

Por Edmo Colnaghi Neves (*)

O DOJ, Departamento de Justiça norte-americano, vem investigando e aplicando multas altíssimas ao longo das últimas duas décadas às empresas que de alguma forma estejam sujeitas ao FCPA - *Foreign Corruption Practice Act* e venham a violar este diploma legal, praticando atos de corrupção no exterior.

As penalidades aplicadas às empresas têm sido de centenas de milhões de dólares, dentre outras sanções e abrangem as pessoas jurídicas que por um motivo ou outro tenham que se subordinar a esta norma e os motivos são variados, não se limitando às empresas norte-americanas, mas incluindo também as empresas que estejam inscritas na Bolsa de Nova York ou atuem em território norte-americano, dentre outros motivos.

Há alguns meses, a Procuradora Geral do DOJ, Sally Yates, emitiu um Memorando demonstrando as novas tendências do órgão, que passou a ser conhecido como o Memorando Yates, cujo objeto é a responsabilidade dos indivíduos por ilícitos praticados no âmbito das negociações das empresas, estabelecendo um novo foco das investigações e punições: os executivos e demais funcionários que praticarem ou participarem de referidos ilícitos nas empresas.

Assim como o advento da Lei Brasileira Anticorrupção, ou da empresa limpa, decorreu de várias influências, fazendo aqui uma breve interpretação histórica, como, por exemplo, do estabelecimento do comprometimento do Brasil com algumas iniciativas da OCDE, da mesma forma é possível que no futuro estas novas diretrizes estabelecidas no Memorando Yates venham ter repercussão aqui. Vale lembrar que a própria Lei Anticorrupção, ao estabelecer a responsabilidade objetiva das empresas, ressalva, em um de seus parágrafos, a responsabilidade subjetiva dos administradores, sem entrar em maiores detalhes, no entanto.

O Memorando inicia ressaltando o que já é de conhecimento cediço que as corporações são ficções jurídicas, que ali quem comete os ilícitos são alguns indivíduos que têm autonomia e livre arbítrio para cometer os ilícitos e, assim sendo, nada mais eficaz que direcionar as investigações e as punições aos indivíduos.

Ressalta, no entanto, que o desafio é enorme, haja vista que nas grandes empresas as decisões muitas vezes são tomadas em vários níveis hierárquicos, cada qual com uma parcela de culpa e que o conhecimento do ilícito também, por vezes, é difuso e as provas que podem servir de base para punições são reproduzidas em milhares de documentos que precisam ser analisados cuidadosamente para reconstruir os fatos, além do aspecto de existirem várias restrições legais para se ter acesso a tais documentos.

O fato é que o DOJ estabeleceu uma força tarefa, incluindo procuradores com especialidade tanto em matéria civil quanto procuradores com especialidade em matéria penal para, atuando conjuntamente e com constante troca de informações, fazer frente a este desafio de persecução dos indivíduos das empresas que cometam os ilícitos relativos à corrupção.

O Memorando deixa claro que as empresas que não se dispuserem a revelar tais informações, criando restrições sobre dados de altos executivos ou executivos com muito tempo de casa ou qualquer outro tipo de limitação de informações sobre as pessoas, não irão obter o acordo que buscam perante o DOJ e assim sendo não terão os benefícios respectivos.

Defende-se que tais novas diretrizes tem, dentre outros benefícios, o desenvolvimento dos Programas de Compliance das empresas, na medida em que os Programas bem sucedidos são aqueles em que o tom da liderança é forte, evidente e claro e a persecução dos indivíduos vai estimular estas iniciativas dos profissionais que lideram as empresas.

Em Novembro de 2012 o DOJ e a SEC (Exchange Comission) já haviam publicado um guia sobre o FCPA, estabelecendo detalhes de um Programa de Compliance efetivo, em que já se ressaltava que em uma organização de negócios, o Compliance começa com o Conselho de Administração e a Diretoria estabelecendo o tom apropriado para os demais níveis de decisão da empresa.

O Memorando ressalta seis princípios fundamentais para reforçar a investigação dos indivíduos pelo DOJ: 1. Para que a empresa seja elegível aos benefícios de um acordo, deve identificar todos os indivíduos envolvidos, independentemente da sua posição; 2.a investigação civil e criminal deve ter foco nos indivíduos desde o início. 3 Deve haver a comunicação contínua entre os procuradores civis e criminais durante a investigação.

Os demais Princípios estabelecem que: 4. Ressalvadas circunstâncias extraordinárias, o DOJ não vai isentar os indivíduos de penalidades civis e criminais quando resolver a questão com a empresa. 5. As questões envolvendo as empresas não poderão ser concluídas sem que haja um plano estabelecido sobre as sanções aos indivíduos e 6. Os procuradores civis devem ter um foco consistente nas empresas e nos indivíduos e avaliar a capacidade deles de pagar as multas e indenizações.

Certamente a legislação brasileira já apresentava institutos para tratar da responsabilidade dos administradores e respectivas penalidades antes do advento da Lei Anticorrupção, como se vê na Lei das Sociedades Anônimas e no Código Penal, por exemplo, mas com aquela o tema veio a ser reforçado e ampliado, porém não é somente disto que estamos tratando aqui.

Tais diretrizes do Memorando podem afetar diretamente as empresas brasileiras que atuem em território norte-americano, que estejam inscritas na Bolsa de Nova York ou que por vários outros motivos estejam diretamente vinculadas ao FCPA, como a realização de negócios com bancos norte-americanos, por exemplo.

O Memorando não só estabelece novas diretrizes, como também altera de modo prático a postura das investigações e o posicionamento nos acordos com o DOJ. Ressalte-se por fim que tais diretrizes e posturas podem futuramente influenciar as normas e as investigações de modo prático no país, como ocorreu com o comprometimento estabelecido no passado com as políticas da OCDE.

(*) **Edmo Colnaghi Neves** é Mestre e Doutor em Direito do Estado.

Fonte: [LEC](#), em 04.03.2016.