não são imutáveis, mas a sua sistemática obriga que as decisões sejam para com eles deferentes e com eles “dialoguem”. Para julgar o caso concreto, exige-se que o magistrado exponha as suas razões quanto à aplicação do

²⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 425.

²⁶ *Idem*.

²⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 429.

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **In: RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/50735/49533>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 64.

precedente ou à necessidade de sua revisão.

Marques Neto²⁹ complementa o raciocínio afirmando que:

Em grande medida o sistema do *common law* se desenvolve em torno da dinâmica de precedentes, dinâmica esta formatada por três eixos de orientação:

- (i) *doctrine of stare decisis*, segundo a qual os juízes devem necessariamente considerar os precedentes;
- (ii) *doctrine of jurisprudence constant*, pela qual as decisões judiciais não podem se tornar materialmente “lei” enquanto não forem amadurecidas em uma sucessão de decisões na mesma linha de entendimento; e
- (iii) *judicial law making*, em que se reconhece valor normativo às decisões judiciais.

Para o mesmo autor³⁰, embora originalmente tenha sido fortemente calcado nos costumes, o *common law* não é um sistema de direito consuetudinário, pelo contrário, visto que tal traço está cada vez menos influente nos países oriundos desta família.

Marques Neto prossegue³¹, afirmando que o sistema jurídico de influência anglo-saxã é um “direito da construção prática, e não de formulação teórica”. Todavia, a lei escrita (*statute*) no sistema da *common law* não é desprovida de função, pois cumprindo um papel secundário em relação ao precedente, ela configura fonte com caráter predominantemente mais adjetivo e de natureza processual, em detrimento do caráter substantivo dos precedentes como fonte primária de direitos.

Quanto à mecânica da interpretação dos precedentes para a formação da Lei na *common law*, Scalia³² magistralmente leciona:

But if you think it is terribly important that the case came out wrong, you are not yet thinking like a lawyer or at least not like a common lawyer. That is really secondary. Famous old cases are famous, you see, not because they came out right, but because the rule of law they announced was the intelligent one. Common-law courts performed two functions: One was to apply the law to the facts. All adjudicators - French judges, arbitrators, even baseball umpires and

²⁹ *Idem*.

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **In: RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/50735/49533>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 65.

³¹ *Idem*.

³² “Mas se você pensa que é terrivelmente importante que um caso tenha dado errado, você não está pensando como um advogado ou pelo menos não como um advogado de *common law*. Isso é totalmente secundário. Casos famosos antigos são famosos, veja, não porque eles deram certo, mas porque o regramento da lei que eles dispuseram foi inteligente. Tribunais de *common law* tinham duas funções: uma era aplicar a legislação aos fatos. Todos os julgadores – juízes franceses, árbitros, até mesmo árbitros de baseball e de futebol – fazem isso. Mas a segunda função, e a mais importante, era fazer a lei.” (tradução nossa) em SCALIA, Antonin Gregory. Common-Law Courts in a Civil-Law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the constitution and laws. **In: Tanner lectures on human values**. 1995. Disponível em: https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 82.

football referees - do that. But the second function, and the more important one, was to make the law.

Com esta importante lição pode-se notar que o cerne do precedente que formará a lei advém do adequado racional jurídico aplicado ao caso concreto e que possa ser replicado para os próximos, independente do resultado do caso em si.

Tratando desta visão quanto a criação da lei neste sistema, Marinoni³³ anota que o magistrado na tradição inglesa teve fundamental importância na consolidação do *common law* – o que permitiu cunhar a expressão *judge made law*. Assim, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, o qual se sobrepunha à lei escrita, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão.

Prossegue o autor³⁴, sustentando que o juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do *common law*. Demais disso, se, no direito inglês primitivo, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. Por exemplo, atualmente é provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes.

Assim, tem-se que o *common law* evoluiu de um sistema primitivamente baseado nos costumes para um sistema que tem como base da produção do direito a consolidação dos precedentes e, contemporaneamente, contando com maior influência da lei escrita.

Como arremate, para os fins que importam ao presente estudo, cabe frisar que nos sistemas de tradição inglesa, como é o norte-americano, os precedentes consolidados fazem a lei como fonte primária do Direito, sendo que a lei escrita (*statute*), é fonte secundária, ainda que de grande importância adjetiva.

1.2 A ADMINISTRAÇÃO DAS CORPORAÇÕES SEGUNDO A DELAWARE

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 18.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 19.

GENERAL CORPORATION LAW

1.2.1 Porque utilizar a Lei de Delaware?

Neste primeiro capítulo será abordado sobre as obrigações dos administradores sob a *Delaware General Corporation Law*, doravante chamada DGCL, Lei Societária de Delaware ou simplesmente Lei de Delaware.

Por este motivo, cabe esclarecer porque se está utilizando a Lei de Delaware – o segundo Estado com as menores dimensões dos Estados Unidos.

Fato é que Delaware tem sido o principal estado em registro de corporações desde o início dos anos 1900. Atualmente, mais de um milhão de entidades empresariais fizeram de Delaware seu local de incorporação³⁵.

Em breve esboço histórico, Cary³⁶ leciona que nos estágios iniciais da economia americana havia concessões de franquias especiais remanescentes das cartas reais inglesas, somente quem as detinha poderia explorar os negócios autorizados pelas mesmas. Todavia, em meados do século XIX houve um movimento de repulsa contra as referidas cartas reais, sendo combatida tal prática como anti-igualitária, monopolista e até escandalosa.

Por esta razão, ao revisar sua constituição de 1846, o Estado de Nova York determinou que as corporações não precisariam ser criadas por atos especiais, seriam livres, exceto nos casos em que o objeto da corporação não pudesse ser regido pelas leis gerais do comércio. Deste momento em diante, constituições de muitos estados adotaram este modelo mais liberal como forma de disciplinar a regulação de corporações através das leis estaduais.³⁷

Entretanto, foi Nova Jersey que em 1896, adotou o que é considerada a primeira lei realmente liberal para incorporação de empresas, sem as severas restrições que eram impostas pela grande maioria dos estados norte-americanos.

Na lição de Carney e Shepherd³⁸, a razão da inovação pelo estado de Nova

³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Delaware State**: Why businesses choose Delaware. Disponível em: <https://corplaw.delaware.gov/why-businesses-choose-delaware/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

³⁶ CARY, William L. Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware. *In: Yale Law Journal*. Vol. 83, issue 4, artigo 1, 1974. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6235&context=ylj>. Acesso em: 1 mai. 2019.

³⁷ *Idem*.

³⁸ CARNEY, William J.; SHEPHERD, George B. **The mystery of Delaware Law's continuing success**.

Jersey era puramente financeira, pois se acreditava que com isso o estado poderia eliminar sua dívida da Guerra Civil se utilizando das taxas advindas da incorporação e registros das grandes corporações.

Interessante notar, na lição dos mesmos autores³⁹, que Nova Jersey conseguiu competir pela incorporação de empresas de praticamente todos os estados americanos, pois os Estados Unidos seguem a “Regra de Assuntos Internos” (*Internal Affairs Rule*) derivada da tradição inglesa, pela qual se aplica a lei da jurisdição da incorporação à governança da entidade, ao contrário da “Regra de Sede Real” (*Real Seat Rule*) de tradição da Europa continental, que exige a incorporação no local da sede física da corporação (também aplicada no Brasil).

Deste modo, Nova Jersey aprimorou a flexibilidade corporativa, com várias medidas, tais como: suspendendo as restrições ao limite do capital social, autorizando as empresas a possuir ações de outras pessoas jurídicas, a realizar fusões, a fazer negócios fora do estado sem autorização específica do ato de constituição e a existir perpetuamente.

Nesta senda, o Estado de Delaware, buscando novas fontes de receita, especialmente com as taxas para incorporação e manutenção de empresas, copiou em grande parte o ato de Nova Jersey para estabelecer sua própria lei societária e competir por este mercado que desabrochava.

Neste meio tempo, em 1913, com a eleição do governador Woodrow Wilson, Nova Jersey mudou drasticamente de rumo endurecendo sua lei societária criando uma série de provisões restritivas, conforme Cary⁴⁰.

Também Bainbridge *et. al.*⁴¹, retratam a eleição de Woodrow Wilson como governador de Nova Jersey, com viés progressista e contra o que chamava de exploração empresarial, foi o motivo que levou à forte resistência aos monopólios e outros supostos abusos das empresas.

2009. Disponível em: <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/1/Carney.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020, p. 2.

³⁹ CARNEY, William J.; SHEPHERD, George B. **The mystery of Delaware Law's continuing success**. 2009. Disponível em: <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/1/Carney.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020, p. 3.

⁴⁰ CARY, William L. Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware. *In: Yale Law Journal*. Vol. 83, issue 4, artigo 1, 1974. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6235&context=yjl>. Acesso em: 1 mai. 2019., p. 664.

⁴¹ BAINBRIDGE, Stephen M. et al. **Can Delaware Be Dethroned?** Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 188.

A seu pedido, a legislatura de Nova Jersey aprovou um grupo de leis conhecidas como as "Sete Irmãs" (*Seven Sisters*), que foram projetadas para restringir os poderes corporativos e aumentar as atribuições dos reguladores. Entre outras medidas, as normas determinaram: restrições à emissão de ações, regulamentação administrativa sobre todas as fusões, e a reversão das regras anteriores que permitiam às corporações possuir ações de outras entidades.

Com isso, gozando de localização privilegiada num dos principais eixos comerciais norte-americanos, o estado vizinho de Delaware passou a ser a opção ideal para a incorporação e realização de atos societários complexos como fusões e aquisições, como lecionam Carney e Shepherd⁴²:

At this time Delaware became the favored state for incorporation.

[...]

During the period 1996–2000, 58% of all publicly held firms and 59% of the Fortune 500 Industrial firms were incorporated in Delaware. During the period 1978–2000, 56% of all initial public offerings ("IPOs") involved Delaware corporations. Delaware's share of IPOs listed on the New York Stock Exchange increased during the 1990s, reaching 73–77% during parts of that decade.

Outros Estados tentaram promover uma visão tão liberal quanto a de Delaware para os assuntos societários, todavia sem o mesmo sucesso.

Assim, para responder à pergunta "O que leva as empresas a serem incorporadas em Delaware nos dias atuais?" Black Junior⁴³, em material oficial do Governo do Estado de Delaware, informa que o sucesso da "*corporate capital of the US*" não tem apenas uma resposta, mas várias.

Entre elas o autor inclui a existência de uma Lei societária moderna e reconhecida nacionalmente, de uma jurisprudência bem desenvolvida que facilita o planejamento de negócios pelas decisões da respeitada *Court of Chancery*, uma *Secretary of State's Office* eficiente e amigável ao usuário, uma legislatura que coloca a matéria de direito societário em alta prioridade e está comprometida em manter as

⁴² "A esse ponto, Delaware se tornou o estado favorito para incorporações. [...] Durante o período de 1996-2000, 58% de todas as empresas de capital aberto e 59% das empresas listadas na Fortune 500 Industrial foram incorporadas em Delaware. Durante o período de 1978-2000, 56% de todas as ofertas públicas iniciais ('IPOs') envolveram corporações de Delaware. As ações de IPOs em Delaware listadas na Bolsa de Ações de Nova York aumentaram durante os anos 90, alcançando 73-77% durante partes daquela década." (tradução nossa) em CARNEY, William J.; SHEPHERD, George B. **The mystery of Delaware Law's continuing success**. 2009. Disponível em: <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/1/Carney.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020, p. 3.

⁴³ BLACK JUNIOR, Lewis S. **Why corporations choose Delaware?** Dover: Delaware Department of State, 2007, p. 10.

leis de negócios de Delaware atualizadas.

Também Bainbridge *et. al.*⁴⁴ compartilham do entendimento de que o reinado de Delaware não se dá por um único fator, mas por uma conjunção de fatores que oferecem segurança às corporações, ao asseverar:

There is a considerable body of case law interpreting the Delaware corporate statute (the Delaware General Corporation Law), which allows legal questions to be answered with confidence.

Delaware has a separate court, the Court of Chancery, devoted largely to corporate law cases. The Chancellors have great expertise in corporate law matters, making their court a highly sophisticated forum for resolving disputes. They also tend to render decisions quite quickly, facilitating transactions that are often time sensitive.

Only a handful of other states offer such specialized business courts and none of them have the established body of law on which Delaware courts can draw. The result is that Delaware corporate law has an answer for most questions. Because business thrives best in an environment of predictability and certainty, being able to answer legal questions so as to provide assurances with a high degree of confidence makes Delaware's body of law highly valuable.

Cary⁴⁵ corrobora com este entendimento ao responder à pergunta similar: *“Here's why: Exceptionally favorable tax, trust, and corporation laws historically supported by sound court decisions in Delaware are major reasons.”*

O número de corporações organizadas em Delaware é impressionante, ainda mais extraordinário é o fato de que tantas grandes corporações cujas ações estão listadas nas principais bolsas de valores como a de Nova Iorque (*New York Stock Exchange* - NYSE)⁴⁶ e na *National Association of Securities Dealers Automated*

⁴⁴ “Existe um corpo considerável de casos interpretando a legislação corporativa de Delaware (a Lei Geral de Corporações de Delaware), o qual permite questões legais a serem respondidas em sigilo. Delaware tem uma corte separada, a Corte de Chancery, dedicada a casos corporativos. Os Juizes têm uma vasta experiência em matérias legislativas corporativas, fazendo de sua corte um forum altamente sofisticado para resolver disputas. Eles também tendem a emitir decisões um tanto quanto rápido, facilitando transações que são sensíveis ao tempo. Apenas alguns poucos outros estados oferecem cortes tão especializadas em negócios e nenhum deles tem um corpo jurídico estabelecido ao qual as cortes de Delaware podem se dirigir. O resultado é que o direito corporativo de Delaware tem a resposta para a maioria das questões. Porque os negócios prosperam melhor em um ambiente de previsibilidade e certeza, estar apto a responder questões legais bem como prover segurança com um alto nível de confiança faz o corpo legislativo de Delaware altamente válido.” (tradução nossa) em BAINBRIDGE, Stephen M. et al. **Can Delaware Be Dethroned?** Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 196.

⁴⁵ “Aqui está o porquê: legislação tributária, concorrencial e corporativa excepcionalmente favoráveis historicamente apoiadas por decisões judiciais em Delaware são os maiores motivos.” (tradução nossa) em CARY, William L. *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*. In: **Yale Law Journal**. Vol. 83, issue 4, artigo 1, 1974. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6235&context=yjlj>. Acesso em: 1 mai. 2019., p. 665.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **New York Stock Exchange**. Disponível em: <https://www.nyse.com/index>. Acesso em: 05 abr. 2019.

Quotations (Nasdaq)⁴⁷ estão incorporadas naquele pequeno estado.

O professor Brian Cheffins⁴⁸, em artigo baseado na palestra proferida em Wilmington/DE em outubro de 2014, reitera a importância de Delaware como referência de legislação societária nos Estados Unidos, asseverando que:

More than 60% of all U.S. public companies are incorporated under Delaware corporate law, including 80% of public companies that incorporate outside their headquarters state. Moreover, Delaware has provided for many decades a de facto “national” U.S. corporate law court system, with judges in other states often citing and following Delaware jurisprudence.

[...]

As law professor Lawrence Hamermesh has observed, “At the formal apex of the structure of Delaware corporate law is the Delaware General Corporation Law”.

Corroborando com estes dados, informa o *website* do Governo estadual⁴⁹ que mais de 60% (sessenta por cento) das empresas listadas na revista Fortune 500⁵⁰ estão incorporadas em Delaware.

Por estes motivos, dada a grande relevância e elevada representatividade das empresas incorporadas sob a Lei de Corporações de Delaware, para fins desta pesquisa entende-se como paradigma ideal para analisar o regramento societário norte-americano.⁵¹

1.2.2 Os administradores das corporações segundo a DGCL

A elogiada DGCL é a Lei do Estado de Delaware que em seu Título 8º trata das regras referentes às corporações (*corporation*), referindo-as como pessoa jurídica

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **National Association of Securities Dealers Automated Quotations**. Disponível em: <https://www.nasdaq.com/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁴⁸ “Mais de 60% das companhias abertas dos Estados Unidos estão incorporadas em Delaware, incluindo 80% de companhias abertas que estão incorporadas fora do estado de sua sede. Ademais, Delaware concedeu por muitas décadas um de fato nacional sistema judicial empresarial, com juízes em outros estados citando com frequência e seguindo a jurisprudência de Delaware. [...] Como o professor de direito Lawrence Hamermesh observou, ‘No ápice formal da estrutura do direito societário de Delaware está a Lei Geral de Corporações de Delaware’.” (tradução nossa) em CHEFFINS, Brian. Delaware and the transformation of corporate governance. *In: Delaware Journal of Corporate Law*. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531640. Acesso em: 05 jul. 2019, p. 18-19.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Delaware State: Why businesses choose Delaware**. Disponível em: <https://corplaw.delaware.gov/why-businesses-choose-delaware/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁵⁰ FORTUNE MAGAZINE. **Fortune 500**. Disponível em: <http://fortune.com/fortune500/list>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁵¹ Optou-se por não se referir ao “Model Business Corporation Act” (MBCA), a fim de dar maior objetividade ao trabalho, uma vez que já se está cotejando o regramento de Delaware com o brasileiro, bem como para prestigiar a rica experiência obtida nas matérias obrigatórias realizadas na Delaware Law School em Wilmington no Summer Law de 2018.

de direito privado, de natureza comercial (*business purpose*), cujo capital se divide por ações (*stocks*) de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos ou acionistas ao valor da de emissão, que podem ser também definida como⁵²:

Corporation. an entity (usually a business) [...] established in accordance with legal rules into a legal or juristic person that has legal personality distinct from the natural persons who make it up, exists indefinitely apart from them, and has the legal power its constitution gives it.

Em discurso perante a *European Policy Forum* em 2005, o atual *Chief Justice of the Delaware Supreme Court*, Leo Strine Jr.⁵³, apresentou certos aspectos que diferenciam a DGCL das demais leis societárias, especialmente as provenientes de países do sistema de *civil law*.

Conforme Strine, aspectos correlatos ao direito societário, como o direito da concorrência, a legislação trabalhista, do comércio e os requisitos para a apresentação de divulgações regulares a investidores públicos (*disclosure*), não fazem parte da lei societária de Delaware.

Em vez disso, esses outros assuntos são prioritariamente regidos em âmbito nacional por regimes regulatórios originados em normativos emanados do Congresso Americano e administrados por meio de agências do Governo Federal dos Estados Unidos, como a *Federal Trade Commission* (FTC)⁵⁴ e a *Securities and Exchange Commission* (SEC)⁵⁵.

Strine⁵⁶ continua em seu discurso reiterando que a DGCL governa especialmente assuntos internos da corporação. Nesse sentido, a norma se traduziria em uma forma especializada de direito contratual que governa o relacionamento entre os administradores das corporações (conselheiros e diretores executivos) e os acionistas.

⁵² “Corporação. uma entidade (geralmente uma empresa) [...] estabelecida de acordo com o regramento legal em uma pessoa jurídica que tem personalidade jurídica distinta das pessoas físicas que a compõem, que existe indefinidamente à parte dessas, e que tem poder legal dado pela sua constituição.” (tradução nossa) em GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**. 9. ed. Dallas: West. 2009, p. 391.

⁵³ STRINE, Leo E. The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face. *In: Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 30, n. 3, p. 673-696, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=893940>. Acesso em: 13 mai. 2019, p. 674.

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. **About the FTC**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc>. Acesso em: 27 mai. 2019.

⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Securities and Exchange Commission**. Disponível em: <https://www.sec.gov/about.shtml>. Acesso em: 27 mai. 2019.

⁵⁶ STRINE, Leo E. The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face. *In: Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 30, n. 3, p. 673-696, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=893940>. Acesso em: 13 mai. 2019, p. 674.

Neste sentido, ele arremata, consistente com uma visão eminentemente contratualista, a DGCL é, por definição, um amplo facilitador que promove liberdade aos procedimentos internos das corporações, muito diferente do que normalmente se encontra em uma nação de *civil law*. A abordagem da legislação societária de Delaware mantém o regramento legal ao mínimo.

Nesta toada, torna-se fundamental proceder à análise do cerne deste renomado normativo, cabendo referenciar inicialmente quanto ao estatuto social das companhias, chamados em inglês de *bylaws* que são disciplinados pelo §109⁵⁷ do Título 8º, a seguir:

§ 109 Bylaws.

(a) The original or other bylaws of a corporation may be adopted, amended or repealed by the incorporators, by the initial directors of a corporation other than a nonstock corporation or initial members of the governing body of a nonstock corporation if they were named in the certificate of incorporation, or, before a corporation other than a nonstock corporation has received any payment for any of its stock, by its board of directors. [...]

(b) The bylaws may contain any provision, not inconsistent with law or with the certificate of incorporation, relating to the business of the corporation, the conduct of its affairs, and its rights or powers or the rights or powers of its stockholders, directors, officers or employees. The bylaws may not contain any provision that would impose liability on a stockholder for the attorneys' fees or expenses of the corporation or any other party in connection with an internal corporate claim, as defined in § 115 of this title. (8 Del. C. 1953, § 109; 56 Del. Laws, c. 50; 59 Del. Laws, c. 437, § 1; 77 Del. Laws, c. 253, § 8; 80 Del. Laws, c. 40, § 3.)

Assim, após o arquivamento do certificado de incorporação a companhia deve adotar o estatuto social que regerá suas atividades, sendo que tal documento, além das disposições de qualificação da companhia (nome, sede, número de ações emitidas, por exemplo), deverá descrever o objeto a que a sociedade empresária se dedicará. Além disso, deverá conter expressamente a matriz de poderes a ser conferida aos acionistas e delegada aos conselheiros, diretores executivos e

⁵⁷ § 109 Estatuto Social. (a) O original ou outros estatutos de uma corporação podem ser adotados emendados ou revogados pelos incorporadores, pelos diretores iniciais se uma corporação que não por ações ou membros iniciais de um órgão governamental de uma corporação que não por ações se eles forem nomeados no certificado de incorporação, ou, antes da corporação que não seja por ações tenha recebido qualquer pagamento por qualquer ação, pelos seus conselheiros. [...] (b) O estatuto social que contém qualquer provisão, não inconsistente com lei ou com o certificado de incorporação, relacionado ao negócio da corporação, à conduta de seus negócios, e seus direitos ou poderes ou direitos ou poderes de seus acionistas, conselheiros, diretores ou funcionários. O estatuto social não deverá conter qualquer provisão que imponha responsabilidade em um acionista pelas taxas de advogados ou despesas da corporação ou qualquer outra parte em conexão com uma reclamação interna corporativa, como definido no § 115 deste título." (tradução nossa) em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Delawate State:** Delaware **Code Title** 8. Disponível em: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>. Acesso em: 13 mai. 2019.

empregados.

Outro dispositivo de grande importância, é o §141 da DGCL⁵⁸ que trata dos *directors* (conselheiros membros do conselho de administração), disciplinando:

Subchapter IV

Directors and Officers

§ 141 Board of directors; powers; number, qualifications, terms and quorum; committees; classes of directors; nonstock corporations; reliance upon books; action without meeting; removal.

(a) The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors, except as may be otherwise provided in this chapter or in its certificate of incorporation. If any such provision is made in the certificate of incorporation, the powers and duties conferred or imposed upon the board of directors by this chapter shall be exercised or performed to such extent and by such person or persons as shall be provided in the certificate of incorporation.

[...]

(e) A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation.

Salvo disposição em contrário da DGCL ou do certificado de incorporação da empresa, os negócios e assuntos de uma corporação registrada em Delaware são administrados sob a direção do Conselho de Administração (*board of directors*) através dos seus conselheiros (*directors*).

A seguir, no §142⁵⁹ trata dos diretores executivos (*executive officers* ou

⁵⁸ Subcapítulo IV – Conselheiros e Diretores § 141 Conselho de Administração; poderes; número, qualificação, termos e quorum; comitês, classes de conselheiros, corporações que não sejam por ações; certificados em livros; ações sem reuniões; remoção. (a) Os negócios de toda corporação que se inclui nesse título deverão ser gerenciados por ou sob a supervisão de um Conselho de Administração, exceto se diversamente previsto nesse capítulo ou no seu certificado de incorporação. Se houver qualquer provisão nesse sentido no certificado de incorporação, os poderes e deveres conferidos ou impostos ao Conselho de Administração por esse capítulo deverão ser exercidos ou performados na sua extensão e por qualquer pessoa ou pessoas como deverá está previsto no certificado de incorporação. [...] (e) Um membro do Conselho de Administração, ou um membro de qualquer comitê designado pelo Conselho de Administração, deverá, na performance de seus deveres como membro, estar protegido amplamente pela confiança em sua boa-fé mediante os registros da corporação e mediante tais informações, opiniões, relatórios ou declarações apresentadas à corporação por qualquer diretor ou funcionário da corporação, ou comitê do Conselho de Administração, ou por qualquer outra pessoa que o membro acreditar razoavelmente que tenha a competência profissional ou especializada e que tenha sido selecionada com cuidado razoável pela ou em nome da corporação.” (tradução nossa) em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Delaware State:** Delaware Code Title 8. Disponível em: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>. Acesso em: 13 mai. 2019.

⁵⁹ “§ 142 Diretores; títulos, deveres, seleção, validade; impossibilidade de eleição; vacância. (a) Toda corporação que se inclui nesse título deverá ter tais diretores com tais títulos e deveres como deverá estar estabelecido no Estatuto Social ou em resolução do Conselho de Administração que não seja

somente *officers*), disciplinado:

§ 142 Officers; titles, duties, selection, term; failure to elect; vacancies.

(a) Every corporation organized under this chapter shall have such officers with such titles and duties as shall be stated in the bylaws or in a resolution of the board of directors which is not inconsistent with the bylaws and as may be necessary to enable it to sign instruments and stock certificates which comply with §§ 103(a)(2) and 158 of this title. One of the officers shall have the duty to record the proceedings of the meetings of the stockholders and directors in a book to be kept for that purpose. Any number of offices may be held by the same person unless the certificate of incorporation or bylaws otherwise provide.

(b) Officers shall be chosen in such manner and shall hold their offices for such terms as are prescribed by the bylaws or determined by the board of directors or other governing body. Each officer shall hold office until such officer's successor is elected and qualified or until such officer's earlier resignation or removal. Any officer may resign at any time upon written notice to the corporation.

(c) The corporation may secure the fidelity of any or all of its officers or agents by bond or otherwise. [...] (8 Del. C. 1953, § 142; 56 Del. Laws, c. 50; 56 Del. Laws, c. 186, § 4; 57 Del. Laws, c. 649, § 2; 59 Del. Laws, c. 437, § 6; 71 Del. Laws, c. 339, § 14.)

A DGCL é menos extensa quanto à disciplina dos diretores executivos, determinando que a estes caberá a execução diária dos negócios sociais conforme deveres e poderes descritos no estatuto social, ou determinações do conselho de administração (*board resolution*).

Por estes elementos, pode-se notar que a Lei de Delaware concede destacada ênfase ao papel dos conselheiros na condução e supervisão dos negócios sociais, diferente do que se aplica no Brasil, como se verá no tópico próprio.

Como ensina Strine⁶⁰, “*the central idea of Delaware's approach to corporate law is the social utility of an active, engaged central management. That idea is*

inconsistente com o estatuto social e como poderá ser necessário permitir a assinatura de instrumentos e certificados de ações que estejam em consonância com o §§ 103(a)(2) e 158 deste título. Um dos diretores deverá ter o dever de registrar os procedimentos das reuniões dos acionistas e conselheiros em um livro a ser mantido para esse propósito. Qualquer número de cargos poderá ser mantido pela mesma pessoa a menos que o certificado de incorporação ou estatuto diga o contrário. (b) Diretores deverão ser escolhidos de tal maneira e deverão manter seus cargos em tais termos como prescrito pelo Estatuto Social ou determinado pelo Conselho de Administração ou outro órgão diretivo. Cada diretor deverá manter seu cargo até que seu sucessor seja eleito e qualificado ou até que aconteça sua resignação antecipada ou remoção. Qualquer diretor poderá renunciar a qualquer momento mediante notificação por escrito à corporação. (c) A corporação poderá assegurar a fidelidade de qualquer ou de todos os seus diretores ou agentes por vínculo ou de outra forma.” (tradução nossa) em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Delaware State. **Delaware Code Title 8**. Disponível em: <<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>>. Acesso em 13 de maio de 2019.

60 “[...] a ideia central da legislação societária de Delaware é a utilidade social de uma gerência central ativa e engajada. Essa ideia é expressa por nosso regulamento, o qual prevê o princípio fundamental que o negócio da corporação seja gerenciado por ou sob a direção do Conselho de Administração.” (tradução nossa) em STRINE, Leo E. **The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face**. p. 675.

expressed by our statute, which states the fundamental principle that the business and affairs of the corporation are managed by or under the direction of a board of directors.”

Quanto à figura dos acionistas, vale frisar que é uma característica marcante das corporações norte-americanas buscar capital de terceiros, ou seja, serem companhias de capital aberto cujas ações são negociadas em bolsas de valores (lá chamadas de *public companies*). Destarte, nesta modalidade a figura do “dono” da companhia fica muito diluída entre os acionistas e afastada da administração diária da companhia.

Não obstante, assembleia geral dos acionistas é o órgão deliberativo máximo das corporações, tendo por base o princípio a representação proporcional dos votos pela quantidade de ações, o ente, ou grupo, que possuir a maioria da representação em assembleia deterá o governo da sociedade empresária, elegendo os conselheiros e por consequência os diretores executivos, influenciando diretamente nos rumos a serem tomados⁶¹.

Deste modo, por esta característica de pulverização da propriedade das ações, a administração das corporações de Delaware tem como característica a delegação de poderes aos administradores com grande concentração de poder no conselho de administração, referido como um “*board-centric model*”⁶².

Por este motivo, os conselheiros e diretores deverão servir efetivamente como “agentes fiduciários” dos acionistas com relação à proteção dos interesses destes últimos com os resultados da corporação.

Como leciona a Professora Tucker⁶³ tratando de matéria relacionada ao

⁶¹ Como se verá adiante, no Brasil a grande maioria das corporações são empresas familiares, predominantemente de capital fechado (não negociam suas ações em bolsa) ou, ainda que abertas, têm presença marcante de um acionista majoritário. No Brasil o acionista tem papel de maior relevância na própria administração das corporações.

⁶² *Delaware corporate law embraces a “board-centric” model of governance contemplating that, as a general matter, all directors will participate in a collective and deliberative decision-making process.* RICHARDS LAYTON & FINGER. **The Rights and Duties of Blockholder Directors**. 2015. Disponível em:

https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/the_business_lawyer/find/find_by_subject/buslaw_tbl_mci_decorplaw/. Acesso em: 05 jul. 2019.

⁶³ “O Conselho de Administração é o primeiro órgão diretivo de uma instituição, tal como, lhe são confiadas certas obrigações fiduciárias. As obrigações de cuidado e lealdade são as obrigações fiduciárias tradicionais detidas pelos diretores das instituições que estes governam. Destes amplos deveres derivam certas responsabilidades, incluindo a responsabilidade pela supervisão do programa de integridade [...] da instituição. O padrão para os deveres dos diretores de supervisão e monitoramento ativo de uma organização, incluindo a atividade de *compliance*, está determinado no importante caso da corte de Chancery de Delaware, In re Caremark Int’l Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996), o qual defendeu que diretores corporativos tem um dever afirmativo de

compliance corporativo:

The board of directors is the primary governing body of an institution; as such, it is entrusted with certain fiduciary obligations. The duties of care and loyalty are the traditional fiduciary duties owed by directors to the institutions they govern. Out of these overarching duties arise certain responsibilities, including responsibility for the oversight of the institution's [...] compliance program. The standard for the directors' duty to oversee and actively monitor an organization, including its compliance activity, is set out in the seminal Delaware Court of Chancery case, *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996), which held that corporate directors have an affirmative duty to establish and exercise appropriate control over some form of internal compliance activity.

Vale esclarecer, que para fins deste estudo adota-se a posição de que conselheiros e diretores executivos submetem-se aos mesmos deveres fiduciários para com a companhia e seus acionistas nos termos do precedente *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d 695 (Del. 2009), conforme anotam Thomas e Wells⁶⁴:

In *Gantler v. Stephens*, the Delaware Supreme Court held that officers of Delaware corporations owe the same fiduciary duties of care and loyalty to the corporation and its shareholders as do directors. In *Gantler*, shareholders of a bank holding company sued several of its directors as well as a nondirector officer, alleging, among other things, that the defendants violated their fiduciary duties by self-servingly sabotaging an opportunity to sell the company. The supreme court's decision held, as observers had long presumed, that "the fiduciary duties of officers are the same as those of directors".

Portanto, no cumprimento de suas responsabilidades de gestão, os administradores das empresas de Delaware assumem deveres fiduciários para com a corporação e com os acionistas da mesma, como se verá a seguir.

1.2.3 Deveres fiduciários dos administradores das corporações segundo a DGCL

estabelecer e exercer controle apropriado sobre alguma forma de atividade de *compliance* interna. (tradução nossa) em TUCKER, Ola. The Board's Role in AML Compliance. **In: Corporate Compliance Insights**, nov. 2019. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/board-role-aml-compliance/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

⁶⁴ "No caso *Gantler x Stephens*, a Corte Suprema de Delaware decidiu que diretores de corporações de Delaware têm as mesmas obrigações fiduciárias de cuidado e lealdade à corporação e aos seus acionistas. No caso, acionistas de uma *holding* bancária processaram diversos de seus diretores bem como um executivo não-diretor, alegando, dentre outras coisas, que os réus violaram suas obrigações fiduciárias sabotando a oportunidade de venda da companhia. A decisão da corte suprema indicou, como já presumido por observadores, que 'as obrigações fiduciárias dos diretores são as mesmas dos conselheiros'." (tradução nossa) em THOMAS, Randall S.; WELLS, Harwell. Executive Compensation in the Courts: Board Capture, Optimal Contracting, and Officers' Fiduciary Duties. **In: Vanderbilt University's Institutional Repository**. Rev. 846 2010-2011. Disponível em: <https://ir.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5614/Executive%20Compensation%20in%20the%20Courts.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 mai. 2019.

Conforme Reinhardt *et al.*⁶⁵, não obstante as corporações nos Estados Unidos se utilizem da ficção legal universal da personalidade jurídica separada das pessoas físicas dos sócios, as decisões de uma empresa são tomadas, na prática, por seu conselho de administração ou pelos diretores executivos a quem foi delegado autoridade decisória.

Para garantir que os conselheiros e diretores não ajam negligentemente ou subvertam recursos corporativos em benefício próprio, o sistema legal norte-americano impõe deveres fiduciários de cuidado (*duty of care*) e lealdade (*duty of loyalty*).

Para os mesmos autores⁶⁶, o dever de lealdade exige que os diretores ajam “de boa-fé e no melhor interesse da corporação”, e coloca limitações nos motivos, propósitos e metas que podem legitimamente influenciar as decisões dos diretores. Por outro lado, o dever de cuidado complementa o dever de lealdade exigindo que os administradores “exerçam esse grau de habilidade, diligência e cuidado que uma pessoa razoavelmente prudente exerceria em circunstâncias semelhantes”.

Tais deveres fiduciários, que os conselheiros e diretores devem manter em seu papel de administradores para com os acionistas da corporação, tem contornos que remontam ao importante precedente *Guth vs Loft (Delaware Supreme Court 1939)*, que decidiu a propriedade de uma das maiores empresas de refrigerantes do mundo, a Pepsi Co.⁶⁷

⁶⁵ REINHARDT, Forest L., et. al. **Corporate social responsibility through an economic lens**. 2008. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13989.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019, p. 7.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁷ Loft era e é uma empresa que atuava na fabricação e venda de doces, xaropes, bebidas e alimentos, com escritórios e fábrica em Long Island City, Nova York. Guth, tornou-se presidente da Loft em março de 1930.

Grace era de propriedade de Guth e sua família. Era proprietária de uma fábrica em Baltimore, Maryland, onde se dedicava à fabricação de xaropes para refrigerantes e fornecia à Loft o “Xarope de Chocolate Lady Grace”.

Em 1931, a Coca-Cola distribuía em todas as lojas Loft e o xarope da Coca-Cola, Loft fazia grandes compras a um custo muito alto. Guth solicitou à Coca-Cola Company que desse à Loft um desconto devido à grande demanda, a Coca-Cola Company recusou.

A Pepsi-Cola era um xarope composto e comercializado pela National Pepsi-Cola Company, controlada por Megargel. A Pepsi-Cola estava no mercado há mais de vinte e cinco anos, mas principalmente no território sul, possuindo fórmula e marca registradas. Entretanto, havia pedido falência em 26 de maio de 1931.

Megargel informou Guth da falência e que estava em posição de adquirir do administrador em falência a fórmula secreta e a marca registrada para a fabricação e venda da Pepsi-Cola.

Guth estava pessoalmente muito endividado totalmente incapaz de financiar a empresa. Por outro lado, a Loft possuía recursos materiais e financeiros para financiar.

Quanto a este caso paradigmático, é pertinente o comentário de Holger Spermann⁶⁸:

Guth is the mother of all Delaware duty of loyalty cases. The decision introduces the basic idea that it is incumbent on the fiduciary to prove that the fiduciary acted “in the utmost good faith” (or, in modern parlance, with “entire fairness”) to the corporation in spite of the fiduciary’s conflict of interest. As mentioned above, approval by a majority of fully informed, disinterested directors or shareholders can absolve the fiduciary or at least shift the burden of proof. In Guth, however, the Court of Chancery had found that Guth had not obtained such approval from his board. The decision deals with two separate aspects of Guth’s behavior. The corporate resources that Guth used for his business, such as Loft’s funds and personnel, clearly belonged to Loft, and there was little question that Guth had to compensate Loft for their use.

O caso assentou o importante precedente, pois discutiu a fundo os deveres fiduciários dos administradores para com os acionistas das corporações estabelecidas em Delaware consignando que o administrador não pode fazer uso dos bens e direitos da companhia em benefício próprio sem o consentimento dos demais conselheiros desinteressados, ou dos acionistas, a depender da decisão a ser tomada.

1.2.3.1 O dever de cuidado (*duty of care*)

A doutrina norte-americana é muito variada quanto à conceituação do dever de cuidado dos administradores, considerando-se ainda que os contornos do conceito

Durante os anos de 1931 a 1935, Guth dominou a Loft através de seu controle do Conselho de Administração e controlou completamente a Pepsi. Sem o conhecimento ou consentimento do Conselho de Administração da Loft, ele recorreu à recursos da Loft sem limite para promover a empresa Pepsi. Todavia, Guth havia secretamente adquirido os direitos da formula e marca da empresa Pepsi através de sua empresa pessoal em uma negociação com Megargel (sem o conhecimento da Loft).

Guth alegou que ele ofereceu a Loft a oportunidade de assumir a empresa Pepsi-Cola, afirmando francamente aos diretores que, se Loft não o fizesse, ele o faria;

A Loft então propôs uma medida judicial e o Chanceler descobriu que Guth nunca havia oferecido a oportunidade da Pepsi para Loft; [...] que o uso, por Guth, do dinheiro, crédito, instalações e pessoal da Loft na promoção do empreendimento da Pepsi estava sem o conhecimento ou autorização dos diretores da Loft; Tendo ao final ordenado que Guth e Grace transferissem as ações e direitos da Pepsi para a Loft;

⁶⁸ “O caso Guth é a mãe de todos os casos de deveres de lealdade de Delaware. A decisão introduz a ideia básica de que é incumbência do fiduciário provar que agiu ‘no máximo de sua boa-fé’ (ou, na linguagem moderna, com a ‘máxima justiça’) para com a corporação apesar do conflito de interesse do fiduciário. Como mencionado acima, aprovação da maioria informada, conselheiros ou acionistas desinteressados podem absolver o fiduciário ou pelo menos inverter o ônus da prova. No caso, entretanto, a Corte de Chancery decidiu que Guth não tinha obtido aprovação do Conselho. A decisão lidou com dois aspectos do comportamento de Guth. Os recursos corporativos que Guth tinha usado para o negócio, tais como fundos e pessoal da Loft, claramente pertencentes à Loft, e não havia nenhuma dúvida que Guth deveria compensar a Loft pelo uso.” (tradução nossa) SPARMANN, Holger. **Guth vs Loft**. 1939. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/collages/4308>. Acesso em: 13 mai. 2019.

são traçados e aprimorados pelos diversos precedentes que tratam do tema.

Estes elementos foram bem definidos no precedente *Smith vs Van Gorkom* (Del. 1985)⁶⁹ decidido pela Suprema Corte do Estado afirmando que os diretores que tomam uma decisão mal informada enfrentam uma substancial exposição à responsabilização pessoal. Ao fazê-lo, o Tribunal deu nova visão ao regramento dos deveres fiduciários.

Quanto a este importante precedente *Bainbridge*⁷⁰ comenta:

Smith v. Van Gorkom arguably was the most important corporate law decision of the 20th century. The supreme court of a state widely criticized for allegedly leading the race to the bottom held that directors who make an uninformed decision face substantial personal liability exposure. In so doing, the court breathed new life into the law of fiduciary duties.

For example, *Van Gorkom* presaged Unocal's significant expansion of judicial review of corporate takeovers. Indeed, a *Van Gorkom*-based inquiry into whether the board was fully informed remains a key component of the Unocal methodology. Likewise, ***Van Gorkom laid the foundation for the subsequent Caremark decision and the resulting expansion of judicial inquiry into whether the board of directors exercised proper oversight of its subordinates. In fact, most of the modern edifice of corporate fiduciary duties rests in some degree on the Van Gorkom decision.***

(grifo nosso)

Em brevíssimo resumo, o caso também chamado de “*TransUnion Case*” envolveu uma proposta de incorporação da empresa *TransUnion* pelo *Marmon Group*. O réu *Jerome Van Gorkom*, era presidente do conselho (*chairman*) e diretor presidente (*chief executive officer*) da *TransUnion*, aceitou um preço proposto de venda da companhia por US\$ 55/ação, sem um critério claro ou mesmo sem consultar especialistas financeiros externos, tendo tratado do assunto apenas com o diretor financeiro (*chief financial officer - CFO*) da *TransUnion*. Assim, *Van Gorkom* e o CFO não determinaram um valor real da empresa.

