

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRENO MENEZES COELHO CINTRA

Impactos da Lei Anticorrupção em operações de M&A

Rio de Janeiro, novembro de 2017

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRENO MENEZES COELHO CINTRA

Impactos da Lei Anticorrupção em operações de M&A

Trabalho de conclusão de curso sob orientação do professor Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, novembro de 2017

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Impactos da Lei Anticorrupção em operações de M&A

Elaborado por BRENO MENEZES COELHO CINTRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Nome do Examinador 1: Thiago Bottino do Amaral

Nome do Examinador 2: Eduardo Ferreira Jordão

Assinaturas:

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Thiago Bottino do Amaral

Eduardo Ferreira Jordão

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2017

Às minhas avós pelo amor e apoio constantes e incondicionais,

Aos meus pais, por sua dedicação e por serem os melhores exemplos que um filho poderia ter,

À minha irmã, por sempre me fazer buscar o porquê das coisas,

Ao meu orientador por todo o auxílio e paciência, e

Aos meus amigos e amigas, que formaram verdadeiros comitês para me ajudar, sempre me dando forças para prosseguir com muita ousadia e alegria, meu muito obrigado.

RESUMO

Nos últimos anos o mundo passou a observar o crescimento da preocupação com atos de corrupção, não só realizados em plano nacional, mas também em um contexto internacional. Para se adequar à crescente importância do combate a essas práticas ilegais, diversos países ao redor do globo resolveram editar suas próprias normas anticorrupção. O precursor dessas novas normatizações foi o *Foreign Corrupt Practices Act*, dos Estados Unidos, cujo principal objetivo era impedir e punir práticas corruptas envolvendo governos e oficiais estrangeiros.

O Brasil, seguindo o mesmo movimento, criou seu sistema de promoção de práticas de *compliance* e anticorrupção por meio da Lei nº 12.846, de 2013. A aprovação dessa lei ocorreu em um contexto de clamor popular contra a impunidade percebida em diversos escândalos recentes. O resultado foi uma lei que, embora represente um marco importante no país, apresenta diversas falhas e lacunas que podem comprometer sua aplicação.

Tão importante quanto a própria existência da legislação é o estabelecimento de mecanismos de cooperação entre o Poder Público e o ente privado, para que juntos possam atingir o objetivo proposto pela Lei. Porém, para que essa cooperação aconteça é necessário que esses mecanismos sejam eficientes e os incentivos sejam adequados.

As operações de Fusões e Aquisições costumam dispor de mecanismos contratuais capazes de realizar a alocação de risco entre as partes. Para que essa alocação seja feita de forma eficiente é necessário que a lei disponha dos mecanismos legais adequados para o tratamento do risco em todas as fases das operações societárias. A ausência desses instrumentos pode desestimular a realização desse tipo de operação, gerando impactos importantes na economia.

O objetivo desse trabalho é analisar como a Lei Anticorrupção do Brasil optou por lidar com esses mecanismos de alocação de risco e os impactos dessa escolha nas operações de M&A, realizando uma comparação entre o modelo brasileiro e o modelo americano.

PALAVRAS CHAVE: Corrupção, Fusões e Aquisições, *Compliance*, Alocação de Risco, Mecanismos de Cooperação.

ABSTRACT

In the past few years the world watched the increasing concern regarding corruption acts., not only those performed in the domestic scenario, but also in an international context. In order to comply with this growing importance of fighting these illegal practices, several countries, all around the globe, decided to create their own anticorruption rules. The precursor of these new rules was the Foreign Corrupt Practices Act, from the United States, which main goal was to prevent and punish corrupt practices involving foreign governments and officials.

Brazil, also following this move, created its own system to promote compliance and anticorruption practices by means of Law No. 12,846, of 2013. The approval of this law occurred in a context of popular claims against the impunity perceived on several recent corruption scandals. The result was a law that, nevertheless represent an important step in the country, presents several flaws and gaps which may compromise its applicability.

As important as the bare existence of the legislation is the establishment of cooperation mechanisms between the Public Authority and the private actor, so they can achieve the goal proposed by the Law together. However, in order for this cooperation to happen it is necessary that these mechanisms are efficient and the incentives are adequate.

Mergers and Acquisitions operations usually have contractual mechanisms capable of performing risk allocation between the parties. For that allocation to happen efficiently is it necessary that the law makes available the proper legal instruments for risk treatment in all the stages of these corporate operations. The absence of these mechanisms may discourage this kind of operation, generating important impacts in the economy

The goal of this paper is to analyze how Brazil's Anticorruption Law chose to deal with these risk allocation mechanisms and the impact of this choice in M&A operations, performing a comparison between the Brazilian and American models.

