



WHITE PAPER

Novembro 2020

Novidades de FCPA para a América Latina

O *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) é uma lei federal dos Estados Unidos da América (“EUA”) aprovada no final dos anos 70, que proíbe empresas e indivíduos de pagar, direta ou indiretamente, propina a funcionários públicos de governos estrangeiros (ou seja, não americanos) para obter novos negócios ou manter negócios existentes. O FCPA também exige que empresas com valores mobiliários listados em bolsas nos EUA mantenham livros e registros contábeis atualizados e precisos, bem como implementem controles contábeis internos adequados. Ao Departamento de Justiça (*U.S. Department of Justice* - “DOJ”) compete aplicar o FCPA no âmbito criminal e à Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission* - “SEC”) compete a sua aplicação no âmbito cível. Este *White Paper* aborda: (1) relevantes atualizações recentes ao *FCPA Resource Guide* elaborado pelo DOJ e pela SEC; (2) recente aplicação do FCPA a eventos ocorridos na América Latina; e (3) *takeaways* para empresas com operações na América Latina.

O FCPA RESOURCE GUIDE

Em 2012, o DOJ e a SEC publicaram o *FCPA Resource Guide* para fornecer informações sobre como essas duas autoridades interpretam e aplicam a lei. O *FCPA Resource Guide* não é vinculante, porém é importante para entender as perspectivas daquelas duas autoridades.

Em 3 de julho de 2020, o DOJ e a SEC publicaram a segunda edição do *FCPA Resource Guide*. Esta segunda edição reflete as atualizações das políticas para a aplicação da lei pelo governo e decisões judiciais recentes, assim como oferece orientações adicionais sobre como o DOJ e a SEC avaliam os programas de *compliance* de empresas e tomam decisões sobre o oferecimento de denúncias ou ajuizamento de ações. Assim como a edição anterior, a segunda edição é uma ferramenta importante para entender o ponto de vista atual dessas duas autoridades e antecipar, mitigar e/ou remediar riscos que empresas multinacionais enfrentam ao fazer negócios na América Latina.

Após o lançamento da segunda edição do *FCPA Resource Guide*, o Jones Day escreveu um [artigo](#) descrevendo as suas principais novidades. Sem qualquer intuito de resumir o *FCPA Resource Guide*, este *White Paper* foca em alguns tópicos especialmente pertinentes para aqueles fazendo negócios na América Latina. Ao concluir, discutimos alguns acontecimentos e medidas tomadas pelas autoridades desde a publicação da segunda edição do *FCPA Resource Guide*.

“Instrumentalidade” de um Governo Estrangeiro

O FCPA torna ilegal oferecer qualquer coisa de valor a um “agente público estrangeiro” (ou seja, não americano) para obter novos negócios ou manter negócios existentes. A lei define amplamente a expressão “agente público estrangeiro”, incluindo “qualquer dirigente ou funcionário do governo estrangeiro ou de sua instrumentalidade.” Contudo, dessa definição surge a seguinte pergunta: o que é uma “instrumentalidade” de um governo estrangeiro?

O *FCPA Resource Guide* adota a definição de “instrumentalidade” contida na decisão do Tribunal de Apelações dos EUA para o Décimo Primeiro Circuito no caso *Estados Unidos v. Esquenazi*. Nesse caso, os réus foram acusados de subornar funcionários de uma empresa de telecomunicações haitiana. Os réus argumentaram que aquela empresa não

era uma “instrumentalidade” do governo haitiano porque não desempenhava função governamental básica. A primeira instância rejeitou esse argumento e a decisão foi confirmada pelo Décimo Primeiro Circuito. O Décimo Primeiro Circuito decidiu que uma “instrumentalidade” inclui “entidade controlada pelo governo de um país estrangeiro que desempenha uma função que o governo que a controla trata como sua.” O tribunal descreveu isso como uma “questão fática” e identificou vários fatores para se determinar se há “controle” governamental e se a função é uma “que o governo trata como sua”.