⁷⁰ “O caso *Smith x Van Gorkom* talvez tenha sido a decisão de legislação corporativa mais importante do século 20. A corte suprema de um estado amplamente criticado por supostamente liderar a “corrida ao fundo” decidiu que conselheiros que dão uma decisão desinformada enfrentam uma exposição substancial à responsabilidade pessoal. Assim, a corte deu vida à legislação de obrigações fiduciárias. Por exemplo, *Van Gorkom* precedeu à expansão significativa promida pela *Unocal* em revisão judicial de aquisições corporativas. De fato, uma verificação baseada em *Van Gorkom* sobre a possibilidade de o conselho ser completamente informado permanece o componente chave da metodologia *Unocal*. Da mesma forma, *Van Gorkom* deixou fundamento para a subsequente decisão da *Caremark* e a resultante expansão da verificação judicial sobre a possibilidade de o conselho de administração exercer propriamente a supervisão de seus subordinados. Na realidade, a maior parte da estrutura moderna de obrigações fiduciárias corporativas está apoiada em algum momento na decisão do caso *Van Gorkom*. (tradução nossa) em BAINBRIDGE, Stephen Mark. ***Smith v. Van Gorkom (May 2008)***. UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 08-13. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1130972>>. Acesso em 27 de maio de 2019.

Na mesma reunião em que foi apresentada a proposta pela diretoria executiva, o conselho de administração, presidido pelo próprio Van Gorkom, de forma açodada, aprovou a venda da TransUnion justificando que esta sofria uma depreciação acelerada e uma receita reduzida, também em razão de possuir mais créditos tributários do que renda.

Questionada por um acionista que sentiu prejudicado, o julgamento do caso levou ao importante precedente que considerou os conselheiros “grosseiramente negligentes”, porque aprovaram rapidamente a venda sem um processo substancial ou qualquer aconselhamento especializado. Por essa razão, o conselho de administração violou o dever de cuidado que devia aos acionistas da corporação.

No pensamento de Lee⁷¹, o dever de cuidado dos administradores desempenha um papel crucial na gestão corporativa. Do ponto de vista dos acionistas, ele representa um emblema de sua propriedade e controle final sobre a corporação.

Em outras, palavras o *duty of care* auxilia os acionistas no monitoramento daqueles que gerenciam a corporação, também permitindo que os tribunais examinem o comportamento dos administradores cujo racional se afaste dos melhores interesses da corporação e dos seus acionistas.

Lee⁷² prossegue afirmando que mediante o dever de cuidado, o administrador exercerá suas funções sempre: (a) de boa-fé; (b) com o cuidado de uma pessoa ordinariamente prudente em uma posição similar exerceria em circunstâncias semelhantes; e (c) de uma maneira que ele razoavelmente acredita ser o melhor interesse da corporação.

Assim, o dever de cuidado orienta os administrados quanto às precauções mínimas que deve manter no exercício dos poderes que lhe foram delegados pelos acionistas para a consecução dos negócios da corporação e em seu melhor interesse.

1.2.3.2 O dever de lealdade (*duty of loyalty*)

Além do dever de cuidado, os administradores também devem se manter

⁷¹ LEE, Thomas C. **Limiting corporate directors' liability**: Delaware's section 102(b)(7) and the erosion of the directors' duty of care. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=3890&context=penn_law_review. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 239.

⁷² *Ibidem*, p. 239.

atentos ao dever de lealdade para com os acionistas, tal dever é muito bem delineado no seguinte trecho do precedente da Suprema Corte de Delaware *Guth vs Loft* (1939), selecionado por Lafferty *et al*⁷³:

Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests [...]. The rule that requires an undivided and unselfish loyalty to the corporation demands that there be no conflict between duty and self-interest.

Neste sentido, o dever de lealdade engloba uma regra geral de conduta que exige uma lealdade indivisa e verdadeira às demandas da corporação acima de qualquer interesse próprio do administrador.

Os autores Lafferty *et. al.*⁷⁴ asseveram que a aplicação da DGCL pelos Tribunais de Delaware consolidou o entendimento do que significa o dever de lealdade que os administradores de corporações assumem perante os acionistas.

Assim, conforme os mesmos autores⁷⁵, sob pena de infringir o dever de lealdade, os administradores não devem: (1) envolver a corporação em uma transação de seu interesse que não seja integralmente justa à empresa [*Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156, 1167-68 (Del. 1995)]; (2) lucrar com o uso de informação confidencial [*Brophy v. Cities Serv. Co.*, 70 A.2d 5, 7-8 (Del. Ch. 1949)]; (3) tomar quaisquer atitudes para evitar seu afastamento da posição de administrador (*entrenchment*) [*Unocal v. Mesa Petroleum*, 493 A.2d 946, 954-56 (Del. 1985)]; ou, (4) colocar os benefícios próprios acima dos interesses empresariais [*Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)].

Seguindo esta linha de pensamento, os administradores devem afastar-se de decisões que apresentem conflito de interesse. Caso exista conflito de interesse, o dever de lealdade determina que os administradores sejam proativos em dar transparência aos fatos e afastar-se de eventual decisão em que possam ter conflito, ainda que colegiada.

⁷³ “Conselheiros corporativos e diretores não estão permitidos a usar suas posições de confiança e segurança para promover seus interesses privados [...]. A regra que requer a lealdade altruísta à corporação demanda que não haja conflito entre as obrigações e o interesse próprio.” (tradução nossa) em LAFFERTY, William M., SCHMIDT, Lisa A., WOLFE JR., Donald J. A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law. *In: Penn State Law Review*. 2011. Disponível em: <http://pennstatelawreview.org/116/3/116%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%20837.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 845.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Idem*.

1.2.3.2.1 A regra de julgamento do negócio (business judgment rule)

Ao se tratar dos deveres dos administradores ante a Lei de Delaware cabe referir quanto aos *standards of review* ou, padrões de revisão judicial aplicados pelas Cortes de Delaware quando instadas a rever os atos dos administradores. Em linhas gerais, dois seriam os padrões de revisão judicial aplicados: *business judgement rule* (BJR) e *entire fairness*.

Conforme Lafferty *et al.*⁷⁶:

[...] a presumption exists under Delaware law that corporate directors act in accordance with these duties [loyalty and care] when making business decisions. This presumption is known as the “business judgment rule”. The business judgment rule is a deferential standard of review; Delaware courts will generally refrain from unreasonably imposing themselves upon the business and affairs of a corporation when the board’s decision can be attributed to some rational corporate purpose.

Com efeito, qualquer discussão societária levada às cortes de Delaware partirá da análise pela regra de julgamento de negócio, ou seja, com deferência do julgador aos possíveis racionais empregados pelos administradores na condução dos negócios.

Conforme bem traçado no precedente *Kaplan v. Centex* (1971)⁷⁷, o padrão de julgamento que utiliza a regra *business judgement rule* parte da presunção de que, ao tomar uma decisão comercial, os administradores de uma corporação agiram de maneira informada, de boa-fé e na crença honesta de que a ação tomada foi no melhor interesse da empresa.

Nesta mesma linha de pensamento, os autores Reinhardt *et. al.*⁷⁸ lecionam

⁷⁶ “[...] existe uma presunção na legislação de Delaware que conselheiros corporativos agem de acordo com essas obrigações (de lealdade e cuidado) quando tomam decisões do negócio. A presunção é conhecida como “regra de julgamento do negócio”. A regra de julgamento do negócio é um padrão de revisão deferente; as cortes de Delaware geralmente se abstêm de se impor de maneira irracional nos negócios de uma corporação quando a decisão do conselho pode ser atribuída a algum objetivo corporativo racional.” (tradução nossa) em LAFFERTY, William M., SCHMIDT, Lisa A., WOLFE JR., Donald J. A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law. *In: Penn State Law Review*. 2011. Disponível em: <http://pennstatelawreview.org/116/3/116%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%20837.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 841

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Justia Law review. *Kaplan v. Centex Corporation*. 1971. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1971/284-a-2d-119-4.html>. Acesso em: 27 mai. 2019.

⁷⁸ “A premissa básica é de que, já que os administradores corporativos são muito mais hábeis em fazer julgamento de negócios do que Cortes, permitindo às Cortes questionar as decisões dos administradores criaria potencialmente altos custos de transações.” (tradução nossa) em REINHARDT, Forest L., et. al. *Corporate social responsibility through an economic lens*. 2008. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13989.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019, p. 9-10.

que o BJR atua como uma presunção em favor das ações dos administradores, fazendo com que os tribunais respeitem a decisão de negócio. E arrematam: “*The basic premise is that since corporate managers are far more skilled at making business judgments than courts, allowing courts to second-guess managers’ decisions would create potentially large transactions costs.*”

Assim, a regra padrão para revisão dos atos dos administradores pela Cortes de Delaware é a deferência ao poder decisório delegado aos administradores, presumindo-se que agiram para o bem do desenvolvimento do negócio, coerente com a tradição de menor intervenção possível nas decisões empresariais.

Por outro lado, ponderam Lafferty *et al*⁷⁹, se a BJR for rechaçada por evidências de violação do dever de cuidado ou de lealdade, o ato dos administradores será revisado usando o padrão de *entire fairness*, sendo que, então, os administradores assumem o fardo pesado de provar que a decisão ou transação contestada é “integralmente justa” para a corporação e seus acionistas.

Tal entendimento está refletido no precedente *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156, 1162 (Del. 1995)⁸⁰ que fixou “[f]rom a procedural perspective, the breach of any one of the board’s fiduciary duties is enough to shift the burden of proof to the board to demonstrate entire fairness”.

Portanto, pode-se dizer que as decisões dos administradores de corporações sediadas naquele Estado serão recebidas pelas Cortes de Delaware com deferência, mas caso existam elementos que indiquem a quebra dos deveres fiduciários (dever de cuidado e lealdade) os administradores deverão provar a integral probidade da decisão tomada, especialmente quanto ao respeito aos seus deveres fiduciários.

Como arremate, pode-se afirmar que as sociedades por ações incorporadas sob a Lei das Corporações de Delaware, possuem uma estrutura básica de modelo universalizado, composta:

a) Por acionistas como detentores do capital e do poder de decisão máximo dentro da companhia;

⁷⁹ *idem*

⁸⁰ “[...] de uma perspectiva procedimental, a quebra de qualquer uma das obrigações fiduciárias do Conselho é suficiente para inverter o ônus da prova ao Conselho para demonstrar sua total boa-fé.” (tradução nossa) em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Justia Law review. **Kaplan v. Centex Corporation**. 1971. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1971/284-a-2d-119-4.html>. Acesso em: 27 mai. 2019.

b) Por membros do conselho de administração que tem o dever geral de cuidado e lealdade para com a companhia e seus acionistas, devendo supervisionar os negócios sociais e prover as diretrizes e políticas gerais, subordinados à Lei e ao estatuto social;

c) E por diretores executivos que compartilham dos mesmos deveres fiduciários dos membros do conselho, devendo administrar os atos cotidianos da companhia e cumprir as políticas emanadas do conselho de administração, subordinados à Lei e ao estatuto social.⁸¹

1.3 AS PRINCIPAIS OBRIGAÇÕES DOS ADMINISTRADORES SEGUNDO A LEI DAS S/A BRASILEIRA

A fim de se responder aos problemas da pesquisa, faz-se fundamental a compreensão do regramento legal das sociedades anônimas no Brasil e as respectivas obrigações societárias dos administradores, o que será tratado neste tópico.

1.3.1 A Lei das S/A

Em linha com a prática internacional, no Brasil a figura jurídica da sociedade anônima tem como principais características, conforme Rubens Requião⁸², o capital dividido em ações; responsabilidade dos sócios limitada ao preço de emissão das ações subscritas; constituição por no mínimo dois sócios; e a empresa sempre com fim lucrativo, sendo que a “comercialidade”, em suas palavras, é inerente a este tipo de sociedade empresarial.

Na lição de Modesto Carvalhosa⁸³, pode-se definir sociedade anônima como “pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide por ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas e nada

⁸¹ MITCHELL, Dalia Tsuk. **Corporations: Cases and Materials**. Durham: Carolina Academic Pr. Edição do Kindle, 2018. Posição 1813.

⁸² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25.

⁸³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 1º volume. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

mais". Tal conceito encontra similaridade com o aplicado pela Lei de Delaware.

Quanto aos objetivos das corporações, o mesmo autor⁸⁴ esclarece que "a realização de lucros a serem distribuídos aos acionistas é da essência da sociedade anônima. [...] O fim lucrativo realiza-se nos estritos termos do objeto social. Assim o objeto social é o meio legítimo e restrito para alcançar-se o fim próprio de toda sociedade anônima".

Quanto à nomenclatura, vale referir a lição de Requião⁸⁵, para quem as expressões "sociedade anônima" e "companhia" são sinônimas, tal como usamos neste estudo.

Em breve esboço histórico, Requião⁸⁶ ensina que no século XVII, devido à política colonialista, e o capitalismo mercantil, que visava o domínio da América, Índia e África, fez-se necessária a concentração de capital intensivo, com o concurso dos Estados Coloniais e a então incipiente iniciativa privada, formando as bases das "sociedades por ações".

O autor continua⁸⁷ asseverando que a doutrina é concorde em afirmar que a sociedade por ações se mostrou o modelo ideal para as aventuras empresariais da época colonial capitaneadas por França, Inglaterra, Holanda e Portugal. Dado elevado risco de tais expedições, a característica desta modalidade primitiva de sociedade por ações era a aplicação de recursos públicos para a exploração particular de atividade empresarial a mando do Estado, limitando o risco financeiro das partes.

Mais tarde, com a revolução industrial do século XIX, na criação da grande indústria e na busca por recursos para fabricação de produtos em massa, o capitalismo privado apropriou-se deste sistema para lhe proporcionar acesso à elevada soma de capitais para o desenvolvimento da atividade empresarial, especialmente industrial.

Neste momento, as sociedades por ações ainda surgiam por privilégio real, concedido por carta ou patente, o que teve como reação a busca por libertação das sociedades empresariais desta apertada amarra do Estado.

⁸⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 1º volume. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

⁸⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

⁸⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

Como referência histórica, Requião⁸⁸ afirma que, em 1862, uma convenção firmada entre a França e a Inglaterra permitiu às sociedades inglesas funcionarem livremente no território francês. Na Inglaterra já havia prevalecido, em razão do seu regime liberal, o princípio da “plena liberdade de constituição e funcionamento das sociedades comerciais, inclusive as anônimas, que não dependiam de controle estatal”.

Tal situação estimulou, por um princípio próprio da atividade comercial, a busca por um equilíbrio de armas e liberdade pelas sociedades francesas, o influenciou os países que têm seu sistema jurídico baseado no direito francês, como é o caso do Brasil.

Neste sentido, anota Requião⁸⁹ que:

Eis como as sociedades anônimas se tornaram instrumento, e poderoso, da economia capitalista. O curioso, porém, é que essas três etapas históricas – *privilegio, autorização e liberdade* – não importaram, com o surgimento de um sistema, na extinção do anterior. No regime atual de constituição livre de sociedades anônimas – e isso é palpável em nossa própria legislação –, a par da regra dominante [da liberdade], persistem ainda os regimes do privilégio e da autorização. Mantém o direito moderno, ao lado das sociedades anônimas bancárias, de capitalização, de investimento, estrangeiras, por exemplo, antes de se constituírem umas ou de funcionarem outras, necessitam de carta de autorização concedida pelo poder público. A par dessas, algumas são constituídas especificamente por lei, que lhes traça a estrutura jurídica, com determinados privilégios como as sociedades anônimas estatais, citando-se, entre elas, *Petrobrás S.A.*, a *Eletrobrás S.A.* e a *Rede Ferroviária Federal S.A.*

Também as sociedades anônimas no Brasil, passaram pelas mesmas fases de *privilegio, autorização e liberdade* sofreram as mesmas fases de evolução, passando por um momento inicial em que eram outorgadas por carta real.

Pode-se dizer que houve um desenvolvimento empresarial tardio no Brasil, em comparação com os EUA, especialmente pela grande intervenção estatal que inibiu a organização do capital privado para a tomada de risco na aventura empresarial.

A primeira companhia integralmente brasileira, ainda que outorgada por ato do governo imperial, foi o Banco do Brasil⁹⁰ de 1808 que ante grande dificuldade de subscrição de suas ações à época acabou sendo liquidado em 1833⁹¹.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

⁹⁰ Notar que apesar de homônima, não se trata da mesma instituição atual.

⁹¹ PACIEVITCH, Thais. **Banco do Brasil**. 201-. Disponível em:

Quanto este momento histórico, leciona Amador Paes de Almeida⁹² que somente em 10 de janeiro de 1849 que se promulgou no Brasil a primeira norma sobre sociedades anônimas com a entrada em vigor do Decreto 575, logo revogado pelo Código Comercial de 1850.

Como retrata Requião⁹³, o período de autorização foi caracterizado pelo Código Comercial de 1850, que determinava que as companhias só poderiam constituir-se com autorização do governo, e período de liberdade inicia-se com o Decreto n.º 8.821 de 30 de dezembro de 1882.

Nas palavras do mesmo autor⁹⁴, após diversos normativos que versaram sobre as sociedades por ações, a partir da primeira metade do século XX, impôs-se ao país a total reforma da legislação a fim de que as sociedades por ações pudessem constituir verdadeiramente um fator de modernização da empresa brasileira, posta a serviço do necessário desenvolvimento nacional. Com este propósito, foi formulada a Lei Federal n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976⁹⁵, aqui também referida com Lei das S/A ou simplesmente LSA.

Sob a Constituição Federal de 1988, a competência para legislar sobre Direito empresarial é Federal, nos termos do seu art. 22⁹⁶.

A Lei das S/A é, portanto, produto de uma busca pela atualização do formato de sociedade anônima até então vigente no Brasil de grande intervenção estatal e pouca segurança jurídica.

Conforme se nota da Exposição de Motivos n.º 196 de 24 de junho de 1976⁹⁷ que embasou o projeto da Lei das S/A:

4. O Projeto visa basicamente a criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A

<https://www.infoescola.com/empresas/banco-do-brasil/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹² ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 194.

⁹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

⁹⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁹⁷ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Exposição de motivos n. 196, de 24 de junho de 1976**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.

[...]

f) atento ao fato básico de que as instituições mercantis - sobretudo na escala que a economia moderna lhes impõe - revestem-se de crescente importância social, com maiores deveres para com a comunidade em que vivem e da qual vivem, o Projeto introduziu o fato novo do dever de lealdade dessas instituições, imposto como norma de comportamento a controladores e administradores, para com o país; nesse dever estão igualadas empresas nacionais ou estrangeiras que aqui funcionem, de forma a construir o embasamento legal para um Código de Ética da grande empresa, nacional ou multinacional, o qual tende a constituir-se em imperativo da ciência universal;

Dentre os objetivos de modernização podem-se destacar a busca por maior liberdade para atuação e regras mais estritas de responsabilidade dos administradores eleitos, bem como do acionista controlador. Além disso, o projeto buscava o fortalecimento das normas de transparência (e.g. divulgação de resultados), regulação dos grupos societários e o reforço dos mecanismos de fiscalização da atuação das corporações.

Para os fins que importam a este estudo, cabe referir que a LSA brasileira contempla duas espécies de companhias: a companhia aberta e a fechada.

Na lição de Almeida⁹⁸, é “fechada” a companhia que não formula apelo à poupança pública, obtendo recursos dos próprios acionistas. Por outro lado, “aberta” é a companhia que procura captar recursos junto ao público, seja com a emissão de ações, ou outra das modalidades previstas em lei, e que, por isso tenha admitido a negociação de valores mobiliários em Bolsa (por intermédio de instituições destinadas a operar ações e obrigações das companhias, tais como a B3 – Bolsa Brasil Balcão⁹⁹), ou mercado de balcão (sem interferência de tais instituições), nos termos do art. 4º da LSA¹⁰⁰.

⁹⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

⁹⁹ Conforme consta do seu website: “A B3 é uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro no mundo, com atuação em ambiente de bolsa e de balcão. Sociedade de capital aberto – cujas ações (B3SA3) são negociadas no Novo Mercado –, a Companhia integra os índices Ibovespa, IBRX-50, IBRX e Itag, entre outros. Reúne ainda tradição de inovação em produtos e tecnologia e é uma das maiores em valor de mercado, com posição global de destaque no setor de bolsas”. BRASIL BOLSA BALCÃO. **Uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro do mundo**. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/b3/institucional/quem-somos/. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹⁰⁰ LSA Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001).

Uma vez que envolve a poupança pública a companhia aberta está sujeita à tutela do Estado através da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)¹⁰¹, agência reguladora autônoma incumbida de fiscalizar e controlar as atividades das companhias abertas e seus administradores, dentre outras atribuições.¹⁰²

A LSA também disciplina os seguintes órgãos de administração social: assembleia geral, conselho de administração, diretoria executiva, e conselho fiscal.

1.3.2 Os órgãos de administração das companhias segundo a Lei das S/A

Como características específicas da sociedade anônima Carvalhosa¹⁰³ registra que “possui necessariamente três órgãos formais: a Assembleia Geral, a Diretoria Executiva e o Conselho Fiscal, sendo que os dois primeiros de funcionamento permanente e, o último, conforme dispuser o estatuto social” (art. 161). O conselho de administração é facultativo somente para as companhias de capital fechado, sendo obrigatório nas demais.

Na LSA, a assembleia geral dos acionistas é considerada o órgão deliberativo máximo da organização, tendo por base o princípio da representação proporcional dos votos pela quantidade de ações. O ente, ou grupo, que possuir a maioria da representação na assembleia deterá o controle, governando a sociedade, elegendo os conselheiros e por consequência os diretores e membros do conselho fiscal.

Conforme a doutrina de Carvalhosa¹⁰⁴, os acionistas têm específicas e restritas obrigações de caráter patrimonial perante a sociedade. Patrimonialmente, obrigam-se a integralizar o capital, pessoalmente obrigam-se a abster-se de abusar

¹⁰¹ Conforme consta do seu website: “A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi criada em 07/12/1976 pela Lei 6.385/76, com o objetivo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil. A CVM é uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Economia, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária”. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Sobre a CVM.** Disponível em: http://www.cvm.gov.br/menu/acesso_informacao/institucional/sobre/cvm.html. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹⁰² ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

¹⁰³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 1º volume. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

¹⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 1º volume. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58-59.

do poder de voto e interferir nas decisões em que tenham conflito de interesse (art. 115). Enquanto controladores, tem o dever de lealdade para com a sociedade, a comunidade e os empregados (arts. 116, 117 e 118 da LSA).

Como ensina Requião¹⁰⁵, na experiência brasileira as principais determinações da vida societária são objeto de ação da assembleia geral que, representada pelos acionistas, direta e livremente escolhem os dirigentes da companhia, imprimindo à vontade social o interesse da maioria (ou “do grupo de controle acionário”).

Compete à assembleia geral, nos termos do art. 122 da LSA:

Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1o, 2o e 4o do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

Acerca dos poderes da assembleia geral dos acionistas, Requião¹⁰⁶ sustenta que:

A lei manteve a assembleia geral como órgão supremo da companhia, muito embora a doutrina moderna reconheça sua decadência. Não se encontrou, todavia, melhor solução do que a de conferir à assembleia geral, constituída pelos acionistas que potencialmente mantêm o controle social pela detenção das ações com voto, o poder de eleger o conselho de administração. O conselho é, pois, eleito pela assembleia geral, que possui também o poder de destituí-lo.

[...]

A assembleia geral, como é tradição da doutrina brasileira, tem poder discricionário para destituição dos administradores, não estando obrigada a declarar os motivos de sua decisão: esta é *ad nutum*.

Assim, na experiência brasileira, dada a grande amplitude de poderes conferidos por lei, a assembleia geral dos acionistas tem grande influência na vida da companhia.

¹⁰⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 220.

¹⁰⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 249.

Todavia, tal órgão não possui competência legal de gestão dos atos cotidianos das corporações, devendo, portanto, estar afastada de sua administração diária, competência que toca ao conselho de administração e diretoria executiva.

O art. 138 da LSA determina a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria (nas corporações de capital fechado pode ser suprimido o conselho). O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada cuja missão é a definição de diretrizes e supervisão da atividade empresarial.

Eis o dispositivo:

Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.
§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.
§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

A lei também determina, no artigo 139, que as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto. Portanto, os poderes privativos da diretoria e do conselho são indelegáveis.

Como leciona Requião¹⁰⁷, o conselho de administração, composto de no mínimo 3 (três) membros, é órgão de deliberação intermediário entre a assembleia geral e a diretoria. Sob a LSA a competência do conselho de administração é ampla, sendo um órgão de execução com função de estabelecer a política econômica, social e financeira a ser seguida pela sociedade, bem como o dever de exercer permanente vigilância sobre a diretoria executiva.

A competência do conselho é assim definida na LSA:

Art. 142. Compete ao conselho de administração:
I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;
V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou

¹⁰⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

de bônus de subscrição;

VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

Assim, cabe ao conselho de administração dirigir a política geral dos negócios da companhia, tendo como competência privativa o rol das importantes matérias elencadas no art. 142 da LSA, das quais pode-se destacar as competências de fiscalizar a gestão dos diretores executivos, o poder de elegê-los e destitui-los *ad nutum*, bem como o poder de se pronunciar previamente sobre contratos de maior relevância, conforme dispuser o estatuto social, e manifestar-se quanto às contas da diretoria antes do seu envio para aprovação da assembleia geral.

Quanto à diretoria executiva, ela é órgão obrigatório da administração das sociedades anônimas tendo como competência privativa a representação da companhia, nos termos do §1º do art. 138 da LSA.

No que concerne a este tema, Carvalhosa¹⁰⁸ é esclarecedor ao asseverar que “o poder do conselho expressa-se via deliberação majoritária de seus membros. O poder da diretoria exprime-se pelos atos de gestão e de representação que, individualmente, exercem e praticam os diretores”.

Conforme disciplina o art. 143 da LSA a diretoria executiva será composta por pelo menos 2 (dois) diretores, devendo o estatuto estabelecer as atribuições e poderes de cada diretor. Sendo possível, conforme o § 1º que até 1/3 dos membros do conselho de administração, sejam eleitos para cargos de diretores.

Da lição de Requião¹⁰⁹ se extrai que se for constituído o conselho de administração, a diretoria executiva apenas dará cumprimento às determinações dele emanadas, dirigindo executivamente os negócios segundo a orientação fixada. Esta deverá ter suficiente desenvoltura para desempenhar com eficiência suas funções executivas, em benefício do progresso e da prosperidade da companhia.

Importante referir que tais poderes de representação da companhia são os mais amplos a fim que os diretores possam dar azo a todos os atos necessários para a condução dos negócios da companhia, encontrando seus limites nas competências

¹⁰⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237.

¹⁰⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258.

privativas do conselho e da assembleia geral, disciplinadas pela LSA e pelas determinações emanadas do próprio conselho de administração.

Quanto ao conselho fiscal, este é um colegiado de fiscalização interna da companhia, cujo funcionamento está regulado pelos arts. 161 e seguintes da LSA.

Segundo leciona Carvalhosa¹¹⁰, a Lei de 1976 mantém o regime orgânico de fiscalização do movimento econômico e financeiro da companhia e das contas dos administradores, combinando-o obrigatoriamente, no que se refere às companhias abertas, com o regime de auditoria independente.

Na experiência norte-americana é privilegiado o controle externo através das empresas especializadas de auditoria independente, lideradas pelas Big Four: Ernest & Young (EY), PricewaterhouseCoopers (PwC), Deloitte, e KPMG.

Conforme Almeida¹¹¹, no Brasil, na verdade, o sistema não aprovou [a utilização do conselho fiscal], e isso porque, via de regra, a escolha dos seus componentes sempre foi realizada com inteira liberdade pelos que controlam, de forma quase absoluta, as assembleias gerais.

Apesar de obrigatória a existência do conselho fiscal, seu funcionamento poderá ser permanente ou eventual. Em sendo eventual, funcionará quando assim for solicitado pelos acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) das ações.

Para os fins deste estudo não serão considerados atos dos membros do conselho fiscal.

A Lei das S/A possui dentro do Capítulo XII que trata do Conselho de Administração e Diretoria, ou seja, da Administração da Companhia, a Seção III que trata das Normas Comuns aos Administradores, indicando claramente que o conceito legal de administrador abarca igualmente os conselheiros e diretores (art. 145 LSA).

1.3.3 Os deveres dos administradores segundo a Lei das S/A

A Seção IV do Capítulo XII da Lei das S/A trata dos “Deveres e Responsabilidades dos Administradores”.

¹¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 591.

¹¹¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 308.

Tais obrigações concentram-se especialmente nos deveres de diligência, lealdade e informação a que se comprometem os administradores na condução dos negócios sociais que lhes são entregues pelos acionistas para gestão, na mesma linha do que se observa no direito norte-americano, todavia com um detalhamento muito maior na lei escrita (LSA).

Como visto, apesar de uma influência maior dos acionistas na condução da estratégia e das linhas gerais dos negócios, se comparado com a experiência norte-americana, no Brasil os acionistas também estão longe das atribuições cotidianas das companhias, especialmente nas de capital aberto.

Sobre este tema Modesto Carvalhosa¹¹² relata que a legislação brasileira buscou inspiração em outros modelos aplicados no mundo, especialmente no modelo norte-americano, ao referir que nos deveres dos administradores “estão implícitos modelos e combinações de elementos que fornecem a linha de conduta que deve ser observada pelo administrador. Tais ‘standards’ são amplos, flexíveis, e capazes, portanto, de abranger variadas situações, conforme as circunstâncias peculiares de cada caso.”

Pode-se afirmar que os deveres dos diretores e conselheiros se revestem da qualidade de verdadeiros deveres fiduciários, já que decorrem da posição de poder dos administradores de disporem dos bens alheios (da companhia) como se proprietários fossem. Desta feita, o regramento dos deveres éticos dos administradores se torna imprescindível para que se preserve o melhor interesse da prosperidade da companhia, como se verá a seguir.¹¹³

1.3.3.1 Do dever de diligência

O dever de diligência é o primeiro a ser referido na LSA. O art. 153 determina que o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

O regramento societário brasileiro apresenta um norte ético-social a ser

¹¹² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378.

¹¹³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 391.

seguido pelos administradores em linha com as modernas legislações vigentes no mundo. Neste sentido, à par da competência técnica, cada dia mais exigido dos administradores, estes devem demonstrar e aplicar no exercício de suas funções o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Importante notar o vocábulo “ativo” utilizado pelo legislador, que imprime a clara noção de que o dever de diligência é composto pela atuação positiva dos conselheiros e diretores no sentido de buscar o melhor interesse da sociedade empresária. Também a escolha da expressão “probo” pelo legislador não é vã, indicando que o administrador deve ser honesto, de bom caráter; íntegro; honrado¹¹⁴ na condução de suas atividades.¹¹⁵

¹¹⁴ DICIONÁRIO AULETE DIGITAL. **Probo**. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/probo>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹¹⁵ O STJ analisando atos de gestão de administrador de S/A lavrou este interessante precedente: DIREITO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETORIA. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER E FORA DO OBJETO SOCIAL DA COMPANHIA (ATOS ULTRA VIRES). RESPONSABILIDADE INTERNA CORPORIS DO ADMINISTRADOR. RETORNO FINANCEIRO À COMPANHIA NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS QUE CABIA AO DIRETOR QUE EXORBITOU DE SEUS PODERES. ATOS DE MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE DILIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE DOLO E CULPA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESSALVAS DO RELATOR.

1. As limitações estatutárias ao exercício da diretoria, em princípio, são, de fato, matéria *interna corporis*, inoponíveis a terceiros de boa-fé que com a sociedade venham a contratar. E, em linha de princípio, tem-se reconhecido que a pessoa jurídica se obriga perante terceiros de boa-fé por atos praticados por seus administradores com excesso de poder. Precedentes.

2. Nesse passo, é consequência lógica da responsabilidade *externa corporis* da companhia para com terceiros contratantes a responsabilidade *interna corporis* do administrador perante a companhia, em relação às obrigações contraídas com excesso de poder ou desvio do objeto social.

3. Os atos praticados com excesso de poder ou desvio estatutário não guardam relação com a problemática da eficiência da gestão, mas sim com o alcance do poder de representação e, por consequência, com os limites e possibilidades de submissão da pessoa jurídica - externa e internamente. Com efeito, se no âmbito externo os vícios de representação podem não ser aptos a desobrigar a companhia para com terceiros - isso por apreço à boa-fé, aparência e tráfico empresarial -, no âmbito interno fazem romper o nexo de imputação do ato à sociedade empresarial. Internamente, a pessoa jurídica não se obriga por ele, exatamente porque manifestado por quem não detinha poderes para tanto. Não são imputáveis à sociedade exatamente porque o são ao administrador que exorbitou dos seus poderes.

4. Portanto, para além dos danos reflexos eventualmente experimentados pela companhia, também responde o diretor perante ela pelas próprias obrigações contraídas com excesso de poder ou fora do objeto social da sociedade.

5. Se a regra é que o administrador se obriga pessoalmente frente a companhia pelos valores despendidos com excesso de poder, quem excepciona essa regra é que deve suportar o ônus de provar o benefício, para que se possa cogitar de compensação entre a obrigação de indenizar e o suposto proveito econômico, se não for possível simplesmente desfazer o ato exorbitante. Vale dizer, com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, eventuais acréscimos patrimoniais à pessoa jurídica constituem fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, os quais devem ser provados pelo réu (art. 333, inciso II, CPC).

6. Assim, no âmbito societário, o diretor que exorbita de seus poderes age por conta e risco, de modo que, se porventura os benefícios experimentados pela empresa forem de difícil ou impossível

Almeida¹¹⁶ leciona que o dever de diligência consiste no emprego de meios adequados à administração da companhia. O administrador diligente é zeloso, esforçado, utilizando-se sempre de métodos racionais e próprios à consecução dos fins desejados.

Ainda, inserido no dever de diligência, o artigo 154 da LSA disciplina que é vedado ao administrador agir além da finalidade de agir no interesse da companhia que lhe é atribuída pela lei e pelo estatuto social, *verbis*:

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2º É vedado ao administrador:

- a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
- b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou

mensuração, haverá ele de responder integralmente pelo ato, sem possibilidade de eventual "compensação". No caso em apreço, e especificamente quanto aos contratos de patrocínio da SPFW e os celebrados com a Campari Itália S.P.A., as instâncias ordinárias não reconheceram nenhum retorno para a companhia, seja patrimonial, seja marcário. Tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. Entendimento da douta maioria quanto aos contratos de publicidade celebrados com África São Paulo Ltda. e 3P Comunicações Ltda. (notas taquigráficas): atos de que resultaram bom proveito para a companhia. Incidência do art. 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976: "O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia". É possível reconhecer que a publicidade em rede aberta de televisão favorece a exposição da marca. Ausência de prejuízo à companhia. Interpretação do art. 158 da LSA, invocado no recurso especial e prequestionado. Ressalva do ponto de vista do relator: é incabível a aplicação do art. 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976, à falta de prequestionamento, não sendo o caso de fazer incidir o art. 257 do RISTJ, com aplicação do direito à espécie. Quanto aos referidos contratos de publicidade, já existia limitação decorrente do acordo de acionistas de conhecimento de todos. Excesso de poder reconhecido. Exegese do art.

118, § 1º, da LSA e do art. 1.154, caput, do Código Civil de 2002.

8. Tendo o acórdão recorrido assentado peremptoriamente que as festas promovidas pelo diretor em nome da companhia eram estranhas ao objeto social, tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Por atos praticados nos limites dos poderes estatutários, o administrador assume uma responsabilidade de meio e não de resultado, de modo que somente os prejuízos causados por culpa ou dolo devem ser suportados por ele. Daí por que, em regra, erros de avaliação para atingir as metas sociais não geram responsabilidade civil do administrador perante a companhia, se não ficar demonstrada a falta de diligência que dele se esperava (art. 153 da LSA).

10. **Não obstante essa construção, no caso em exame, segundo apuraram as instâncias ordinárias, não se trata simplesmente de uma gestão infrutuosa - o que seria tolerável no âmbito da responsabilidade civil -, caso não demonstrada a falta de diligência do administrador. Segundo se apurou, tratou-se de gastos com nítidos traços de fraude, como despesas em duplicidade, hospedagens simultâneas em mais de uma cidade, notas fiscais servis a encobrir despesas particulares próprias, de parentes e outros. Incidência, no particular, da Súmula 7/STJ.**

11. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp 1349233/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06 nov. 2014) (grifo nosso).

¹¹⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 304.

usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

§ 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Tratando deste dispositivo legal Requião¹¹⁷ assevera que dentre os atos defesos aos administradores – sem a prévia autorização da assembleia ou do conselho – estão a tomada por empréstimo de recursos ou bens da companhia, ou o uso em proveito próprio de bens sociais. A decisão que autoriza tais usos *há que ser colegiada e não pessoal [...]*, pois *o que a lei pretende vedar é o abuso de tais atos*.

Outro ponto a ser destacado da vedação legal é a vantagem pessoal na forma de suborno privado ou “peita” na dicção legal (presentes ou vantagens em troca de favores). Por este motivo, *em relação aos administradores, a lei vedou-lhes receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do seu cargo*.¹¹⁸

Tais importâncias recebidas sem autorização quando descobertas deverão pertencer à companhia.

O dever de diligência para o regramento brasileiro assemelha-se em muito ao conceito da Lei de Delaware.

1.3.3.2 Do dever de lealdade

Na mesma senda das melhores práticas aplicadas no mundo, a LSA reconhece expressamente o dever de lealdade dos administradores para com a companhia e seus acionistas, conforme expresso no art. 155, *verbis*:

Dever de Lealdade

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar

¹¹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258.

¹¹⁸ *Idem*.

oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

Muito embora implícito que todos devam se pautar por uma regra de conduta com respeito à lealdade, a opção do legislador foi fazer a este dever menção expressa na LSA.

Segundo Requião¹¹⁹, partindo desta premissa ética, pode-se entender que todas as ações que violem o dever de lealdade são contrárias à lei, deixando claro que “os incisos do art. 155 são apenas enumerativos e não taxativos ou exaustivos”.

Desta feita, não pode o administrador, sob qualquer forma, obter benefício próprio: de oportunidades comerciais que tome conhecimento em razão do cargo, da sua omissão em defender os interesses da companhia, da revenda de bens que sabe necessários à companhia, do conhecimento que tenha – por si ou terceiros – quanto às transações presentes ou futuras de valores mobiliários (ações).

Dentro de tais vedações encontram-se as condutas de *insider trading*¹²⁰.

Quanto às características do dever de lealdade, cabe referir a doutrina de Carvalhosa¹²¹, para quem:

O que caracteriza o dever de lealdade - sempre no âmbito do dever fiduciário – é que a configuração do dano à companhia não é um requisito essencial para a responsabilização do administrador que falta à observância desse princípio. A simples conduta desleal, em si, basta para a configuração da

¹¹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

¹²⁰ Segundo Dicionário Financeiro: “A expressão *insider trading* significa o ato de negociar títulos financeiros de uma empresa por pessoas que detêm informação privilegiada sobre ela, os chamados *insiders*. A prática é considerada ilegal quando seus agentes utilizam informações que não estão disponíveis para os demais investidores, visando obter lucro ou outra vantagem para si ou para um terceiro”. DICIONÁRIO FINANCEIRO. **O que é insider trading?** Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/o-que-e-insider-trading/>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹²¹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 412.

responsabilidade administrativa sancionável (CVM).

Isto porque a inobservância do dever de lealdade não pode ser reparada com mera compensação de eventuais danos daí decorrentes, na medida em que constitui quebra de confiança, que não convalesce ou se substitui materialmente.

Tal regramento encontra eco também no dispositivo do art. 156 que veda ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia obrigando-o a informar tal situação. Desta forma, ainda que observado o dever de informação disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros, sendo anulável o negócio realizado com infração a este dispositivo.

O dever de lealdade busca, portanto, preservar a conduta fiel e orientada ao atendimento dos interesses sociais (da companhia e de seus acionistas) como administradores probos do patrimônio alheio, baseado em uma relação de confiança.

Como visto, este regramento também é muito semelhante ao aplicado pela Lei de Delaware.

1.3.3.3 Do dever de informar

Com relação ao dever de informar, em face da necessidade de proteção adicional quanto a aplicação dos recursos da poupança pública na atividade empresarial, leciona Almeida¹²² que “o dever de informar, circunscrito à companhia aberta, objetiva pôr o acionista a par de atos e fatos relevantes nas atividades da sociedade mercantil”. Eis o dispositivo legal:

Dever de Informar

Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.

§ 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social:

- a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior;
- b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior;

¹²² ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305.

c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo;

d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível;

e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.

§ 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes.

§ 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem.

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

§ 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso.

§ 6º Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Sobre o dever de informar, Requião¹²³ assenta que seus princípios foram transplantados do regramento federal norte-americano do *disclosure*. Segundo o autor, trata-se do dever de revelar certas informações sobre os negócios em que companhia e os administradores estão envolvidos e que podem influir no valor de mercado das ações da respectiva companhia.

Não se trata, portanto, de abrir indiscriminadamente as informações sobre os negócios sociais em andamento (protegidos pelo sigilo comercial), mas sim sobre aquilo que possa impactar na cotação dos valores mobiliários, como forma de proteção aos acionistas e ao mercado.

Na mesma linha é a lição de Almeida¹²⁴, para quem “o dever de informar, circunscrito à companhia aberta, objetiva pôr o acionista a par de fatos relevantes nas atividades da sociedade mercantil”.

O dever de informar é corolário dos deveres fiduciários de cuidado e

¹²³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 284.

¹²⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305.

lealdade a que estão submetidos os administradores, pois visa oportunizar aos acionistas e ao mercado em geral o conhecimento de fatos relevantes que possam afetar o valor de mercado da companhia e suas perspectivas futuras.