KEYWORDS: Corruption, Mergers and Acquisitions, Compliance, Risk Allocation, Cooperation Mechanisms.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	8
2. ALOCAÇÃO DE RISCO EM OPERAÇÕES DE M&A	9
2.1. Conceitos Introdutórios	9
2.2. Mecanismos Contratuais de Previsão e Alocação de Risco	11
2.2.1. Due Diligence	11
2.2.2. Declarações e Garantias	12
3. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT	14
3.1. Primeira Norma de Combate à Corrupção Internacional	14
3.2. Jurisdição e Condutas Proibidas	15
3.3. Responsabilidade do Sucessor	16
3.4. Mecanismos de Cooperação	17
3.4.1. FCPA Opinion	18
3.4.2. Non-Prosecution Agreements e Deferred Prosecution Agreements	19
3.5. Análise de Caso: Halliburton Opinion	23
3.6. Análise de Caso: General Cable Corporation	24
4. CENÁRIO BRASILEIRO: LEI 12.846/13	26
4.1. Contexto de elaboração	26
4.2. Principais Previsões e Críticas	27
4.3. Responsabilidade do Sucessor	31
4.4. Mecanismo de Cooperação: Acordo de Leniência	33
5. INSUFICIÊNCIA DO ACORDO DE LENIÊNCIA E NECESSIDADE DE INCENTIVOS ADEQUADOS	35
5.1. Importância Econômica do Combate à Corrupção	35
5.2. Necessidade de Mecanismos e Incentivos Adequados	36
5.3. Riscos de Critérios Amplos de Competência	39
5.4. Impactos da Lei Anticorrupção em Operações de M&A	40
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
7. REFERÊNCIAS	43

1. INTRODUÇÃO

Operações de reestruturação societária costumam lidar com diversas demandas de diferentes campos do direito. Em operações de fusões e aquisições, espécies mais comuns de reestruturação, a sociedade incorporadora, ou resultante da fusão será, em regra, sucessora universal das obrigações da outra sociedade. Obviamente, as responsabilidades por tais passivos podem ser acordadas e o risco pode ser alocado contratualmente, através de Declarações e Garantias ou deduções no preço pago, por exemplo.

O tratamento de alguns riscos, porém, não é de tão fácil definição, seja por desconhecimento de tal risco no momento de fechamento da operação, extensão de responsabilidades impostas pela lei, ou pela própria característica do risco.

Nos últimos anos, o mundo inteiro tem seus olhares voltados para um risco que até pouco tempo era praticamente desprezado, riscos envolvendo corrupção e *compliance*. Esforços globais tem sido realizados para impedir tais práticas ilegais e na tentativa de coibir tais atos, diversos países tem editado diplomas legais que visam punir ações consideradas como corruptas ou que desrespeitem as normas de *compliance*, os dois conceitos estão intimamente ligados.

O precursor dessas normas foi o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lei federal dos Estados Unidos editada em 1977 que inicialmente tinha como uma de suas principais preocupações o pagamento de propinas a oficiais estrangeiros, fenômeno que se alastrou junto com a globalização dos investimentos e das atividades empresariais.

Na realidade brasileira, a lei que trata do assunto é a lei 12.846/2013. Editada em um contexto de manifestações através do país inteiro, o que resultou em um texto mais expansivo, tinha como ideal coibir a corrupção ocorrendo no país. Devido a sua característica extremamente recente, não existe um bom número de casos para a análise de aplicação de penalidades decorrentes da violação dessa lei em situações de operações de fusões e aquisições, diferente do FCPA, que já é aplicado desde a década de setenta.

Apesar da lei brasileira ter sido mais extensivamente regulada pelo Decreto 8.420/15 ainda existem diversas dúvidas e lacunas sobre a aplicação dessas normas e de que forma podem afetar a assunção de risco e a responsabilidade do sucessor. Parte relevante desse trabalho tratará de uma análise da legislação

brasileira em comparação com o FCPA, além de um estudo de caso sobre a aplicação do FCPA pelo *Department of Justice* (DOJ) e pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgãos responsáveis pela fiscalização de atos suspeitos de corrupção.

Voltando ao âmbito societário, em um contexto de operações de M&A, a sociedade compradora normalmente realiza um procedimento de *Due Diligence* para estudar a situação da empresa alvo e entender possíveis responsabilidades e riscos que possa assumir em uma operação desse tipo. Ao contrário de passivos com credores, dívidas fiscais ou trabalhistas, riscos de *compliance* exigem um trabalho diferente, por sua própria característica são muito bem escondidos, apenas os envolvidos normalmente tem conhecimento e nunca estão dispostos a revelar seus crimes para o mundo. Portanto, por mais que se realize um processo de *Due Diligence* específica de *compliance*, alguns passivos podem não ser identificados.