Ainda que se tome como base a explicação do *FCPA Resource Guide*, o termo “instrumentalidade” é técnico e de difícil aplicação. Diferente dos EUA, muitos países—incluindo os da América Latina—operam bastante por meio de entidades estatais ou controladas pelo Estado, como nos setores de defesa, bancário e financeiro, saúde, petróleo e gás, energia, telecomunicações e transporte. Ao explicar o significado de “instrumentalidade”, o *FCPA Resource Guide* faz referência a um exemplo em que uma empresa de engenharia suíça pagou propina a funcionários de uma comissão de eletricidade detida e controlada pelo governo mexicano. O caso foi resolvido por meio de um acordo através do qual a empresa concordou em pagar mais de US\$ 58 milhões ao governo dos EUA.

Conspiração e Responsabilidade do Cúmplice

Os dispositivos anticorrupção do FCPA se aplicam apenas a certos grupos de pessoas, com base em suas relações com os EUA. Esses grupos incluem, por exemplo, cidadãos dos EUA, empresas dos EUA ou empresas estrangeiras listadas em bolsas de valores dos EUA (incluindo emissores de Recibos de Depósito de Ações Americanas – ADR negociados em bolsa), estejam eles agindo dentro ou fora dos EUA. Incluem-se, também, empresas e cidadãos não americanos que cometam atos proibidos ao estarem de passagem pelos EUA. No *FCPA Resource Guide*, o DOJ e a SEC fornecem apenas um único exemplo a esse respeito: “um cidadão estrangeiro que participa de uma reunião nos EUA para tratar de um esquema de corrupção estrangeiro pode ser processado criminalmente”.

Além disso, atos ou ações ocorridos dentro dos EUA podem estabelecer a competência daquele país em relação ao FCPA. Isso ocorre, por exemplo, ao se pagar, a agente público não americano, uma viagem de luxo aos EUA com todas as despesas pagas com o intuito de corromper esse

agente público. O DOJ interpreta agressivamente o FCPA no sentido de aplica-lo, até mesmo, àqueles que deram causa ao ato praticado dentro dos EUA, como na situação em que alguém dá causa a pagamentos indevidos feitos de uma conta bancária originária dos EUA para a conta de um agente público estrangeiro fora do EUA. Em razão do papel desempenhado pelos bancos dos EUA no sistema financeiro global, e pelos provedores de serviços de Internet dos EUA na infraestrutura global da Internet, uma pessoa localizada fora dos EUA pode facilmente fazer uma transação financeira ou enviar uma comunicação eletrônica que passe, pelo menos em parte, pelos EUA—o que, na visão do DOJ, sujeita diretamente essa pessoa às normas do FCPA.

Se um indivíduo não americano não estiver diretamente sujeito às normas de FCPA, esse indivíduo ainda pode ser responsabilizado com base em teoria segundo a qual o indivíduo conspirou com (ou auxiliou e incitou) outra pessoa diretamente sujeita ao FCPA? Os tribunais dos EUA discordaram sobre essa questão. No caso *Estados Unidos v. Hoskins*, o Tribunal de Apelações dos EUA para o Segundo Circuito decidiu, em 2018, que um cidadão estrangeiro que (1) não é agente, diretor executivo, diretor, funcionário ou acionista de um emissor ou de um “indivíduo/entidade doméstico” (ou “*domestic concern*”) dos EUA¹, e (2) age fora dos EUA, não pode ser responsabilizado por conspirar para violar o FCPA ou auxiliar e incitar violações ao FCPA. Na época, o Jones Day publicou um [artigo](#), em espanhol, sobre essa decisão e suas implicações. No entanto, no ano passado, uma corte de primeira instância de Chicago chegou à conclusão oposta. No *FCPA Resource Guide*, o DOJ e a SEC expressam a mesma visão ampla dessa corte de primeira instância: que as doutrinas de conspiração e responsabilidade do cúmplice podem estender o alcance do FCPA a empresas e indivíduos não americanos, mesmo que eles não tomem qualquer medida em prol do ato de corrupção enquanto nos EUA—exceto nas cortes de primeira instância do Segundo Circuito.