Conforme a doutrina de Carvalhosa¹²⁵:

[...] a publicidade de fatos relevantes ('full disclosure') coloca os acionistas da companhia e os investidores em posição de avaliarem a oportunidade, o preço e as condições dos negócios de aquisição e de alienação dos valores mobiliários emitidos pela companhia. [...]

Uma vez plenamente reveladas pela companhia tais modificações, toda responsabilidade sobre a tomada de decisão, com referência aos valores mobiliários de sua emissão cabe ao próprio investidor.

Portanto, o dever de informar é um dever fiduciário dos administradores das companhias abertas em dois vieses: para com os próprios acionistas, a fim de que saibam a posição dos administradores nos negócios (participação acionária, por exemplo) bem como os rumos e perspectivas dos negócios sociais, e por outro lado, para com o mercado a fim de que os investidores possam ter acesso ao real estado em que se encontra a companhia.

1.3.4 A responsabilidade pessoal dos administradores segundo a Lei das S/A

Diferente da Lei das Corporações de Delaware, a Lei das S/A brasileira traz um dispositivo específico sobre a responsabilidade civil dos administradores.

As disposições da LSA são basilares para o entendimento dos demais regramentos que tratam da responsabilidade pessoal dos administradores que se verá mais à frente neste estudo.

Eis o dispositivo legal:

Responsabilidade dos Administradores

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-

¹²⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 472.

geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Deste modo, a regra disciplinada pela LSA é de que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude dos atos regulares de gestão, todavia, responderá civilmente pelos prejuízos que causar quando atuar dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou quando agir com violação às atribuições que lhes são conferidas pela lei e pelo estatuto social.

Por ser considerada “pessoa” por ficção legal, representada pelos diretores, a companhia é que pratica os atos jurídicos e contrai obrigações, sendo a pessoa jurídica a responsável perante terceiros pelos atos, ainda que irregularmente exercitados por seus administradores. Assim, se por um lado, os diretores e conselheiros não são responsáveis patrimonialmente perante terceiros, por comporem órgãos da administração, os administradores são responsáveis por seus atos perante a sociedade e autoridades públicas¹²⁶.

Em outras palavras, os administradores responderão aos acionistas pelos prejuízos que causarem à sociedade em infração à lei ou ao estatuto, nomeadamente quando violarem os deveres de diligência, lealdade e informação, sendo que o conceito de “prejuízo” interpretado de forma abrangente.

Requião¹²⁷ é proficiente ao referir que os dirigentes das sociedades anônimas não se vinculam solidariamente aos atos de gestão que praticam, pois, são *órgãos* da pessoa jurídica, atuando nesta qualidade em nome e por conta da

¹²⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 508-509.

¹²⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

sociedade.

Prossegue o mesmo autor¹²⁸, asseverando que

[...] decaem, todavia, dessa imunidade, respondendo civilmente, quando ultrapassem os atos regulares de gestão ou quando procederem, dentro de suas atribuições e poderes, com culpa ou dolo. Se o ato praticado consistir infração à lei penal, são eles [os administradores] e não a pessoa jurídica que não tem imputabilidade criminal, que respondem pelos delitos que praticarem em sua gestão.

Na lição de Carvalhosa¹²⁹,

[...] a diretoria – age como expressão da vontade da companhia. Daí decorre a irresponsabilidade pessoal dos diretores quando manifestam, em virtude de ato de gestão, a vontade da sociedade. Respondendo os diretores, conforme dicção do art. 158 caput somente quando agirem em violação dos seus deveres legais.

Cabe registrar que a apuração da responsabilidade civil dos administradores por atos de gestão não se afere pelo resultado obtido na empreitada comercial, mas sim, pela observância dos preceitos de lealdade, cuidado e informação.¹³⁰

Tratando das recentes discussões sobre a competência e a responsabilidade dos conselheiros Rubens Requião¹³¹ anota que:

A crise financeira instalada em 2008/2009, com fortes repercussões nas empresas brasileiras que se expuseram a riscos decorrentes da utilização dos contratos derivativos financeiros, apelidados “tóxicos”, prestou-se para fazer incidir fortes holofotes sobre a responsabilidade dos membros dos conselhos de administração. Estes têm os mesmos deveres de diligência normalmente atribuídos aos diretores executivos, devendo empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência normalmente atribuídos aos diretores executivos, devendo empregar, no exercício de suas funções o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios (art. 153 da Lei n.º 6.404/1976). Falhando no dever de diligência e vigilância, o conselheiro responde inteiramente pelos danos que sua omissão der causa, cabendo à companhia ou aos acionistas, nos termos da lei, promover os atos necessários para a reparação do dano. Estudiosos apontam que no Brasil a atuação do conselheiro está em fase incipiente, traduzindo-se no fato de que, em grande parte, a composição e a atuação do Conselho de Administração é uma ação entre amigos, platitude que agora é posta em questão.

Logo, verifica-se que esta discussão é ainda pouco desenvolvida no Brasil,

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3º volume. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 510.

¹³⁰ Quanto à aplicação da *business judgement rule* no ordenamento brasileiro interessante artigo: PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 953, p. 51-74, São Paulo, 2015.

¹³¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255-256.

sendo matéria fundamental para a análise da responsabilidade pessoal dos administradores por violação das normas de combate à corrupção, nomeadamente a Lei Anticorrupção.

Rubens Requião¹³² se refere especificamente a este tema quanto retrata:

A volatilidade do espectro econômico verificada desde 2008, a sucessão de eventos que apontam para graves acontecimentos ocorridos na gestão de grandes companhias e empresas do setor financeiro, a responsabilização dos gestores pelos órgãos como a Comissão de Valores Mobiliários, a exposição destes gestores a investidas de órgãos ou agentes estrangeiros [como a SEC e o DOJ], no caso de colocação de títulos em bolsas estrangeiras, têm ocasionado um efeito incomum em nosso meio e ao desenvolvimento do mercado de seguros, que comporte o risco decorrente da ação dos gestores. Muitos destes exigem a cobertura do risco para assumir seus cargos. O seguro, no jargão do mercado, denomina-se “D&O” (*directors and officers*) e garante a gestão, cobrindo o valor das multas administrativas, indenizações exigidas em favor da companhia ou do acionista, tudo resultando da ação ou omissão do gestor. A técnica tem sido objeto de crítica, visto que isentaria o administrador da responsabilidade prevista em Lei, tornando-o mais propenso à negligência, ou a assumir riscos que não absorveria se não tivesse o seguro etc. Na verdade o seguro deve cobrir os azares do mercado, fatores impessoais, e não a fraude e o dolo. Com o advento da “anticorrupção” (Lei n. 12.846/13), temos notado um incremento na instituição de comitês de controle interno, de administração de risco, auditorias técnicas, assessorias especializadas, adoção de técnicas de *compliance*, enfim, estruturas que garantem a chamada governança corporativa, visando prevenir o envolvimento das companhias e seus administradores em situações que possam atrair a incidência da lei citada.

Desta contribuição pode-se notar que os limites da responsabilidade pessoal dos conselheiros e diretores por atos de gestão é tema relevante a contribuir com o desenvolvimento da governança corporativa com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo das organizações, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum¹³³.

Resta claro, portanto, que a responsabilização por atos de corrupção se dará em outra esfera de responsabilização, advinda de ações intentadas pelas autoridades públicas no cumprimento de normas específicas anticorrupção.

Com efeito, respondendo ao primeiro problema da pesquisa, pode-se afirmar que há plena similaridade entre os modelos de gestão corporativa das companhias regidas pela Lei das Corporações de Delaware e pela Lei das S/A.

¹³² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291-292.

¹³³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed., São Paulo: IBGC, 2015, p. 108.

Ambas possuem, dentro de um modelo largamente difundido no mundo, os mesmos órgãos principais: acionistas, conselho de administração e diretoria executiva, com funções análogas. Além disso, o regramento brasileiro também se utiliza das figuras dos deveres fiduciários (cuidado e lealdade) como base da relação entre administradores, acionistas e sociedade.

Como diferenças marcantes, as corporações nos Estados Unidos são, de modo geral, companhias abertas com capital diluído no mercado, sendo que no Brasil tem-se muito forte a figura do acionista controlador em companhias que iniciaram como empresas familiares.

Além disso, o modelo de gestão norte-americano é mais centrado no conselho de administração – que tem mais atribuições e poderes – sendo que no Brasil o acionista ainda possui um papel preponderante nas decisões estratégicas das companhias.

Reputa-se fundamental esta prévia abordagem ao regramento societário e as atribuições dos órgãos de governos das corporações, em ambos os sistemas jurídicos, como precedente lógico da análise dos sistemas anticorrupção norte-americano e brasileiro e das condutas que poderão levar à responsabilização pessoal dos administradores, que serão tratados mais diretamente nos Capítulos seguintes.

CAPÍTULO 2 - O FCPA

2.1 DA NECESSIDADE DO COMBATE À CORRUPÇÃO

2.1.1 O exercício da empresa como motor da corrupção

No Primeiro Capítulo, verificou-se em linhas gerais como são administradas as companhias incorporadas sob a Lei das Corporações de Delaware e sob a Lei das S/A brasileira, bem como as condutas e deveres fiduciários esperados dos administradores.

O foco deste Segundo Capítulo é analisar as bases históricas e principais dispositivos legais da *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, norte americana a fim de verificar, ao final, se há nesta norma, dispositivos que impliquem a responsabilidade pessoal dos administradores em caso de infração.

Entretanto, entende-se fundamental retratar inicialmente o que se entende por “corrupção” e porque tal assunto merece tão destacada atenção.

Quanto ao vocábulo “corrupção”, a Enciclopédia de Filosofia de Stanford¹³⁴ refere que vários filósofos historicamente influentes, notavelmente Platão (A República), Aristóteles (A Política), Maquiavel (O Príncipe e Os Discursos), Montesquieu (O Espírito das Leis) e Locke (Dois Tratados do Governo Civil) preocuparam-se com “Corrupção” em termos gerais e com a “Corrupção Política” em particular.

Como traço comum da evolução deste conceito no pensamento filosófico ocidental, a corrupção consistiria, em grande medida, em líderes que governavam a serviço de seus próprios interesses - ou outros interesses faccionais -, e não pelo bem comum e de acordo com a lei ou, pelo menos, de acordo com a moral legalmente consagrada.

Conforme retratam Barcham *et al*¹³⁵ Platão e Aristóteles viam a corrupção em termos de uma visão dualista do mundo que contrastava, de um lado, o domínio utópico de verdade e bondade com, do outro, o domínio empírico de inconstância e

¹³⁴ MILLER, Seumas. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy. "Corruption"**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/corruption/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

¹³⁵ BARCHAM, Manuhia; HINDESS, Barry; LARMOUR, Peter. **Corruption: expanding the focus**. Canberra: Anu, 2012, p. 5.

decadência. Entretanto, à medida que o padrão utópico forneceu as bases para julgar o empírico, qualquer governo existente poderia ser visto como inevitavelmente corrupto.

Os autores continuam¹³⁶, referindo que no pensamento político da antiguidade clássica ocidental e da Europa medieval tardia, a corrupção era comumente entendida, como uma condição do corpo político. Contudo, relatam que desde o final do século XVIII, essa não é a visão predominante no Ocidente.

Nos últimos dois séculos, o termo 'corrupção' tem sido cada vez mais usado para designar comportamento inadequado por parte de um ou mais indivíduos, ou seja, o comportamento que é frequentemente visto como o mal-uso de um cargo público ou posição de poder, para fins de ganho privado ilícito.

O professor Robert Rotberg¹³⁷ da Universidade de Princeton retrata a corrupção, nos dias atuais, da seguinte forma:

The standard definition of a corrupt act is some less or more elaborated formula of “the abuse of public office for private gain.” In part, that definition, consciously refusing to moralize or to treat corruption merely as a disregard of ethical norms, draws on Nye’s key early, still useful but rather cumbersome formulation: “Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (person, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence.” Nye helpfully subdivided corruption into bribery (the “use of a reward to pervert the judgment of a person in a position of trust”), nepotism (a “bestowal of patronage by reason of ascriptive relationship rather than merit”), and misappropriation (illegal appropriation of public resources for private-regarding uses).

Em uma acepção ampla, pode-se então dizer que a corrupção é “o abuso de um poder para ganho privado”, podendo envolver o suborno propriamente dito, ou outras vantagens. Este ganho pessoal pode ter como moedas de troca vantagens de ordem econômica, social, política ou ideológica, motivo pelo qual a corrupção é tão perniciosa.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ “A definição padrão de um ato corrupto é mais ou menos uma formula elaborada de ‘o abuso de um poder público para ganho privado’. Em parte, essa definição, conscientemente recusando moralizar ou tratar a corrupção meramente como um desprezo das normas éticas, baseia-se na chave de Nye, ainda útil, mas de formulação complexa: ‘Corrupção é um comportamento que desvia das obrigações formais de uma atividade pública por causa de um ganho particular (pessoa, família próxima, grupo próximo) pecuniário ou de status; ou viola regras contra o exercício de certos tipos de influência particular’. Nye prestativamente subdividiu a corrupção em suborno (o ‘uso de uma recompense para perverter o julgamento de uma pessoa em posição de confiança’), nepotismo (uma “concessão de patrocínio em razão de um Relacionamento asritivo ao invés de mérito’), e desapropriação (apropriação ilegal de recursos públicos para usos particulares). (tradução nossa) em ROTBERG, Robert. **The Corruption Cure**. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 414.

Com efeito, na prática, a corrupção pode ser percebida por um conjunto muito amplo e diverso de fenômenos dos quais o suborno é apenas um tipo, e pode ser entendido como a obtenção de uma vantagem indevida, por outro lado, proporcionando vantagem ilegal ou imoral em troca a outrem.

Como no presente estudo trata-se do direito norte-americano e brasileiro, utilizar-se-á um conceito internacionalmente aceito, elaborado pela organização não governamental Transparência Internacional¹³⁸ que conceitua corrupção como “o abuso de poder para ganhos privados”, acrescentando que:

Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs.

Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low and mid-level public officials in their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies.

Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth.

Essas ações imorais podem ser perpetradas tanto nas relações privadas (relações entre pessoas físicas ou entidades privadas), quanto nas relações entre o poder público e entes privados que será aqui denominada “corrupção política”, significando os efeitos dos atos corruptos que envolvem funcionários públicos (representantes do estado), ou seja, o abuso de poder por parte de um funcionário público para ganhos privados.

Essa faceta da Corrupção Política tem efeitos corrosivos e nefastos sobre as instituições democráticas, desviando os recursos públicos das mais importantes prioridades, como saúde, educação e infraestrutura, para ações tendenciosas, impulsionadas pelo ganho pessoal de alguns em detrimento da maioria.

Nesse sentido, quando os serviços públicos são prestados com base em

¹³⁸ “A corrupção pode ser classificada como grandiosa, menor e política, dependendo do total de dinheiro desviado e do setor onde ocorre. A corrupção grandiosa consiste em atos cometidos em um alto nível de governo que distorce políticas ou o funcionamento central de um estado, permitindo a líderes se beneficiarem às expensas do bem público. Corrupção menor se refere ao abuso diário de poder investido em funcionários públicos de baixo e médio nível nas suas interações com cidadãos ordinários, os quais estão com frequência tentando acessar bens ou serviços públicos em locais como hospitais, escolas, departamentos policiais e outras agências. Corrupção política é a manipulação de policiais, instituições e regras de procedimento na alocação de recursos e financiamentos por pessoas que detém decisão política, as quais abusam de suas posições para manter seus poderes, status e riquezas.” (tradução nossa) em TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Glossário:** Corrupção. Disponível em: <https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>. Acesso em: 09 ago. 2019.

quanto uma empresa está disposta a pagar em propinas a um funcionário público e não na qualidade de seus produtos e serviços efetivamente entregues, ter-se-á como consequência que as empresas cumpridoras da lei serão colocadas em desvantagem competitiva – com prejuízos a toda sociedade.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DOJ) e a Comissão de Valores Mobiliários (SEC), órgãos responsáveis pela condução da aplicação do FCPA, elaboraram um detalhado manual que compila o texto normativo, histórico legislativo, precedentes e balizas para aplicação da referida Lei, chamado *FCPA Resource Guide*¹³⁹ (a seguir referido como “*FCPA Guide*”).

O *FCPA Guide* retrata que a Corrupção impede o crescimento da economia, desviando recursos públicos de prioridades importantes como saúde, educação e infraestrutura, minando os valores democráticos e enfraquecendo o Estado de Direito.

Noutro giro, apresenta a Corrupção como algo negativo para o próprio setor empresarial, pois gera um ambiente anticompetitivo para os negócios, estimula a criação de preços distorcidos e prejudica as empresas honestas que não prestam vantagens indevidas. Em última análise, pode-se afirmar que isso aumenta o custo de fazer negócios globalmente e aumenta o custo de contratos governamentais, diminuindo a eficiência e os ganhos das próprias corporações.

Consequentemente, pode-se dizer que a Corrupção inflaciona artificialmente o custo dos contratos do governo, cria incertezas significativas nas transações comerciais e têm efeitos destrutivos, mesmo nos serviços públicos mais básicos, permitindo o aumento abusivo dos preços, fraude financeira, comportamento anticoncorrencial, dentre outras distorções prejudiciais ao mais eficiente funcionamento do mercado.

Ilustrando tais efeitos nefastos da Corrupção na sociedade, o Fórum Econômico Mundial retrata que os prejuízos anuais da corrupção internacional chegam a impressionantes US\$ 3,6 trilhões na forma de suborno e dinheiro roubado¹⁴⁰, *verbis*:

¹³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça e Comissão de Valores Mobiliários. **FCPA Resource Guide 2012**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019, p. 2.

¹⁴⁰ “Os custos anuais de corrupção internacional resultam em um total astronômico de \$3.6 trilhões de dólares na forma de suborno e dinheiro roubado, disse o secretário-geral das Nações Unidas António Guterres no dia internacional anti-corrupção, 9 de dezembro. Corrupção pode ter várias formas: suborno, fraude, lavagem de dinheiro, evasão fiscal e apadrinhamento, para nomear alguns. Independente da forma, corrupção sempre acontece às custas de alguém, e geralmente resulta em

The annual costs of international corruption amount to a staggering \$3.6 trillion in the form of bribes and stolen money, United Nations Secretary-General António Guterres said on International Anti-Corruption Day, December 9.

Corruption can take many forms: bribery, embezzlement, money laundering, tax evasion and cronyism, to name a few. Whatever its shape, corruption always comes at someone's expense, and it often leads to weaker institutions, less prosperity, denial of basic services, less employment and more environmental disasters.

"Fighting corruption is a global concern because corruption is found in both rich and poor countries, and evidence shows that it hurts poor people disproportionately," [...].

O Secretariado de Drogas e Crime das Organização das Nações Unidas (UNODC), traz dados impressionantes da corrupção pelo mundo¹⁴¹:

Corruption Facts

- Each year, over US\$ 1 trillion is paid in bribes worldwide.
- Corruption reduces a government's ability to provide basic resources and services for its citizens. [...]
- Corruption causes reduced investment.
- Investment in a relatively corrupt country compared to an uncorrupt one can be as much as 20 per cent more costly.
- Nations that fight corruption and improve their rule of law could increase their national income by 400 per cent.

["US\$ 1 Trillion lost each year to bribery says World Bank", UN Wire, 12 April 2004]

Em um discurso no ano de 2008, no Quênia, o então Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama¹⁴², habilmente endereçou o tema da Corrupção

instituições fracas, menos prósperas, negação de serviços básicos, menos empregabilidade e mais desastres ambientais. 'Lutar contra a corrupção é uma preocupação global porque a corrupção está nos países ricos e pobres, e evidências mostram que causa danos às pessoas pobres desproporcionalmente,' [...]. (tradução nossa) em JOHNSON, Stephen. Corruption is costing the global economy \$3.6 trillion dollars every year. **In: World Economic Forum**. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/the-global-economy-loses-3-6-trillion-to-corruption-each-year-says-u-n/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

¹⁴¹ "Fatos sobre corrupção: - todo ano, mais de US\$ 1 trilhão é pago em propina no mundo todo; - a corrupção reduz a habilidade do governo de prover recursos e serviços básicos aos cidadãos; [...] - a corrupção causa diminuição nos investimentos; - investimentos em um país relativamente corrupto comparado a um não-corrupto podem ser até 20 por cento mais custosos; - países que lutam contra a corrupção e desenvolvem melhor seus regramentos legislativos podem aumentar a renda nacional em 400 por cento ['US\$ 1 trilhão perdidos a cada ano para propinas diz o Banco Mundial', UN Wire, 12 de abril de 2004]". (tradução nossa) NAÇÕES UNIDAS. **Corruption facts**. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/facts_E.pdf. Acesso em: 3 ago. 2019.

¹⁴² "É dolorosamente óbvio que a corrupção suprime o desenvolvimento – ela extrai recursos escassos que poderiam melhorar a infraestrutura, reforçar o Sistema educacional, e fortalecer a saúde pública. Ela estabelece um nível tão alto contra os empresários que eles não conseguem fazer decolar suas ideias de criação de empregos. A corrupção também corrói o estado de fora para dentro, adoecendo o Sistema judiciário até que não haja mais justiça, envenenando as forças policiais até que a sua presença se torne uma insegurança ao invés de um conforto. A corrupção tem uma maneira de ampliar as piores reviravoltas do destino. Ela torna impossível a resposta efetiva a crises – seja uma pandemia de HIV/AIDS ou malária ou uma seca paralisante." (tradução nossa) OBAMA, Barack. **An Honest Government, A Hopeful Future**. Speech at University of Nairobi, Nairobi, Kenya, August 28, 2008 *apud* BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Nova Jersey: John Wiley &

descrevendo-a como um problema mundial:

It is painfully obvious that corruption stifles development — it siphons off scarce resources that could improve infrastructure, bolster education systems, and strengthen public health. It stacks the deck so high against entrepreneurs that they cannot get their job-creating ideas off the ground. And corruption also erodes the state from the inside out, sickening the justice system until there is no justice to be found, poisoning the police forces until their presence becomes a source of insecurity rather than comfort. Corruption has a way of magnifying the very worst twists of fate. It makes it impossible to respond effectively to crises — whether it's the HIV/AIDS pandemic or malaria or crippling drought.

Quando se faz referência aos mais bárbaros casos de Corrupção pelo mundo, não se pode deixar de mencionar “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já ocorrida no Brasil”¹⁴³ que vem sendo levada a efeito pela Operação Lava-Jato que descobriu até agora¹⁴⁴ mais de US\$ 2 bilhões desviados da Petrobras em subornos, pagamentos indevidos e contratos fraudulentos, US\$ 3,3 bilhões pagos em subornos pela construtora Odebrecht, pagamentos a mais de mil políticos pelo frigorífico JBS, 16 grandes empresas brasileiras envolvidas, pelo menos 50 congressistas acusados e quatro ex-presidentes sob investigação.

Com efeito, pode-se concluir que a Corrupção é algo nefasto, alimentado pelas complexas estruturas de negócios, cada dia mais baseadas em operações transnacionais com menos restrições às fronteiras dos países, com gravíssimas consequências para a sociedade como um todo.

2.2 OS ÓRGÃOS DE *ENFORCEMENT* DO FCPA

Antes de tratar da norma que introduziu as disposições do FCPA, faz-se necessário apresentar uma breve descrição dos órgãos que são atualmente responsáveis pela sua aplicação (em inglês, referida como *enforcement*), e que foram fundamentais para a criação da própria norma, são eles: o *Department of Justice of the United States of America* (já referido como Departamento de Justiça norte-americano ou DOJ) e a *Security and Exchange Commission* (já referida como Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos da América ou SEC).

Sons, 2010, p. 19.

¹⁴³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Grandes casos:** Operação Lava-Jato. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 ago. 2019.

¹⁴⁴ WATTS, Jonathan. The Guardian. **Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history?** 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>. Acesso em: 3 ago. 2019.

2.2.1 Department of Justice of the United States of America

Segundo consta do website do Departamento de Justiça norte-americano¹⁴⁵, sua história inicia em 1870, após o fim da Guerra Civil, quando o aumento da quantidade de litígios envolvendo os Estados Unidos exigia a dispendiosa contratação de um grande número de advogados particulares para lidar com a carga de trabalho. O congresso preocupado com estes gastos aprovou a “Lei para Estabelecer o Departamento de Justiça”, criando “um departamento executivo do governo dos Estados Unidos” com o Procurador-Geral (*Attorney-General*) como principal.

Oficialmente criado em 1º de julho de 1870, ao Departamento de Justiça foi conferida a competência relativa a todos os processos criminais e cíveis nos quais o Governo Federal dos Estados Unidos tinham interesse. Para auxiliar o Procurador-Geral, a Lei de 1870 também criou o “Escritório do Advogado-Geral” (*Office of the Solicitor General*), que representa os interesses dos Estados Unidos perante a Suprema Corte dos EUA.

A Lei de 1870 continua sendo a base da autoridade do órgão, mas a estrutura do Departamento de Justiça mudou muito ao longo dos anos, com a adição do escritório do Procurador Geral Adjunto e a estratificação da competência através de vários órgãos internos, tais como: escritórios regionais, conselhos e divisões. Atualmente o Departamento de Justiça dos Estados Unidos é considerado “o maior escritório de advocacia do mundo”¹⁴⁶ e o principal executor das leis federais norte-americanas, tais como o FCPA.

Conforme consta do *FCPA Guide*¹⁴⁷, o DOJ detém a competência para investigar e propor ações nas esferas criminal e cível com relação às disposições antissuborno do FCPA. Dentro do DOJ, a Seção de Fraude da Divisão Penal tem como principal responsabilidade tratar dos assuntos relacionados ao FCPA.

O DOJ mantém uma página eletrônica dedicada ao FCPA¹⁴⁸, que fornece

¹⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **About the department**. Disponível em: <https://www.justice.gov/about>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 4.

¹⁴⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Foreign corrupt practices act**.

numerosas informações relacionadas à norma e sua aplicação, incluindo documentos referentes aos processos, acordos de diferimento de acusação, acordos de não acusação, comunicados de imprensa e outras decisões relevantes.

2.2.2 Securities and Exchange Commission of the United States of America

O FCPA contém disposições de regularidade contábil e controles internos (*books and records provisions*), que são violações investigadas pela SEC.

A SEC, segundo consta de seu próprio *website*¹⁴⁹, teve sua origem como uma decorrência da quebra do mercado de capitais e a crise generalizada que ocorreram nos Estados Unidos a partir de outubro de 1929.

Os grandes e pequenos investidores, assim como os bancos que os emprestaram capitais, perderam elevadas somas de dinheiro na Grande Depressão que se seguiu.

O Congresso norte-americano realizou audiências para identificar os problemas e buscar soluções, gerando um consenso de que, para a economia se recuperar, a fé do público no mercado de capitais precisava ser restaurada.

Com base nas conclusões dessas audiências, durante o ano de pico da Depressão, o Congresso norte-americano aprovou a “Lei dos Valores Mobiliários de 1933” (*Securities Act of 1933*). Esta lei, juntamente com a Lei da Bolsa de Valores de 1934 (*Securities Exchange Act of 1934*), que criou a SEC, foram idealizadas para restaurar a confiança do investidor nos mercados de capitais, fornecendo aos investidores e aos mercados informações mais confiáveis e regras claras.

Como curiosidade, o Presidente Franklin Delano Roosevelt nomeou Joseph P. Kennedy, pai do Presidente John F. Kennedy, para servir como o primeiro Presidente da SEC¹⁵⁰.

A SEC é responsável pela aplicação da responsabilidade administrativa e civil referente às disposições do FCPA em relação aos emissores de valores mobiliários nos Estados Unidos, seus executivos, diretores, funcionários, agentes ou acionistas agindo em nome do emissor (cujo conceito será visto à frente).

Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>. Acesso em: 27 mai. 2019.

¹⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de Valores Mobiliários. **What we do**. Disponível em: <https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html#create>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁵⁰ *Idem*.

A *SEC's Division of Enforcement* (Divisão de Aplicação da Lei) tem a responsabilidade de investigar e processar violações ao FCPA. Em 2010, a Divisão criou uma Unidade especializada, com advogados em Washington e em escritórios regionais em todo o país, para se concentrar especificamente na aplicação do FCPA.

Esta Unidade investiga possíveis violações do FCPA, facilita coordenação com o DOJ e com autoridades públicas parceiras nos Estados Unidos e outros países, bem como conduz a sensibilização pública para aumentar a conscientização sobre os esforços anticorrupção e bons programas de Compliance e Governança Corporativa.

A SEC mantém o *FCPA Spotlight*¹⁵¹, um *website* atualizado regularmente que fornece informações gerais sobre a lei, e *links* para todas as ações judiciais e procedimentos administrativos referentes ao FCPA.

O DOJ e a SEC tendem a trabalhar juntos para fazer cumprir as disposições da FCPA, além de contar com parcerias com diversos órgãos públicos dos países com os quais os EUA se relacionam, inclusive o Brasil.

2.3 O FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DE 1977

2.3.1 Nota introdutória

O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, conforme alterado em 1988 e 1998, em suas disposições antissuborno proíbe empresas, seus agentes, seus diretores, funcionários e até acionistas de promover “vantagens indevidas” a fim de induzir ou influenciar funcionários de governos estrangeiros a obter, ou manter contratos, concessões ou oportunidades de negócios.

Como será detalhado adiante, a lei proíbe qualquer “vantagem indevida”, podendo ser entendido como ilegal subornar partidos ou pessoas em cargos públicos, até mesmo candidatos a futuros cargos públicos.

Suas disposições determinam, ainda, total transparência nos registros contábeis por parte das empresas, independentemente de onde elas possam estar domiciliadas.

A Lei torna ilegal a qualquer instituição financeira norte-americana (ou com

¹⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de Valores Mobiliários. **FCPA Spotlight**. Disponível em: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. Acesso em: 15 ago. 2019.

alguma sede nos Estados Unidos) a movimentar o produto das transações ilegais, seja nos Estados Unidos ou no exterior.

O FCPA possui esta marcante característica de extraterritorialidade desde 1977, que foi reforçada a partir das reformas na lei em 1988 e 1998, sendo certo que a efetiva aplicação da lei aos agentes estrangeiros tem ocorrido com maior vigor nos últimos 10 anos, conforme Cassin¹⁵²:

There's more attention focused on the United States Foreign Corrupt Practices Act of 1977 now [2011] than at any time in its history. That's because enforcement of America's long-armed anti-corruption law has increased ten fold from just a few years ago. More individuals are in federal prison for FCPA offenses than ever before, and financial penalties levied against corporations for FCPA-related offenses topped \$1.5 billion in 2010.

Segundo dados do próprio DOJ¹⁵³ a partir de 2009 é que se pode notar maior constância nas investigações e punições mais severas aos infratores da lei. Sendo que ao final de 2018, o DOJ investigava cerca de 136 empresas, das quais pelo menos 22 estavam no setor de mineração e extração de petróleo e gás, outras oito eram empreendimentos bancários.

De 2016 até 2019, o DOJ e a SEC resolveram casos muito relevantes relacionados a pessoas físicas e jurídicas brasileiras tais como: Petrobras, Odebrecht, Braskem e FIFA (José Maria Marin), o que mostra a grande importância do aspecto extraterritorial da aplicação do FCPA mesmo para condutas levadas a efeito no Brasil, como se verá adiante.

2.3.2 Breve histórico da norma

Corrupção em geral e o suborno especificamente, sempre estiveram ligados às relações de poder inclusive no que se refere às negociações comerciais, especialmente quando se trata de negócios entre entes privados e autoridades públicas.

¹⁵² “Há mais atenção voltada ao FCPA de 1977 agora [2011] do que em qualquer momento na história. Isso porque a execução da legislação anticorrupção da América aumentou dez vezes em relação a alguns anos atrás. Mais indivíduos estão em prisões federais por ofensas ao FCPA do que antes, e multas financeiras emitidas contra corporações relacionadas à ofensas ao FCPA chegaram a \$1.5 bilhões de dólares em 2010.” (tradução nossa) CASSIN. Richard L. **The Foreign Corrupt Practices Act of 1977**. Washington: Cassin Law, 2011, p. 2.

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Related enforcement actions**. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/related-enforcement-actions>. Acesso em: 14 ago. 2019.

Na lição de Biegelman¹⁵⁴, em todo mundo, até o ano de 1977, o suborno era usual como meio de facilitação, aceleração e fechamento de negócios, especialmente aqueles que envolviam autoridades públicas. Assim, por incrível que possa parecer nos dias de hoje, o suborno de funcionários públicos não era apenas considerado uma prática comercial legítima, mas em quase todos os países era considerada legal. Em muitos países, principalmente nos países em desenvolvimento, o suborno era uma prática comercial aceita e incentivada.

Ainda conforme o mesmo autor¹⁵⁵, tudo isso mudou em 1977 com a promulgação do FCPA. Com a publicação desta norma, os Estados Unidos da América se tornaram o primeiro país a proibir o suborno de funcionários estrangeiros. A lei e seus aspectos associados, tais como normas e procedimentos do DOJ e da SEC, teriam implicações de longo alcance para empresas de todo o mundo com qualquer tipo de relações comerciais com os EUA.

Vale ressaltar a inegável importância do FCPA para criar e difundir mundialmente uma cultura anticorrupção e de Compliance, cujo escopo finalístico visa privilegiar a igualdade de oportunidade nos negócios no mundo todo, o que torna imprescindível conhecer as origens de tal iniciativa.

Biegelman¹⁵⁶ retrata o nascimento da norma em 1973 com as investigações levadas a efeito pelo procurador especial do caso “Watergate”¹⁵⁷ sobre contribuições ilegais por empresas e seus executivos à campanha de reeleição do então presidente dos Estados Unidos Richard Nixon, no ano de 1972, que abriram uma “caixa de Pandora” da criminalidade empresarial norte-americana.

O que se descobriu foi a existência de diversos *slush funds* (fundos secretos) de vários milhões de dólares usados para subornar funcionários públicos estrangeiros no intuito de se obter contratos comerciais lucrativos. Esse mecanismo de Corrupção e suborno demonstrou-se “abrangente e complexo”, nas palavras de

¹⁵⁴ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 8.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 8-9.

¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Watergate Committee**. Disponível em: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/investigations/Watergate.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

Biegelman¹⁵⁸:

This corruption and bribery was extensive and long-standing and the wrongdoers made up a Who's Who of the movers and shakers in the corporate world. Their names included Northrop, Exxon, Mobil, Gulf Oil, United Brands, Ashland Oil, and Phillips Petroleum.

The nation's largest defense contractor, Lockheed Aircraft Corporation, as it was then known, was identified as one of the worst offenders.

Dada a gravíssima repercussão pública da descoberta destes fatos, a SEC ao tomar conhecimento iniciou investigações sobre como esses fundos secretos foram criados e se eles violavam a regulação de valores mobiliários. Logo se descobriu que os *slush funds* que estavam sendo usados para dar dinheiro a partidos políticos nos Estados Unidos, também estavam sendo usados para várias outras atividades ilegais, como subornar funcionários de países estrangeiros para conseguir negócios.

A investigação da SEC demonstrou que centenas de empresas americanas estavam pagando subornos a funcionários públicos de todos os escalões em quase todas as regiões do mundo, como uma prática amplamente utilizada e até mesmo referendada em algumas jurisdições.

Conforme leciona Biegelman¹⁵⁹:

Not only were the bribes legal in foreign countries, they were an entrenched business practice. It was commonplace for companies to hide bribe payments on their corporate books. In European countries such as Germany and the United Kingdom, bribes could be deducted from corporate tax returns as a legitimate business expense. It was painfully obvious that no legal requirement existed for public companies to keep accurate books and records of their transactions.

Assim, os subornos eram uma prática comercial enraizada escondida por demonstrações financeiras confusas e pouco transparentes, o que era muito difícil de se combater, pois, em alguns países os subornos poderiam até mesmo ser deduzidos das declarações de impostos das empresas como uma despesa comercial

¹⁵⁸ “Essa corrupção e suborno foi extensa e duradoura, e os transgressores constituíam um Quem é Quem dos agentes que movimentam e agitam o mundo corporativo. Seus nomes incluem Northrop, Exxon, Mobil, Gulf Oil, United Brands, Ashland Oil e Phillips Petroleum. O maior contratado de defesa do país, a Lockheed Aircraft Corporation, como era então conhecido, foi identificado como um dos piores criminosos.” (tradução nossa) BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 9.

¹⁵⁹ “Não apenas as propinas eram legais em países estrangeiros, mas eram também uma prática comercial. Era comum que as companhias escondessem as propinas nos livros de registros. Em países europeus como Alemanha e Reino Unido, as propinas poderiam ser deduzidas de impostos corporativos como despesas legítimas. Era dolorosamente óbvio que não existisse requisito legal para que companhias abertas mantivessem seus livros e registros precisos quanto às suas transações.” (tradução nossa) *Idem*.

“legítima”¹⁶⁰.

Das investigações levadas a efeito pela SEC restou evidente que uma das maiores barreiras para qualquer tipo de apuração de responsabilidades era a inexistência de um regramento legal para as empresas, especialmente as de capital aberto, manterem livros e registros contábeis precisos e transparentes de suas transações.

Em discurso de comemoração aos 40 anos do FCPA, Steven Peikin¹⁶¹, Co-Diretor da *SEC Enforcement Division*, relatou que:

The SEC played a leading role in the investigations in the mid-1970s that prompted the enactment of the FCPA. Former SEC Chairman Roderick Hills and Judge Stanley Sporkin, then Director of the SEC's Enforcement Division, were instrumental in helping to enact the statute. Their influence was particularly felt on the provision requiring **public issuers to maintain accurate books and records, a provision which remains a key tool in the SEC's FCPA enforcement arsenal today.** (grifo nosso)

Desta forma, ainda em 1975, portanto, antes de existir o FCPA, a SEC instituiu um programa de apresentação voluntária para as empresas revelarem seus fundos secretos e seus esquemas de suborno no exterior. Em contrapartida, a SEC ofereceu o diferimento de denúncias formais para as empresas que colaborassem espontaneamente com o governo.

Conforme relatado no *FCPA Guide*¹⁶², durante estas investigações a SEC descobriu que mais de 400 empresas, incluindo muitas das empresas listadas na revista Fortune 500, haviam informado mais de US\$ 300 milhões em propinas a funcionários estrangeiros para obter ou manter negócios.

Em decorrência desta expressiva repercussão dos fatos apurados nas investigações da SEC, segundo Koehler¹⁶³, juntamente com as investigações da SEC,

¹⁶⁰ O suborno poderia ser declarado como uma despesa de “consultoria”, por exemplo, reduzindo o lucro e, conseqüentemente o recolhimento tributário sobre os lucros.

¹⁶¹ “A SEC desempenhou um papel de liderança nas investigações em meados dos anos 1970 que levaram à promulgação do FCPA. O ex-presidente da SEC Roderick Hills e o juiz Stanley Sporkin, então director da divisão de fiscalização da SEC, foram fundamentais para ajudar a promulgar a lei. A influência deles foi sentida particularmente na provisão que exige que os emissores públicos mantenham livros e registros precisos, uma provisão que continua sendo uma ferramenta essencial no arsenal de aplicação do FCPA da SEC atualmente.” (tradução nossa) PEIKIN, Steven R. *Reflections on the Past, Present, and Future of the SEC's Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*. In: **New York University School of Law**, em 9 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/speech/speech-peikin-2017-11-09>. Acesso em: 14 ago. 2019.

¹⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 3.

¹⁶³ KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. In: **Ohio State Law Journal**, Vol. 73, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185406>. Acesso em: 15 set. 2019, p. 933.

o Sub-Comitê de Corporações Multinacionais do Senado Norte-Americano (*Senate's Subcommittee on Multinational Corporations*), o "Comitê", presidido pelo Senador Frank Church iniciou um abrangente trabalho que também auxiliou a lançar luz sobre pagamentos questionáveis feitos por corporações norte-americanas no exterior.

Em maio de 1975, teve assento a primeira das inúmeras sessões do Comitê abertas ao público para tratar de pagamentos de corporações a campanhas e governos estrangeiros. Koehler¹⁶⁴, referindo-se a tais sessões, destaca o seguinte trecho do discurso do Senador Church, *verbis*:

In the course of the Watergate Committee hearings and the investigation by the Special Prosecutor, it became apparent that major American corporations had made illegal political contributions in the United States. More recently, the [SEC] has revealed that several multinational corporations had failed to report to their shareholders millions of dollars of offshore payments in violation of the Securities laws of the United States. [...]

The [SEC] is understandably concerned that the disclosure requirements of U.S. laws are complied with. This subcommittee is concerned with the foreign policy consequences of these payments by U.S.-based multinational corporations. This is not a pleasant or easy subject for the corporations involved or U.S. Government officials to discuss in a public forum. This subcommittee deliberated long and hard as to whether it should pursue this matter, and, if so, in what fashion. It decided by a unanimous vote to initiate this investigation and to do so in open public hearings. For what we are concerned with is not a question of private or public morality. What concerns us here is a major issue of foreign policy for the United States.

Conforme Koehler¹⁶⁵, ao longo de quatro meses em 1975, o Comitê presidido pelo Senador Church realizou diversas audiências sobre possíveis práticas indevidas de grandes corporações, das quais se destacam Gulf Oil, Northrop, Mobil Oil e Lockheed.

Cada uma dessas empresas foi objeto de acusações ou já haviam feito admissões, relativas a pagamentos questionáveis realizados direta ou indiretamente

¹⁶⁴ "Durante as audiências do Comitê Watergate e a investigação do Promotor, se tornou evidente que as grandes corporações americanas tinham feito contribuições políticas ilegais nos Estados Unidos. Mais recentemente, a SEC revelou que diversas corporações multinacionais não relataram aos seus acionistas milhões de dólares em pagamentos no exterior, violando as leis de valores mobiliários nos Estados Unidos. [...] A SEC está, compreensivelmente, preocupada com o cumprimento dos requisitos de transparência das leis dos EUA. Esse subcomitê está preocupado com as consequências da política externa desses pagamentos por empresas multinacionais dos EUA. Este não é um assunto agradável ou fácil para as corporações envolvidas ou para os funcionários do governo dos EUA discutirem em fórum público. Esse subcomitê deliberou longa e arduamente se deveria abordar esse assunto e, se sim, de que maneira. Decidiu, por unanimidade de votos, a iniciar a investigação e fazê-la em audiências públicas abertas. O que nos preocupa não é uma questão de moralidade pública ou privada. O que nos preocupa é uma questão importante de política externa para os Estados Unidos." (tradução nossa) *Idem*.