A questão que surge, portanto, é qual é a extensão desses riscos. Normalmente a alocação de riscos em operações societárias é resolvida contratualmente, mas em caso de riscos desconhecidos esse tratamento é mais difícil. Em situações em que a lei estende a responsabilidade das sucessoras, do grupo econômico ou de partes relacionadas, até onde essa responsabilidade deve ir e como tratar e se prevenir de tais riscos em operações societárias? Quando os mecanismos contratuais encontrarem obstáculos na lei, como tal regulação possibilita as partes mitigarem tais riscos? Essas são algumas questões que norteiam o presente trabalho.

2. ALOCAÇÃO DE RISCO EM OPERAÇÕES DE M&A

2.1. Conceitos Introdutórios

Antes de iniciar a análise sobre as formas de limitar as responsabilidades de *compliance* utilizando mecanismos contratuais, se faz necessária a exposição de conceitos básicos sobre operações de M&A que serão utilizados no decorrer do presente trabalho.

M&A é a uma sigla referente à expressão em inglês *Mergers and Acquisitions*, ou Fusões e Aquisições, em português. Tal expressão serve como termo geral de operações societárias envolvendo reorganização ou consolidação de companhias como, por exemplo, fusões, incorporações, cisões, compra e venda de ativos,

alienação de blocos de ações, entre outras. Para a análise do tema deste trabalho, as operações que acarretam em sucessão universal terão um papel de destaque já que representam riscos maiores de responsabilização do sucessor por passivos de *compliance*.

Cada operação de M&A apresenta suas próprias características e individualidades, mas em regra seguem um mesmo processo geral, podendo variar dependendo das especificidades do negócio. Após a concepção do projeto é realizado o contato entre partes, geralmente envolvendo um Memorando de Entendimentos (*Memorandum of Understandings* – MOU) ou Carta de Intenções (*Letter of Intent* – LOI), tais documentos definem o contexto geral e uma proposta para o procedimento da operação, que será melhor definido em momentos posteriores. Além disso, costumam apresentar caráter não vinculante e cláusulas de confidencialidade sobre seu conteúdo.

A etapa seguinte consiste nos processos de negociação dos termos da operação, contando com a realização de *Due Diligence* (Auditoria jurídica) e a elaboração dos documentos que serão posteriormente assinados pelas partes. A *Due Diligence* será mais profundamente analisada no tópico seguinte. Uma vez que os documentos finais sejam aprovados por ambas as partes, entra-se na fase de assinatura (*Signing*) e posteriormente na fase de fechamento da operação (*Closing*). Essas últimas duas etapas podem ser realizadas concomitantemente ou separadas por determinado período para que certas condições presentes nos documentos finais sejam cumpridas¹.

Essa divisão em etapas também tem extrema relevância para a análise de risco e a alocação deste entre as partes do contrato. Em regra existem três momentos relevantes para a aplicação do risco, (i) o período anterior ao fechamento dos termos da operação, representado pelo *Signing* (ii) durante o período de *Closing*, sendo esse entendido como o termo entre o *Signing* e o *Closing* e (iii) após o *Closing*. Os mecanismos contratuais de alocação de risco são responsáveis pela transferência de risco entre as partes em cada uma dessas etapas, diferentes mecanismos podem ser usados para as diferentes situações, dependendo em que estágio se encontra a operação.

¹LOPEZ, Eric. Private M&A Transaction Process. 2015. Disponível em: <https://www.themalawyer.com/private-ma-transaction-process/>. Acesso em 4 de novembro de 2017.

Feitas essas considerações sobre o conceito e procedimento de operações de M&A, parte-se agora para a análise dos mecanismos de prevenção e atribuição de responsabilidade, especificamente de *compliance*.

2.2. Mecanismos Contratuais de Previsão e Alocação de Risco

A principal forma de alocação e prevenção de riscos e responsabilidades em um negócio jurídico é por meio de contrato. Nesse, as partes vão definir as obrigações de cada uma e assim sua exposição, em contratos de M&A não é diferente. Por serem negócios de alta complexidade e normalmente envolvendo inúmeras variáveis, em regra, antes da discussão dos termos definitivos, é realizada uma auditoria jurídica para que haja a identificação dos principais riscos que podem surgir no contexto da operação.