Para ilustrar a importância dessas doutrinas, seis indivíduos recentemente admitiram ser culpados nos EUA no que se refere a um esquema envolvendo empresa de asfalto dos EUA, a Sargeant Marine Inc. Essa empresa admitiu ter pago subornos a agentes públicos no Brasil, Venezuela e

Equador. Desses seis indivíduos, metade eram estrangeiros—including brasileiros e venezuelanos (dos quais um também era cidadão naturalizado americano) que trabalhavam como representantes da empresa de asfalto, bem como um agente público venezuelano que recebia propina. O DOJ acusou os representantes da empresa de conspirarem para violar o FCPA, e o oficial estrangeiro de conspirar para lavar dinheiro relacionado à violação ao FCPA.

Defesa da “Lei Local”

O FCPA não pune o acusado quando houver prova de que o pagamento ao agente público estrangeiro era “lícito de acordo com as leis e os regulamentos escritos” do país estrangeiro. Porém, fica a pergunta: Há a possibilidade de exercer a defesa de “lei local” quando as “leis e os regulamentos escritos” do país em questão são omissos em relação a pagamentos indevidos a agentes públicos? A resposta parece ser “não”. Nesse sentido, o *FCPA Resource Guide* dá o exemplo de um caso recente em um tribunal federal da cidade de Nova Iorque. No caso *Estados Unidos v. Ng Lap Seng*, o réu foi acusado de participar em um esquema para subornar dois embaixadores das Nações Unidas. O réu alegou que deveria ser absolvido se as leis escritas de Antígua e da República Dominicana não tornassem os pagamentos ilícitos. O juiz discordou, decidindo que a defesa da “lei local” se aplica apenas quando as leis escritas demonstrarem expressamente a licitude dos atos do réu.

Em termos práticos, a defesa da “lei local”—embora exista no papel—é de pouca utilidade. Existem poucas leis locais ou quase nenhuma que expressamente permitam a prática de corrupção. Pelo contrário, a América Latina tem visto um aumento nos regimes de aplicação das leis anticorrupção. O Jones Day já escreveu sobre esses desenvolvimentos no [Brasil, Peru e Argentina](#), bem como no [México](#).

“Marcos” de um Programa de Compliance Eficaz

Ao decidir se tomarão medidas contra uma empresa por violações ao FCPA, o DOJ e a SEC avaliam sistematicamente a eficácia do programa de *compliance* anticorrupção de uma empresa. O programa de *compliance* eficaz também aumenta as chances de uma empresa poder agir rapidamente—como iniciar tempestivamente uma investigação interna, reparar

1 Este conceito vai além da mera nacionalidade norte-americana ou residência nos EUA e requer uma análise jurisprudencial. Nesse sentido, por exemplo, é possível que uma pessoa jurídica estrangeira (ou não americana) possa ser considerada um “*U.S. domestic concern*” e sujeitar-se ao FCPA.

e (após avaliação cuidadosa) informar tempestivamente o governo—que constituem fatores separados da política do DOJ pesando contra processar uma empresa. Programas como esses em empresas multinacionais geralmente levam em conta a possível aplicação do FCPA e as leis anticorrupção de outros países. O *compliance* anticorrupção é uma área altamente técnica; e um programa de *compliance* mal feito, implementado de forma equivocada, com recursos inadequados, ou que seja ineficaz por qualquer outra razão, corre o risco de causar mais prejuízos do que benefícios.