¹⁶⁵ KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. *In: Ohio State Law Journal*, Vol. 73, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185406>. Acesso em: 15 set. 2019, p. 935.

a funcionários do governo estrangeiro, ou partidos políticos estrangeiros em conexão com uma finalidade comercial.

O que restou conhecido como “escândalo da Lockheed”¹⁶⁶, em particular, levou uma grande preocupação ao Congresso, já que durante o período em que os pagamentos irregulares foram realizados, a Lockheed havia recebido um empréstimo do Governo Federal Norte-Americano de US\$ 250 milhões destinado a salvar a empresa da falência.¹⁶⁷

Como consequência da grande comoção pública exigindo reformas, Biegelman¹⁶⁸ retrata que o Presidente Gerald Ford estabeleceu, em 31 de março de 1976, uma “Força-Tarefa sobre Pagamentos Corporativos Questionáveis no Exterior” e nomeou o então Secretário de Comércio Elliot Richardson como presidente. A força-tarefa conduziria uma revisão dessas práticas de pagamento e teria poderes para recomendar medidas adicionais para a elevação do padrão do ambiente de negócios nos Estados Unidos.

Richardson identificou várias práticas empresariais impróprias como

¹⁶⁶ Sobre o caso vale referir matéria do Washington Post de 27 de maio de 1977:

“Top officers of Lockheed Aircraft Corp. inaugurated and directed a program of foreign bribery that included questionable payments of up to \$38 million from 1970 through 1975, according to a court-ordered report made public yesterday.

Previous studies of the aerospace company's foreign payments had put the total at less than \$25 million. At the same time, yesterday's report found no evidence that Lockheed made any illegal political contributions in the United States.

The latest report was prepared by a group of Lockheed directors who are not officers of the California-based firm.

It detailed a practice of questionable overseas payments dating back to the late 1950s, but said the bulk of payments came in the years immediately following 1969, when Lockheed's financial status began to deteriorate.

The authors of yesterday's report declined to put on the public record the names and countries of payment recipients - some of whom already have been identified through investigations here and abroad.

Lockheed's full board of directors endorsed this approach, which could put the company on a collision course with the Securities and Exchange Commission.

The federal regulatory agency sought the outside investigation as a partial settlement to a lawsuit it filed against Lockheed, alleging inadequate disclosure to investors about past payment practices.

SEC officials declined to comment on the report, which was filed here at 1:30 p.m. yesterday.

A Lockheed's study falls short of more complete studies by such firm as Gulf Oil Corp., which named names and countries of payment recipients in a similarly required SEC report.”

JONES, William; BERRY, John. Lockheed Paid \$38 Million in Bribes Abroad. *In: The Washington Post*, Washington, 27 mai. 1977. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/business/1977/05/27/lockheed-paid-38-million-in-bribes-abroad/800c355c-ddc2-4145-b430-0ae24afd6648/?noredirect=on>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 14.

consequência dos atos de suborno, incluindo: falsificação de registros comerciais; falseamento de dados para auditores externos; existência de fundos financeiros fora da contabilidade oficial das empresas; pagamentos impróprios no exterior, ilegalmente deduzidos como despesas comerciais para fins de abatimento do imposto de renda; pagamentos de “facilitação” para realização de atos de governo (*facilitation* ou *grease payments*); subornos como uma “necessidade” para atender à concorrência estrangeira; extorsão por parte de funcionários estrangeiros corruptos, dentre outras práticas impróprias muito enraizadas na condução dos negócios.

Por outro lado, conforme Koehler¹⁶⁹, durante as audiências públicas no Senado, a SEC ponderou que as práticas apuradas variavam significativamente, e as empresas mencionadas não poderiam ser universalmente tachadas como transgressoras. Em um discurso de junho de 1975, o então Presidente da SEC, Raymond Garrett, declarou o seguinte:

All improper foreign payments, of course, are not big bribes. Many of them are small and in the foreign community where made possibly not really regarded as improper at all. If the local plant manager in a foreign country has to slip a weekly 'mordita' of modest amount to the postman in order to get regular mail deliveries, or to the customs inspector, the fire inspector or the tax collector, is that something for us to get excited about? In our public statements, individual members of the Commission have said no, at least where these payments conform to custom and usage. Similar payments, at the local level, anyway, are not unknown in the United States. That is certainly my current view, even though there is some difficulty in formulating the rationale for the distinctions implied.¹⁷⁰

Outro ponto relevante considerado nos debates das sessões públicas do Senado norte-americano foi a ideia de aproveitar a oportunidade das discussões e das graves revelações da investigação para liderar um processo global de fixação de parâmetros éticos nos negócios internacionais.

Neste sentido, segundo Koehler¹⁷¹, foi amplamente reconhecido que as

¹⁶⁹ KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. *In: Ohio State Law Journal*, Vol. 73, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185406>. Acesso em: 15 set. 2019, p. 937.

¹⁷⁰ “Todos os pagamentos impróprios estrangeiros, não são, é claro, grandes propinas. Muitos deles são pequenos e na comunidade estrangeira, onde possivelmente não foram realmente considerados impróprios. Se o gerente da fábrica local em um país estrangeiro precisar enviar uma 'mordita' semanal de valor modesto para o carteiro, a fim de obter entregas regulares por correio, ou ao inspetor da alfândega, ou ao inspetor dos bombeiros ou ao fiscal de impostos, é algo para nós ficarmos entusiasmados? Em nossos relatórios públicos, membros individuais da Comissão disseram não, pelo menos onde esses pagamentos estão de acordo com costumes e usos. Pagamentos similares, em nível local, de qualquer forma, não são desconhecidos nos Estados Unidos. Essa é certamente minha visão atual, ainda que exista alguma dificuldade em formular um racional das distinções impostas.” (tradução nossa)

¹⁷¹ KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. *In: Ohio State Law Journal*, Vol. 73, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185406>. Acesso em: 15 set. 2019, p. 949.

empresas dos EUA faziam parte de um problema mundial e não eram os únicos atores a realizar pagamentos questionáveis. Assim, como um fator decisivo que motivou o Congresso a agir foi a possibilidade de exercer a liderança global e a visão de que em pouco tempo outros países seguiriam os Estados Unidos com leis que regulassem a conduta comercial com funcionários de governos estrangeiros.

Exemplo disso, foi a manifestação do Senador William Proxmire, Presidente do *Subcommittee on Banking, Housing and Urban Affairs*¹⁷², figura de destaque na conformação do que veio a ser o FCPA, que declarou o seguinte:

I think the advantage the United States of America, if it's recognized and if it's a fact that we do effectively prevent and prohibit bribery— there's no country in which the sovereign of that country, whether it's the Shah or the people, benefit from the bribery. They lose. They lose because what it means is that they are getting inferior products at a higher cost because of the bribery. So it's to the great interest of every country that the people who sell to them don't bribe. Now if we have a reputation of being the one country that enforces the law and everything that we sell is sold on the basis of merit and competition and not on the basis of bribery, it seems to me that's an enormous advantage that shouldn't be overlooked. I would think unilateral action wouldn't isolate us. It would give us a great advantage and other countries would per force be constrained to follow.

Das discussões ocorridas no Senado, bem como pelas apurações que estavam sendo realizadas pela SEC restou claro que faltava uma legislação mais clara e específica para orientar a conduta empresarial coibindo o suborno no exterior¹⁷³ e demandando contas transparentes.

Embora o Congresso tenha procurado abordar a questão dos pagamentos corporativos no exterior sob vários ângulos, analisando propostas tais como medidas multilaterais (como, por exemplo, encaminhar o assunto através da OCDE), duas principais respostas legislativas concorrentes logo surgiram.

Até o final de 1976 a administração do então Presidente norte-americano Gerald Ford favorecia uma abordagem no sentido de determinar tão somente a

¹⁷² “Eu acho que a maior vantagem dos Estados Unidos da América, se for reconhecido e se for um fato que nós efetivamente prevenimos e proibimos o suborno – não há país no qual o seu soberano, seja o Shah ou o povo, se beneficie do suborno. Eles perdem. Eles perdem porque significa que eles estão comprando produtos inferiores a preços mais altos por causa do suborno. Então é do interesse de todos os países que as pessoas que vendem a eles não subornem. Agora se temos uma reputação de que somos um grande país que cumpre a lei e que tudo que vendemos é vendido na base do mérito e da competição e não na base do suborno, me parece que há uma grande vantagem que não deve ser esquecida. Acho que uma ação unilateral não nos isolaria. Isso nos daria uma grande vantagem e outros países estariam forçados a seguirem.” (tradução nossa) *Idem*.

¹⁷³ O suborno de funcionários públicos norte-americanos já era punível em nível federal pelo *United States Code. Title 18 - Crimes and criminal procedure, Part I – Crimes, Chapter 11 - Bribery, graft, and conflicts of interest, Sec. 201 - Bribery of public officials and witnesses*.

divulgação de uma ampla categoria de pagamentos. No entanto, os principais líderes do congresso, bem como a nova administração de Jimmy Carter, que tomou posse em janeiro de 1977, favoreceu a abordagem de criminalização de pagamentos que caracterizassem suborno.

Segundo Koehler¹⁷⁴, com a intensificação das negociações quanto à redação final da nova lei, em março de 1976 o senador Proxmire introduziu a proposta “S. 3133”, seguida das propostas “S. 3379” do Senador Church e “HR 14.340” do Deputado Solarz, que, dentre outras propostas, vieram a delinear às duas disposições basilares da norma: uma quanto à criminalização dos pagamentos indevidos a funcionários públicos estrangeiros e outra quanto às obrigações dos emissores de valores mobiliários de apresentar à SEC relatórios contábeis periódicos e manter total transparência no registro das transações financeiras.

Finalmente, em 19 de dezembro de 1977, o Presidente Jimmy Carter promulgou o *Anti-Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act* que alterou o *United States Code, Title 15. Commerce and Trade Chapter 2b - Securities Exchanges, paragraphs 78dd-1 et. seq.*¹⁷⁵, que ficou mundialmente conhecido como FCPA. O Presidente Carter fez a seguinte declaração no ato da assinatura¹⁷⁶:

[...] I share Congress' belief that bribery is ethically repugnant and competitively unnecessary. Corrupt practices between corporations and public officials overseas undermine the integrity and stability of governments and harm our relations with other countries. Recent revelations of widespread overseas bribery have eroded public confidence in our basic institutions.

O FCPA é, portanto, uma lei vanguardista no combate à Corrupção, tendo como instrumento fundamental a transparência dos registros contábeis e aplicações

¹⁷⁴ KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. *In: Ohio State Law Journal*, Vol. 73, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185406>. Acesso em: 15 set. 2019, p. 985.

¹⁷⁵ Conforme consta do *website* da Congresso norte-americano: “*Short Title of 1977 Amendment* Pub. L. 95–213, title I, §101, Dec. 19, 1977, 91 Stat. 1494, provided that: “This title [enacting sections 78dd–1 and 78dd–2 of this title and amending sections 78m and 78ff of this title] may be cited as the ‘Foreign Corrupt Practices Act of 1977’.”

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Câmara dos Deputados. **Código dos Estados Unidos**, Título 15. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter2B&edition=prelim>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁷⁶ “Eu compartilho da crença do Congresso de que o suborno é eticamente repugnante e competitivamente desnecessário. Práticas corruptas entre corporações e funcionários públicos no exterior minam a integridade e estabilidade dos governos e prejudicam nossas relações com outros países. Revelações recentes de suborno generalizado no exterior corroeram a confiança do público em nossas instituições básicas.” (tradução nossa) KOEHLER, Mike. **The FCPA Turns 40**. Disponível em: <http://fcpaprofessor.com/fcpa-turns-40/>. Acesso em: 30 set. 2019.

financeiras, a fim de manter um mercado empresarial equilibrado, justo e com igualdade de oportunidades para todas as empresas.

Destarte, não obstante, uma certa desconfiança inicial, eis que a norma foi tida por alguns como o fim da competitividade dos EUA no mercado externo, não se pode olvidar que o FCPA assumiu a posição de paradigma no combate à Corrupção em todo mundo.

2.4 AS PROVISÕES DO FCPA

Ante tudo o que já foi relatado, pode-se notar que o FCPA foi promulgado principalmente para impedir o suborno de funcionários estrangeiros por pessoas ou empresas norte-americanas, emissores de valores mobiliários nos Estados Unidos submetidos à SEC, ou de forma mais abrangente quaisquer pessoas, ou empresas que tenham relação comercial com os Estados Unidos.

Assim, faz-se *mister* compreender os contornos atuais e os principais conceitos que encerram as provisões do FCPA para atender ao objeto de pesquisa que é verificar se pode haver responsabilidade pessoal dos Administradores de Corporações por violações desta norma.

2.4.1 Provisões antissuborno

Conforme leciona Biegelman¹⁷⁷, as provisões antissuborno do FCPA em sua redação atual, após as reformas de 1988 e 1998, proíbem indivíduos e empresas de fazer uso indevido dos correios ou de qualquer meio, ou instrumento do comércio interestadual para promover uma oferta, promessa, autorização ou pagamento de dinheiro, ou qualquer coisa de valor a um funcionário estrangeiro com o objetivo de obter ou reter negócios, ou direcionar negócios a qualquer pessoa ou garantir vantagem indevida.

Para que a infração seja punível os órgãos de *enforcement* deve ser caracterizado, como se detalhará a seguir: (i) sujeito ativo: emissores,

¹⁷⁷ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 24-25.

empreendimentos nacionais, ou outros que não sejam emissores, ou empreendimentos nacionais, mas que tenham relação com os Estados Unidos; (ii) tenham praticado a promessa ou prestação de vantagem indevida; (iii) tenha atuado em comércio interestadual; (iv) com finalidade comercial; (v) que o sujeito passivo seja dirigente estrangeiro.

2.4.1.1 Sujeito ativo

As disposições antissuborno estão organizadas nas seções §78dd-1, quanto aos emissores de valores mobiliários nos Estados Unidos; §78dd-2, quanto aos empreendimentos nacionais norte-americanos; e, §78dd-3, quanto a quaisquer agentes (ainda que estrangeiros) que tenham relação com os Estados Unidos. Assim, tais disposições proíbem e punem as mesmas condutas apenas diferindo quanto ao agente, conforme se verá a seguir.

A seção 78dd-1 do FCPA abrange "emissores" ou Corporações com valores mobiliários negociadas em bolsa nos EUA, sendo que um "emissor" é uma sociedade empresária que emitiu valores mobiliários registrados nos Estados Unidos ou que precisam apresentar relatórios periódicos à SEC.

Tal disposição encontra-se assim descrita na tradução oficial do FCPA para a língua portuguesa¹⁷⁸, como segue:

§ 78dd-1 [Seção 30A da Lei de Mercado de Capitais (*Securities & Exchange Act*) dos EUA, de 1934.

Práticas comerciais proibidas a emissores no exterior

(a) Proibição

É proibido a um emissor que possua uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com a seção 78l deste título ou que seja obrigado a apresentar relatórios nos termos da seção 78o(d) deste título, ou a qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal emissor, ou a qualquer acionista do mesmo que aja em nome do dito emissor, 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

¹⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

(B) induzir tal dirigente estrangeiro ao uso de sua influência perante um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo e, assim, ajudar tal emissor a obter e manter negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa;

(2) qualquer partido político estrangeiro ou a dirigente do mesmo ou a qualquer candidato a cargo político estrangeiro para fins de --

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal partido, dirigente ou candidato em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal partido, dirigente ou candidato a realizar ou deixar de realizar um ato, em violação da obrigação legal de tal partido, dirigente ou candidato, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou

(B) induzir tal partido, dirigente ou candidato a usar sua influência perante um governo ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios para essa pessoa; ou

(3) qualquer pessoa, sabendo que toda ou parte de tal soma em dinheiro ou item de valor será direta ou indiretamente oferecido, doado ou prometido a qualquer dirigente estrangeiro, partido político estrangeiro ou dirigente do mesmo, ou a qualquer candidato a cargo político estrangeiro, para fins de --

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior, em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido, ou candidato de partido no exterior a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação da obrigação legal de tal dirigente, partido político, dirigente de partido ou candidato de partido político no exterior, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou

(B) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior a usar sua influência junto a governos ou organismos governamentais no exterior para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa.

Neste sentido, o *FCPA Guide*¹⁷⁹ ressalta que, portanto, uma empresa não precisa ser incorporada nos EUA para ser um emissor, reforçando que diretores executivos, conselheiros, funcionários, agentes, ou acionistas agindo em nome de um emissor (ainda que estrangeiros) e quaisquer “co-conspiradores” também podem ser processados sob o FCPA.

Além disso, segundo Biegelman¹⁸⁰, o FCPA proíbe que os emissores façam pagamentos corruptos a funcionários públicos estrangeiros, por outro lado, determina que implementem políticas e práticas que reduzam a risco de que funcionários e agentes se envolvam em suborno (com mecanismos de Governança Corporativa e Compliance).

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 25.

Segundo o autor, desde 1998, as disposições antissuborno também se aplicam a empresas e pessoas estrangeiras que realizam qualquer intermediário ato em prol de um pagamento corrupto enquanto tiverem qualquer relação com os Estados Unidos.

Em continuidade, a seção 78dd-2 abrange as disposições anticorrupção referindo como agente os *domestic concerns* ou “empreendimentos nacionais”¹⁸¹ (conforme a tradução oficial do FCPA) e seus executivos, diretores, funcionários e agentes. A definição de “empreendimento nacional” abrange um indivíduo que é cidadão, nacional ou residente nos Estados Unidos, bem como qualquer Corporação, parceria, associação, sociedade anônima, *trust*, organização não-incorporada que tem seu principal local de negócios nos EUA ou é organizado de acordo com as leis dos EUA, ou de seus territórios, que não seja emissor de valores mobiliários.

Eis o dispositivo do §78dd-2¹⁸²:

§ 78dd-2. Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior

(a) Proibição

Será ilícito a qualquer empreendimento nacional, exceto um emissor sujeito à seção 78dd-1 deste título, ou a qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal empreendimento nacional ou qualquer acionista do mesmo que esteja agindo em nome do mesmo, fazer uso dos correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual corruptamente para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou oferta, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item de valor a [funcionário público estrangeiro].

Quanto à definição específica de “empreendimento nacional”, a alínea “h” da seção 78dd-2 assim descreve¹⁸³:

(h) Definições Para fins desta seção:

(1) O termo “empreendimento nacional” significa:

(A) qualquer indivíduo que é cidadão, nativo ou residente dos Estados Unidos; e

(B) qualquer sociedade anônima, sociedade, associação, empresa de capital comum, truste comercial, organização não constituída comercialmente ou empresas de um só proprietário que tenham sua sede nos Estados Unidos, ou que tenha sido organizada segundo as leis de um estado dos Estados Unidos, ou de um território, possessão, ou membro da comunidade dos Estados Unidos.

¹⁸¹ Termo que se adotou conforme encontrado na tradução do FCPA para Português disponível na página do DOJ, já referenciado.

¹⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁸³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

A seguir, a Seção 78dd-3 abrange àqueles que não são emissores ou empreendimentos nacionais, sendo aplicáveis a eles as disposições do FCPA se qualquer pessoa física ou jurídica diretamente, ou através de agente, praticar qualquer ato que promova um pagamento corrupto enquanto estiver no território dos Estados Unidos, independentemente de se utilizarem das ferramentas de comércio interestadual (correios, e-mails, telefonemas ou fax dos EUA).

Assim, conforme exemplifica o *FCPA Resource Guide*¹⁸⁴, qualquer pessoa ou empresa, sejam elas estrangeiras ou norte-americana, que participem de uma reunião nos Estados Unidos a fim de promover um esquema de suborno estrangeiro estão sujeitos às disposições do FCPA, dada a grande abrangência redação da norma. Portanto, um cidadão ou empresa estrangeira também pode ser responsabilizado sob o FCPA se ajudar e favorecer, conspirar com, ou atuar como agente de um emissor, ou empreendimento nacional.

Assim, a seção §78dd-3 também abrange empresas estrangeiras não registradas na SEC ou que operem fora dos Estados Unidos, alargando em muito o espectro de alcance das disposições da norma. Veja-se o dispositivo¹⁸⁵:

§ 78dd-3. Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissores ou empreendimentos nacionais

(a) Proibição

É ilegal para qualquer pessoa que não seja um emissor que se enquadre na seção 30A da Lei de Mercados de Capitais (*Securities and Exchange Act*) de 1934 ou um empreendimento nacional (conforme definido na seção 104 desta Lei), ou para qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal pessoa ou qualquer acionista da mesma que agir em nome de tal pessoa, **enquanto estiver no território dos Estados Unidos, fazer uso dos correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual corruptamente** para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou oferta, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item de valor a – [funcionário público estrangeiro] [...] (grifo nosso)

Vale ressaltar que o texto normativo suso citado é expresso em abranger além da sociedade empresária (pessoa jurídica), as pessoas físicas que tomaram parte na decisão e execução dos atos de corrupção, quais sejam seus membros do conselho de administração, diretores executivos, funcionários ou quaisquer agentes,

¹⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 11-12.

¹⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

ou terceiros agindo em nome da companhia.

Assim, já se pode delinear os contornos da resposta ao segundo problema desta pesquisa, ou seja, de que – sim – o FCPA possui disposições expressas de responsabilização pessoal dos membros do conselho e diretores executivos de corporações quanto às disposições cíveis e criminais anticorrupção.

2.4.1.2 Conceito de vantagem indevida

Dada a opção legislativa por uma redação bastante larga, na prática, a aplicação da norma antissuborno pelos órgãos de *enforcement* e pelo Judiciário norte-americano são bastante abrangentes abarcando muitos atos tendentes ao cometimento de corrupção como gênero e o suborno em especial.

Os atos voltados à promessa ou realização de quaisquer vantagens indevidas a funcionários de governos estrangeiros, em contrapartida a atos de corrupção são amplamente subsumidos à norma posta no FCPA.

Ainda segundo Biegelman¹⁸⁶, o termo “suborno” conforme disposto no FCPA abrange todas as ofertas, pagamentos, promessas de pagamento, autorizações de pagamento de qualquer dinheiro, presente, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer coisa de valor que seja indevida, ou desproporcional.

Assim, pode-se considerar como vantagem indevida qualquer bem corpóreo ou vantagem, oferecida ou concedida, a que o sujeito passivo não faria jus se não fosse em troca de algum favorecimento.

O *FCPA Guide*¹⁸⁷ esclarece que o diploma legal define que para a aplicação das normas anticorrupção se faz necessário promover atos de “comércio

¹⁸⁶ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 26.

¹⁸⁷ “O Ato define o ‘comércio interestadual’ como ‘comércio, transporte, ou comunicação entre diversos Estados, ou entre qualquer país estrangeiro e qualquer Estado ou entre qualquer Estado e qualquer lugar ou enviado para fora dele ...’ [Ver 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5) (definindo “comércio interestadual”), 78dd- 3(f)(5) (mesmo); ver também 15 U.S.C. §78c(a)(17).] O termo também inclui o uso intraestadual de qualquer meio de comunicação interestadual ou qualquer outro instrumento interestadual. Assim, fazer uma ligação telefônica ou enviar um e-mail, uma mensagem de texto, ou um fax de, para, ou através dos Estados Unidos envolve comércio interestadual – assim como enviar uma transferência bancária de ou para um banco dos Estados Unidos ou de outra forma utilizar o sistema bancário dos Estados Unidos, ou viajar passando internacionalmente pelas fronteiras dos Estados Unidos ou de ou para os Estados Unidos.” (tradução nossa) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 11.

interestadual”, entretanto, o diploma é muito abrangente quanto à tal definição, *verbis*:

The Act defines “interstate commerce” as “trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof” [See 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5) (defining “interstate commerce”), 78dd- 3(f)(5) (same); see also 15 U.S.C. §78c(a)(17).]

The term also includes the intrastate use of any interstate means of communication, or any other interstate instrumentality. [15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5), 78dd-3(f)(5)].

Thus, placing a telephone call or sending an e-mail, text message, or fax from, to, or through the United States involves interstate commerce — as does sending a wire transfer from or to a U.S. bank or otherwise using the U.S. banking system, or traveling across state borders or internationally to or from the United States.

Assim, o uso de qualquer “instrumentalidade” que ultrapasse a fronteira de um estado norte-americano atrai a aplicação do FCPA.

2.4.1.3 Sujeito passivo – dirigente estrangeiro (ou funcionário público estrangeiro)

Noutro giro, importante caracterizar o recebedor de eventual pagamento de suborno. O FCPA abrange o suborno oferecido ou pago a qualquer funcionário estrangeiro, candidato a cargo político estrangeiro, partido político estrangeiro ou qualquer pessoa que atue em nome de uma das categorias mencionadas.

De acordo com a definição da norma, “dirigente estrangeiro” (na dicção da tradução oficial do FCPA para a língua portuguesa), significa de forma bastante compreensiva qualquer funcionário público estrangeiro, em qualquer nível de governo ou departamento, de organização pública internacional, ou ainda, qualquer pessoa que atue em capacidade oficial direta ou indiretamente, em nome de qualquer nível de governo ou departamento, agência ou em nome de qualquer organização pública internacional.

Eis a redação da definição dada pela própria norma¹⁸⁸:

§78dd-1 [...]

(f) Definições

Para fins desta seção:

(1) (A) O termo “dirigente estrangeiro” significa qualquer dirigente ou funcionário oficial de um governo estrangeiro ou de qualquer ministério, departamento, órgão ou organismo governamental do mesmo, ou de uma organização pública internacional, ou qualquer pessoa agindo em qualidade oficial para um governo, ministério, departamento, órgão ou organismo governamental ou em nome destes, ou ainda para uma organização pública

¹⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

internacional ou em nome desta.

(B) Para fins do subparágrafo (A), o termo “organização pública internacional” significa --

(i) Uma organização que é designada por Mandado Executivo de acordo com a seção 1 da Lei de Imunidade das Organizações Internacionais, em inglês *International Organizations Immunities Act* (22 U.S.C. § 288); ou

(ii) qualquer outra organização internacional que é designada pelo Presidente por Mandado Executivo para os fins desta seção, com entrada em vigor na data de publicação do dito mandado no Diário Oficial da União (nos EUA, *Federal Register*).

Esta disposição se aplica também aos §§78dd-2 e 3. Neste norte, leciona Biegelman¹⁸⁹ que, na prática o termo “dirigente estrangeiro”¹⁹⁰ abrange todos os tipos funcionários públicos e inclusive funcionários de empresas estatais, sendo que casos recentes concluíram que médicos em hospitais estatais e jornalistas que trabalham para a mídia estatal se enquadram nessa definição.

Por isso, pode ser difícil determinar se o pagador está lidando com um dirigente estrangeiro, estando incluídos desde pessoas em altos cargos públicos, como Ministros de Estado, até pessoas relacionadas a empregados públicos de baixo escalão.

Quanto a este tema, o *FCPA Guide*¹⁹¹ suscita um elemento importante, qual seja, que dirigentes estrangeiros sob o FCPA incluem dirigentes de departamento, agência ou qualquer forma “instrumental” de um governo estrangeiro. O termo “instrumental” é propositalmente amplo e pode incluir entidades pertencentes ou controladas pelo estado, como empresas estatais ou mesmo privadas que tenham o controle por ente público. Para se averiguar se uma determinada entidade constitui uma “instrumentalidade” sob o FCPA requer-se uma análise específica de fato se a propriedade, controle, status e/ou função são preponderantemente estatais.

Conforme relata o guia¹⁹², atualmente é pacífico o entendimento de que o FCPA também é aplicável a casos de corrupção envolvendo quaisquer entidades de propriedade ou controladas pela Administração Pública.

Além disso, vale ressaltar que o FCPA também se aplica quando o pagador de quaisquer valores é sabedor de que o beneficiário repassará pelo menos parte de

¹⁸⁹ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 27.

¹⁹⁰ Utiliza-se os termos “funcionário estrangeiro” e “dirigente estrangeiro” como sinônimos.

¹⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 20.

¹⁹² *Idem*.

tais valores na forma de suborno a um funcionário do governo estrangeiro, mesmo que não esteja trabalhando diretamente para ele. Isto porque, é muito comum que o suborno seja efetivamente entregue ao funcionário estrangeiro através de terceiros como membros da sua família, parceiros de negócios ou empresas de fachada.

Nas palavras de Biegelman¹⁹³, não é sequer necessário que ocorra o efetivo pagamento de suborno, *verbis*:

The person making the corrupt payment or instructing that it be made must have corrupt intent and the payment itself must be made for the purpose of causing the bribe recipient to abuse his or her position of authority within the government and to provide some type of commercial benefit to the bribe payer or the entity on whose behalf the bribe is being paid. **A bribe does not have to be paid in order for there to have been a violation of the FCPA. There simply needs to have been an offer or promise to make a corrupt payment to a foreign official as an inducement to influence an official decision.** For example, former Congressman William Jefferson faced FCPA charges for accepting bribe money which he intended to give to a foreign official, though he never did.

[...]

The statute lists two different purposes for bribery; either one will satisfy the requirement. The bribe must be given with the intent of influencing an act or decision of a foreign official, or causing such foreign official to do or omit to do any act in violation of his or her lawful duty, or to secure an improper advantage. Otherwise, it must be given to induce such foreign official to use his influence to affect or influence an official decision, in order to assist in obtaining or retaining business, or directing business to any person. This later requirement must be tied to a business purpose in some manner. (grifo nosso)

Com efeito, são elementos caracterizadores da infração ao FCPA atos que revelem a mera intenção do promitente ou pagador do suborno de que o promissário, ou recipiente abuse de sua posição de poder para beneficiá-lo de alguma forma, por sua ação ou omissão, a obter ou manter negócios.

¹⁹³ “A pessoa que faz o pagamento do suborno ou instrui que ele seja feito deve ter intenções corruptas e o pagamento em si deve ser feito com o propósito de causar ao receptor do suborno que abuse de sua posição de autoridade no governo e dê algum tipo de benefício comercial ao pagador do suborno ou à entidade em nome da qual o suborno foi feito. Um suborno não precisa ter sido pago para ter infringido o FCPA. Simplesmente é necessário ter a oferta ou promessa de fazer um pagamento corrupto a um funcionário público estrangeiro como indução à influência de uma decisão oficial. Por exemplo, o ex-congressista William Jefferson sofreu acusações por ter aceitado dinheiro de suborno o qual ele pretendia dar a um funcionário público estrangeiro, embora nunca o tenha dado. O regulamento lista dois tipos diferentes de suborno; cada um deles irá satisfazer um requisito. O suborno deve ser pago com a intenção de influenciar um ato ou decisão de um funcionário público estrangeiro, ou fazer com que ele omita ou aja de maneira que viole suas obrigações, ou assegurar uma vantagem indevida. De outra forma, pode ser dado para induzir tal funcionário a usar sua influência para afetar ou influenciar uma decisão oficial, a fim de ajudar a obter ou reter negócios, ou direcionar negócios a qualquer pessoa. Esse ultimo requisito deve estar ligado a um propósito de negócio de alguma maneira.” (tradução nossa) BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 27-28.

O *FCPA Guide*¹⁹⁴ contem instrução idêntica:

Where corrupt intent is present, the FCPA prohibits paying, offering, or promising to pay money or anything of value (or authorizing the payment or offer). By focusing on intent, the FCPA does not require that a corrupt act succeed in its purpose. Nor must the foreign official actually solicit, accept, or receive the corrupt payment for the bribe payor to be liable.

Como exemplo vale, referir o caso SEC v. Innospec Inc., Civil Action n. 1:10-cv-00448 (RMC) (D.D.C.)¹⁹⁵ em que a SEC propôs uma ação judicial em 18 de março de 2010, acusando a Innospec, Inc. (“Innospec”), uma empresa química especializada em aditivos para combustível, incorporada em Delaware, com filiais no Reino Unido, por violações ao FCPA tanto antissuborno (*anti-bribery*), quanto de livros, registros e disposições de controles internos (*books and records*), em razão de a Innospec ter pago e prometido pagar propinas aos governos do Iraque e Indonésia para obtenção e manutenção de contratos entre os anos de 2000 e 2007. A Innospec se ofereceu para pagar US\$ 40,2 milhões como parte de um acordo global com a SEC, o DOJ, e o Serviço de Fraude Grave do Reino Unido (*UK’s Serious Fraud Office - SFO*) e o Departamento do Tesouro dos EUA.

O precedente revela que tanto os pagamentos levados a efeito quanto as promessas de pagamento e atos preparatórios para os pagamentos de propinas foram tratados como infrações ao FCPA de mesma magnitude.

Neste sentido, leciona Biegelman¹⁹⁶ asseverando que para violar a FCPA, é preciso agir “conscientemente” (*knowingly*) a fim de promover o ato de corrupção. Esse requisito de conhecimento surge com mais frequência em situações em que o dinheiro é dado a um intermediário. Os órgãos de *enforcement* devem provar que o acusado sabia, ou que seria muito plausível, que o dinheiro (ou benefício) seria destinado a suborno. Em outras palavras, deve ficar demonstrado o conhecimento concreto da destinação ou que o resultado seria substancialmente certo.

¹⁹⁴ “Onde a intenção corrupta estiver presente, o FCPA proíbe o pagamento, oferecimento, ou promessa de pagamento de dinheiro ou qualquer valor (ou autorização de pagamento ou oferta). Focando nessa intenção, o FCPA não requer que um ato corrupto tenha sucesso em seu propósito. O funcionário estrangeiro também não deve solicitar, aceitar ou receber o pagamento corrupto pelo pagador.” (tradução nossa) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 14.

¹⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de Valores Mobiliários. **SEC v. INNOSPEC**. Disponível em: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21454.htm>. Acesso em: 4 nov. 2019.

¹⁹⁶ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 28.

Para esclarecer este ponto, vale reprisar a redação do FCPA¹⁹⁷:

(a) Proibição

[...]

(3) qualquer pessoa, sabendo que toda ou parte de tal soma em dinheiro ou item de valor será direta ou indiretamente oferecido, doado ou prometido a qualquer dirigente estrangeiro, partido político estrangeiro ou dirigente do mesmo, ou a qualquer candidato a cargo político estrangeiro, para fins de --

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior, em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido, ou candidato de partido no exterior a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação da obrigação legal de tal dirigente, partido político, dirigente de partido ou candidato de partido político no exterior, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou

(B) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior a usar sua influência junto a governos ou organismos governamentais no exterior para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa.

[...]

(f) Definições

[...]

(2) (A) Considera-se uma pessoa “ciente” quanto a uma conduta, circunstância ou resultado, se --

(i) essa pessoa percebe que ela está adotando tal conduta, que tal circunstância existe ou que tal resultado tem uma probabilidade substancial de acontecer; ou

(ii) essa pessoa tem firme crença de que tal circunstância existe ou que tal resultado tem probabilidade substancial de acontecer.

(B) Quando se exige conhecimento da existência de uma circunstância particular para a comissão de uma ofensa, tal conhecimento é estabelecido quando uma pessoa está ciente de que há uma alta probabilidade da existência de tal circunstância, a menos que a pessoa acredite de fato que tal circunstância não existe. (grifo nosso)

Esta disposição legal bastante abrangente inviabiliza a tentativa de “defesa do avestruz”, onde uma pessoa defende a mera ignorância depois de ter deliberadamente deixado de tomar conhecimento dos fatos e das circunstâncias (também chamada de cegueira deliberada ou *willful blindness*).

Como exemplo do insucesso de se alegar a mera ignorância dos fatos, vale referir o precedente *US vs Bourke No. 09-4704* (2d Cir. 2011)¹⁹⁸, onde na decisão de

¹⁹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>.

Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁹⁸ Breve sumário do caso disponível no *website* “Justitia Law”: O réu foi condenado por conspiração para violar o FCPA, 15 U.S.C. 78dd-1 e segs., e a *Travel Act*, 18 U.S.C. 1952, em violação ao 18 U.S.C. 371 e de fazer declarações falsas em violação ao 18 U.S.C. 1001. A condenação do acusado decorreu de sua conspiração com outras pessoas em um esquema de compra ilegal da SOCAR, uma empresa estatal de petróleo, subornando o presidente do Azerbaijão e outras autoridades. O réu recorreu da condenação. O tribunal superior considerou que o tribunal distrital não cometeu nenhum erro ao instruir o júri sobre atos manifestos, evasão consciente, insuficiência da acusação e propôs instruções de má-

condenação consta como fundamento¹⁹⁹:

The strongest evidence demonstrating that Bourke willfully avoided learning whether corrupt payments were made came from tape recordings of a May 18, 1999 phone conference with Bourke, fellow investor Friedman and their attorneys, during which Bourke voiced concerns about whether Kozeny and company were paying bribes [...]

Finally, Bourke's attorney testified that he advised Bourke that if Bourke thought there might be bribes paid, Bourke could not just look the other way. Taken together, a rational juror could conclude that Bourke deliberately avoided confirming his suspicions that Kozeny and his cohorts may be paying bribes. Of course, this same evidence may also be used to infer that Bourke actually knew about the crimes.

Portanto, a cegueira deliberada diante de atos que tenham relevante probabilidade de suborno poderá levar à caracterização de violação e a posterior condenação pessoal por infringência ao FCPA.

2.4.1.4 Finalidade comercial

Quanto aos elementos para caracterização de violação do FCPA, os tribunais interpretam o requisito de "finalidade comercial" do ato perpetrado de maneira extremamente ampla. Embora o FCPA originalmente se aplicasse mormente à obtenção e manutenção de contratos governamentais, como visto, a norma teve seu escopo ampliado pela sucessão de precedentes que a foram moldando.

Assim, pela sua redação atual, mesmo uma vantagem indireta, como, por exemplo: pagar funcionários da alfândega para reduzir impostos e taxas sobre

fé; o tribunal distrital não cometeu nenhum erro ao permitir que sua condenação pelas falsas declarações se mantivesse porque era apoiada por evidências suficientes; e o tribunal distrital não cometeu um erro ao não permitir o depoimento do vice-presidente de investimentos na Universidade de Columbia, não permitindo o interrogatório de Thomas Farrell e permitindo uma parte de um determinado memorando referenciando uma conversa como uma declaração consistente anterior. O tribunal examinou o restante dos argumentos do réu e os considerou sem mérito. Nesse sentido, a condenação foi afirmada. [tradução pelo autor]. JUSTITIA US LAW. **United States v. Bourke, n. 09-4704 (2d Cir. 2011)**. 2011. Disponível em: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-4704/09-4704_opn-2011-12-14.html. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁹⁹ "A maior evidência de que Bourke evitou intencionalmente saber se pagamentos corruptos estavam sendo feitos foram gravações de uma ligação telefônica feita em 18 de Maio de 1999, entre Bourke, o colega investidor Friedman e seus advogados, durante a qual Bourke manifestou preocupação se Kozeny e a empresa estavam pagando subornos [...] Finalmente, o advogado de Bourke testemunhou que ele tinha aconselhado Bourke de que, ainda que tivessem sido pagos subornos, Bourke não poderia ignorar o fato. Analisados em conjunto, um jurado racional poderia concluir que Bourke tinha evitado deliberadamente a confirmação de suas suspeitas de que Kozeny e seus companheiros pudessem estar pagando subornos. Obviamente, essa mesma evidência também poderia ser usada para inferir que Bourke realmente sabia dos crimes." (tradução nossa) JUSTITIA US LAW. **United States v. Bourke, n. 09-4704 (2d Cir. 2011)**. 2011. Disponível em: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-4704/09-4704_opn-2011-12-14.html. Acesso em: 20 out. 2019.

produtos importados é considerado uma violação da FCPA e suficiente para estabelecimento de responsabilização. Além disso, o suborno não precisa estar vinculado a um contrato comercial específico.

Neste sentido, pode-se mencionar o precedente U.S. v. Kay (513 F.3d 461)²⁰⁰, no qual David Kay e Douglas Murphy, executivos da American Rice, Inc. (ARI), foram indiciados por subornar funcionários públicos haitianos para fins de obter redução significativa no pagamento de tributos, em violação ao FCPA. O Tribunal Distrital indeferiu a acusação, constatando que o FCPA não se aplicava à conduta dos acusados. A Corte de Apelação considerou que os subornos alegados na acusação poderiam se enquadrar no escopo da FCPA e os réus foram condenados.

Conforme Koheler²⁰¹, é largamente aceito que o precedente US v. Kay fixou um conceito bastante abrangente da proibição dos pagamentos no exterior não apenas para obter ou manter um contrato comercial específico, mas sim obter qualquer vantagem comercial indevida em face dos demais competidores.

Feitas todas estas considerações sobre as disposições antissuborno do FCPA, Loughman e Sibery²⁰² resumizam os requisitos para caracterização da violação de tais disposições, conforme os contornos traçados no relevante precedente U.S. v. Jefferson, 594 F. Supp. 2d 655 (E.D. Va. 2009).

Desta feita, em resumo, para condenação criminal sob o FCPA, os órgãos de *enforcement* devem provar, além de uma dúvida razoável, que o réu é um: 1. empreendimento nacional, emissor, ou um indivíduo, firma, diretor-executivo, conselheiro, acionista, empregado, agente, ou de qualquer forma relacionado ao beneficiário do suborno; 2. que fez uso de um meio ou instrumentalidade do comércio interestadual; 3. que agiu com intenção corrupta; 4. na promoção de uma oferta ou pagamento de qualquer coisa de valor a qualquer pessoa; 5. sabendo que o dinheiro ou item de valor seria oferecido, ou entregue direta ou indiretamente a qualquer funcionário estrangeiro; e 6. com o objetivo de influenciar qualquer ato ou decisão de tal funcionário estrangeiro em sua capacidade oficial.

²⁰⁰ FINDLAW. **US vs Kay**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1253730.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² LOUGHMAN, Brian P., SIBERY, Richard A. **Bribery and corruption: navigating the global risks**. Nova Jersey: Wiley, 2011, p. 15-16.

2.4.2 Provisões de controles contábeis ('books and records provisions' ou 'accounting provisions')

A gestão das Corporações, no caso específico as emissoras de valores mobiliários nos Estados Unidos (já caracterizadas como emissoras ou *issuers*), deve manter demonstrações contábeis e controles internos claros e precisos a fim de garantir a transparência com relação aos atos praticados pela companhia, o real estado da saúde do negócio, os riscos assumidos e as transações realizadas entre a empresa, seus clientes e parceiros de negócios.

A escrituração contábil tem o papel primordial de garantir a qualidade, e proteger a integridade dos relatórios financeiros, que são instrumento basilar para a adequada leitura da condução dos negócios tanto pela administração, acionistas, investidores, e público de interesse (como os órgãos de controle) conforme aponta a *International Federation of Accountants*²⁰³.

Neste diapasão, as provisões contábeis e de controles internos do FCPA são projetados para fortalecer a precisão dos livros corporativos, registros contábeis e a confiabilidade do processo de auditoria que constituem os fundamentos do sistema de transparência corporativa, encabeçadas pela SEC quanto às violações cíveis, encaminhando-se ao DOJ os casos que possam configurar responsabilidade criminal.

As provisões contábeis constantes do FCPA são duas: (i) a primeira, acerca dos "livros e registros contábeis", pelo qual os emissores devem manter livros, registros e contas que, com detalhes razoáveis, de maneira precisa e justa reflitam as transações do emissor; (ii) e a segunda, sobre os "controles internos", que determina que os emissores devem elaborar e manter um sistema de controles contábeis suficientes para garantir o comando dos administradores, sua autoridade e responsabilidade sobre os ativos da empresa.

Estas disposições coroam a importância dos deveres de cuidado (*duty of care*) a que estão submetidos os Administradores de Corporações que são obrigados a manter um transparente sistema de Governança Corporativa.

O *FCPA Guide*²⁰⁴ esclarece que embora as provisões contábeis tenham

²⁰³ INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. **Roles and importance of professional accountants in business**. Disponível em: <https://www.ifac.org/about-ifac/professional-accountants-business/news-events/2013-10/roles-and-importance-professional>. Acesso em: 7 nov. 2019.

²⁰⁴ *Idem*.

sido originalmente promulgadas como parte do FCPA, eles não se aplicam apenas às violações relacionadas ao suborno. Pelo contrário, as provisões contábeis são muito mais abrangentes e visam garantir que todos os emissores sejam responsabilizados caso não mantenham a integralidade das transações financeiras demonstradas contabilmente com precisão e detalhes razoáveis.

Destaca-se que a infringência às disposições contábeis é a espinha dorsal da grande maioria das representações do DOJ e da SEC quanto às violações do FCPA.

Eis o dispositivo do FCPA que trata das provisões contábeis²⁰⁵:

§ 78m. Relatórios periódicos e outros

(a) Relatórios por emissores de valores mobiliários; conteúdo

Todo emissor de um valor mobiliário registrado de acordo com a seção 78l deste título apresentará à Comissão.

(1) informações e documentos (e cópias dos mesmos) que a Comissão exigir para manter razoavelmente atualizadas as informações e a documentação que devem ser juntadas ou submetidas com uma proposta ou declaração de registro apresentados de acordo com a seção 78l deste título, exceto que a Comissão não poderá exigir a juntada de qualquer contrato relevante executado inteiramente antes de 1º de julho de 1962. , de acordo com as regras e regulamentos que a Comissão venha a ditar como necessários ou apropriados para a devida proteção dos investidores e para assegurar uma negociação justa do título mobiliário --

(2) relatórios anuais (e cópias dos mesmos) certificados por contadores públicos independentes (se assim exigirem as regras e regulamentos da Comissão), e relatórios trimestrais (e cópias dos mesmos), como venha a ditar a Comissão.

Todo emissor de valor mobiliário registrado em bolsa de valores nacional deverá também submeter uma duplicata do original dessas informações, documentos e relatórios apresentados à dita bolsa.

(b) Forma de relatório; livros contábeis, registros e contabilidade interna; diretivas

* * *

(2) Todo emissor que possua uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com a seção 78l deste título e todo emissor obrigado a apresentar relatórios de acordo com a seção 78o(d) deste título, deverá—

(A) preparar e manter livros contábeis, registros e contas que, com um nível razoável de detalhe, reflitam de forma completa e precisa as transações e as disposições dos ativos do emissor; e

(B) criar e manter um sistema interno de controles contábeis, suficiente para fornecer garantias razoáveis de que--

(i) as transações sejam executadas de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa;

(ii) as transações sejam registradas conforme necessário para (I) permitir o preparo de demonstrações financeiras em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos ou quaisquer outros critérios aplicáveis a tais demonstrações e (II) manter uma prestação de contas dos ativos;

(iii) o acesso aos ativos seja permitido somente de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa; e

²⁰⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

(iv) o registro de prestação de contas dos ativos seja comparado com os ativos existentes a intervalos razoáveis e que as medidas apropriadas sejam tomadas com respeito a quaisquer diferenças.

[...]

(4) Nenhuma responsabilidade penal será imposta pelo não cumprimento das exigências do parágrafo (2) desta subseção, exceto conforme estabelecido no parágrafo (5) desta subseção.

(5) Nenhuma pessoa poderá sabidamente burlar ou deixar de implementar um sistema de controles internos de contabilidade ou sabidamente falsificar qualquer livro, conta ou registro contábil descrito no parágrafo (2). (grifo nosso)

Quanto às *accounting provisions* Biegelman²⁰⁶ ressalta que o FCPA exige um rigoroso sistema de controles internos que foi idealizado para operar em conjunto com as provisões antissuborno da norma, destacando que embora as disposições antissuborno se apliquem a um grupo muito amplo de agentes, as provisões contábeis se aplicam apenas às companhias emissoras, seus Administradores e acionistas.

As auditorias externas – geralmente exercidas por grandes consultorias terceirizadas – têm, portanto, papel muito levante, a fim de garantir que os livros contábeis reflitam com precisão os ativos. Por exemplo, uma empresa deve garantir que um contrato de prestação de serviços seja real (exista serviço efetivo em contraprestação ao pagamento) e não uma cobertura para pagamentos questionáveis ou intermediação de uma propina. Caso esta despesa não seja contabilizada, ou seja, contabilizada de forma equivocada, este último fato isoladamente é passível de ser caracterizado como uma infração ao FCPA.

Neste norte, o objetivo das provisões contábeis é tornar sem saída o pagamento de subornos no exterior, pois se forem contabilizados, ou não, constituirão de uma forma ou de outra violação à norma, conforme registram o DOJ e a SEC²⁰⁷: *“In instances where all the elements of a violation of the anti-bribery provisions are not met — where, for example, there was no use of interstate commerce — companies nonetheless may be liable if the improper payments are inaccurately recorded.”*

Com efeito, Biegelman²⁰⁸ sumariza as obrigações contábeis que devem ser

²⁰⁶ BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 34.

²⁰⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 74.

²⁰⁸ “- Fazer e manter livros, registros, e contas, as quais em detalhes razoáveis, acurados e justos reflitam as transações e disposições dos ativos do emissor; - criar e manter um Sistema interno de controle de contas suficiente para prover garantias razoáveis que: - as transações são executadas de acordo com autorização geral ou específica da gerência; as transações são gravadas como necessário (i) a permitir a preparação de declarações financeiras em conformidade com o GAAP e (ii) a manter a

seguidas por todos emissores nos Estados Unidos:

- Make and keep books, records, and accounts, which in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer;
- Devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that:
 - Transactions are executed in accordance with management's general or specific authorization;
 - Transactions are recorded as necessary (i) to permit preparation of financial statements in conformity with GAAP and (ii) to maintain accountability for assets;
 - Access to assets are permitted only in accordance with management's general or specific authorization;
 - The recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences;

Em complemento, vale referir a lição de Loughman e Sibery²⁰⁹, que ressaltam existirem algumas limitações à aplicação da norma, por exemplo, a seção 78(b)(6) estabelece que, se a corporação detiver 50% (cinquenta por cento) ou menos do poder de voto em relação a um subsidiária, ou afiliada nacional, ou estrangeira, a companhia-mãe tem a obrigação legal de demonstrar tão-somente que buscou de boa-fé usar sua influência para trazer a conformidade da empresa com a lei. Assim, poderia eximir-se de penalidade se demonstrou que buscou ter as melhores práticas contábeis, ainda que um resultado diferente tenha ocorrido.

Por outro lado, segundo os mesmos autores²¹⁰, com relação à responsabilidade civil e administrativa, não há materialidade mínima, ou seja, as disposições referem-se a todas e quaisquer transações não contabilizadas de forma adequada, não apenas aquelas diretamente relacionadas a um pagamento relacionado à corrupção, inclusive sem que seja necessária a demonstração de uma intenção relacionada à corrupção. Deste modo, o simples fato de registrar de forma dissimulada qualquer despesa pode ser considerada uma violação de registros contábeis.

Em razão da amplitude das disposições, que levam à certeza de algum tipo

prestação de contas dos ativos; acesso aos ativos sejam permitidos somente de acordo com autorização geral ou específica da gerência; a prestação de contas dos ativos gravada seja comparada com os ativos existentes em intervalos razoáveis e ações apropriadas sejam tomadas em respeito a quaisquer diferenças;" (tradução nossa) BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 34.

²⁰⁹ LOUGHMAN, Brian P., SIBERY, Richard A. **Bribery and corruption: navigating the global risks**. Nova Jersey: Wiley, 2011, p. 21-22.

²¹⁰ LOUGHMAN, Brian P., SIBERY, Richard A. **Bribery and corruption: navigating the global risks**. Nova Jersey: Wiley, 2011, p. 22.

de condenação em caso de infringência, a suspeita de violações das provisões contábeis são muitas vezes fundamento para que as Corporações e seus Administradores busquem as autoridades de *enforcement* do FCPA visando algum tipo de acordo, como os *plea agreements*²¹¹, *deferred prosecution agreements (DPAs)*²¹² ou *non prosecution agreements (NPAs)*²¹³.

Como exemplo, pode-se citar casos recentes de empresas brasileiras que admitindo ou não as violações acordaram multas multimilionárias com a SEC e o DOJ, tais como Telefônica do Brasil S/A²¹⁴ (multa de US\$ 4,1mi para encerrar a investigação

²¹¹ **“Plea agreements:** whether with companies or individuals — are governed by Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure. The defendant generally admits to the facts supporting the charges, admits guilt, and is convicted of the charged crimes when the plea agreement is presented to and accepted by a court”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 74).

²¹² **“Deferred prosecution agreement (DPA):** [...] DOJ files a charging document with the court, but it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct. DPAs generally require a defendant to agree to pay a monetary penalty, waive the statute of limitations, cooperate with the government, admit the relevant facts, and enter into certain compliance and remediation commitments, potentially including a corporate compliance monitor. In addition to being publicly filed, DOJ places all of its DPAs on its website. If the company successfully completes the term of the agreement (typically two or three years), DOJ will then move to dismiss the filed charges. A company’s successful completion of a DPA is not treated as a criminal conviction”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 74).

²¹³ **“Non-prosecution agreement (NPA):** [...] DOJ maintains the right to file charges but refrains from doing so to allow the company to demonstrate its good conduct during the term of the NPA. Unlike a DPA, an NPA is not filed with a court but is instead maintained by the parties. In circumstances where an NPA is with a company for FCPA-related offenses, it is made available to the public through DOJ’s website. The requirements of an NPA are similar to those of a DPA, and generally require a waiver of the statute of limitations, ongoing cooperation, admission of the material facts, and compliance and remediation commitments, in addition to payment of a monetary penalty. If the company complies with the agreement throughout its term, DOJ does not file criminal charges. If an individual complies with the terms of his or her NPA, namely, truthful and complete cooperation and continued law-abiding conduct, DOJ will not pursue criminal charges”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 75).

²¹⁴ Conforme consta do website da SEC, o caso Telefônica foi autuado como Administrative proceeding File No. 3-19162, onde consta: “According to the SEC’s order, Telefônica failed to devise and maintain sufficient internal accounting controls over a hospitality program that the company hosted in connection with the 2014 World Cup and 2013 Confederations Cup. The SEC alleged that Telefônica provided tickets and hospitality to government officials who were directly involved with, or in a position to influence, legislative actions, regulatory approvals, and business dealings involving the company. In total, Telefônica allegedly provided World Cup tickets and related hospitality to approximately 93 government officials, and Confederations Cup tickets and related hospitality to approximately 34 government officials.

According to the SEC’s order, the payments for the tickets were not accurately reflected in Telefônica’s books and records, and the company failed to devise and maintain a sufficient system of internal accounting controls. This conduct arose in an environment in which the company allegedly failed to adequately enforce its corporate anti-bribery and anticorruption policies.

The SEC’s order finds that Telefônica violated the books and records and the internal accounting controls provisions of Sections 13(b)(2)(A) and 13(b)(2)(B) of the Securities Exchange Act of 1934. Without admitting or denying the findings, Telefônica agreed to a cease-and-desist order and to pay a \$4,125,000 civil money penalty. In determining to accept the offer, the SEC considered Telefônica’s

sem admissão de culpa), Centrais Elétricas Brasileiras S.A.²¹⁵ (US\$ 2,5mi em multa para encerrar o caso), e o acordo bilionário no maior de todos os casos já encerrados pela Petrobrás²¹⁶, do qual se colaciona extrato da divulgação da SEC:

The Securities and Exchange Commission today charged Brazilian oil-and-

cooperation and remedial acts".(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **File n. 3-19162**. Disponível em: <https://www.sec.gov/enforce/34-85819-s>. Acesso em: 07 nov. 2019.)

²¹⁵ Conforme consta do website da SEC, o caso Eletrobrás foi atuado como administrative proceeding File No. 3-18962, onde consta: "December 26, 2018 - The Securities and Exchange Commission today announced that it charged Brazil-based Centrais Elétricas Brasileiras S.A. with violating the books and records and the internal accounting controls provisions of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). According to the SEC's order, from approximately 2009 until 2015, former officers at Eletrobras Termonuclear S.A., Eletrobras' majority-owned (over 99%) nuclear power generation subsidiary, engaged in an illicit bid-rigging and bribery scheme among certain private Brazilian construction companies involving the construction of a nuclear power plant. According to the order, the officers also misused their official positions in authorizing unnecessary contractors and inflating the cost of an infrastructure project at Eletronuclear. The order finds that, in return, the construction companies involved in the scheme agreed to pay, and did pay, the former Eletronuclear officers approximately \$9 million.

According to the SEC's order, material weaknesses in Eletrobras' internal control over financial reporting, including the failure to maintain effective controls to ensure the completeness, accuracy, validity, and valuation over the purchase and payments of goods and services, directly contributed to the bribery scheme flourishing undetected for years. The order finds that Eletronuclear paid inflated contract costs and sham invoices, recorded these items as legitimate expenses for goods or services, and then consolidated them in Eletrobras' books and records.

The SEC's order finds that Eletrobras violated Sections 13(b)(2)(A) and 13(b)(2)(B) of the Securities Exchange Act of 1934. Without admitting or denying the findings, Eletrobras agreed to the entry of a cease-and-desist order and to pay a \$2,500,000 civil money penalty. In determining to accept the offer, the SEC considered Eletrobras' cooperation, which included sharing facts developed during an internal investigation and voluntarily producing and translating documents. The SEC also considered Eletrobras' remedial acts, which included disciplining involved employees, enhancing internal accounting controls and compliance functions, remediating material weaknesses, and adopting new anti-corruption policies and procedures".(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **File n. 3-18962**. Disponível em: <https://www.sec.gov/enforce/34-84973-s>. Acesso em: 7 nov. 2019.)

²¹⁶ "A Comissão de Valores Mobiliários hoje acusou a empresa brasileira de óleo e gás Petróleo Brasileiro S.A. por enganar investidores americanos, arquivando declarações financeiras falsas que ocultaram um esquema maciço de suborno e licitação na empresa. O Departamento de Justiça americano também anunciou hoje um acordo de não-acusação com a Petrobrás. O pedido da SEC concluiu que executivos seniores da Petrobrás trabalharam com as maiores empreiteiras e fornecedores para inflacionar o custo dos projetos de infraestrutura da Petrobrás em bilhões de dólares. As empresas executoras desses projetos pagaram bilhões em propinas aos executivos da Petrobrás, os quais compartilharam esses pagamentos ilegais com políticos brasileiros que os ajudaram a obter as posições de alto escalão na Petrobrás. A Petrobrás erroneamente registrou esses pagamentos como custo pago para adquirir e melhorar ativos, resultando em uma estimativa exagerada de US\$2.5 bilhões de ativos. [...] 'A Petrobrás levantou bilhões de dólares fraudulentamente de investidores americanos enquanto seus executivos de alto-escalão operavam um esquema massivo não-revelado de suborno e corrupção' disse Steven Peikin, co-diretor da divisão de execução da SEC. 'Se uma companhia internacional vende seguros nos Estados Unidos, ela deve prover informação confiável sobre suas operações de negócio'. Em conexão com o acordo da SEC e o acordo de não-acusação do Departamento de Justiça, a Petrobrás concordou em pagar um total de 933 milhões de dólares por danos morais e uma multa de 853 milhões de dólares. Esses pagamentos estão sujeitos a compensações por, respectivamente, determinados pagamentos feitos a investidores em acordos relacionados a ações coletivas e multas pagas às autoridades policiais no Brasil. O pedido da SEC também estabelece um fundo para distribuir a multa recebida pela SEC para aos investidores prejudicados." (tradução nossa) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Press release 2018-215**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-215>. Acesso em: 7 nov. 2019.

gas company Petróleo Brasileiro S.A. with misleading U.S. investors by filing false financial statements that concealed a massive bribery and bid-rigging scheme at the company. The U.S. Department of Justice also announced today a non-prosecution agreement with Petrobras.

The SEC's order finds that senior Petrobras executives worked with Petrobras's largest contractors and suppliers to inflate the cost of Petrobras's infrastructure projects by billions of dollars. The companies executing those projects paid billions in kickbacks to the Petrobras executives, who shared the illegal payments with Brazilian politicians who helped them obtain their high-level positions at Petrobras. Petrobras erroneously recorded these payments as money spent to acquire and improve assets, resulting in an estimated \$2.5 billion overstatement of assets.

[...]

"Petrobras fraudulently raised billions of dollars from U.S. investors while its senior executives operated a massive, undisclosed bribery and corruption scheme," said Steven Peikin, Co-Director of the SEC Enforcement Division. "If an international company sells securities in the United States, it must provide truthful information about its business operations."

In connection with the settlement of the SEC's charges and the non-prosecution agreement with the Department of Justice, Petrobras has agreed to pay a total of \$933 million in disgorgement and prejudgment interest and an \$853 million penalty. These payments are subject to offsets for, respectively, certain payments it makes to investors in a related class-action settlement and penalties paid to law enforcement authorities in Brazil. The SEC's order also establishes a Fair Fund to distribute the penalty received by the SEC to harmed investors.

Portanto, segundo a SEC o caso Petrobrás que teve como penalidade acordada o astronômico valor de US\$ 1,7 bilhão, trouxe como um dos principais fundamentos a existência de registros contábeis falsos que incluíram declarações materialmente enganosas aos investidores dos EUA na oferta de ações de US\$ 10 bilhões, concluídas em 2010, tais registros deturparam os ativos, o valor dos projetos de infraestrutura e a integridade das contas apresentadas pela administração da Petrobrás aos investidores norte-americanos.

Nesta linha, vale também fazer referência ao comunicado lançado pelo DOJ sobre o acordo do caso Petrobrás, do qual se destaca:

Executives at the highest levels of Petrobras — including members of its Executive Board and Board of Directors — facilitated the payment of hundreds of millions of dollars in bribes to Brazilian politicians and political parties and then cooked the books to conceal the bribe payments from investors and regulators," said Assistant Attorney General Benczkowski. "The Criminal Division's Fraud Section — together with our partners in the Eastern District of Virginia, the SEC, and the FBI — are grateful for the assistance provided by our Brazilian law enforcement counterparts. This case is just the most recent example of our ability to work with our foreign counterparts to investigate companies and other criminal actors whose conduct spans multiple international jurisdictions.

[...]

Petrobras admitted that it failed to make and keep books, records and accounts that accurately and fairly reflected the company's capitalization of property, plant and equipment as a result of the bribes being generated by the company's contractors with the cooperation of certain Petrobras executives,

[...] Petrobras also admitted that certain executives failed to implement internal financial and accounting controls in order to continue to facilitate bribe payments to Brazilian politicians and Brazilian political parties. (grifo nosso)²¹⁷

Do comunicado do DOJ fica claro que as autoridades norte-americanas entenderam que os registros contábeis equivocados, bem como a falta de controles internos foram os meios utilizados para realizar e tentar esconder o pagamento de subornos aos funcionários públicos brasileiros e de outras nacionalidades, o que levou a Petrobrás a celebrar o acordo.

Weiss²¹⁸, em estudo sobre as penalidades de multa e restituição dos ganhos ilícitos, assevera que:

[...] the SEC retains a great deal of discretion in deciding which civil enforcement actions to bring against issuers as well as the appropriate level and type of penalties-fines, injunctions, or both to seek in an action. The SEC will often follow a "zero tolerance" policy in the case of companies that violate both the bribery and record-keeping provisions, but it has shown more willingness to work with companies that implement prompt and effective remedial measures. The SEC may also obtain and increasingly seeks disgorgement of profits [...].

Desta feita, resta claro que as provisões referentes aos *books and records* e *internal controls* do FCPA são instrumentais para as ações dos órgãos de *enformcement*.

Registra-se que há previsão expressa para responsabilização pessoal dos administradores por violações às disposições contábeis, pois quando a norma se

²¹⁷ "Executivos de alto escalão da Petrobrás – incluindo membros do Conselho Executivo e do Conselho de Administração – facilitaram o pagamento de milhões de dólares em suborno a políticos brasileiros e alteraram os livros para esconder os pagamentos de suborno para investidores e reguladores", disse o advogado geral assistente Benczkowski. 'A Divisão Criminal da Seção de Fraude – junto com nossos parceiros no Distrito oriental de Virginia, a SEC e o FBI – são gratos pela assistência dada por nossos parceiros brasileiros de aplicação de lei. Esse caso é o mais recente exemplo da nossa habilidade de trabalhar com nossos parceiros para investigar empresas e outros atores criminais os quais as condutas ultrapassam múltiplas jurisdições internacionais. [...] Petrobrás admitiu ter falhado em fazer e manter livros, registros e contas que refletissem de maneira justa e precisa a capitalização da companhia, planta e equipamentos como um resultado dos subornos que foram gerados pelos contratados da companhia com a cooperação de certos executivos da Petrobrás. [...] Petrobrás também admitiu que certos executivos falharam em implementar controles internos financeiros e contábeis para continuar a facilitar o pagamento de suborno aos políticos brasileiros.' (tradução nossa)

²¹⁸ "[...] a SEC mantém um alto critério ao decidir quais ações de aplicação civil devem ser adotadas contra emissores, bem como o nível apropriado e tipo de penas-multas, liminares, ou ambas a serem aplicadas em uma ação. A SEC seguirá, frequentemente, uma política de zero-tolerância caso as companhias violem ambas as provisões de suborno e manutenção de registros, mas tem mostrado mais vontade em trabalhar com as companhias que implementem prontas medidas corretivas e efetivas. A SEC pode também obter e buscar cada vez mais o desembolso de lucros [...]" (tradução nossa) WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>>. Acesso em: 7 nov. 2019, p. 474.

refere, no item §78m(B)(5), que “nenhuma pessoa poderá sabidamente burlar ou deixar de implementar um sistema de controles internos”, a menção geral a “pessoa” faz incluir pessoas jurídicas e físicas envolvidas no ato.²¹⁹

Como exemplo, pode-se citar o caso SEC v. Nature's Sunshine Products, Inc., Douglas Faggioli and Craig D. Huff, Case No. 09CV672 (D. Utah, Filed July 31, 2009)²²⁰, em que a SEC acusou a empresa brasileira Nature's Sunshine Products (NSP) e seus executivos, Douglas Faggioli (CEO) e Craig Huff (CFO), de promoverem pagamento de propinas a funcionários públicos brasileiros para reclassificação de seus produtos que eram exportados para os Estados Unidos, bem como falsificação contábil para esconder os pagamentos fraudulentos.

Importante notar que a denúncia da SEC sustenta que Faggioli e Huff, na qualidade de Administradores, pessoas com poder diretivo, violaram pessoalmente as provisões contábeis e de controles internos das leis de valores mobiliários e FCPA em conexão com os pagamentos em dinheiros não contabilizados, realizados no Brasil.

As partes acabaram entrando em acordo, sem confirmar ou negar as acusações, em que a NSP pagou uma multa de US\$ 600mil e cada um dos executivos pagou uma multa de US\$ 25mil.

2.4.3 Jurisdição

Tópico muito relevante para o entendimento da importância do FCPA para o combate à Corrupção no mundo, é a peculiaridade da aplicação da jurisdição pelos órgãos de *enforcement* e pelas cortes norte-americanas.

Tratando sobre a jurisdição em casos de corrupção internacional, Weiss²²¹

²¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 43.

²²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Litigation Release n. 21162/2009**. Disponível em: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2009/lr21162.htm>. Acesso em: 7 nov. 2019.

²²¹ “[um] fator complicador ao descrever as legislações de suborno estrangeiro é o nível ao qual essas leis são aplicadas extraterritorialmente. O FCPA tem uma aplicação extraterritorial ampla porque a jurisdição pode ser baseada em fundamentos territoriais tradicionais ou em uma teoria da jurisdição de nacionalidade. Tipicamente, a jurisdição das cortes Americanas para partes acusadas de suborno estrangeiro serão construídas muito amplamente’. Isso cria oportunidades significativas para sobreposição jurisdicional.” (tradução nossa) WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>>. Acesso em: 7 nov. 2019, p. 492-493.

assevera que:

[a] complicating factor in describing the statutes on foreign bribery is the degree to which these statutes apply extraterritorially. The FCPA has wide extraterritorial application because jurisdiction can be based on traditional territorial underpinnings or on a nationality theory of jurisdiction. Typically, jurisdiction for U.S. courts over parties accused of foreign bribery will be construed very broadly." This creates significant opportunities for jurisdictional overlap.

Portanto, a jurisdição para processar um “empreendimento nacional” ou “emissor” pode ser estabelecida com base na nacionalidade ou territorialidade. Ou seja, nestas situações, naturalmente a jurisdição para processar e julgar os casos seria nos Estados Unidos.

Da mesma forma, atos que ocorrem no solo dos EUA, como o uso de correios, comunicações interestaduais ou enquanto estrangeiros estiverem em viagem aos Estados Unidos, sustentam a competência territorial e estabelecem jurisdição federal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Além disso, atos que ocorrem inteiramente fora dos EUA, mas são cometidos por ou em nome de “empreendimentos nacionais” ou “emissores”, também podem ser processados nos Estados Unidos em virtude de sua nacionalidade.

Até as alterações de 1998 ao FCPA, os estrangeiros, com exceção dos emissores, não estavam sujeitos à norma. As emendas à lei consolidaram expressamente a “jurisdição extraterritorial” sobre cidadãos e entidades estrangeiros. Assim, atualmente, uma empresa ou indivíduo estrangeiro está sujeito ao FCPA se, direta ou indiretamente, causar um ato nos EUA ou em seus territórios para promover um pagamento indevido a um funcionário estrangeiro.

Eis o que dispõe a norma no §78dd-2 (i)²²²:

(i) Jurisdição Alternativa

(1) É também ilegal que qualquer pessoa dos Estados Unidos pratique corruptamente qualquer ato fora dos Estados Unidos para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de doação de qualquer item de valor a qualquer das pessoas ou entidades previstas nos parágrafos (1), (2) e (3) desta subseção (a) para os fins aí especificados, quer tal pessoa dos Estados Unidos use os correios ou quaisquer meios ou organismos governamentais de comércio interestadual para promover tal oferta, doação, pagamento, promessa ou autorização.

(2) Conforme usado nesta subseção, o termo “pessoa dos Estados Unidos” significa um cidadão dos Estados Unidos (como definido na seção 101 da Lei de Imigração e Nacionalidade dos EUA, em inglês, *Immigration and Nationality Act* (8 U.S.C. § 1101)) ou qualquer empresa, sociedade,

²²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

associação, empresa de capital comum, truste comercial, organização não constituída comercialmente ou empresas de um só proprietário constituídas ao abrigo da legislação dos Estados Unidos ou de qualquer de seus estados, territórios, possessões, membros da comunidade dos Estados Unidos ou qualquer subdivisão política dos mesmos.

As *holding companies* norte-americanas com subsidiárias estrangeiras também podem ser responsabilizadas em razão das disposições do FCPA se for considerado que direcionaram as atividades ilegais às suas subsidiárias estrangeiras.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de se responsabilizar terceiros que tenham auxiliado ou incentivado (*aider and abettor*) a conduta criminosa punível nos termos do FCPA.

O *FCPA Guide*²²³ possui um tópico específico sobre este tema, esclarecendo que indivíduos ou empresas que ajudam, ou encorajam um crime, incluindo uma violação do FCPA, cometem uma conduta punível tal qual tivessem cometido o crime diretamente.

Isto interessa especialmente aos agentes não americanos que possam desconhecer tal disposição. Segundo o DOJ²²⁴ “*aider and abettor liability is distinct from accessory after the fact [...]. An aider and abettor, unlike an accessory after the fact, is punishable as a principal*”.

Com efeito, pela disposição citada, na interpretação conferida pelo Departamento de Justiça, atuar como auxiliar ou incentivador do crime, poderá sofrer a persecução penal como autor principal ficando exposto integralmente às punições previstas em lei, não como mero co-autor ou partícipe.

Este fato aliado à abrangente extraterritorialidade que é conferida ao FCPA pode gerar severas consequências a terceiros que se imaginem completamente isolados da aplicação da lei.

Neste sentido o exemplo prático citado pelo *FCPA Guide*²²⁵:

²²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 34.

²²⁴ “A responsabilidade de auxiliar e favorecer é distinta de acessório após o fato [...]. Um ajudante e incentivador, diferentemente de um acessório depois do fato, é punível como principal”. (tradução nossa) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Criminal resource manual**. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-2471-18-usc-2>. Acesso em: 5 nov. 2019.

²²⁵ “Uma empresa estrangeira ou indivíduo pode ser responsabilizada por ajudar em uma violação ao FCPA ou por conspirar a violar o FCPA, mesmo que a companhia ou indivíduo estrangeiro não tenha tomado nenhuma ação para promover o pagamento corrupto enquanto estiver no território dos Estados Unidos. Em casos de conspiração, os EUA geralmente tem jurisdição sobre todos os conspiradores onde pelo menos um conspirador for o emissor, uma preocupação doméstica, ou se cometer um ato

A foreign company or individual may be held liable for aiding and abetting an FCPA violation or for conspiring to violate the FCPA, even if the foreign company or individual did not take any act in furtherance of the corrupt payment while in the territory of the United States. In conspiracy cases, the United States generally has jurisdiction over all the conspirators where at least one conspirator is an issuer, domestic concern, or commits a reasonably foreseeable overt act within the United States.

Por fim, vale registrar a lição de Weiss²²⁶ para quem praticamente qualquer contato com os Estados Unidos poderá sujeitar um cidadão estrangeiro a processo em uma Corte dos EUA.

2.4.4 Exceções e defesas afirmativas

Se por um lado a dicção legal bastante abrangente permite a subsunção de uma série de fatos à norma, a própria redação do FCPA traz em seu bojo, limitações à aplicação das disposições antissuborno nos casos de pagamentos de facilitação (*facilitating payments*, *expediting payments*, ou ainda *grease payments*) e quanto às defesas afirmativas, como se verá adiante.

A seção §78dd-1²²⁷ traz a seguinte disposição:

(b) Exceção para ação governamental de rotina

As subseções (a) e (g) desta seção não se aplicam a nenhum pagamento de facilitação ou agilização a um dirigente, partido político ou dirigente de partido político estrangeiro para fins de agilizar ou garantir a realização de uma ação governamental de rotina por um dirigente, partido político ou dirigente de partido político estrangeiro.

(c) Defesas afirmativas

Constituirá defesa afirmativa das ações previstas na subseção (a) ou (g) desta seção o fato de que --

(1) o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor era considerado lícito à luz da legislação codificada e dos regulamentos do país do dirigente governamental, partido político ou candidato de partido político; ou

(2) o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor era considerado despesas razoáveis e legítimas, como, por exemplo, despesas de viagem e acomodação, incorridas pelo dirigente governamental, partido político, dirigente ou candidato de partido político estrangeiro ou em nome destes, despesas essas diretamente relacionadas à --

público razoavelmente previsto nos EUA. (tradução nossa) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 34.

²²⁶ WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>>. Acesso em: 7 nov. 2019, p. 500.

²²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

- (A) promoção, demonstração ou explicação de produtos ou serviços; ou
- (B) execução ou cumprimento de um contrato com um governo estrangeiro ou órgão do mesmo.

Quanto à exceção referente aos pagamentos de facilitação, Loughman e Sibery²²⁸ aludem que a primeira das exceções afasta a aplicação das disposições do FCPA aos pagamentos de facilitação ou aceleração de atos rotineiros a um funcionário estrangeiro, cujo objetivo seja apressar ou garantir a execução de uma ação governamental de rotina por uma autoridade estrangeira.

Estas definições se encontram na seção §78dd-3(f)²²⁹:

- (4) (A) O termo “ação governamental de rotina” significa somente uma ação que é normal e comumente realizada por um dirigente estrangeiro ao --
 - (i) obter autorizações, licenças ou outros documentos oficiais para qualificar uma pessoa a conduzir negócios em um país estrangeiro;
 - (ii) processar documentação governamental tais como vistos e ordens de trabalho;
 - (iii) fornecer proteção policial, coleta e entrega de correspondência ou agendamento de inspeções relacionadas ao cumprimento de contratos ou inspeções relacionadas ao trânsito de bens pelo país;
 - (iv) fornecer serviço telefônico, elétrico, de água, carregamento e descarregamento de carga, ou proteger produtos perecíveis ou produtos básicos contra a deterioração; ou
 - (v) empreender ações de natureza semelhante.
- (B) O termo “ação governamental de rotina” não inclui a tomada de decisão, por parte de um dirigente estrangeiro, de outorgar ou não novos contratos, e em que termos outorgá-los, ou a decisão de prorrogar um contrato com uma determinada parte, ou qualquer ação empreendida por um dirigente estrangeiro envolvido no processo de tomada de decisão para estimular uma decisão de outorgar um novo contrato ou prorrogar um contrato com uma parte determinada.

Os mesmos autores²³⁰, destacam conforme consta da norma que ações governamentais rotineiras, no entanto, não incluem nenhuma tomada de decisão de um funcionário estrangeiro seja para conceder novos negócios, continuar os negócios existentes, ou mesmo que possa vir a incentivar uma decisão em favor do pagador.

Para Biegelman²³¹, os pagamentos de facilitação,

²²⁸ LOUGHMAN, Brian P., SIBERY, Richard A. **Bribery and corruption: navigating the global risks**. Nova Jersey: Wiley, 2011, p. 18.

²²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

²³⁰ LOUGHMAN, Brian P., SIBERY, Richard A. **Bribery and corruption: navigating the global risks**. Nova Jersey: Wiley, 2011, p. 19.

²³¹ “[...] também eufemisticamente chamados de ‘pagamentos oleosos’. Esses são pagamentos para que funcionários públicos expeçam ou assegurem a performance de rotina das funções e serviços governamentais. Para um pagamento ser considerado de facilitação, ele deve ser algo pago regularmente para obter um serviço regular.” (tradução nossa) BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 29.

[...] also euphemistically called “grease payments.” These are payments to officials to expedite or to secure the performance of routine and common government services and functions. For a payment to be considered a facilitating payment, it must be something that is paid regularly to obtain a regular service.

O FCPA também prevê a possibilidade de defesas afirmativas nos casos em que se o pagamento, presente, oferta, ou promessa de qualquer coisa de valor for lícita, nos termos da lei e regulamentos escritos que rejam a atividade do funcionário estrangeiro, bem como se tais despesas ou doações forem módicas e forem diretamente relacionadas ao cumprimento de contrato, conforme consta da seção §78dd-1(c), *verbis*:

(c) Defesas afirmativas

Constituirá defesa afirmativa das ações previstas na subseção (a) ou (g) desta seção o fato de que --

(1) o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor era considerado lícito à luz da legislação codificada e dos regulamentos do país do dirigente governamental, partido político ou candidato de partido político; ou

(2) o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor era considerado despesas razoáveis e legítimas, como, por exemplo, despesas de viagem e acomodação, incorridas pelo dirigente governamental, partido político, dirigente ou candidato de partido político estrangeiro ou em nome destes, despesas essas diretamente relacionadas à --

(A) promoção, demonstração ou explicação de produtos ou serviços; ou

(B) execução ou cumprimento de um contrato com um governo estrangeiro ou órgão do mesmo.

Quanto à defesa afirmativa referente aos pagamentos permitidos pelas leis locais ou módicas conforme contratualmente acordado, Biegelman²³² assevera que se o pagamento, presente ou oferta for legal de acordo com as leis e regulamentos do país estrangeiro, será considerado apropriado. Esses pagamentos devem ser registrados contabilmente de forma adequada pela empresa, a fim de não colidir com as disposições contábeis do FCPA.

Por outro lado, segundo o mesmo autor²³³, não é uma defesa afirmar que o pagamento de subornos é uma prática comum e aceita no país, mesmo em países onde se pratica suborno de forma costumeira (mas ilegal).

O FCPA também permite despesas de viagem e hospedagem razoáveis e de boa-fé incorridas por ou em nome de funcionários estrangeiros, desde que diretamente relacionadas à promoção, demonstração ou explicação de produtos, ou

²³² BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook**: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010, p. 29-30.

²³³ *Idem*.

serviços, ou à execução, ou execução de um contrato com um governo, ou agência estrangeira. Se as despesas não forem razoáveis, o pagador poderá entrar na alça de mira dos órgãos de *enforcement* do FCPA.

2.4.5 Penalidades previstas no FCPA

Como foi relatado anteriormente, as penalidades dispostas no FCPA foram aumentadas nas reformas de 1988 e 1998, restando assim dispostas atualmente, *verbis*²³⁴:

§ 78dd-2. Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior

(g) Penalidades

(1) (A) Todo empreendimento nacional que não for pessoa física e que violar a subseção (a) ou (i) desta seção será multado em não mais do que \$2.000.000.

(B) Todo empreendimento nacional que não for pessoa física e que violar a subseção (a) ou (i) desta seção subordinar-se-á a penalidade cível de não mais do que \$10.000, imposta em um processo impetrado pelo Procurador Geral.

(2) (A) Toda pessoa natural que for um dirigente, diretor, funcionário ou agente de um empreendimento nacional, ou acionista agindo em nome de tal empreendimento nacional, que deliberadamente violar a subseção (a) ou (i) desta seção será multado em não mais do que \$100.000 ou encarcerado por não mais do que 5 anos, ou ambos.

(B) Toda pessoa física que for um dirigente, diretor, funcionário ou agente de um empreendimento nacional, ou acionista agindo em nome de tal empreendimento nacional, que deliberadamente violar a subseção (a) ou (i) desta seção subordinar-se-á a penalidade cível de não mais do que \$10.000 imposta no âmbito de processo impetrado pelo Procurador Geral.

(3) Sempre que for imposta uma multa à luz do parágrafo (2) a qualquer dirigente, diretor, funcionário, agente ou acionista de um empreendimento nacional, tal multa não pode ser direta ou indiretamente paga por tal empreendimento nacional.

[...]

§ 78dd-3. Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissores ou empreendimentos nacionais

(e) Penalidades

(1) (A) Toda pessoa jurídica que violar a subseção (a) desta seção será multada em não mais do que \$2.000.000.

(B) Toda pessoa jurídica que violar a subseção (a) desta seção estará sujeita a uma penalidade cível de não mais do que \$10.000 imposta no âmbito de um processo impetrado pelo Procurador Geral.

(2) (A) Toda pessoa física que deliberadamente violar a subseção (a) desta seção estará sujeita a penalidade cível de não mais do que \$100.000 ou prisão por não mais do que 5 anos, ou ambos.

(B) Toda pessoa física que violar a subseção (a) desta seção estará sujeita a penalidade cível de não mais do que \$10.000 imposta no âmbito de processo impetrado pelo Procurador Geral.

²³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

(3) Sempre que for imposta uma multa à luz do parágrafo (2) a qualquer dirigente, diretor, funcionário, agente ou acionista de uma pessoa, tal multa não pode ser direta ou indiretamente paga por tal pessoa.

[...]

§ 78ff. Penalidades

(a) Violações deliberadas; declarações falsas e enganosas

Toda pessoa que deliberadamente violar qualquer cláusula deste capítulo (além da seção 78dd-1 deste título) ou qualquer regra ou regulamento em função do mesmo, cuja violação seja considerada ilícita ou cujo cumprimento seja exigido nos termos deste capítulo, ou toda pessoa que deliberadamente e sabidamente fizer ou levar alguém a fazer qualquer declaração em uma proposta, relatório ou documento que tenha que ser apresentado nos termos deste capítulo ou qualquer regra ou regulamento em função do mesmo ou qualquer empreendimento contido em uma declaração de registro, conforme previsto na subseção (d) da seção 78o deste título, ou por qualquer organização auto-regulada *[sic]* em conexão com uma proposta de filiação ou participação na mesma ou para se associar com um membro da mesma, cuja declaração for falsa ou enganosa com respeito a qualquer fato relevante, deverá, quando da condenação, ser multada em não mais do que \$5.000.000, ou encarcerada por não mais do que 20 anos, ou ambos, exceto que, se se tratar de outra pessoa além de uma pessoa física, uma multa de não mais do que \$25.000.000 poderá ser imposta; entretanto, nenhuma pessoa ficará sujeita a encarceramento, nos termos desta seção, por violação de uma regra ou regulamento, se provar que não tinha nenhum conhecimento de tal regra ou regulamento.