A primeira edição do *FCPA Resource Guide* trouxe dez “marcos” de um programa de *compliance* eficaz. A segunda edição adiciona um décimo primeiro marco: a “Investigação, Análise e Remediação da Má Conduta” pela empresa, que se baseia em elementos já existentes nos demais marcos. Conforme o *FCPA Resource Guide*, “a forma mais verdadeira de saber a eficácia de um programa de *compliance* se dá através de como é a sua resposta à má conduta.” A nova edição é baseada na revisão de outro documento do DOJ (i.e., “Avaliação de Programas de *Compliance* Corporativo” ou *Evaluation of Corporate Compliance Programs*) ocorrida em junho de 2020. A alteração destaca a importância de investigações internas independentes e eficazes, bem como o uso de “lições aprendidas” para melhorar o programa de *compliance* da empresa.

Conforme mencionado em [artigo](#) anterior do Jones Day, os recentes regimes anticorrupção na América Latina, como os do Peru e da Argentina, incluem defesa contra a responsabilização da pessoa jurídica quando a companhia tem um programa de *compliance* adequado. Com base nestas leis, os países emitiram ou estão emitindo regulamentos identificando os seus próprios marcos de *compliance*, com semelhanças em relação aos padrões do DOJ e da SEC. No final de 2018, por exemplo, a autoridade anticorrupção da Argentina aprovou diretrizes sobre a implementação de programas de *compliance*; anteriormente, em 2015, o Presidente do Brasil assinou um decreto estabelecendo parâmetros para um programa de *compliance*, que é utilizado por autoridades brasileiras na imposição de multas ou celebração de acordos de leniência nos termos da Lei Anticorrupção de 2013. As empresas precisam conhecer os marcos do DOJ e da SEC na medida em que eles se tornam um padrão para toda a região.

RECENTES ACONTECIMENTOS NA AMÉRICA LATINA

O DOJ e a SEC continuam tomando medidas com base no FCPA em relação a condutas na América Latina. Estas autoridades também estão cooperando cada vez mais com as autoridades anticorrupção da região e, como sinal deste aumento na coordenação e cooperação, fazendo acordos conjuntos com autoridades estrangeiras. Em setembro, a empresa de asfalto mencionada acima, Sargeant Marine, se declarou culpada de conspirar para violar o FCPA em uma corte federal de Nova Iorque, concordando em pagar uma pena de multa de mais de US\$ 16 milhões. No dia seguinte após a confissão de culpa, um funcionário do alto escalão do DOJ responsável pela aplicação do FCPA fez um discurso no qual enfatizou a cooperação entre o DOJ e seus parceiros internacionais, especificamente mencionando o Brasil. Ainda em setembro, na mesma corte federal, o DOJ tornou públicas acusações contra o ex-gerente de uma empresa de *trading* de petróleo, com base em alegações de que ele teria pago propina a funcionários equatorianos em troca de um contrato de petróleo de US\$ 300 milhões.

Em agosto, o DOJ emitiu um documento informando que não iria processar uma empresa de financiamento ao consumidor, a World Acceptance Corporation, apesar de o DOJ ter concluído que a subsidiária mexicana daquela empresa pagou mais de US\$ 4 milhões a terceiros, valor este parcialmente utilizado para subornar sindicatos mexicanos e agentes públicos em troca de contratos de empréstimos a membros do sindicato. A empresa fez um acordo separado com a SEC, por meio do qual concordou em pagar mais de US\$ 20 milhões. A decisão do DOJ de não processar a empresa foi baseada na prestação imediata de informações sobre a má conduta pela empresa, a cooperação da empresa, as medidas tomadas pela empresa no que se refere à remediação e a concordância em pagar os ganhos auferidos indevidamente, além de outros fatores. De acordo com a Política de Aplicação Corporativa do DOJ (ou “*Corporate Enforcement Policy*”), quando uma empresa voluntariamente presta informações sobre uma má conduta, coopera integralmente e toma medidas para remediar a conduta de forma apropriada e tempestiva, há uma presunção de que o DOJ não processará a empresa desde que inexista circunstâncias agravantes. A situação descrita acima trata-se da mais recente aplicação desta política e demonstra o possível valor de uma decisão proativa de cooperar integralmente.