(b) Omissão na apresentação de informações, documentos ou relatórios

Qualquer emissor que deixar de apresentar informações, documentos ou relatórios cuja apresentação seja exigida nos termos da subseção (d) da seção 78o deste título ou de qualquer regra ou regulamento em função do mesmo deverá pagar aos Estados Unidos a soma de \$100 por cada dia que durar tal descumprimento. Esta penalidade, que deve ser imposta em vez de uma penalidade criminal pelo dito descumprimento da exigência de apresentação de documentos, o qual se poderia pensar como aplicável em função da subseção (a) desta seção, deverá ser paga ao Tesouro Nacional dos Estados Unidos e será recuperável em ação cível em nome dos Estados Unidos.

(c) Violações por emissores, dirigentes, diretores, acionistas, funcionários ou agentes de emissores

(1) (A) Todo emissor que violar a subseção (a) ou (g) da seção 30A deste título [15 U.S.C. § 78dd-1] será multado em não mais do que \$2.000.000.

(B) Qualquer emissor que violar a subseção (a) ou (g) da seção 30A deste título [15 U.S.C. § 78dd-1] estará sujeito a penalidade cível de não mais do que \$10.000 imposta em uma ação impetrada pela Comissão.

(2) (A) Todo dirigente, diretor, funcionário ou agente de um emissor ou acionista agindo em nome de tal emissor que deliberadamente violar a subseção (a) ou (g) da seção 30A deste título [15 U.S.C. § 78dd-1] será multado em não mais do que \$100.000, ou encarcerado por não mais do que 5 anos, ou ambos.

(B) Todo dirigente, diretor, funcionário ou agente de um emissor ou acionista agindo em nome de tal emissor que deliberadamente violar a subseção (a) ou (g) da seção 30A deste título [15 U.S.C. § 78dd-1] estará sujeito a penalidade cível de não mais do que \$10.000 imposta no âmbito de ação impetrada pela Comissão.

(3) Sempre que for imposta uma multa nos termos do parágrafo (2) contra qualquer dirigente, diretor, funcionário, agente ou acionista de um emissor, tal multa não pode ser direta ou indiretamente paga por tal emissor.

Pode-se resumir estas disposições dividindo as penalidades em criminais

e cíveis.

Quanto às penalidades criminais, para cada violação das disposições antissuborno, o FCPA dispõe que as pessoas jurídicas (Corporações e outras entidades) estão sujeitas a uma multa de até US\$ 2 milhões. Pessoas físicas, incluindo os conselheiros, diretores executivos, acionistas e agentes estão sujeitos a uma multa de até US\$ 250 mil e prisão por até 05 (cinco) anos.

Para cada violação das disposições contábeis, o FCPA prevê que as pessoas jurídicas estão sujeitas a uma multa de até US\$ 25 milhões. Pessoas físicas incluindo os conselheiros, diretores executivos, acionistas e agentes estão sujeitos a multa de até US\$ 5 milhões e prisão por até 20 (vinte) anos.

O *FCPA Guide*²³⁵ ressalta que os tribunais podem aplicar multas significativamente mais altas do que as previstas pelo FCPA - até o dobro do benefício obtido pelo réu com os pagamentos corruptos - desde demonstrado haja condenação do júri por provas além de uma dúvida razoável (*proved to the jury beyond a reasonable doubt*), ou admitidas pelo réu.

Em ambos os casos (cíveis e criminais), as multas impostas aos indivíduos não podem ser pagas pelo empregador, ou seja, o próprio condenado deve arcar com a pena.

Neste ponto, vale destacar que a penalidade que se refere à devolução do “montante do ganho pecuniário obtido pelo réu”, referido em inglês como *disgorgement*²³⁶, é tema de grande discussão.

Conforme leciona Weiss²³⁷, “[...] SEC’s increasing use of the remedy of disgorgement of profits in FCPA settlements. Disgorgement, a penalty through which the SEC requires a corporation to forfeit any profits arising from illegal activity, has long

²³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019, p. 68.

²³⁶ A SEC assim conceitua: “**Disgorgement**: A repayment of funds received or losses forgone, with interest, as a result of illegal or unethical business transactions. Disgorged funds are normally distributed to those affected by the action, but in certain cases may be deposited in the U.S. Treasury General”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Agency Financial Report: Fiscal Year 2014**. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/secpar/secfr2014.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 161.)

²³⁷ “[...] O uso crescente da SEC da solução para desembolso de lucros em acordos do FCPA. Restituições, uma penalidade através da qual a SEC exige que uma corporação retire quaisquer lucros decorrentes de atividades ilegais, tem sido uma solução nas ações mais típicas de fraude de valores mobiliários da SEC” (tradução nossa) WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>. Acesso em: 7 nov. 2019, p. 474.

been a remedy in the SEC's more typical securities fraud actions."

As polêmicas quanto à devolução dos valores supostamente obtidos pelo ato corrupto, são várias, desde a falta de clareza quanto ao seu fundamento legal até ao desconhecimento dos critérios específicos utilizados para o seu cálculo em cada caso, uma vez que os termos dos procedimentos que acabam em acordo são, de modo geral, confidenciais.

Nesta senda, a lição de Weiss²³⁸, referindo que a SEC pode apoiar sua busca de confisco dos valores ilegalmente obtidos mediante interpretação ampla dos regimentos legais.

While disgorgement can serve deterrence purposes, it is intended not to compensate the wronged party or to serve as a complete stand-in for the deterrent effects of fining, but to recover the benefits of a wrongful act. Although a longstanding equitable tool, disgorgement was used relatively sparingly by the SEC until the passage of SOX, which is also, now, a part of the Exchange Act.

[...] in practice, the FCPA has recently been the statute that the SEC typically invokes when it seeks to disgorge profits. Because the SEC's enforcement of the FCPA derives from the fact that the record-keeping prong of that statute amended the Exchange Act, the SEC has used the full range of remedies available in securities actions in enforcing the FCPA despite the fact that Congress explicitly provided for fining remedies in the FCPA itself. As one commentator noted, "The propriety and legality of this remedy have not been tested in the courts".

Portanto, pode-se notar que esta ferramenta de penalização dos infratores tem ganho cada vez mais destaque, sendo que atualmente o *disgorgement* é a modalidade dominante das penalidades aplicadas pela SEC por violações do FCPA, superando as demais penalidades cujos valores limites estão expressos em lei.

Segundo Weiss²³⁹, esse aumento exponencial de *disgorgement* tomou

²³⁸ "Enquanto o perdimento dos ganhos pode servir para propósitos de dissuasão, a intenção não é de compensar a parte errada ou de servir como substituição aos efeitos de dissuasão da multa, mas sim de recuperar os benefícios de um ato errôneo. Embora seja uma ferramenta equitativa de longa data, o perdimento dos ganhos foi usado relativamente com moderação pela SEC até a passage da SOX, que é também, agora, uma parte da Lei de Comissão Mobiliária. [...] Na prática, o FCPA tem sido recentemente a lei à qual a SEC invoca quando procura por perdimento de ganhos. Porque a execução do FCPA deriva do fato de que o ponto registro dessa lei alterou a lei de Comissão Mobiliária, a SEC tem usado um gama completa de soluções disponíveis nas ações mobiliárias quando da execução do FCPA. Como um comentador notou, 'a propriedade e legalidade dessa solução não foi testada em cortes'." (tradução nossa) WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>. Acesso em: 7 nov. 2019, p. 485-486.

²³⁹ WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>. Acesso em: 7 nov. 2019, p. 487.

relevo, em grande parte, quando do acordo da Siemens AG²⁴⁰ por violações ao FCPA mundo todo em que a companhia acordou de pagar mais de US\$ 800 milhões em multas nos EUA - parte dos mais de US\$ 1,6 bilhão em acordos mundiais - para encerrar a investigação, tomando novamente destaque mundial em razão de valores tão ou mais expressivos no caso Petrobrás.

Como nota final deste capítulo, cabe confirmar o segundo problema da pesquisa, uma vez que o FCPA possui regramento expresso de responsabilização dos Administradores tanto pelas provisões antissuborno, quanto pelas provisões de registros contábeis e controles internos.

Encerrado o capítulo que trata do FCPA, a pesquisa se volta para a evolução das principais normas anticorrupção derivadas do FCPA até a Lei Anticorrupção brasileira com a análise de suas principais disposições.

²⁴⁰ Segundo o website da SEC:

“SEC Charges Siemens AG for Engaging in Worldwide Bribery
2008-294

The Securities and Exchange Commission today announced an unprecedented settlement with Siemens AG to resolve SEC charges that the Munich, Germany-based manufacturer of industrial and consumer products violated the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) by engaging in a systematic practice of paying bribes to foreign government officials to obtain business.

The SEC alleges that Siemens paid bribes on such widespread transactions as the design and construction of metro transit lines in Venezuela, power plants in Israel, and refineries in Mexico. Siemens also used bribes to obtain such business as developing mobile telephone networks in Bangladesh, national identity cards in Argentina, and medical devices in Vietnam, China, and Russia. According to the SEC's complaint, Siemens also paid kickbacks to Iraqi ministries in connection with sales of power stations and equipment to Iraq under the United Nations Oil for Food Program. Siemens earned more than \$1.1 billion in profits on these and several other transactions.

Siemens has agreed to pay \$350 million in disgorgement to settle the SEC's charges, and a \$450 million fine to the U.S. Department of Justice to settle criminal charges. Siemens also will pay a fine of approximately \$569 million to the Office of the Prosecutor General in Munich, to whom the company previously paid an approximately \$285 million fine in October 2007”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Press release 2008-294**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.)

CAPÍTULO 3 - DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

O objeto deste capítulo é analisar as disposições da Lei Anticorrupção brasileira, ao final verificar se esta norma possui hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores de corporações.

3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE INFLUENCIARAM A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Como já abordado neste estudo, os efeitos nefastos da corrupção anulam os ganhos sociais que podem ser obtidos tanto nas relações entre as empresas e destas com o Estado. Destas relações contaminadas, tem-se como resultado, de um lado o aumento irrazoável dos custos e, de outro, prejuízos quanto à qualidade dos serviços mais básicos como saúde, educação, transportes e infraestrutura.

Assim, o “combate concreto à corrupção e aos corruptos, [...] pode ser reconhecido como uma das formas mais eficientes de assegurar o respeito aos direitos humanos, que nada mais são do que direitos fundamentais positivados pela ordem jurídica internacional”, conforme leciona Ribeiro²⁴¹.

Os mais importantes fóruns internacionais desenvolveram esta consciência de que o combate à Corrupção não poderia mais ser um assunto tratado individualmente por cada país, surgindo diversas iniciativas multilaterais visando criar uma efetiva política internacional anticorrupção.

Este movimento, segundo Carvalhosa²⁴², deu-se como uma resposta aos enormes danos causados “pela rede multinacional de corrupção à ordem política mundial, mercê da manutenção no poder em países corrompidos de gangues políticas que ali permanecem por décadas, às vezes até sob roupagem institucional, como é o caso do Brasil. Daí as medidas fundamentais de extraterritorialidade no combate a esse crime globalizado”.

Como ponto de partida, serão abordados os tratados internacionais que versam sobre o tema e influenciaram diretamente a legislação brasileira. São eles:

²⁴¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21.

²⁴² CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90.

- (i) **Convenção Interamericana Contra A Corrupção**, da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1996, internalizada mediante o Decreto nº 4.410, de 2002;
- (ii) **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997, internalizada mediante o Decreto n. 3.678, de 2000;
- (iii) **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, de 2003, internalizada mediante o Decreto n. 5.687, de 2006.

A necessidade de que órgãos policiais e agências de *enforcement* troquem informações e padronizem procedimentos foi um dos motores da atual transformação que resulta em uma melhoria contínua na cooperação transfronteiriça nos processos de normatização e investigação dos casos de corrupção.

Vale ressaltar que o início de tal iniciativa multilateral foi em grande parte incentivada pelos Estados Unidos que, preocupado com as possíveis desvantagens comerciais para as empresas americanas devido às rígidas regras do FCPA, buscou promover a internacionalização de sua legislação anticorrupção.

Como se viu no capítulo anterior, a estratégia era dupla: primeiro, incentivar o estabelecimento de tratados e convenções internacionais anticorrupção; segundo, fortalecer a aplicação extraterritorial da sua própria lei, com a finalidade de que as empresas norte-americanas não ficassem em desvantagem competitiva com as dos demais países em obter novos negócios, mantendo o campo de disputa nivelado internacionalmente.

3.1.1 A Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA

A Organização dos Estados Americanos (OEA), segundo consta de sua página na rede mundial de computadores²⁴³, é o mais antigo organismo regional do mundo. A sua origem remonta à Primeira Conferência Internacional Americana,

²⁴³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Quem somos.** Acesso em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em: 17 dez. 2019.

realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 até abril de 1890.

A OEA foi fundada em 1948 com a assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA que entrou em vigor em dezembro de 1951, como estipula o Artigo 1º da Carta com o fim de gerar “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”.

Atualmente, a OEA congrega os 35 Estados independentes das Américas e constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério²⁴⁴. Além disso, a Organização concedeu o estatuto de observador permanente a 69 Estados e à União Europeia (UE).

Para atingir seus objetivos mais importantes, a OEA se baseia em seus principais pilares que são a “democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento”.

Em 29 de março de 1996, a OEA firmou a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”, também conhecida como a “Convenção de Caracas”, documento destinado a fortalecer as instituições domésticas dos países membros que contribuem para prevenir, identificar, punir e erradicar a corrupção.

Para tanto, a Convenção Interamericana incentivou a criminalização de certas atividades associadas à Corrupção e facilitou a cooperação internacional entre as partes em assistência jurídica e cooperação técnica, extradição e rastreamento, e congelamento de ativos.

Conforme se encontra na página eletrônica da Controladoria Geral da União²⁴⁵, a Convenção Interamericana contra a Corrupção “é um instrumento que visa promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar e punir a corrupção, bem como promover ações que assegurem a

²⁴⁴ 35 países independentes das Américas ratificaram a Carta da OEA e pertencem à Organização. **Países Membros originais:** Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba¹, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (República Bolivariana da). **Países que se tornaram Membros posteriormente:** Barbados, Trinidad e Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica (Commonwealth da), Santa Lúcia (1979), Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas (1981), Bahamas (Commonwealth das) (1982), St. Kitts e Nevis (1984), Canadá (1990), Belize, Guiana (1991). (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Estados Membros.** Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/estados_membros.asp. Acesso em: 17 dez. 2019.)

²⁴⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Convenção da OEA.** 1996. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea>. Acesso em: 17 dez. 2019.

cooperação entre os países signatários”.

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 25 de junho de 2002²⁴⁶ e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 4.410, de 7 de outubro de 2002²⁴⁷.

Segundo consta do Decreto Presidencial que internalizou a norma²⁴⁸:

Os propósitos desta Convenção são:

1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e
2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

A Convenção define em seu artigo terceiro as medidas preventivas que devem ser tomadas, incluindo normas de conduta para os funcionários públicos, mecanismos para tornem estas normas efetivas, sistemas de controle na admissão, avaliação e demissão de funcionários públicos, com o fim de coibir a corrupção.

No artigo sexto, define os atos de Corrupção objeto das medidas de prevenção, seguindo, nesta definição, o padrão consagrado de ato de corrupção, qual seja²⁴⁹:

I. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

- a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

Importante destacar o artigo sétimo que determina que os Estados Partes

²⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo n. 152 de 2002**. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-152-25-junho-2002-459890-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 17 dez. 2019.

²⁴⁷ BRASIL. **Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ BRASIL. **Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

deverão adotar medidas legislativas para tipificar como delitos em seu direito interno os atos de corrupção. Também o artigo oitavo que determina que Estados Partes devem tipificar o suborno transnacional como meio de coibir sua prática.

Em 2001, foi instituído o Mecanismo de Acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, mais conhecido pela sigla MESICIC, com o fim de facilitar e avaliar o cumprimento da Convenção pelos Estados Partes.

Este mecanismo permite aos Estados Partes acompanhar a implantação da Convenção, os compromissos assumidos pelos outros Estados Partes e analisar de que maneira vem sendo implementados, bem como, facilitar o intercâmbio de informações e boas práticas²⁵⁰.

A Controladoria Geral da União²⁵¹ é o órgão responsável pelo acompanhamento e implantação das medidas propostas no MESICIC, sendo que o relatório de acompanhamento de 2018 teve como pontos de destaque²⁵²:

Entre as principais recomendações ao Brasil está a necessidade de aperfeiçoar e reformar a Lei de Licitações (nº 8.666/1993) para promover maior competitividade e efetividade no processo de contratações públicas. Outras indicações foram: adotar uma legislação abrangente para incentivar denúncias de atos de corrupção e proteger os denunciantes, tanto no setor público, quanto privado; e fortalecer os órgãos de controle, garantindo recursos e recompondo os respectivos quadros de pessoal.

Avanços

O fortalecimento da legislação na área de combate à corrupção foi um dos avanços reconhecidos na implementação das recomendações, em especial com as leis Anticorrupção (nº 12.846/2013) e do Crime Organizado (nº 12.850/2013). Outros destaques foram: transparência das informações públicas, impulsionada pela Lei de Acesso à Informação (nº 12.527/2011); promoção da integridade empresarial, em especial por meio do Pró-Ética. Entre as iniciativas da CGU de prevenção também foram reconhecidos o Sistema e-Ouv, responsável por receber denúncias e manifestações, e o Observatório da Despesa Pública (ODP).

Pode-se notar que este importante Tratado Internacional foi e continua

²⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção e MESICIC**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/faq_resp.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

²⁵¹ "A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão de controle interno do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

A CGU também deve exercer, como Órgão Central, a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno e o Sistema de Correição e das unidades de ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando a orientação normativa necessária". (BRASIL. Controladoria Geral da União. **Institucional**. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>. Acesso em: 17 dez. 2019.)

²⁵² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU coordena avaliação do Brasil na OEA**. 2018. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/03/cgu-coordena-avaliacao-do-brasil-na-oea>. Acesso em: 17 dez. 2019.

sendo de grande relevância no sentido de auxiliar a moldar os contornos da legislação e das práticas de combate à corrupção no Brasil, que acabaram culminando na Lei Anticorrupção brasileira.

3.1.2 Convenção de Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE

Aproximadamente ao mesmo tempo, em que se discutia a aprovação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, os países membros²⁵³ da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁵⁴ aprovaram em 1997 a Convenção de Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, doravante referida como “Convenção da OCDE”.

Com forte influência norte-americana, por ser um dos países líderes da organização, a Convenção foi muito baseada no modelo do FCPA, estabelecendo a criminalização do suborno a funcionários públicos estrangeiros, a obrigatoriedade de controles contábeis claros, regras de auditoria, proibindo explicitamente deduções de imposto de renda para pagamentos de suborno (prática até então comum em vários países).

O Brasil não é membro da OCDE, mas por se tratar de uma organização internacional conhecida como o “grupo dos países desenvolvidos”²⁵⁵ busca o ingresso

²⁵³ “Atualmente, a organização conta com 36 membros, que buscam uns aos outros, a fim de identificar, discutir e analisar problemas, promovendo políticas capazes de solucioná-los. São eles: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suécia, Suíça e Turquia.

A organização também conta com parceiros estratégicos, segundo o site da OCDE. São eles: África do Sul, Brasil, China, Índia e Indonésia”. (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Who are we**. Disponível em: <http://www.oecd.org/about/>. Acesso em: 17 dez. 2019.)

²⁵⁴ “ “Quem somos – A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico é uma organização internacional que trabalha para construir melhores políticas para melhores vidas. Nosso objetivo é criar políticas que adotem prosperidade, igualdade, oportunidade e bem-estar para todos. Temos quase 60 anos de experiência e conhecimento para melhor preparar o mundo de amanhã.” (tradução nossa) (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Who are we**. Disponível em: <http://www.oecd.org/about/>. Acesso em: 17 dez. 2019.)

²⁵⁵ Conforme reportagem da BBC: “O Brasil solicitou adesão à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) há um ano [em 2017] e, na época, a expectativa era de que o pedido de candidatura fosse aprovado rapidamente. O país é “parceiro-chave” da organização, conhecida como “clube dos ricos”, desde 2007”. (FERNANDES, Daniela. **Por que o Brasil ainda não conseguiu entrar na OCDE, o clube dos países ricos**. 2018. Disponível em:

na entidade desde 2017. Assim, mostra-se politicamente interessante seguir as melhores práticas adotadas pelos países-membros, uma destas práticas a adesão à Convenção que é aberta a não membros.

As disposições da Convenção permanecem influentes, principalmente entre os países industrializados e nos parceiros da organização, como o Brasil, conforme leciona Tourinho²⁵⁶.

O Brasil internalizou a Convenção por intermédio do decreto 3.678/2000²⁵⁷, que tem como elementos fundamentais:

Artigo 1

O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

[...]

Artigo 2

Responsabilidade de Pessoas Jurídicas

Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

Artigo 3

Sanções

1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.

2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

3. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias a garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis.

4. Cada Parte deverá considerar a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções por corrupção de funcionário público estrangeiro.

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44361623>. Acesso em: 5 jan. 2020.)

²⁵⁶ TOURINHO, Marcos. Brazil in the global anticorruption regime. *In: Rev. Bras. Polít. Int.*, vol. 61, n. 1, mar. 2018, p. 4.

²⁵⁷ BRASIL. **Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 18 dez. 2019.

A Convenção da OCDE tem como objetivo a prevenção e o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no âmbito das transações internacionais. Dessa forma, tipificou a conduta como “corrupção de funcionário público estrangeiro”, que consiste, em linhas gerais, no ato de dar, entregar ou oferecer vantagem indevida a um funcionário público estrangeiro a fim de burlar os trâmites regulares de uma transação comercial internacional.

Além disso, prevê em seu artigo segundo que os Estados partes deverão estabelecer punição, inclusive criminal, para as pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários públicos estrangeiros ou, se incompatível com o sistema do país, qualquer outra medida não criminal que efetivamente puna a conduta praticada.

Torna-se, então, perceptível que este tratado é balizador fundamental da atual política anticorrupção seguida pelo Brasil.

O Tratado disciplina também a possibilidade de retenção, confisco ou outra sanção pecuniária para compensar o dano ocorrido; a necessidade de manutenção de sistemas de contabilidade para fiscalização empresarial, proibindo a prática de “caixa 2”; a necessidade de que o prazo prescricional ser suficiente para apuração e punição do delito.

A Convenção também influenciou profundamente na tipificação do crime de corrupção ativa por pessoas físicas, posteriormente inseridos no Código Penal brasileiro nos artigos 337-B, 337-B, 337-D por meio da Lei 10.467/2002²⁵⁸, que dispõe:

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou

²⁵⁸ BRASIL. **Lei Federal n. 10.467, de 11 de junho de 2002**. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10467.htm#art2. Acesso em: 19 dez. 2019.

insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais".

De se ressaltar que com a finalidade de acompanhar o devido cumprimento da Convenção da OCDE, foi criado o Grupo de Trabalho sobre Suborno de Transações Comerciais Internacionais²⁵⁹.

Esse grupo emite relatórios acerca da implementação da Convenção pelo Brasil e seu último relatório foi no ano de 2014, tendo enaltecido diversas iniciativas pelo Estado brasileiro, dentre elas a promulgação da Lei Anticorrupção além do aumento de assistência mútua, conforme previsto na Convenção.

Entretanto, como principais pontos de melhoria encontrados pelo grupo, estão as escassas investigações e punições, bem como o prazo prescricional curto que poderia prejudicar eventuais punições. Além disso, consideram insuficientemente claras as leis que versam sobre a responsabilização da pessoa jurídica e sobre confisco de valores provenientes da corrupção.

No relatório, as principais recomendações feitas pelo Grupo às autoridades brasileiras para melhorar a implementação da Convenção da OCDE foram a revisão de suas normas para se adequarem de forma clara às regras previstas no referido diploma internacional, bem como maior cooperação entre os órgãos internos²⁶⁰.

Assim, resta claro que a Convenção da OCDE também é um instrumento fundamental no estímulo ao desenvolvimento das normas e das práticas de combate à corrupção no Brasil, tendo influenciado diretamente na aprovação da Lei Anticorrupção.

3.1.3 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - UNCAC

Conforme refere a Cartilha da Controladoria Geral da União que trata da

²⁵⁹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção da OCDE: Contra o suborno transnacional**. 2016. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019.

²⁶⁰ Nesta pesquisa chega-se à mesma conclusão conforme explicitado nas Considerações Finais.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁶¹, mais conhecida pela sigla UNCAC, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 55/61, reconheceu a importância de desenvolver um instrumento jurídico internacionalmente vinculante contra a Corrupção e decidiu estabelecer um Comitê *ad hoc*, aberto a todos os Estados, com a tarefa de elaborar as bases da Convenção.

Tal iniciativa deveria considerar a criminalização de todas as formas de corrupção, cooperação internacional, aspectos regulamentares da corrupção e sua relação com a lavagem de dinheiro.

Decorridos os trabalhos de elaboração e discussão pelos Estados Partes, em 9 de dezembro de 2003, deu-se a assinatura da Convenção na cidade de Mérida, México.

Conforme refere a CGU²⁶², “a UNCAC é o maior e mais completo instrumento contra a corrupção”, uma vez que consolidou as várias iniciativas regionais e se tornou o principal e mais abrangente instrumento internacional sobre o tema.

No Brasil, a Convenção da ONU contra a Corrupção foi ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 348, de 18 de maio de 2005²⁶³, e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006²⁶⁴.

Segundo consta do texto da norma aprovada, a finalidade da Convenção é²⁶⁵:

Artigo 1

Finalidade

A finalidade da presente Convenção é:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;

²⁶¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção das Nações Unidas: contra a corrupção**. 2016. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019, p. 5.

²⁶² BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção das Nações Unidas: contra a corrupção**. 2016. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019, p. 7.

²⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005**. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. 2005. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>. Acesso em: 21 dez. 2019.

²⁶⁴ BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 21 dez. 2019.

²⁶⁵ *Idem*.

- b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

A Convenção está organizada em cinco áreas principais: (i) prevenção, (ii) criminalização e aplicação da lei, (iii) cooperação internacional, (iv) recuperação de ativos e assistência técnica, e (v) troca de informações.

Quanto às medidas de prevenção, a UNCAC é bastante abrangente definindo diversas políticas e práticas de prevenção da corrupção, que abrangem: a necessidade de se estabelecer órgãos de prevenção à corrupção; sistemas de convocação, contratação, retenção, promoção e aposentadoria de funcionários públicos; códigos de conduta para funcionários públicos; sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões; aumentar a transparência da administração pública; fortalecimento da independência do Poder Judiciário e Ministério Público; medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado; previsões quanto à participação da sociedade; e medidas para prevenir a lavagem de dinheiro.

A Cartilha da CGU²⁶⁶ destaca que a Convenção não se limita a estabelecer medidas de prevenção à corrupção do setor público. Para prevenir a corrupção no setor privado, a UNCAC determina que os Estados Partes devem, além de melhorar as normas contábeis e de auditoria, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionais e dissuasivas em caso do não cumprimento das normas vigentes.

Quanto às medidas de criminalização e aplicação da lei, o tratado determina²⁶⁷:

Penalização e aplicação da lei
 Artigo 15
 Suborno de funcionários públicos nacionais
 Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que

²⁶⁶ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção das Nações Unidas: contra a corrupção**. 2016. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019, p. 7.

²⁶⁷ BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 21 dez. 2019.

sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente:

- a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais;
- b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais.

Também determina medidas para coibir o suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas; medidas contra a malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público; tráfico de influências; abuso de funções; suborno no setor privado; e, responsabilização das pessoas jurídicas.

No que tange à cooperação internacional, a UNCAC prevê que os Estados Partes cooperarão em assuntos penais e considerarão a possibilidade de prestar assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção. Tratando ainda sobre extradição e assistência judicial recíproca.

A seguir, a UNCAC trata da recuperação de ativos, disciplinando no artigo 52 que cada Estado Parte deverá adotar as medidas que sejam necessárias para exigir que as instituições financeiras verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida, no ou pelo nome de pessoas que desempenhem, ou tenham desempenhado funções públicas de destaque, de seus familiares e estreitos colaboradores.

Outras medidas disciplinadas são mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco do produto do crime.

Por fim, o tratado disciplina assistência técnica e intercâmbio de informações entre os Estados Partes para fins de prestar-se a mais ampla assistência técnica, especialmente em favor dos países em desenvolvimento, em seus respectivos planos e programas para combater a corrupção, incluindo apoio material e capacitação no intuito de facilitar a cooperação internacional, especialmente nas esferas da extradição e da assistência judicial recíproca.

Como relatam Bragança e Obregon²⁶⁸, a UNCAC possui diretrizes alinhadas com aquelas previstas na Convenção da OEA, ou seja, prevenção e repressão da corrupção, baseada na cooperação internacional para fins de se manter a integridade dos bens públicos.

O Secretariado de Combate às Drogas e Crime das Nações Unidas (*United Nations Office on Drugs and Crime* – UNDOC) promove a organização e divulgação do acompanhamento das medidas para atendimento da Convenção, mantendo inclusive um perfil individualizado de cada país²⁶⁹ que mostra o desenvolvimento das ações.

De se ressaltar, por fim, que o acompanhamento realizado pelas organizações internacionais tem sido fundamental para a manutenção dos avanços, bem como o desenvolvimento das melhorias necessárias ao aprimoramento do combate à corrupção em todos os países signatários, dentre eles o Brasil.

3.2 A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Ante a necessidade de atender à demanda interna e à pressão externa – especialmente no âmbito das organizações internacionais citadas no tópico anterior – o Estado brasileiro foi levado a complementar a constelação de “leis que de forma simultânea, autônoma e dispersa”²⁷⁰ estabelecem sanções aos delitos de corrupção.

Segundo Carvalhosa²⁷¹, estas normas não satisfaziam plenamente o compromisso internacional assumido pelo Brasil de aplicar sanções às pessoas jurídicas envolvidas em corrupção pública, num plano abrangente e em suas relações ilícitas com os poderes públicos, no âmbito interno e internacional.

Então, conforme consta da Exposição de Motivos da norma, denominado

²⁶⁸ BRAGANÇA, Raíssa Dutra; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **O Brasil e o combate à corrupção à luz de tratados internacionais**. 2018. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/O_BRASIL_E_O_COMBATE_A_CORRUPCAO.pdf. Acesso em: 5 dez. 2019, p. 11.

²⁶⁹ NAÇÕES UNIDAS. **Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1505820e.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019.

²⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 20.

²⁷¹ *Idem*.

EMI n.º 00011-2009 – CGU/MJ/AGU²⁷², de lavra conjunta pela Controladoria Geral da União, Ministério da Justiça e Advocacia Geral da União, fez-se necessário a aprovação de uma Lei de âmbito federal que contemplasse a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, da qual se destaca o seguinte trecho:

[...]

8. Com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria - do que, aliás, o país já vem sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso.

[...]

21. Entre as medidas criadas para combater tais práticas ilícitas, destaque-se a previsão de desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, na hipótese de se verificar abuso do direito para encobrir, dissimular ou facilitar a prática das infrações previstas pelo normativo ou para provocar confusão patrimonial entre os bens dos sócios e da empresa.

22. O efeito previsto para a desconsideração é a possibilidade de se aplicar aos sócios com poderes de administração e aos administradores da pessoa jurídica as mesmas sanções cabíveis contra ela, estendendo-se, por exemplo, a declaração de inidoneidade da empresa para as pessoas naturais envolvidas na prática dos ilícitos.

Resta claro que o objetivo da norma, revelado pela exposição de motivos e o texto final da Lei, é a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, todavia ambos fazem referência à responsabilização dos Administradores.

Assim, o objetivo deste Capítulo do estudo é verificar se as disposições da Lei Anticorrupção atingem ou podem atingir os administradores de sociedades anônimas, a fim de responder ao problema da pesquisa. Para tanto, serão tratados os principais dispositivos da lei, ao final analisando de forma especial os artigos 3º, § 2º e 14 que versam a possibilidade de responsabilização dos Administradores.

3.2.1 Responsabilização objetiva das pessoas jurídicas

²⁷² BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos EMI n. 00011-2009 – CGU/MJ/AGU**. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

O direito positivo brasileiro, conforme Zockun²⁷³, já contemplava a possibilidade de responsabilização sancionatória da pessoa jurídica, tendo-se como exemplo o artigo 37, §6º da Constituição da República²⁷⁴ que responsabiliza objetivamente o Estado pela prática de ato ilícito.

O mesmo autor, cita ainda outro exemplo, asseverando que tal responsabilização da pessoa jurídica também já era prevista no artigo 931 do Código Civil²⁷⁵, que determina: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

Na mesma senda, Silva²⁷⁶ informa que a responsabilização da pessoa jurídica encontra fundamento constitucional no artigo 173, § 5º²⁷⁷, ao estabelecer que esta se sujeita às punições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira, e contra a economia popular, e no art. 225, § 3º²⁷⁸, ao prever a possibilidade de lhe serem aplicadas sanções de natureza penal e administrativa em virtude de condutas e atos lesivos ao meio ambiente.

Ocorre que, a responsabilização da pessoa jurídica pelos atos de corrupção

²⁷³ ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 18.

²⁷⁴ CRFB. Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

²⁷⁵ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

²⁷⁶ SILVA, Felipe Jacques. **Relação histórica da responsabilização administrativa com o combate à corrupção e à impunidade: advento da lei nº. 12.846/2013**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78092/relacao-historica-da-responsabilizacao-administrativa-com-o-combate-a-corrupcao-e-a-impunidade-advento-da-lei-n-12-846-2013>. Acesso em: 22 dez. 2019.

²⁷⁷ CFRB. Art. 173. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
[...]

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

²⁷⁸ CRFB. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

e fraude praticados contra a Administração Pública representava verdadeira falha no sistema de combate à impunidade.

Isso porque a legislação infraconstitucional existente não possibilitava a devida reprimenda dos atos ilícitos nem se adequava com exatidão às características da pessoa jurídica, aplicando-se de forma subsidiária e pontual, conforme leciona Carvalhosa²⁷⁹.

Até então, segundo o mesmo autor²⁸⁰, os atos de corrupção, em nosso Ordenamento, encontravam-se estabelecidos, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429 de 1992), na Lei de Licitações, (Lei n. 8.666, de 1993), nas Leis de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613 de 1998 e n. 10.467, de 2002) na Lei de Parceria Público-Privada (Lei n. 11.079, de 2004), na Lei de Filantropia (Lei n. 12.101, de 2009) na Lei Antitruste (Lei n. 12.529, de 2011) na Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei n. 13.019, de 2014, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000), na Lei Complementar sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar n. 105, de 2000), na Lei do Mercado de Capitais (Leis n. 4.728, de 1965 e n. 6.385 de 1976).

Como mencionado, esses diplomas não se mostravam aptos a prevenir e reprimir os atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoas jurídicas. Isso, somado aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, e ao clamor social pela efetiva punição de corruptos, foram fatores decisivos para a promulgação da Lei Federal nº. 12.846, de 1ª de agosto de 2013²⁸¹, também denominada legalmente de Lei Anticorrupção²⁸², Lei da Empresa Limpa ou simplesmente LAC.

Quanto ao escopo da Lei, resta claro pela ementa que o diploma legal dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela

²⁷⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ BRASIL. **Lei Federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

²⁸² O §4º do artigo 17 da Lei Federal n. 13.303/2016, reiterou a nomeação da norma ao dispor: “[...] § 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, **a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção)**, e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista”. (grifo nosso)

prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Referindo-se ao seu objeto, Bittencourt²⁸³ assevera que a norma faz nascer um novo tipo de responsabilidade dentro do Direito pátrio. “Até então, a responsabilidade por atos contra a Administração Pública se dava no âmbito penal [...] e na esfera civil [...]. Doravante, as pessoas jurídicas também poderão ser responsabilizadas administrativa e civilmente”.

Passando a análise dos principais dispositivos legais atinentes ao presente estudo, tem-se que o artigo 1º disciplina explicitamente o propósito de atribuir à pessoa jurídica a responsabilização objetiva pelo cometimento dos ilícitos descritos no artigo 5º da Lei. Eis o dispositivo legal:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

3.2.1.1 Sujeito ativo

Para Carvalhosa²⁸⁴, a redação do parágrafo único deve ser lida de forma abrangente para o atendimento da *mens legis*, estando incluído no rol de possíveis sujeitos ativos do ato lesivo além das típicas sociedades empresárias, todas as pessoas jurídicas (personificadas ou não), de fato e de direito, que tenham ou não fins lucrativos, tais como: partidos políticos, organizações não governamentais, empresas públicas, sindicatos, institutos, fundações nas suas variadas conformações, igrejas, cooperativas, dentre outros.

Este pensamento é complementado pela lição de Ribeiro²⁸⁵ para quem o sistema de responsabilização da LAC não se encerra exclusivamente nas pessoas jurídicas com fins empresariais, alcançando também as integrantes do terceiro setor como ONGs e OSCIPS.

Portanto, há que se considerar que a relação destas entidades com a

²⁸³ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 32.

²⁸⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 44.

²⁸⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 167.

Administração Pública de modo geral não é formalizada por meio de ‘contratos administrativos *strictu sensu*’, mas através de expedientes assemelhados, muitos de cunho eminentemente privado estão incluídos no escopo da Lei Anticorrupção.

Por oportuno, cabe referir que não são raros os escândalos de Corrupção praticados por entes do chamado ‘terceiro setor’, que é composto por associações, fundações e demais entidades, que gerem bens e realizam serviços públicos, sem fins lucrativos, suprindo falhas deixadas pelo Estado. Assim, não raro, tais entes se valem de práticas ilegais para lesar o patrimônio público, que justifica plenamente a abrangência da norma à relação destes com a Administração Pública.

A polêmica se as pessoas físicas dos Administradores podem ser consideradas sujeito ativo serão tratadas ao final do Capítulo.

3.2.1.2 Sujeito passivo

Quanto ao sujeito passivo, Ribeiro²⁸⁶ assinala que a Lei foi silente quanto à definição do que seja Administração Pública nacional, exigindo-se a interpretação sistemática de seus dispositivos com outros diplomas legais e conceitos doutrinários. Assim, a expressão Administração Pública deve ser também interpretada extensivamente.

Segundo o autor²⁸⁷: “[o] conceito de Administração Pública contemplado pela Lei n.º 12.846/813 refere-se ao sentido mais amplo da expressão, englobando assim os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal”.

No que tange ao conceito de Administração Pública estrangeira, Ribeiro²⁸⁸ assevera que a lei,

contemplou expressamente a sua definição, dispondo tratar-se dos órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público estrangeiro.

3.2.1.3 Abrangência da aplicação da norma

²⁸⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ *Idem*.

Tratando da abrangência da aplicabilidade da lei, extrai-se da lição de Oliveira²⁸⁹, que a Lei abarca todas as condutas lesivas praticadas por pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras contra a Administração Pública nacional, cometidas no território nacional e no exterior (cf. art. 1º, § ún.). Alcança, ainda, atos lesivos de pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração Pública estrangeira cometidos no Brasil ou no exterior, bem como, atos lesivos de pessoas jurídicas estrangeiras cometidos contra Administração Pública estrangeira em território nacional.

Portanto, “a única situação em que não está prevista é a prática de ato lesivo, por pessoa jurídica estrangeira, à Administração Pública estrangeira, cometido no exterior”.²⁹⁰

Percebe-se que o legislador buscou uma redação bastante abrangente para as disposições da LAC, tanto quanto ao sujeito ativo, sujeito passivo e abrangência da aplicação, seguindo o modelo das normas de outros países, como o Estados Unidos, e das normas internacionais.

Carvalhosa²⁹¹ apresenta visão crítica ao modelo de extraterritorialidade levado a efeito pela Lei Anticorrupção, pois a norma não limitaria suas implicações extraterritoriais aos atos praticados no Brasil ou a empresas de capital nacional, ou controladas por brasileiros, como faz a FCPA norte-americana.

Para o autor, “o FCPA apesar de todas as críticas de sua aplicação ultraterritorial, limita sua aplicação pelos critérios de territorialidade da conduta lesiva e/ou de nacionalidade do infrator, além do fato de o ato ilícito ter causado efeitos concretos no território dos Estados Unidos.”²⁹²

3.2.1.4 Responsabilização objetiva

Outro aspecto fundamental desta Lei é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelo cometimento das condutas descritas no artigo 5º. Eis o dispositivo legal:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos

²⁸⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 21.

²⁹⁰ *Idem*.

²⁹¹ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 117.

²⁹² *Idem*.

âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

O artigo 2º, portanto, estabelece a responsabilidade objetiva como elemento do sistema de responsabilização instituído, ao que se passou a referir como “âmbito administrativo” e “âmbito civil” da LAC.

Na doutrina de Carvalhosa²⁹³:

Em suma, dispõe a presente Lei que as pessoas jurídicas devem ser responsabilizadas administrativamente de forma objetiva pela prática de atos de corrupção, estabelecendo tipos objetivos relacionados com a conduta, tornando, portanto, dispensável, por impossível, a análise da vontade do sujeito ativo – a pessoa jurídica – para a aplicação da punição penal-administrativa. E tanto na esfera da punição penal-administrativa (Capítulo IV), como na sequente responsabilização judicial (Capítulo VI), a presente Lei consagra o critério objetivo de julgamento.

Diante da publicação da Lei Anticorrupção, houve muita polêmica na doutrina quanto a este novo sistema de responsabilização objetiva, ante uma estrutura inovadora e quiçá “desafiadora” proposta da norma, “pois acopla a ‘hipóteses únicas de ilícitos’ um exercício de ‘competência sancionatória sucessiva’, iniciando pela responsabilidade administrativa, definida no art. 6º, e culminando na responsabilidade judicial disciplinada no art. 19 [...]”, conforme leciona Oliveira²⁹⁴.

Em outras palavras, o diploma legal adota como regra a aplicação da responsabilidade objetiva, que se dá sem a necessidade de se aferir a culpa ou dolo do agente. Neste norte, para que a pessoa jurídica seja responsabilizada não haverá necessidade que a ação se revista de culpa ou dolo, bastando tão somente que fique evidenciado que prepostos da pessoa jurídica praticaram, no interesse ou benefício da mesma, as condutas ilícitas elencadas no art. 5º.

Motta e Anyfantis²⁹⁵, tratando da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, anotam que a Administração Pública costuma utilizar de sua competência administrativa sancionadora em matérias nas quais possua competências explícitas, como poder de polícia, regulação e gestão de serviços públicos. Tendo-se como exemplo a atuação das agências reguladoras, do Conselho

²⁹³ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41.

²⁹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

²⁹⁵ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 84.

Administrativo de Defesa Econômica, dentre outros órgãos.

Isto torna a seara administrativa propícia para a sanção de pessoas jurídicas, pois na esfera do direito administrativo há menos resistência à possibilidade de responsabilização objetiva do que na controvertida responsabilização no âmbito penal judicial.

E prosseguem²⁹⁶ asseverando que:

A resistência à ‘responsabilização penal’ da pessoa jurídica está ligada à primazia da doutrina finalista do direito penal, que teve em Wezel um de seus mais destacados nomes, ao considerar que a ‘ação’ é condicionada pela vontade do ser humano e direcionada a determinado fim. A relevância da conduta (ação ou omissão) direcionada pela livre vontade dificulta a aceitação de que entes que não tenham determinação moral, como as pessoas jurídicas, possam delinquir.

A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica não enfrenta a mesma resistência que a responsabilidade penal, porque não tem na culpabilidade o seu elemento central.

De mesmo norte a doutrina de Carvalhosa²⁹⁷, para quem a condenação do delito de corrupção praticado pelas pessoas jurídicas tem como único fundamento a “inobservância do cuidado objetivo indispensável”, cujo descumprimento corresponde à realização de conduta lesiva juridicamente reprovada.

Assim, não se pode falar em elemento ou tipo subjetivo do delito quando se trata de ato de corrupção praticado pela pessoa jurídica, pois não há presença do elemento dolo da pessoa jurídica corruptora. Afasta-se com isso eventual discussão se a pessoa jurídica teve a “intenção” de cometer o ato de corrupção, ou então, se o fez no plano da culpa, por imprudência, por exemplo.

Ademais, vale ressaltar que nos delitos formais ou de mera conduta, como são os tipificados na presente Lei em seu artigo 5º, não seria cabível configurar a tentativa, como motivo de desqualificação do tipo penal material, para colocá-los em outro tipo mais atenuado quanto às respectivas penalidades.

3.2.1.5 Condutas lesivas elencadas no artigo 5º

Neste passo, vale referir às condutas descritas no artigo 5º da LAC²⁹⁸:

²⁹⁶ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 90.

²⁹⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 34.

²⁹⁸ BRASIL. *Lei Federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O artigo 5º traz as condutas consideradas ilícitas na relação entre as pessoas jurídicas e a Administração Pública nacional e estrangeira, e individualiza os tipos de conduta corruptiva da pessoa jurídica, em concurso com agente público.

Os elementos descritos no art. 5º compõe a descrição das condutas lesivas puníveis pela Lei Anticorrupção. Não se trata, pois, de mera exemplificação a que se possa acrescentar outras práticas corruptivas ali não descritas. Isto porque, em se tratando de processo penal-administrativo, a ele se aplica o princípio da certeza do delito necessariamente configurado em um determinado tipo de ilícito descrito em lei, conforme colhe-se da lição de Carvalhosa²⁹⁹.

Como traço marcante da redação normativa, os delitos de corrupção

administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

²⁹⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 154.

elencados requisitam concurso de agente público para sua configuração. Havendo uma interligação necessária entre a conduta do agente público e aquela do sujeito ativo que busca benefício ilegal.

Por este motivo, e dada a premissa de responsabilização objetiva expressa na lei, a conduta corruptiva constitui o núcleo do tipo objetivo de mera conduta e, por isso, de natureza formal, não importando na configuração do ilícito corruptivo se o resultado foi ou não alcançado.³⁰⁰

Vale notar que dispositivo do inciso I encontra correspondência com a descrição do crime de corrupção ativa previsto no artigo 333 do Código Penal³⁰¹, que prevê de forma similar “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Da mesma forma, o dispositivo do inciso I tem identidade com a norma penal disposta no artigo 337-B que reza “Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional”.

Assim como a norma penal, a norma administrativa visa coibir a prestação ou promessa de benefício indevido a agente público para a obtenção de vantagem ilícita.

Extraí-se da lição de Bittencourt³⁰² que o conceito mais apropriado para a vantagem indevida a agente público seria o mais assertivo e conciso contemplando “toda aquela que o funcionário não faz jus em razão da função pública que está exercendo”.

Por outro lado, faz-se muito mais complexo definir qual vantagem se reputaria indevida à terceira pessoa relacionada ao agente público (parentes, por exemplo), devendo-se aplicar um escrutínio muito criterioso no caso concreto para

³⁰⁰ *Idem*.

³⁰¹ “Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”. (BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 dez. 2019.)

³⁰² BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 63-64.

caracterização do ilícito, nestes casos.

Seguindo esta linha, anotam Motta e Anyfantis³⁰³, ainda que o benefício prometido ou dado seja em montante, ou qualidade diverso daquele originalmente prometido subsiste o ilícito, “pois, a alteração no valor ou na característica da vantagem indevida não lhe suprime o caráter ilícito”.

Quanto ao inciso II, vale anotar a evidente redundância do vocábulo “comprovadamente” que abre a redação do disposto, pois ainda que sob a égide da responsabilidade objetiva, dentro do Estado Democrático de Direito não se pode punir sem a prova da prática do ato, autoria e circunstâncias que configurem o ilícito.

Ainda, quanto ao inciso II, como os termos nucleares da conduta são “financiar, custear, patrocinar ou de qualquer forma subvencionar a prática de atos ilícitos” previstos na LAC, informam a existência de infrações de mera conduta, sendo clara a desnecessidade de se demonstrar qualquer resultado.

Por fim, que tal disposição apesar de não encontrar correspondência direta na lei penal brasileira, possui similaridade com o disposto nos seguintes dispositivos: a) art. 91 da Lei 8666/93³⁰⁴; b) art. 321 do Código Penal³⁰⁵, e ainda, c) art. 3º, inc. III da Lei 8.137/90³⁰⁶; todas as disposições conceitualmente semelhantes entre si, que dispõe sobre o fornecimento de financiamento ou meios para a prática de delitos, como anotam Motta e Anyfantis³⁰⁷.

Referente ao inciso III, que versa sobre “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses,

³⁰³ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 94.

³⁰⁴ “Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

³⁰⁵ “Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa”.

³⁰⁶ “Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

[...]

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

³⁰⁷ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97.

ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”, pode-se repetir a ressalva quanto ao vocábulo “comprovadamente”³⁰⁸.

O referido inciso trata da artimanha delitiva muito comum e reiteradamente apurada em casos de corrupção, de se utilizar ‘laranjas’, ‘off shores’ e ‘doleiros’ (como interpostas pessoas físicas e jurídicas), além de pessoas jurídicas legalmente estabelecidas (como instituições financeiras), para fins de ocultar o verdadeiro autor da conduta lesiva, ou beneficiário da mesma, muito utilizada também nos crimes de lavagem de dinheiro.

Sobre o tema Motta e Anyfantis³⁰⁹ referem que se a interposta pessoa for de natureza jurídica, responderá pelo ilícito em conjunto com a detentora do interesse perante a Administração Pública (nacional ou estrangeira), figurando ambas no polo passivo do processo administrativo de responsabilização (PAR).

Por outro lado, continuam, se a interposta pessoa for física, a LAC alcançará a pessoa jurídica detentora do interesse, ficando a pessoa física intermediária passível da correlata responsabilidade civil e criminal.

Neste caso, há também delito de mera conduta, assim como nas hipóteses anteriores, conforme esclarece Carvalhosa³¹⁰:

A propósito, a lição de Mirabete e Frabbrini: “São os crimes formais, em que a consumação se dá com a prática da conduta, contentando-se o legislador com a possibilidade eventual do resultado. Por essa razão são eles chamados também de crimes de consumação antecipada”.

Essa conduta corruptiva da pessoa jurídica cujo resultado ou benefício não necessita ser atual e concreto, podendo ser projetado para o futuro, é o núcleo dos tipos instituídos nos incisos I, II e III do art. 5º.

Trata-se, como reiterado, de delito de mera conduta em que não é levado em conta o resultado, que poderá ou não existir, no presente ou no futuro.

Com referência ao inciso IV que trata de licitações e contratos, a competição é ponto nodal do procedimento licitatório, pois é exatamente a disputa entre os licitantes que oferece à Administração Pública a oportunidade de escolher a melhor proposta em termos de qualidade e preço.

³⁰⁸ Para Carvalhosa: “Como no tipo objetivo anterior (inciso II) a norma fala em comprovação do delito, o que é inútil na medida em que a sua configuração no caso concreto se dá no curso do devido processo penal-administrativo. Não há condenação sem comprovação do delito”. (CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 188.)

³⁰⁹ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 98.

³¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 155.

Motta e Anyfantis³¹¹ anotam que existem diversas normas que cuidam dos processos licitatórios no Brasil, dentre elas a mais ampla é a conhecida Lei 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos referentes a obras, serviços, compras, alienações e locações.

E prosseguem os autores³¹² que a referência genérica da norma a ‘contratos’, sem qualquer qualificativo, faz entender a aplicabilidade a todas as modalidades contratuais às quais pode se sujeitar a Administração Pública independentemente do seu regime jurídico. Nesse sentido, não são excluídos nem mesmo os contratos de regime predominantemente de direito privado.

Quanto aos ilícitos descritos no inciso IV, Carvalhosa³¹³ leciona que:

A fraude é o núcleo fundamental do presente tipo objetivo [alínea ‘a’], como igualmente o é dos que se seguem nas letras “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”. Trata-se de desvio de finalidade da concorrência pública (licitação e leilão) e da contratação administrativa com o objetivo de favorecer determinadas pessoas jurídicas. Assim, a fraude decorre da prática dos atos formalmente legais da licitação pública e da contratação administrativa, porém com a finalidade ilícita de prejudicar terceiros – no caso o Poder Público e os demais licitantes, frustrando a aplicação regular e legítima das respectivas regras jurídicas.

Nesta linha, a fraude é, portanto, o meio utilizado pelo autor da conduta em concurso com o agente público para lesar a Administração Pública. O que a presente Lei pune é a conduta que lesa ou tenta lesar o bem jurídico na sua relação de natureza contratual com o Poder Público.

Por este motivo, o mesmo autor³¹⁴ conceitua a fraude como “o meio delituoso de procura de benefício ilícito mediante desvio de finalidade dos atos de licitação, contratação administrativa e sua execução, do que resulta lesão enorme ao bem jurídico.”

Ribeiro³¹⁵ observa, com propriedade, que o legislador pátrio já havia tipificado em nosso ordenamento jurídico, por intermédio dos vários diplomas que regem o sistema de contratações públicas, atos lesivos de forma muito similar àqueles

³¹¹ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 99.

³¹² *Idem*.

³¹³ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 194.

³¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 195.

³¹⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 102-103.

ora previstos no inciso IV do artigo 5º. Destes, o autor destaca o disposto nos artigos 87 e 88 da Lei 8.666/93³¹⁶, artigo 7º da Lei 10.520/02³¹⁷, artigo 47 da Lei 12.462/11³¹⁸.

Com efeito, considerando o nexo existente entre as condutas típicas num

³¹⁶ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

³¹⁷ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

³¹⁸ Art. 47. Ficarão impedidos de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

e noutro diploma, a partir das quais se atribui a possibilidade de aplicação de sanções distintas, Ribeiro³¹⁹ assevera que tal aplicação cumulativa é juridicamente possível, uma vez que o legislador conferiu de modo adequado e proporcional ambas competências legais sancionadoras à Administração Pública, protegendo o bem público sob enfoques diferentes sem ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Finalmente, o inciso V dispõe sobre “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

Para Carvalhosa³²⁰, uma vez que a LAC possui natureza penal-administrativa³²¹ deve necessariamente assegurar às rés a observância das garantias propriamente penais, tais como o direito ao contraditório, ampla defesa, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo, o consagrado princípio *nemo tenetur se detegere*.

Portanto, na opinião do renomado autor a ré poderia não colaborar com a autoridade processante na fase de investigação, sendo que tal recusa não poderia configurar presunção de culpa. Seriam puníveis atos de obstrução da investigação que se materializam pela destruição de provas documentais e materiais, ameaça a testemunhas ou, pelo contrário, seu induzimento.

Desta feita, “dificultar” deve ser entendido como obstruir os procedimentos de fiscalização, do inquérito e do processo penal-administrativo por meios ilícitos de natureza material (documental) e pessoal (induzimento).

De opinião diversa, para Motta e Anyfantis³²² o inciso V institui um dever ético do requerido em colaborar com os órgãos estatais persecutórios e fiscalizatórios sempre que lhes for solicitado qualquer documento ou informação. Para estes autores, a mera recusa em colaborar com o procedimento de investigação e apuração já caracterizaria a conduta lesiva de “dificultar” a atividade de fiscalização, esclarecendo

³¹⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 105.

³²⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 222.

³²¹ Cabe ressaltar que o conceito de responsabilização “penal-administrativa” se trata de uma posição doutrinária minoritária, para não dizer única, do eminente doutrinador Modesto Carvalhosa.

³²² MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 106-107.

que tal ocorrência se daria sempre que fossem criados embaraços ou empecilhos artificiais cuja finalidade seja, tão somente, obstar o conhecimento de fatos, ou documentos que importem à apuração.

Passando a tratar dos parágrafos do artigo 5º, faz-se digno de nota que tratam da conceituação de Administração Pública estrangeira e agente público estrangeiro em caráter autoexplicativo, *verbis*:

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Quanto ao tema, relevante a lição de Carvalhosa³²³, para quem existe atualmente no Direito Comparado uma tendência a permitir a aplicação *ultraterritorial* de leis nacionais a atos praticados fora de suas fronteiras, como forma de coibir práticas ilícitas em países que possuem leis mais brandas e de impedir que tais atos gerem efeitos nos países com um ordenamento jurídico mais restritivo no combate a determinadas condutas delitivas.

Esta flexibilização conceitual do elemento território, na visão de Motta e Anyfantis³²⁴, autoriza a aplicação da LAC sempre que houver a práticas das infrações descritas no art. 5º, cometidas em território nacional ou no exterior – como dispõe o art. 28 da LAC – contra a Administração Pública estrangeira ou representações diplomáticas de nações estrangeiras, abrangendo, ainda, pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, por Poder Público estrangeiro.

3.2.2 Da responsabilização administrativa e judicial

3.2.2.1 Da responsabilização administrativa

³²³ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105.

³²⁴ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 107.

Após a abordagem sobre as condutas lesivas descritas na norma, neste tópico será abordado sumariamente sobre o regramento dos processos de responsabilização administrativa e judicial constantes da LAC.

As infrações definidas no artigo 5º, tratado no tópico anterior, ensejam responsabilização administrativa – apurada pela própria Administração Pública – e judicial, em ações a serem propostas pelas advocacias públicas ou órgãos específicos de representação judicial.

Quanto a escolha do legislador pelo processo administrativo sancionador, Carvalhosa³²⁵ anota que um de seus principais fundamentos é o da agilidade relativa do devido processo administrativo em comparação ao processo penal judicial.

Com efeito, ao deslocar para o plano administrativo a análise da conduta corruptiva da pessoa jurídica, o legislador criou um procedimento próprio diverso do intrincado processo penal em que os inúmeros recursos disponíveis levam a um prolongamento excessivo e vocacionado à prescrição, o que é incompatível com os objetivos da Lei Anticorrupção.

A LAC é clara ao disciplinar que a responsabilização administrativa não afasta a judicial, nos termos do artigo 18, *verbis*:

Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial. Isto pois, como se verá a seguir, a Lei determinou sanções diferentes para cada âmbito de responsabilização.

Quanto ao referido processo administrativo, este deve ser instaurado pela autoridade máxima de cada órgão dos três poderes, com possibilidade de delegação, vedada a subdelegação. A LAC disciplina que a competência para julgamento é da mesma autoridade (cf. art. 8º e art. 3º do Decreto 8.420/2015).

Digno de nota é a competência atribuída à Controladoria Geral da União na esfera do Poder Executivo Federal para instaurar PAR ou para avocar os processos instaurados para exame de regularidade, ou para corrigir-lhes o andamento, por dicção expressa do §2º do art. 8º. Bem como, é da CGU a competência para apuração, processamento e julgamento dos atos lesivos contra a Administração Pública estrangeira (cf. art. 9º da LAC e art. 4º do Decreto 3678/2000).

³²⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 165.

Conforme leciona Di Pietro³²⁶, estados e municípios tem competência própria para disciplinar o processo administrativo, inclusive quanto à definição de competência interna para instauração e julgamento, não lhes sendo aplicável, neste ponto a legislação federal.

Isto gera uma grande descentralização de órgãos com competência para investigar e julgar casos de corrupção em cada um dos Estados e dos Municípios, diametralmente oposto ao que disciplina o FCPA com o privilégio à competência federal centralizada em dois órgãos de *enforcement* o DOJ e a SEC.

Acrescenta, ainda, a mesma autora³²⁷ que embora as sanções previstas no artigo 6º sejam aplicáveis na esfera administrativa, se houver omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização, tais sanções poderão ser aplicadas em ações propostas pelo Ministério Público, nos termos do art. 20 da LAC³²⁸.

Tal medida se mostra muito relevante, pois visa desestimular a omissão das autoridades para apuração administrativa, sujeitando-as, neste caso, às penalidades administrativas, cíveis e criminais, como dispõe o art. 27 da Lei Anticorrupção³²⁹.

Neste contexto, impende tratar do artigo 6º da norma que é de suma importância, pois disciplina as penalidades na esfera administrativa, especialmente a pena de multa uma das mais gravosas dispostas da norma, vejamos:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

³²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. **In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.** 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 115.

³²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. **In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.** 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 116.

³²⁸ Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

³²⁹ Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

A multa disposta neste artigo é a principal penalidade cominada na Lei³³⁰, podendo representar punição pesadíssima de vinte por cento sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica.

Quanto à sua aplicação, leciona Carvalhosa³³¹ que o critério de percentual sobre o faturamento atinge tanto a pessoa jurídica com fins comerciais como a social e sem fins lucrativos, isto porque ambas possuem algum tipo de faturamento. A diferença evidente é que nas pessoas jurídicas com fins lucrativos o faturamento pode reverter em lucro que, por sua vez, é distribuído aos sócios. Já na pessoa jurídica com fins sociais e as filantrópicas, o faturamento será contabilizado, mas nunca distribuído aos seus associados.

O critério de aplicação do percentual da multa ao valor da vantagem auferida pela pessoa jurídica é condicionado à possibilidade ou não de sua estimativa. Assim, para o referido autor³³², a sanção não deve ser proporcional ao “dano efetivo” (material e moral sofrido pelo Estado), mas sim, correspondente à gravidade da conduta corruptiva tipificada, como dispõe o art. 7º, V tratando do “efeito negativo produzido pela infração”. E sempre considerando o aspecto punitivo (*jus puniendi*) da pena de multa e nunca um caráter meramente ressarcitório³³³.

Neste passo, Bittencourt³³⁴ anota que tais critérios de dosimetria inseridos no artigo 7º, incisos I a VI, não obstante, possam parecer bastante subjetivos, são aplicados com destacado sucesso na legislação internacional, a exemplo do FCPA

³³⁰ No sentido de ser a penalização primordial para a Administração Pública, sendo que outras penas como a dissolução compulsória da pessoa jurídica ainda que mais gravosa, aparenta ter aplicação marginal.

³³¹ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 277.

³³² *Idem*.

³³³ *Idem*.

³³⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 90-91.

norte-americano.

Por outro lado, caso não seja possível apurar o valor do faturamento da pessoa jurídica, ou este seja irrelevante, a LAC prevê a regra do §4º que possibilita a multa nos valores de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Em comentário ao art. 6º, Di Pietro³³⁵ leciona que o agente poderá sofrer, além destas punições, concomitantemente as previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992) e Lei das Licitações (Lei 8.666/93), conforme dispõe o art. 30 da LAC³³⁶. Neste caso, os atos de improbidade serão apurados judicialmente e as infrações administrativas às normas de licitações poderão ser apuradas conjuntamente com as da Lei Anticorrupção, conforme disciplinado pelo art. 12 do Decreto 8.420/15³³⁷.

Com efeito, verifica-se que além das sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção, que são a multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, o agente estará sujeito às sanções previstas nas normas de licitações (suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratação com a Administração Pública, e declaração de inidoneidade).

Quanto ao dever de reparar o dano, Di Pietro³³⁸ assinala que além das sanções dois incisos I e II, o infrator fica obrigado a reparar integralmente o dano causado, conforme expressamente previsto no §3º do art. 6º. Isto se justifica, pelo

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. **In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.** 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117.

³³⁶ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

³³⁷ Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

³³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. **In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.** 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 118.

princípio geral do direito pelo qual quem causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, consagrado nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

Di Pietro³³⁹ refere, ainda, que as conclusões do PAR e a aplicação da sanção devem ser motivadas, em consonância com o princípio da motivação encartado na Constituição em seu art. 93, incisos IX e X, aliado ao disposto na Lei 9.784/1999, a Lei que rege os processos administrativos.

Quanto ao cálculo da multa, seus critérios estão estabelecidos amiúde nos artigos 17 e 18 do Decreto 8.420/2015³⁴⁰, sendo que o primeiro disciplina os índices aplicáveis sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica de acordo com o grau de culpabilidade disposto em seus seis incisos, já o artigo 18 trata dos valores a serem subtraídos.

³³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119.

³⁴⁰ Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;
 II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;
 III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;
 IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;
 V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e
 VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:
 a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
 b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
 c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
 d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais);
 e
 e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento no caso de não consumação da infração;
 II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
 III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
 IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
 V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Nos termos do artigo 24 da LAC, a multa deve ser direcionada, preferencialmente para o ente lesado.

A outra punição prevista no art. 6º é a publicação extraordinária da decisão condenatória que, na visão de Di Pietro³⁴¹, pode parecer irrelevante ante o princípio da publicidade dos atos da administração, todavia tal sanção tem inegável efeito moral, além de fazer constar o nome do infrator no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), conforme dispõe o art. 22.

Nas palavras da renomada autora³⁴², “a referência a essa penalidade somente será excluída depois de vencido o prazo mencionado no ato sancionatório ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do dano, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora (§5º do art. 22).”

3.2.2.2 Da responsabilização judicial

Passando a tratar da responsabilização judicial, a mesma está disciplinada no Capítulo VI da Lei Anticorrupção, sendo fundamental o artigo 19, que determina:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação

³⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 122.

³⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 122.

judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Este dispositivo prevê as sanções de natureza civil a serem aplicadas mediante a propositura de ação cabível (cf. art. 22), que deverá seguir o rito da Ação Civil Pública (ACP).

Conforme a lição de Di Pietro³⁴³, a primeira sanção, que se refere ao perdimento de bens, não constitui novidade no direito pátrio, pois o Decreto-Lei 3.240/1941, sujeitava a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes que resultassem em prejuízo à Fazenda Pública. Também a Lei de Improbidade Administrativa determina ser cabível a “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”.

Já, os incisos II e III do art. 19 preveem como sanções na esfera judicial a “suspensão ou interdição das atividades” e a “dissolução compulsória da pessoa jurídica”, penalidades extremamente gravosas.

Quanto à dissolução compulsória, por ser uma pena excessivamente severa, conforme a doutrina de Di Pietro³⁴⁴, já que põe fim à existência de uma pessoa jurídica infratora, tal disposição foi restringida às duas hipóteses do §1º, em que a personalidade jurídica tenha sido utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos, ou ter sido constituída para ocultar, ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, o que restringiria adequadamente seu âmbito de aplicação.

Por outro lado, quanto à pena de suspensão ou interdição parcial de atividades (inc. II), também é muito severa, pois pode provocar a inviabilidade de fato da pessoa jurídica, considerando que a Lei não previu tempo máximo para tal intervenção.³⁴⁵

As sanções previstas no artigo 19 podem ser aplicadas de forma cumulativa ou isolada, o que na opinião de Di Pietro³⁴⁶ se justifica em razão de o ato ilícito afetar

³⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 19. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 244.

³⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 19. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 244-245.

³⁴⁵ *Idem*.

³⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 19. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella;*

bens jurídicos de natureza diversa. Tais sanções podem ser cumuladas inclusive com as do art. 6º (multa e publicação da decisão condenatória), pelo que estabelece o artigo 20 da LAC³⁴⁷.

3.2.3 A possibilidade de responsabilização de Administradores de Corporações pelas disposições da LAC

Tratados os pontos fundamentais para o entendimento da Lei Anticorrupção nos tópicos anteriores, denota-se que ela é uma norma inovadora que visa atender às demandas advindas dos tratados internacionais de combate à corrupção a que o Brasil se submeteu, suprimindo a lacuna de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a Administração Pública nacional e estrangeira.³⁴⁸

A grande inovação da norma é a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, tanto na esfera administrativa quanto judicial pelos atos de Corrupção elencados no artigo 5º, conforme já abordado.

Entretanto, a norma menciona nos artigos 3º e 14, a possibilidade de responsabilização dos Administradores e desconsideração da personalidade jurídica. Por este motivo, cumpre analisar se estes dispositivos podem atingir diretamente conselheiros e diretores de corporações (sociedades anônimas) com a finalidade de se responder ao problema da pesquisa.

3.2.3.1 Dos efeitos do artigo 3º da LAC quanto à responsabilização pessoal dos administradores

Como ponto de partida, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas organizadas na forma de sociedades anônimas são objeto da LAC conforme abrangente redação do parágrafo único do artigo 1º da norma, tratado no item 3.2.1.

MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 247.

³⁴⁷ Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

³⁴⁸ Deixou-se de tratar do acordo de leniência neste estudo propositalmente a fim de evitar uma digressão que afastaria a discussão do escopo proposta no referente.

supra.

Assim, cumpre passar a análise do artigo 3º, especialmente seu §2º, que determina:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

O texto normativo deixa claro que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual dos seus Administradores ou de qualquer pessoa física que seja autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. As pessoas físicas responderão na medida de sua culpabilidade, ou seja, sem o traço da responsabilidade objetiva aplicável somente às pessoas jurídicas.

Para Carvalhosa³⁴⁹, ainda que o texto normativo faça menção aos Administradores haveria uma dicotomia intransponível entre as pessoas jurídicas e físicas, ou seja, os efeitos da responsabilização pela Lei 12.846/13 não alcançariam as pessoas físicas, sendo-lhes reservada responsabilização própria por outros atos normativos. Neste sentido, o autor sustenta:

A pessoa jurídica é o sujeito ativo do delito corruptivo e não os seus gestores e funcionários. Não cabe, no caso, a interposição de pessoas físicas na prática do delito corruptivo. Não há, portanto, autoria mediata da pessoa jurídica e imediata dos seus gestores ou de terceiros, pessoas físicas. A propósito, a presente Lei faz expressa distinção em seu artigo 3º, ao prescrever que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”. Daí se verifica que a presente Lei trata apenas de pessoa jurídica no que respeita à responsabilidade e às sanções penais-administrativas (Capítulo IV), e dos efeitos judiciais dessa mesma punição (Capítulo VI). **Destaca, assim, a presente Lei, a esfera própria das pessoas físicas, que é outra, ou seja, a esfera penal e civil, por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer interessado legítimo, e não da autoridade processante da esfera penal-administrativa de que trata a presente Lei.**(grifo nosso)

De mesmo norte o pensamento de Ribeiro³⁵⁰, para quem, “apesar de fazer menção à atuação das pessoas naturais ligadas às correspondentes pessoas jurídicas, a legislação em exame não se dedica à responsabilização daqueles

³⁴⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56.

³⁵⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 54.

primeiros agentes, tendo como escopo exclusivo o processamento e eventual responsabilização de pessoas jurídicas. Esse é o entendimento que se extrai da interpretação sistemática da lei em voga”.

A responsabilização das pessoas físicas ficaria, então, a cargo de outros diplomas legais específicos, tais como o Código Penal e a Lei de Improbidade Administrativa.

Corroborando tal entendimento, Bittencourt³⁵¹ critica a falta de clareza quanto aos objetivos da redação do artigo 3º ao referir que: “a redação de todo artigo 3º não é das melhores, mas permite que se conclua que a lei tratou dirigentes e pessoas naturais envolvidos em atos de corrupção de forma diversa do tratamento oferecido às pessoas jurídicas, pois só os responsabiliza quando houver comprovação da ação com intenção de lesionar a Administração Pública.”

Nesta senda, também concordando com a absoluta dicotomia entre a responsabilidade das pessoas jurídicas e dos dirigentes e administradores, Oliveira³⁵² louva a redação conferida ao artigo 3º, por mostrar-se adequada e necessária dentro da lógica da norma. E explica:

Determinados os contornos da responsabilização – limitada exclusivamente ao universo das pessoas jurídicas – a lei volta-se para a disciplina da responsabilidade individual atribuída em razão das condutas lesivas tipificadas nos termos do art. 5º. Se inexistisse tal artigo, poder-se-ia apressadamente concluir que houvera a criação de situação jurídica favorável às pessoas naturais. Porém, atenta às suas repercussões na matéria disciplinada a lei dissipa e elimina qualquer equívoco neste ponto.

Assim, para Oliveira³⁵³, o artigo 3º teve como objetivo garantir a segurança jurídica da forma como deverá ser tratada a responsabilidade dos administradores em contraponto ao sistema especial de responsabilização objetiva criado pela LAC para as pessoas jurídicas.

Com efeito, a redação conferida ao artigo transparece a intenção de se assegurar a plena efetividade dos demais sistemas sancionatórios consagrados no direito posto que poderão incidir sobre os fatos ilícitos levados a efeito pelas pessoas naturais, concomitantemente e sem afetar o processamento e julgamento da responsabilidade apurada atinente à pessoa jurídica por força da Lei Anticorrupção.

³⁵¹ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 48.

³⁵² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. **In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47.

³⁵³ *Idem*.

Oliveira³⁵⁴ é muito proficiente ao apontar que a pessoa física ao cometer, ou auxiliar de alguma forma, os atos lesivos descritos na LAC fica pessoalmente sujeita aos que chamou de “sistemas de responsabilização” dispostos no direito pátrio, seriam eles:

1. Sistema de responsabilização civil, com fundamento no artigo 22, inciso I da Constituição Federal, cujas normas principais estão fundadas no Código Civil (artigos 186, 187 e 927), Lei de Improbidade Administrativa (artigo 5º);
2. Sistema de responsabilização penal, com fundamento no artigo 22, inciso I da Constituição Federal, cujas normas principais tem como base o Código Penal, crimes lícitatórios previstos na Lei 8666/1993, crimes contra a ordem tributária e econômica previstos nas Leis 8.137/1990 e Lei 12.529/2011, crimes de lavagem de dinheiro, previstos na Lei 9.613/1998, e Lei 12.850/2013 que prevê as organizações criminosas;
3. Sistema de responsabilidade por irregularidade de contas, com fundamento nos artigos 70 § único, e 71, inciso II, da Constituição Federal, do qual pode resultar condenação à pessoa física quando derem causa à perda, extravio, ou a outras irregularidades que resultem prejuízo ao erário público;
4. Sistemas de responsabilização administrativa, que encontram estruturação específica e que podem ser provocados em razão da ocorrência dos atos lesivos descritos no artigo 5º da LAC, merecendo destaque, conforme a lição de Oliveira³⁵⁵:
 - a. Sistema de responsabilização administrativa por infração à legislação das licitações, Lei 8666/1993, Lei 10.520/2002, Lei 12.462/2011;
 - b. Sistema de responsabilização administrativa por infração à ordem econômica, conforme Lei 12.529/2011;
 - c. Sistema de responsabilização administrativa por infração à

³⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.* 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48-50.

³⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.* 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 51-52.

ordem tributária, conforme artigos 136 e 137 do Código Tributário Nacional (CTN);

- d. Sistema de responsabilização administrativa por infração às normas de transações de valores mobiliários editadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM);
- e. Sistema de responsabilização administrativa por infração às normas de lavagem de dinheiro, emitidas pelo COAF ligado ao Ministério da Economia, especialmente com fundamento na Lei 9.613/1998;
- f. Sistema de responsabilização administrativa por infração à legislação financeira, especialmente as normas emitidas pelo Banco Central do Brasil (BACEN), com fundamento na Lei 4.595/1965.

Exemplificando esta intersecção entre as esferas de responsabilidade, Di Pietro³⁵⁶ ressalta que a sanção de perda de bens auferidos ilicitamente foi prevista na Lei de Improbidade Administrativa, criada inicialmente para punir agentes públicos. Entretanto, tal disposição pode também atingir o dirigente ou administrador de pessoa jurídica empresarial pelo induzimento, ou concorrência para a prática do ato de improbidade.

Ressalta-se que a doutrina citada é unânime em afirmar que em todas estas esferas de possível responsabilização pessoal por relação com os atos lesivos indicados no artigo 5º da LAC, estarão resguardadas as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Com efeito, a Lei Anticorrupção afasta o modelo teórico da “dupla imputação”, pelo qual a responsabilização da pessoa jurídica estaria necessariamente vinculada à das pessoas físicas que concorreram para a prática da infração.

Quanto à dupla imputação, Ribeiro³⁵⁷ assenta que este foi o modelo por muito tempo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao analisar a configuração de crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas. Todavia, ressalta

³⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 19. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 244.

³⁵⁷ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 55-56.

o autor que após a promulgação da LAC a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que a necessidade de dupla imputação violaria o art. 225, §3º da Constituição Federal, o que teria afastado qualquer dúvida sobre a total independência da imputação de responsabilidade.

Assim, pode-se afirmar que com a redação do artigo 3º a Lei Anticorrupção não cria um novo sistema de responsabilidade em face das pessoas naturais, mas sim visa assegurar a plena efetividade dos demais sistemas sancionatórios consagrados no direito positivo que poderão incidir sobre os fatos ilícitos levados a efeito pelas pessoas naturais na medida de sua culpabilidade.

3.2.3.2 Dos efeitos do artigo 14 da LAC quanto à responsabilização pessoal dos administradores

O artigo 14 trata da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização dos administradores com o objetivo coibir o uso indevido da separação de patrimônio e responsabilidades entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas a ela vinculadas (acionistas e Administradores) mediante a utilização de sua personificação de forma abusiva em descompasso com os fins a ela atribuídos pelo ordenamento jurídico. O objetivo deste tópico é verificar se a aplicação de tal instituto no bojo da LAC pode gerar responsabilização pessoal dos Administradores.

Para tanto, vale voltar um passo para verificar que a premissa básica consagrada é a independência entre os entes morais e as pessoas naturais, como se colhe da lição clássica de Rubens Requião³⁵⁸:

[...] o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram;

O instituto da pessoa jurídica foi uma necessidade prática de constituição de um ente capaz de direitos e deveres na ordem civil, mas independente das pessoas naturais que o compõe.

³⁵⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Forense, 1998, p. 204.

Ocorre que dada esta separação estanque, abusos e fraudes começaram a ser aplicados sem que se pudesse acessar ao patrimônio dos sócios. Por este motivo, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve origem no direito anglo-saxão, onde se desenvolveu o instituto da *disregard of legal entity* (desconsideração da entidade legal), também referido como *lifting the corporate veil* (erguer o véu da pessoa jurídica), instrumento pelo qual buscou-se um remédio jurídico capaz de punir os abusos perpetrados pelo desvio da finalidade ou seu uso como meio para prática de fraudes.

Nas palavras de Coelho³⁵⁹: “A tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do ‘disregard of legal entity’, sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus.”

Após os primeiros julgados sobre o assunto nos Estados Unidos e na Inglaterra, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser gradativamente incorporada aos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

O precursor da tese no Brasil foi Rubens Requião³⁶⁰, cuja lição sobre o tema é de grande clareza:

O que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude do uso ilegítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar terceiros.

A partir da introdução do conceito no Brasil, na década de 1960, apesar da ausência de norma específica, a tese começou a contar com decisões dos tribunais que, segundo Ribeiro³⁶¹, influenciou diretamente a comunidade jurídica brasileira e especialmente o legislativo.

O primeiro regramento legal expresso veio com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990), em seu artigo 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quanto, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de

³⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989, p. 33.

³⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. RT, São Paulo, ano 58, n. 410, dez. 1969. *apud* RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 266.

³⁶¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 268.

poder, infração da lei, fato ou ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Após o Código de Defesa do Consumidor, outros diplomas dispuseram sobre a desconsideração, dentre eles a Lei 8.884/1994, revogada pela Lei 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seu artigo 34³⁶², também a Lei 9.605/1998, que trata dos crimes ambientais, em seu artigo 4º³⁶³.

A teoria da desconsideração se consagrou no Brasil com a inclusão no artigo 50 do Código Civil de 2002, recentemente modificado pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874, de 20/09/2019), que o alterou e acrescentou o artigo 49-A, *verbis*:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos

³⁶² Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

³⁶³ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Conforme Schreiber³⁶⁴, o Código Civil brasileiro filiou-se à chamada “teoria maior da desconsideração”, que exige, para que se atinja o patrimônio dos sócios ou administradores, a configuração do abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Com efeito, dada redação do Código Civil, fica claro que o ordenamento jurídico pátrio protege os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica deixando evidente a divisão e completa independência entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas dos acionistas e administradores. Entretanto, nosso sistema normativo proíbe a constituição e utilização de pessoas jurídicas com propósitos ilícitos.

Neste passo, impende tratar dos possíveis efeitos do artigo 14 da LAC que determina:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no bojo da Lei Anticorrupção, tem-se como questionamento inicial se poderia ser aplicada em processo administrativo de responsabilização (PAR) estendendo os efeitos da pena de multa e publicação da decisão condenatória sem a interferência do Poder Judiciário.

Carvalhosa³⁶⁵ se posiciona frontalmente contra tal possibilidade, asseverando:

[...] não existe em nosso Ordenamento, essa competência administrativa para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, e nem poderia, com efeito, haver num Estado Democrático de Direito. Somente o Poder Judiciário poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica, e ainda assim, para determinados e específicos efeitos, mediante o devido processo legal. É, sobretudo, irônica a parte final do aberrante dispositivo contido no art. 14 ao preceituar que a pessoa jurídica indigitada terá, perante a autoridade administrativa processante, o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa

³⁶⁴ SCHREIBER, Anderson et al. **Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 39.

³⁶⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 333.

(art. 14). Trata-se de norma não escrita pela sua absoluta inconstitucionalidade – usurpação de competência judiciária – e pela insanável contradição à finalidade da presente Lei.

Assim, para o referido autor haveria uma impossibilidade absoluta da aplicação do artigo 14 por ofensa ao ordenamento jurídico vigente.

Por outro lado, analisando a visão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da aplicação da desconsideração em processo administrativo, Bittencourt³⁶⁶ anota que o STF tem precedentes pela impossibilidade de que as restrições e sanções superem a esfera do apenado.

Entretanto, prossegue Bittencourt, considerando que a LAC tem regramento próprio expresso e que recentes precedentes da Corte Suprema apontam que por meio de processo administrativo no qual seja garantido o contraditório e ampla defesa, a Administração Pública poderá estender, diante do caso concreto e de forma pontual, a penalidade aplicada às pessoas físicas. Assim, no entendimento do referido autor se descortina a possibilidade de uma mudança de posicionamento do STF.

Favorável à aplicação do artigo 14 no âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), Ribeiro³⁶⁷ sustenta que o novo marco regulatório levado a efeito pela Lei Anticorrupção corrobora com outras iniciativas da aplicação do instituto da *disregard doctrine* em processos administrativos sancionadores decorrentes de licitações e contratos, e no âmbito dos tribunais de contas, por exemplo. Assim, “apesar de muitas controvérsias, passou-se a defender a possibilidade da desconsideração da personalidade na esfera exclusivamente administrativa”.

Para o mesmo autor³⁶⁸, ao consagrar que observados o contraditório e a ampla defesa a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso de direito ou para provocar confusão patrimonial, a LAC teria acertadamente se filiado à “teoria maior da desconsideração”.

Em outras palavras, somente poderão ser estendidos os efeitos das penalidades às pessoas físicas dos Administradores com a comprovação de atos intencionais visando prejudicar a Administração Pública através da facilitação,

³⁶⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 134-135.

³⁶⁷ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 271-272.

³⁶⁸ *Idem*.

encobrimento, ou dissimulação da prática de atos ilícitos com o abuso da pessoa jurídica.

Também em razão da confusão patrimonial, pela qual deixa-se de poder distinguir o patrimônio da pessoa jurídica com o da pessoa física, mediante desobediência das regras societárias, contábeis e de governança que de alguma forma misturem as esferas patrimoniais.

Em ambas as situações, abuso de direito ou confusão patrimonial, a consequência prática da desconsideração da personalidade jurídica será a possibilidade da extensão das penalidades pecuniárias e de restrição de direitos às pessoas físicas.

Em arremate, Ribeiro³⁶⁹ assevera:

Os aludidos desdobramentos teóricos da desconsideração da personalidade jurídica reforçam o entendimento de que, uma vez levantando o véu da personalidade jurídica, torna-se juridicamente possível estender os efeitos das penalidades aplicadas a todos aqueles que, de forma relevante, participaram da prática fraudulenta, sejam os administradores ou sócios, sejam pessoas jurídicas criadas com o exclusivo fim de permitir o esvaziamento da responsabilização e correspondente sanção administrativa.