Finalmente, na área do FCPA—ao contrário de outras áreas do direito penal dos EUA—, existe um procedimento que permite a uma empresa pedir a opinião do DOJ sobre a legalidade de uma ação futura. Os pareceres emitidos pelo DOJ como parte desse processo, denominados “publicações do procedimento de pareceres” (ou “*opinion procedure releases*”), são tornados públicos. Em agosto de 2020, o DOJ divulgou o primeiro parecer desta natureza em seis anos. Esse é um lembrete para as empresas de que podem obter tais pareceres, embora isso nem sempre seja aconselhável.

TAKEAWAYS PARA EMPRESAS COM OPERAÇÕES NA AMÉRICA LATINA

Conforme pode se ver das atualizações ao *FCPA Resource Guide* e recentes medidas tomadas pelo DOJ e SEC, o FCPA é amplamente aplicado a empresas e indivíduos dos EUA e de

outros países. O DOJ e a SEC adotam postura agressiva em relação ao alcance do FCPA, como, por exemplo, através da definição de “instrumentalidade” de um governo estrangeiro, do conceito de dar causa a atos praticados dentro dos EUA e das doutrinas de conspiração, auxílio e incitação. As medidas tomadas recentemente demonstram, também, que, cada vez mais, as autoridades dos EUA continuam atuando em estreita cooperação com suas contrapartes estrangeiras na América Latina, para conduzir investigações coordenadas e aumentar as chances de realizar ações bem-sucedidas que resultem em grandes recuperações de ativos. A compreensão das perspectivas atuais do DOJ e da SEC é importante para assegurar a existência de um programa de *compliance* eficaz, conduzir uma investigação interna exaustiva com relação a qualquer irregularidade que possa ter ocorrido e responder prontamente a investigações das autoridades. Igualmente, é importante ter a assessoria de advogados experientes em questões de FCPA.

CONTATOS

Autores

Robert S. Huie

San Diego

+1.858.314.1123

rhue@jonesday.com

Samir Kaushik

Dallas

+1.214.969.5092

skaushik@jonesday.com

Cristina Pérez Soto

Miami

+1.305.714.9733

cperezsoto@jonesday.com

Luis Riesgo

São Paulo

+55.11.3018.3939

lriesgo@jonesday.com

Eric Snyder

Nova Iorque

+1.212.326.3435

esnyder@jonesday.com

Emmanuel E. Ubiñas

Dallas

+1.214.969.3670

eeubinas@jonesday.com

Contatos Adicionais

Theodore T. Chung

Chicago

+1.312.269.4234

tchung@jonesday.com

Karen P. Hewitt

San Diego

+1.858.314.1119

kphewitt@jonesday.com

Henry Klehm III

Nova Iorque

+1.212.326.3706

hklehm@jonesday.com

Hank Bond Walther

Washington

+1.202.879.3432

hwalth@jonesday.com

David J. DiMeglio

Los Angeles

+1.213.243.2551

djdimeglio@jonesday.com

José Bonilla

Madrid

+34.91.520.3907

jbonilla@jonesday.com

Guillermo E. Larrea

Cidade do México

+52.55.3000.4064

glarrea@jonesday.com

Bertha Ordaz-Avilés

Cidade do México

+52.55.3000.4018

bordaz@jonesday.com

Neal J. Stephens

Silicon Valley

+1.650.687.4135

nstephens@jonesday.com

Fernando F. Pastore e Ephraim D. Abreu auxiliaram na elaboração deste White Paper.

Jones Day publications should not be construed as legal advice on any specific facts or circumstances. The contents are intended for general information purposes only and may not be quoted or referred to in any other publication or proceeding without the prior written consent of the Firm, to be given or withheld at our discretion. To request reprint permission for any of our publications, please use our "Contact Us" form, which can be found on our website at www.jonesday.com. The mailing of this publication is not intended to create, and receipt of it does not constitute, an attorney-client relationship. The views set forth herein are the personal views of the authors and do not necessarily reflect those of the Firm.