Também Zockun³⁷⁰, compartilha do entendimento pela possibilidade da aplicação da *disregard doctrine* no âmbito da Lei Anticorrupção, informando que em sua visão as condutas praticadas pelas pessoas físicas devem estar intimamente ligadas à consecução dos atos lesivos listados no art. 5º.

Além disso, se tais atos perpetrados provocarem confusão patrimonial, caso em que se afastará formal e materialmente a segregação entre o patrimônio social e de seus administradores, restará evidente que o real beneficiário era o administrador e não a pessoa jurídica usada como instrumento do ilícito.

Di Pietro³⁷¹ corrobora com o entendimento de que a Lei Anticorrupção admite a punição também das pessoas físicas dos administradores na medida de sua culpabilidade, em contraste com a responsabilidade objetiva da própria pessoa jurídica. Sendo que o alcance da esfera da pessoa física pode se dar por força do artigo 14 na seara do PAR, quanto às penalidades inscritas no artigo 6º (multa e

³⁶⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 275.

³⁷⁰ ZOCKUN, Maurício. Comentários ao artigo 14. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 171-172.

³⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 114.

publicação da condenação).

Assim, nota-se que grande maioria dos autores pesquisados são concordes em afirmar que nos casos específicos previstos no artigo 14, respeitado o contraditório e ampla defesa, ou seja, tendo as pessoas físicas sendo chamadas a participar do PAR desde seu início, seria possível estender-lhes as penalidades na medida de sua culpabilidade.

Desta feita, respondendo ao terceiro problema da pesquisa se a Lei Anticorrupção pode ser aplicada para fins de responsabilização dos administradores de sociedades anônimas, a resposta é sim.

Com efeito, apesar de a LAC ter como escopo fundamental a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, a Lei prevê, em seu artigo 14, normas que permitem levantar o véu corporativo e responsabilizar os Administradores na medida da sua culpabilidade. Isto, desde que exista a comprovação da participação na consecução dos atos lesivos descritos no artigo 5º e que tenham se utilizado de pessoa jurídica com desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como considerações finais, retoma-se a descrição dos contornos do referente proposta para a pesquisa, delimitado no exame do regramento societário de Delaware nos Estados Unidos e Lei das S/A brasileira a fim de demonstrar a similaridade dos sistemas legais de gestão corporativa, como fundamento para a análise dos sistemas anticorrupção criados pelo FCPA norte-americano e Lei Anticorrupção brasileira, com especial destaque na indicação das hipóteses de responsabilização pessoal dos Administradores de Corporações envolvidas em casos de corrupção.

A abordagem ao referente iniciou no Capítulo 1, com a apresentação das principais características dos sistemas jurídicos de *civil law*, e do *common law*, bem como dos regramentos societários pela Lei Geral das Corporações de Delaware e a Lei das S/A brasileira, tendo como escopo responder ao primeiro problema da pesquisa, qual seja, “a) Se o regramento de gestão corporativa que determina as obrigações dos administradores, disciplinados pelas leis societárias de Delaware (como referência norte-americana) e pela Lei das S/A, são similares?”

O relatório inicia tratando das características básicas dos sistemas de *civil law* e *common law*.

Destaca-se, de um lado, que no sistema de *civil law* derivado da tradição romano-germânica, como é o caso do sistema jurídico aplicado no Brasil, a fonte primária do Direito é a Lei (em sentido estrito o ato emanado do Poder Legislativo), tendo como Lei Maior a Constituição. Sendo que os precedentes judiciais³⁷² e a doutrina atuam como uma das fontes secundárias do Direito operando no campo da persuasão sem poder vinculante.

Por outro lado, nos sistemas de tradição inglesa, como é o norte-americano, os precedentes consolidados fazem Lei como fonte primária do Direito, sendo que a lei escrita (*statute*), é fonte secundária, ainda que de grande importância adjetiva. Também se retratou que nos Estados Unidos prevalece a competência

³⁷² Exceção feita às Sumulas Vinculantes emanadas do Supremo Tribunal e os Recursos Repetitivos emanados do Superior Tribunal de Justiça que não foram abordados por não interferir no escopo.

estadual para legislar sobre matéria societária, o que fundamenta a pertinência do estudo sobre a Lei Geral das Corporações de Delaware.

Em seguida, tratou-se da DGCL, inicialmente justificando a escolha da Lei do segundo menor estado americano em extensão territorial dos 50 que compõe os Estados Unidos da América.

Relatou-se que a Lei de Delaware se valeu das inovações de flexibilidade e menor intervenção, inauguradas pela lei societária de Nova Jersey no início do século XIX para desenvolver o que se poderia chamar figurativamente de um “ecossistema” propício à proliferação de corporações empresariais, com ampla flexibilidade para criação de novas empresas, fusões, aquisições e movimentos societários complexos de forma dinâmica.

Além disso, que o Estado de Delaware possui um Tribunal específico para as questões societárias, a *Court of Chancery*. Os Juízes que lá tem assento, possuem grande experiência em questões de direito corporativo, tornando o tribunal um fórum altamente sofisticado para resolver disputas complexas rapidamente, facilitando transações que geralmente são sensíveis ao tempo.

Por todos estes motivos, Delaware é há muito tempo, considerada a “capital corporativa dos Estados Unidos” e um regramento nacional “de fato” em matéria societária naquele país.

Na sequência, tratou-se dos específicos comandos normativos direcionados às sociedades empresariais por ações incorporadas sob a Lei de Delaware que, em resumo do necessário, constatou-se que grande similaridade com as sociedades anônimas brasileiras.

Em outras palavras, são criadas por um ato de incorporação que lhes confere personalidade jurídica própria, também regidas por um estatuto social (*bylaws*), possuindo os mesmos órgãos de governo.

No topo hierárquico, os acionistas (*shareholders*), notando-se que é muito comum na realidade norte-americana a organização das corporações em *public companies*, ou seja, companhias de capital aberto com ações vendidas livremente no mercado com a propriedade dispersa. Nestas organizações, os acionistas são os detentores das ações, portanto donos da companhia com direito a fruir dos resultados, mas não gerem o dia a dia da companhia. Não obstante, através de assembleia geral têm o poder de tomar as decisões mais cruciais da vida social tais como a sua

constituição, dissolução e fusão.

Na experiência brasileira, a pesquisa demonstrou que em razão da característica predominante de companhias de capital fechado e, mesmo nas de capital aberto, com a marcante figura do acionista controlador, tem-se as mesmas linhas gerais de atribuições legais dos acionistas, mas, na prática uma interferência maior na condução dos negócios sociais.

Quanto ao conselho de administração, que em ambos os regramentos, é eleito pela assembleia geral dos acionistas e destituível *ad nutum*, tendo como função a administração geral da empresa, definições de estratégia de negócio e supervisão do trabalho da diretoria executiva.

Na realidade norte-americana há um papel preponderante do conselho de administração na condução dos negócios sociais, modelo que já foi apelidado de *board-centric*, como referido. Nos Estados Unidos é comum que o presidente do conselho seja também o diretor presidente da companhia, cumulando tais funções e poderes de condução dos negócios, como citado no paradigmático precedente *Smith vs Van Gorkom* (Del. 1985).

No Brasil, a figura do conselho de administração tem menor destaque, apesar da extensa lista de competências do art. 142 da LSA.

No que tange à diretoria executiva, em ambos os regramentos possui similarmente as funções de representar a pessoa jurídica nos atos da vida civil, expressando a vontade social como meio de executar a estratégia definida pelos acionistas e conselho de administração cumprindo o objeto social da companhia com a finalidade de gerar resultados positivos.

Os regramentos brasileiro e norte-americano também compartilham dos mesmos princípios quanto aos deveres dos administradores nos atos de gestão, ou seja, os deveres de lealdade e cuidado (no Brasil também o dever de informar).

Merecem destaque os deveres de cuidado (*care*) e lealdade (*loyalty*). O dever de cuidado é o que determina que o administrador exercerá suas funções sempre: (a) de boa-fé; (b) com o cuidado de uma pessoa ordinariamente prudente em uma posição similar exerceria em circunstâncias semelhantes; e (c) de uma maneira que ele razoavelmente acredita ser no melhor interesse da corporação.

E quanto ao dever de lealdade não devem: (1) envolver a corporação em uma transação de seu interesse que não seja integralmente justa à empresa; (2) lucrar

com o uso de informação confidencial; (3) tomar quaisquer atitudes para evitar seu afastamento da posição de administrador; ou, (4) colocar os benefícios próprios acima dos interesses empresariais.

Reputou-se fundamental esta prévia abordagem ao regramento societário e as atribuições dos órgãos de governo das corporações, em ambos os sistemas jurídicos, como precedente lógico da análise dos sistemas anticorrupção norte-americano e brasileiro e das condutas que poderão levar à responsabilização pessoal dos Administradores, que serão tratados mais diretamente nos Capítulos seguintes.

Respondendo ao primeiro problema da pesquisa: sim, o regramento de Gestão Corporativa que determina as obrigações dos Administradores, disciplinados pelas leis societárias de Delaware (como referência norte-americana) e pela Lei das S/A, são similares e permitem tratar dos institutos fundamentais da organização empresarial em ambas as jurisdições com paridade.

O Capítulo 2, partiu das noções do Primeiro Capítulo, ingressando mais diretamente no objetivo geral traçado no referente, que trata da análise das disposições anticorrupção do FCPA ao final focando-se na análise das hipóteses de responsabilização pessoal dos Administradores.

A exposição é iniciada pela demonstração do exercício da empresa como motor da corrupção, explorando os efeitos nefastos da Corrupção na sociedade como demonstram sobejamente renomados órgãos internacionais como a ONU e Transparência Internacional, pelos quais se revela que são pagos mais de 1 trilhão de dólares em propinas todos os anos pelo mundo afora, o que gera prejuízos à coletividade de mais de 3,6 trilhões de dólares em serviços públicos mal ou não realizados, aumento de custos em obras públicas, e a perda geral da eficiência da gestão pública.

Assim, ficou demonstrado que o combate a Corrupção é algo fundamental e imprescindível para o pleno desenvolvimento social das nações, não sendo um problema individual de cada país, mas algo um mal que deve ser combatido globalmente.

Passa-se então a análise do mais afamado regramento anticorrupção do mundo, o FCPA de 1977. Iniciou-se tratando dos fundamentos de sua aprovação que remontam ao rumoroso caso *Watergate*, uma investigação sobre contribuições ilegais por empresas e seus executivos à campanha de reeleição do então presidente dos

Estados Unidos Richard Nixon, no ano de 1972, que abriram uma “caixa de Pandora” da criminalidade empresarial norte-americana.

Após uma extensa apuração por uma comissão mista da Câmara e Senado norte-americano, foi descoberta a existência de diversos *slush funds* (fundos secretos) de vários milhões de dólares usados para subornar funcionários públicos norte-americanos e estrangeiros no intuito de se obter contratos comerciais lucrativos.

Verificou-se que até 1977, o suborno era usual como meio de facilitação, aceleração e fechamento de negócios em todo mundo, especialmente aqueles que envolviam autoridades públicas. Alguns países inclusive permitiam a dedução fiscal de despesas com suborno.

A fim de complementar sua legislação, que já previa punição para corrupção de funcionário do país, com o intuito de gerar um “campo nivelado para os negócios” (*level playing field*) além de suas fronteiras, os Estados Unidos da América se tornaram o primeiro país a proibir o suborno de funcionários estrangeiros.

Então em 19 de dezembro de 1977, o Presidente Jimmy Carter promulgou o *Anti-Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act* que alterou o *United States Code, Title 15. Commerce and Trade Chapter 2b - Securities Exchanges, paragraphs 78dd-1 et. seq.*, que ficou mundialmente conhecido como FCPA.

Versou-se, sobre as provisões antissuborno e de controles internos. Destacou-se que as disposições antissuborno do FCPA, que são consideradas crime, em resumo, determinam que para condenação, os órgãos de enforcement devem provar, além de uma dúvida razoável, conforme fixado no precedente *U.S. v. Jefferson*, 594 F. Supp. 2d 655 (E.D. Va. 2009), os seguintes elementos:

1. seja pessoa jurídica definida como empreendimento nacional, emissor, ou, pessoa natural seja dela diretor-executivo, conselheiro, acionista, empregado, agente, enfim que tenha qualquer relacionamento com o beneficiário do suborno.

Pode-se observar que a norma deixa expresso que são sujeitos ativos abarcados pela norma todas e quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, que estejam envolvidas na conduta corruptiva, não sendo passível de nenhuma dúvida que os administradores de corporações podem ser diretamente penalizados por estas condutas.

2. que fez uso de um meio ou instrumentalidade do comércio interestadual;

O conceito cunhado pelos tribunais de instrumentalidade do comércio interestadual é extremamente abrangente, incluindo o uso dos correios, e-mails e qualquer meio que ultrapasse a fronteira entre dois estados norte-americanos, visando atrair a aplicação da legislação federal.

3. que tenha agido com intenção corrupta.

A intenção corrupta, como demonstra a pesquisa, sendo interpretada como a ciência da plausibilidade de que o ato cometido, seja ele a entrega do suborno ou qualquer ato preparatório, ou circunstancial, razoavelmente comporia uma ação corrupta.

4. na promoção de uma oferta ou pagamento de qualquer coisa de valor a qualquer pessoa.

Valor este entendido como algo que tenha o condão de levar o agente público estrangeiro a fazer ou deixar de fazer algum ato além da sua função regular em benefício do corruptor.

5. sabendo que o dinheiro ou item de valor seria oferecido, ou entregue direta ou indiretamente a qualquer funcionário estrangeiro.

Como tratado no precedente *US vs Bourke No. 09-4704* (2d Cir. 2011), a plausibilidade do resultado levou à condenação do diretor.

6. com o objetivo de influenciar qualquer ato ou decisão de tal funcionário estrangeiro em sua capacidade oficial.

Também de forma abrangente, como no precedente *U.S. v. Kay* (513 F.3d 461), em que a vantagem indevida buscada era redução de tributos e não um contrato comercial.

O FCPA proíbe que os emissores façam pagamentos corruptos a funcionários públicos estrangeiros, além disso, determina que implementem políticas e práticas que reduzam a risco de que funcionários e agentes se envolvam em suborno, ou seja, um sistema de governança corporativa e *compliance*. Desde 1998, as disposições antissuborno também se aplicam a empresas e pessoas estrangeiras que realizam qualquer intermediário ato em prol de um pagamento corrupto enquanto tiverem qualquer relação com os Estados Unidos.

Mas, não é só isso, da análise da norma restou claro que diretores e conselheiros de sociedades, mesmo que não incorporadas nos Estados Unidos, que estejam envolvidos em ações que levem às condutas descritas, também estão sujeitos

às pesadas penalidades do FCPA, conforme a redação do §78dd-3.

Deste modo, ainda que não tenham contato direto com o território norte-americano os Administradores que estiverem envolvidos em ações relacionadas ao cometimento de suborno de funcionário estrangeiro, com uma conexão com os Estados Unidos, por exemplo: o uso do sistema bancário norte-americano, em que o ato de corrupção tenha ocorrido em território americano (a reunião e entrega da vantagem indevida), uso de empresa intermediária sediada nos Estados Unidos; estão sujeitos integralmente às disposições criminais antissuborno do FCPA.

Por outro lado, restou esclarecido na pesquisa que as disposições sobre controles contábeis se aplica às corporações caracterizadas como emissores de valores mobiliários nos Estados Unidos e aos seus acionistas e Administradores.

As provisões contábeis constantes do FCPA são duas: (i) a primeira, acerca dos "livros e registros contábeis", pelo qual os emissores devem manter livros, registros e contas que, com detalhes razoáveis, de maneira precisa e justa reflitam as transações do emissor; (ii) e a segunda, sobre os "controles internos", que determina que os emissores devem elaborar e manter um sistema de controles contábeis suficientes para garantir o governo dos Administradores, sua autoridade e responsabilidade sobre os ativos da empresa.

Neste caso, há também previsão para responsabilização pessoal dos Administradores por violações às disposições contábeis, pois quando a norma se refere, no item §78m(B)(5), "que nenhuma pessoa poderá sabidamente burlar ou deixar de implementar um sistema de controles internos", a menção geral a "pessoa" faz incluir pessoas jurídicas e físicas envolvidas no ato.

Como exemplo, pode-se citar o caso SEC v. NSP, Douglas Faggioli e Craig D. Huff. A denúncia da SEC sustenta que Faggioli (CEO) e Huff (CFO), na qualidade de executivos, violaram pessoalmente as provisões contábeis e de controles internos das leis de valores mobiliários e FCPA em conexão com os pagamentos de propina em dinheiro, não contabilizados, realizados no Brasil para facilitar a venda de seus produtos nos Estados Unidos. As partes acabaram entrando em acordo, sem confirmar ou negar as acusações.

Como características marcantes do microssistema de combate à corrupção de agentes públicos estrangeiros criados pelo FCPA é a concentração do *enforcement* da norma em apenas dois órgãos, DOJ e SEC, existindo uma coordenação muito

afinada entre os órgãos.

Outro aspecto, é que o FCPA é um diploma com redação propositalmente muito aberta permitindo a fácil subsunção dos atos de corrupção à norma, sendo que a consolidação da sua larga abrangência é confirmada pelos tribunais, como nos casos citados, tornando a norma de extrema efetividade.

Deste modo, em resposta ao segundo problema da pesquisa, “b) Se o Foreign Corrupt Practices Act de 1977, conforme alterado, possui previsão de responsabilidade pessoal dos administradores de corporações por atos de gestão que possam caracterizar corrupção? Quais seriam estas hipóteses?”

A resposta é sim. Tais previsões de responsabilização pessoal dos administradores encontram-se expressas de §§ 78dd1, 2 e 3 e §78m(B)(5) do FCPA, sendo as penalidades encontradas: pelas disposições antissuborno, os conselheiros e diretores executivos estão sujeitos a uma multa de até US\$ 250 mil e prisão por até 05 (cinco) anos. Para cada violação das disposições contábeis, pessoas físicas incluindo os conselheiros, diretores executivos, estão sujeitos a multa de até US\$ 5 milhões e prisão por até 20 (vinte) anos.

O Capítulo 3 fecha a abordagem ao referente proposto, dedicando-se à Lei Anticorrupção brasileira, principiando pelos tratados internacionais de combate à corrupção, incorporados ao ordenamento jurídico pátrio que pavimentaram a promulgação da referida lei.

O relato demonstra que o Brasil acena internacionalmente de forma mais assertiva no sentido do combate à corrupção aderindo aos tratados internacionais que versam sobre o tema e que foram abordados no relatório da pesquisa. São eles: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA, a Convenção de Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

De se destacar o Tratado da OCDE em que o Brasil demonstra devotar especial aderência, no bojo do declarado interesse em ingressar na organização que é conhecida como “clube dos países desenvolvidos”. O Brasil é formalmente considerado um “parceiro estratégico” da mesma, sendo que a adesão ao tratado faz parte da estratégia de ingresso na OCDE.

Nota-se, portanto, especial empenho do Brasil no cumprimento de suas disposições que deram azo à emenda do Código Penal brasileiro nos artigos 337-B,

337-B, 337-D por meio da Lei 10.467/2002 e à promulgação da LAC.

A seguir, versou-se acerca do objeto principal da norma que é a criação de um microssistema de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática dos atos de corrupção elencados em seu artigo 5º.

Neste ponto, cabe destacar a diferença entre o escopo das normas analisadas. Se, de um lado, o FCPA trata somente dos atos de suborno de funcionários públicos estrangeiros (além do dispositivo sobre controles internos, com outro viés). Por outro, a LAC tem como objeto a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção além do suborno (descritos no art. 5º) tanto relacionados a agentes da Administração Pública nacional quanto estrangeira.

Neste sentido, a LAC vem complementar o complexo e intrincado sistema brasileiro de normas que tipificam os ilícitos de corrupção³⁷³, com pequenas alterações tipificação já existentes na esfera penal e administrativa, agora tendo como sujeito ativo a pessoa jurídica e eventualmente as pessoas físicas vinculadas à tais pessoas jurídicas.

Como mencionado, esses diplomas não se mostravam aptos a prevenir e reprimir os atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoas jurídicas.

Ponto de destaque é a inovadora e desafiadora estrutura normativa de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, tanto na esfera administrativa (conforme art. 6º), quanto judicial (conforme art. 19), como forma de se buscar efetividade ao escopo punitivo da norma. Também, a proposta inovadora de se utilizar do âmbito administrativo para sua aplicação, afastando-se do pantanoso campo da esfera penal judicial, como consta da exposição de motivos da norma.

Quanto ao referido processo administrativo, este deve ser instaurado pela autoridade máxima de cada órgão dos três poderes, com possibilidade de delegação, vedada a subdelegação. A LAC disciplina que a competência para julgamento é da mesma autoridade que iniciou o processo (cf. art. 8º e art. 3º do Decreto 8.420/2015).

³⁷³ Como referido no corpo do Terceiro Capítulo o complexo sistema de combate a corrupção conta com uma série de normativos específicos e de alcance limitado: Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429 de 1992), na Lei de Licitações, (Lei n. 8.666, de 1993), nas Leis de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613 de 1998 e n. 10.467, de 2002) na Lei de Parceria Público-Privada (Lei n. 11.079, de 2004), na Lei de Filantropia (Lei n. 12.101, de 2009) na Lei Antitruste (Lei n. 12.529, de 2011) na Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei n. 13.019, de 2014, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000), na Lei Complementar sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar n. 105, de 2000), na Lei do Mercado de Capitais (Leis n. 4.728, de 1965 e n. 6.385 de 1976).

A Controladoria Geral da União detém competência expressa na Lei para centralizar os processos na esfera do Poder Executivo Federal para instaurar PAR ou para avocar os processos instaurados para exame de regularidade, ou para corrigir-lhes o andamento. Bem como, é da CGU a competência para apuração, processamento e julgamento dos atos lesivos contra a Administração Pública estrangeira (cf. art. 9º da LAC e art. 4º do Decreto 3678/2000).

Estados e municípios têm competência própria para disciplinar o processo administrativo, inclusive quanto à definição de competência interna para instauração e julgamento.

O mesmo se encontra na responsabilização na esfera judicial o dispositivo prevê as sanções de natureza civil a serem aplicadas mediante a propositura de ação cabível (cf. art. 22), que deverá seguir o rito da Ação Civil Pública, sendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras.

No que tange a competência para processar e julgar as condutas infracionais dispostas na LAC salta à vista uma grande diferença entre o sistema brasileiro e o norte-americano.

Enquanto nos Estados Unidos foi utilizada ferramenta de atração da competência federal de forma praticamente universal, pois qualquer “instrumentalidade” de comércio interestadual transfere a competência para os órgãos federais de *enforcement* (DOJ e SEC). Ou seja, estes dois órgãos que atuam de forma coordenada desenvolveram ao longo dos anos uma elevada expertise na condução dos processos de combate à corrupção, desde acordos internacionais de cooperação com outros órgãos, grupos de trabalho especializados e a experiência de muitos casos.

No Brasil, tem-se o completo oposto, com uma grande descentralização de órgãos a depender de qual dos Poderes da República e em que nível de governo se está tratando. Isso pode levar a uma grande discussão de competência como ponto de partida de qualquer processo de responsabilização iniciado, além disso, há possibilidade de casos de corrupção serem tratados por órgãos com menos recursos e menor experiência tanto na apuração quanto na negociação de eventuais acordos.

Considerando o nexo existente entre as condutas típicas na LAC e em outros diplomas, especialmente a Lei de Licitações, verificou-se que apesar de um tema controverso, os autores pesquisados se posicionam que tal aplicação cumulativa é juridicamente possível, sem ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Também digno de nota o caráter extraterritorial da LAC, considerado ainda mais abrangente do que o próprio FCPA, pois apenas as relações de suborno por pessoas estrangeiras em território estrangeiro a funcionário público estrangeiro estariam excluídas deste critério muito alargado de competência da Lei brasileira.

Assim, uma vez que a norma refere à possibilidade de responsabilização dos Administradores, nos artigos 3º e 14, deu-se especial foco a análise dos mesmos, inclusive quanto ao peculiar instituto da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, que pode levar à extensão dos efeitos das penalidades aos administradores das corporações.

O artigo 3º determina que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a dos seus dirigentes e que os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Conclui-se da pesquisa que a redação conferida ao artigo 3º não criaria uma nova forma de responsabilização dos Administradores, pelo contrário, apenas traduziria a intenção de se assegurar a plena efetividade dos demais sistemas sancionatórios consagrados no direito brasileiro que poderão incidir sobre os fatos ilícitos levados a efeito pelas pessoas naturais.

Desta forma, os diretores e conselheiros ao cometer, ou auxiliar de alguma forma, os atos lesivos descritos na LAC ficariam pessoalmente sujeitos aos diversos “sistemas de responsabilização” dispostos em outras normas do direito posto como detalhado no corpo da pesquisa, dentre elas: sistema de responsabilização civil; sistema de responsabilização penal; sistema de responsabilidade por irregularidade de contas; sistemas de responsabilização administrativa;

A seguir, analisou-se o artigo 14, que trata da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização dos administradores com o objetivo coibir o uso indevido da separação de patrimônio e responsabilidades entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas a ela vinculadas (acionistas, dirigentes e administradores) mediante a utilização de sua personificação de forma abusiva em descompasso com os fins a ela atribuídos pelo ordenamento

jurídico.

Tratou-se inicialmente da autonomia entre as pessoas jurídicas e físicas, para então tecer considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ferramenta criada para levantar o véu corporativo em caso de abusos. Verificou-se que tal instituto se encontra positivado no Direito brasileiro desde a década de 1990 pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo encontrado maior reconhecimento no artigo 50 do Código Civil de 2002.

Adentrando ao texto do normativo, verificou-se que “A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei, ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Foi registrada a posição frontalmente contrária a aplicabilidade do referido normativo, expressa por Modesto Carvalhosa.

Por outro lado, os demais autores pesquisados, mencionados no relatório, entendem pela possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ainda que em processo administrativo de responsabilização (PAR), desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa com a plena participação no procedimento desde seu início.

Por este motivo, entende-se que ao consagrar que observados o contraditório e a ampla defesa a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso de direito ou para provocar confusão patrimonial, a LAC teria se filiado à “teoria maior da desconsideração”.

Neste caso, somente poderão ser estendidos os efeitos das penalidades às pessoas físicas dos Administradores com a comprovação de atos intencionais visando prejudicar a Administração Pública através da facilitação, encobrimento, ou dissimulação da prática de atos ilícitos com o abuso da pessoa jurídica.

Também em razão da confusão patrimonial, pela qual deixa-se de poder distinguir o patrimônio da pessoa jurídica com o da pessoa física, mediante desobediência das regras societárias, contábeis e de governança que de alguma forma misturem as esferas patrimoniais.

Em ambas as situações, abuso de direito ou confusão patrimonial, a

consequência prática da desconsideração da personalidade jurídica será a possibilidade da extensão das penalidades pecuniárias e de restrição de direitos às pessoas físicas.

Desta feita, respondendo ao terceiro problema da pesquisa se a Lei Anticorrupção pode ser aplicada para fins de responsabilização dos Administradores de sociedades anônimas, a resposta é sim.

Não obstante, a LAC ter como escopo fundamental a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, a Lei prevê em seu artigo 14, norma que permite levantar o véu corporativo e responsabilizar os administradores na medida da sua culpabilidade, na esfera administrativa para a aplicação da penalidade de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória conforme disposto no artigo 6º. Isto, desde que exista a comprovação da participação na consecução dos atos lesivos descritos no artigo 5º e que tenham se utilizado de pessoa jurídica com desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Como observações finais ao Capítulo 3º, notou-se uma diferença marcante com relação ao FCPA. Não obstante, os órgãos de *enforcement* norte-americanos podem se valer de outras normas na repressão à corrupção (tanto na esfera penal como cível), o FCPA singularmente considerado envolve – com sua redação abrangente – todos os atos lesivos de corrupção de agentes estrangeiros aplicando-se diretamente às pessoas físicas e jurídicas.

Por outro lado, a LAC vem compor a constelação de leis que de forma simultânea, autônoma e dispersa³⁷⁴ estabelecem sanções aos delitos de corrupção. Tal característica dificulta o entendimento da norma com relação às demais criando diversas aparentes sobreposições, como no caso das penalidades administrativas por ilícitos em licitações. A LAC trata da responsabilização administrativa e cível das pessoas jurídicas e – quase que lateralmente – disciplina a desconsideração da personalidade jurídica para atingir as pessoas físicas dos administradores.

Assim, o FCPA demonstra ser uma ferramenta mais completa e assertiva quando à sua efetividade no escopo para o qual está vocacionada.

Como nota final, o desafiador escopo proposto nesta pesquisa é analisar a comparabilidade dos regramentos societários de Delaware e do Brasil, bem como os

³⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 20

microssistemas anticorrupção criados pelo FCPA e LAC verificando-se as hipóteses e as situações que podem levar à responsabilização pessoal dos administradores sem a proteção do véu corporativo.

Verificou-se que com a evolução dos sistemas de combate à corrupção nas legislações nacionais os Administradores de Corporações estão cada dia mais sujeitos a diversos sistemas jurídicos distintos, bastante sofisticados e abrangentes na persecução das condutas que podem ser consideradas infrações atinentes à corrupção cuja redação – como é o caso do FCPA e da LAC – possui uma alargada abrangência proposita.

Deste modo, resta caracterizado o grave risco a que estão submetidos os Administradores que devem equilibrar a elevada dinâmica dos negócios na era da informação com sistemas de Governança Corporativa e Compliance que promovam segurança para tratar com a abrangência e certa subjetividade dos regramentos, cujas punições são muito severas, como visto.

Deixou-se de tratar do *UK Bribery Act* de 2010, da Lei Anticorrupção Argentina (Lei nº 27.401/2018) e da nova proposta de Lei de Sanções de Crimes Corporativos alemã (*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*), a fim de não se alargar demasiadamente o referente da pesquisa.

Com efeito, ante as provocações levantadas neste trabalho, entende-se como escopo pertinente para a continuidade da pesquisa a análise dos critérios necessários para um programa de integridade corporativa que seja eficaz a fim de afastar ou mitigar a responsabilidade pessoal dos administradores, considerando a multiplicidade de regramentos nacionais anticorrupção com efeitos extraterritoriais exercendo, portanto, sobreposição de competências e critérios como observado entre o FCPA e a LAC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BAINBRIDGE, Stephen M. et al. **Can Delaware Be Dethroned?** Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

BAINBRIDGE, Stephen Mark. Smith v. Van Gorkom. *In: UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper*, n. 08-13, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1130972>. Acesso em: 27 mai. 2019.

BARCHAM, Manuhua; HINDESS, Barry; LARMOUR, Peter. **Corruption: expanding the focus**. Canberra: Anu, 2012.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2010.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

BLACK JUNIOR, Lewis S. **Why corporations choose Delaware?** Dover: Delaware Department of State, 2007.

BRAGANÇA, Raíssa Dutra; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **O Brasil e o combate à corrupção à luz de tratados internacionais**. 2018. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/O_BRASIL_E_O_COMBATE_A_CORRUPCAO.pdf. Acesso em: 5 dez. 2019.

BRASIL BOLSA BALCÃO. **Uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro do mundo**. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/b3/institucional/quem-somos/. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo n. 152 de 2002**. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-152-25-junho-2002-459890-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005**. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. 2005. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio->

2005-536880-convencao-28439-pl.html. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Exposição de motivos n. 196, de 24 de junho de 1976**. Disponível em:

<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção da OCDE: Contra o suborno transnacional**. 2016. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção das Nações Unidas: contra a corrupção**. 2016. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU coordena avaliação do Brasil na OEA**. 2018. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/03/cgu-coordena-avaliacao-do-brasil-na-oea>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Convenção da OEA**. 1996. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Institucional**. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.467, de 11 de junho de 2002**. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle

de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10467.htm#art2. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1349233/SP**. DIREITO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETORIA. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER E FORA DO OBJETO SOCIAL DA COMPANHIA (ATOS ULTRA VIRES). RESPONSABILIDADE INTERNA CORPORIS DO ADMINISTRADOR. RETORNO FINANCEIRO À COMPANHIA NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS QUE CABIA AO DIRETOR QUE EXORBITOU DE SEUS PODERES. ATOS DE MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE DILIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE DOLO E CULPA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESSALVAS DO RELATOR. Recorrente: Luiz Augusto Muller. Recorrido: Benedito Augusto Müller. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06 nov. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201139565&dt_publicacao=05/02/2015. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos EMI n. 00011-2009 – CGU/MJ/AGU**. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Grandes casos: Operação Lava-Jato**. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CARNEY, William J.; SHEPHERD, George B. **The mystery of Delaware Law's continuing success**. 2009. Disponível em: <https://illinoislawreview.org/wp->

content/ilr-content/articles/2009/1/Carney.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: 1º volume**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: 3º volume**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARY, William L. Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware. *In: Yale Law Journal*. Vol. 83, issue 4, artigo 1, 1974. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6235&context=ylj>. Acesso em: 1 mai. 2019.

CASSIN, Richard L. **The Foreign Corrupt Practices Act of 1977**. Washington: Cassin Law, 2011.

CHEFFINS, Brian. Delaware and the transformation of corporate governance. *In: Delaware Journal of Corporate Law*. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531640. Acesso em: 05 jul. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Sobre a CVM**. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/menu/acesso_informacao/institucional/sobre/cvm.html. Acesso em: 30 jun. 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DICIONÁRIO AULETE DIGITAL. **Probo**. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/probo>. Acesso em: 30 jun. 2019.

DICIONÁRIO FINANCEIRO. **O que é insider trading?** Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/o-que-e-insider-trading/>. Acesso em: 30 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 19. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Câmara dos Deputados. **Código dos Estados Unidos**, Título 15. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter2B&edition=prelim>. Acesso em: 15 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de Valores Mobiliários. **FCPA Spotlight**. Disponível em: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **File n. 3-19162**. Disponível em: <https://www.sec.gov/enforce/34-85819-s>. Acesso em: 07 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **File n. 3-18962**. Disponível em: <https://www.sec.gov/enforce/34-84973-s>. Acesso em: 7 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Litigation Release n. 21162/2009**. Disponível em: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2009/lr21162.htm>. Acesso em: 7 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Press release 2018-215**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-215>. Acesso em: 7 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Press release 2008-294**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de Valores Mobiliários. **SEC v. INNOSPEC**. Disponível em: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21454.htm>. Acesso em: 4 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de Valores Mobiliários. **What we do**. Disponível em: <https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html#create>. Acesso em: 10 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Delaware State**: Why businesses choose Delaware. Disponível em: <https://corplaw.delaware.gov/why-businesses-choose-delaware/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Delawate State**: Delaware Code Title 8. Disponível em: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>. Acesso em: 13 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça e Comissão de Valores Mobiliários. **FCPA Resource Guide 2012**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **About the department.** Disponível em: <https://www.justice.gov/about>. Acesso em: 10 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Criminal resource manual.** Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-2471-18-usc-2>. Acesso em: 5 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **FCPA em Português.** Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Related enforcement actions.** Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/related-enforcement-actions>. Acesso em: 14 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **FCPA Resource Guide.** Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. **About the FTC.** Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Justia Law Review. **Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.** 1994. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1994/663-a-2d-1134-3.html>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Justia Law review. **Kaplan v. Centex Corporation.** 1971. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1971/284-a-2d-119-4.html>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **National Association of Securities Dealers Automated Quotations.** Disponível em: <https://www.nasdaq.com/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **New York Stock Exchange.** Disponível em: <https://www.nyse.com/index>. Acesso em: 05 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Watergate Committee.** Disponível em: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/investigations/Watergate.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Securities and Exchange Commission.** Disponível em: <https://www.sec.gov/about.shtml>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Foreign corrupt practices act.** Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão de valores mobiliários. **Agency Financial Report: Fiscal Year 2014**. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/secpar/secafr2014.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FERNANDES, Daniela. **Por que o Brasil ainda não conseguiu entrar na OCDE, o clube dos países ricos**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44361623>. Acesso em: 5 jan. 2020.

FINDLAW. **US vs Kay**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1253730.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

FORTUNE MAGAZINE. **Fortune 500**. Disponível em: <http://fortune.com/fortune500/list>. Acesso em: 05 abr. 2019.

FRIEDMAN, Lawrence M. **American law: an introduction**. 2. ed., Stanford: Stanford University, 1998.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. Dallas: West. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed., São Paulo: IBGC, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. **Roles and importance of professional accountants in business**. Disponível em: <https://www.ifac.org/about-ifac/professional-accountants-business/news-events/2013-10/roles-and-importance-professional>. Acesso em: 7 nov. 2019.

JOHNSON, Stephen. Corruption is costing the global economy \$3.6 trillion dollars every year. **In: World Economic Forum**. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/the-global-economy-loses-3-6-trillion-to-corruption-each-year-says-u-n/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

JONES, Willian; BERRY, John. Lockheed Paid \$38 Million in Bribes Abroad. **In: The Washington Post**, Washington, 27 mai. 1977. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/business/1977/05/27/lockheed-paid-38-million-in-bribes-abroad/800c355c-ddc2-4145-b430-0ae24afd6648/?noredirect=on>. Acesso em: 16 set. 2019.

JUSTITIA US LAW. **United States v. Bourke, n. 09-4704 (2d Cir. 2011)**. 2011. Disponível em: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-4704/09-4704_opn-2011-12-14.html. Acesso em: 20 out. 2019.

KOEHLER, Mike. **The FCPA Turns 40**. Disponível em: <http://fcpaprofessor.com/fcpa-turns-40/>. Acesso em: 30 set. 2019.

KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. **In: Ohio State Law Journal**, Vol. 73, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185406>. Acesso em: 15 set. 2019.

LAFFERTY, William M., SCHMIDT, Lisa A., WOLFE JR., Donald J. A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law. **In: Penn State Law Review**. 2011. Disponível em: <http://pennstatelawreview.org/116/3/116%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%20837.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.

LEE, Thomas C. **Limiting corporate directors' liability**: Delaware's section 102(b)(7) and the erosion of the directors' duty of care. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=3890&context=penn_law_review. Acesso em: 27 mai. 2019.

LOUGHMAN, Brian P., SIBERY, Richard A. **Bribery and corruption**: navigating the global risks. Nova Jersey: Wiley, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **In: RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/50735/49533>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MILLER, Seumas. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy. "Corruption"**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/corruption/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

MITCHELL, Dalia Tsuk. **Corporations: Cases and Materials**. Durham: Carolina Academic Pr. Edição do Kindle, 2018.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. **In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Corruption facts**. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/facts_E.pdf. Acesso em: 3 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1505820e.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Manual on statistics of international trade services.**

Disponível em: < https://unstats.un.org/unsd/publication/Seriesm/Seriesm_86e.pdf>.

Acesso em: 15 ago. 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada.* 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção e MESICIC.**

Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/faq_resp.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Quem somos.** Acesso em:

http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em: 17 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Estados Membros.** Disponível

em: http://www.oas.org/pt/sobre/estados_membros.asp. Acesso em: 17 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

Who are we. Disponível em: <http://www.oecd.org/about/>. Acesso em: 17 dez. 2019.

PACIEVITCH, Thais. **Banco do Brasil.** 201-. Disponível em:

<https://www.infoescola.com/empresas/banco-do-brasil/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business*

judgment rule no direito brasileiro. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 953, p. 51-74, São Paulo, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 14. ed. rev. atual. e amp., Florianópolis: EMais, 2018.

PEIKIN, Steven R. Reflections on the Past, Present, and Future of the SEC's

Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act. *In: New York University School of Law*, em 9 de novembro de 2017. Disponível em:

<https://www.sec.gov/news/speech/speech-peikin-2017-11-09>. Acesso em: 14 ago. 2019.

REINHARDT, Forest L., et. al. **Corporate social responsibility through an**

economic lens. 2008. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13989.pdf>.

Acesso em: 14 ago. 2019.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 2º volume. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Forense, 1998.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas**

jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RICHARDS LAYTON & FINGER. **The Rights and Duties of Blockholder Directors**. 2015. Disponível em:

https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/the_business_lawyer/find/find_by_subject/buslaw_tbl_mci_decorplaw/. Acesso em: 05 jul. 2019.

ROTBURG, Robert. **The Corruption Cure**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SCALIA, Antonin Gregory. Common-Law Courts in a Civil-Law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the constitution and laws. **In: Tanner lectures on human values**. 1995. Disponível em:

https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

SCHREIBER, Anderson et al. **Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Felipe Jacques. **Relação histórica da responsabilização administrativa com o combate à corrupção e à impunidade: advento da lei nº. 12.846/2013**.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78092/relacao-historica-da-responsabilizacao-administrativa-com-o-combate-a-corrupcao-e-a-impunidade-advento-da-lei-n-12-846-2013>. Acesso em: 22 dez. 2019.

SPARMANN, Holger. **Guth vs Loft**. 1939. Disponível em:

<https://h2o.law.harvard.edu/collages/4308>. Acesso em: 13 mai. 2019.

STRINE, Leo E. The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face. **In: Delaware Journal of Corporate Law**, Vol. 30, n. 3, p. 673-696, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=893940>. Acesso em: 13 mai. 2019.

THOMAS, Randall S.; WELLS, Harwell. Executive Compensation in the Courts: Board Capture, Optimal Contracting, and Officers' Fiduciary Duties. **In: Vanderbilt University's Institutional Repository**. Rev. 846 2010-2011. Disponível em:

<https://ir.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5614/Executive%20Compensation%20in%20the%20Courts.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 mai. 2019.

TOURINHO, Marcos. Brazil in the global anticorruption regime. **In: Rev. Bras. Polít. Int.**, vol. 61, n. 1, mar. 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Glossário: Corrupção**. Disponível em:

<https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>. Acesso em: 09 ago. 2019.

TUCKER, Ola. The Board's Role in AML Compliance. **In: Corporate Compliance Insights**, nov. 2019. Disponível em:

<https://www.corporatecomplianceinsights.com/board-role-aml-compliance/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

WATTS, Jonathan. The Guardian. **Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history?** 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>. Acesso em: 3 ago. 2019.

WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *In: Michigan Journal of International Law*. Vol. 30, 2009. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao artigo 14. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.