2.2.1. Due Diligence

A *Due Diligence* é a primeira forma de prevenção contra riscos, podendo servir, inclusive, como mitigadora de eventual responsabilização posterior em alguns casos, como será analisado no decorrer deste trabalho. Tal procedimento consiste basicamente na análise dos contratos e documentos da empresa alvo, analisando potenciais riscos e incongruências na sociedade. Cada *Due Diligence* tem seu escopo específico definido em virtude das características da vendedora ou de seus ativos. Uma sociedade que tem como ativo principal um concessão terá um foco maior em uma auditoria de setor regulatório do que uma empresa de varejo, por exemplo. A auditoria é em regra realizada pela compradora ou por empresa especializada contratada especificamente para esse fim. Uma vez em posse dos resultados dessa análise de risco primária, o comprador se encontra em uma posição mais esclarecida para tomar as decisões que virão em sequência.

A prevenção ao risco é configurada a partir do momento em que o comprador possui as informações sobre quais os riscos que podem vir a surgir no decorrer e posteriormente à operação. As informações levantadas durante o processo de *Due Diligence* podem auxiliar na alocação de risco em todas as três etapas mencionadas acima. Com o conhecimento obtido no processo de auditoria as partes conseguem identificar os passivos pré-existentes e os riscos futuros e decidir que parte deve suportar a responsabilidade por cada um desses passivos e riscos. Em relação às questões anteriores ao período do *Closing*, elas são de responsabilidade do

vendedor até que a operação seja fechada e elas se tornem do comprador, no período posterior ao fechamento, em razão da regra de responsabilização do sucessor. Além de ser mecanismo necessário para o levantamento de informações para a celebração de outras formas de alocação de risco, a *Due Diligence* pode também contribuir em um período após o *Closing*, na hipótese de surgimento de um passivo oculto, visto que em muitas legislações ao redor do mundo a realização de uma auditoria completa específica de *compliance* serve como uma forma de mitigar a responsabilidade do sucessor. Obviamente, para que isso ocorra, a legislação aplicável tem que permitir essa possibilidade.

Após a realização da *Due Diligence* o comprador pode optar por prosseguir das seguintes formas, (i) desistir da operação, caso entenda que o risco é desproporcional à vantagem obtida, de forma que a exposição, mesmo sendo definida em contrato, não valeria a pena; (ii) realizar uma dedução do preço de compra, entendendo que o risco em questão é quantificável e dessa forma retém parcela do preço de compra como forma de compensação pela exposição ao risco e futuras penalidades eventuais; (iii) estabelecer Condições Precedentes ao fechamento da operação, tais condições envolveriam ações por parte do vendedor que reduziriam a exposição do comprador; e (iv) fornecer Declarações e Garantias, informações sobre as sociedades e a operação prestadas tanto pelo comprador quanto pelo vendedor. A dedução de preço não será tratada especificamente neste trabalho, visto que não opera como mecanismo de prevenção e atribuição de responsabilidade do ponto de vista jurídico, o risco é apenas quantificado e provisionado. O mesmo ocorre com as Condições Precedentes, que operam apenas como uma cláusula suspensiva dos efeitos do contrato. Entretanto, as Declarações e Garantias serão tratadas especificamente no tópico em sequência.

2.2.2. Declarações e Garantias

O termo Declarações e Garantias vem do inglês *Representations and Warranties* (R&W) e, conforme mencionado acima, consistem basicamente em declarações feitas por ambas as partes no contrato principal da operação. Essas declarações tratam de pressupostos de grande importância para a operação e para o período posterior ao *Closing*, como por exemplo, que o vendedor é o real titular das ações que estão sendo alienadas, que não há passivos de determinado tipo, existência de todos os alvarás necessários, entre outros. A presença dessa

modalidade de previsão contratual é de fundamental importância em operações de M&A, tendo principalmente três funções.

A primeira função é a divulgação de informações relevantes que, muitas vezes, não haviam sido antes reveladas ou descobertas no procedimento de *Due Diligence*. As partes não costumam revelar informações que lhe sejam prejudiciais durante uma negociação, porém com um cláusula de declarações e garantias pode-se pressionar a outra parte a revelar determinado tipo de informação e assim diminuindo a assimetria de informação existente entre as partes, facilitando a percepção e quantificação de eventuais riscos.

A segunda tem relação com a possibilidade de uma das partes encerrar a operação antes do *Closing*. As declarações e garantias são usualmente tratadas como Condições Precedentes, ou seja, para que ocorra o fechamento da operação é necessário que determinadas condições, definidas no contrato, sejam cumpridas. Nesse caso a condição para o *Closing* é de que as declarações sejam verdadeiras e tenham se mantido dessa forma até o momento do fechamento. Caso isso não tenha ocorrido, pode ser possibilitado a outra parte terminar o negócio antes do *Closing*, já que as condições precedentes não foram atendidas.

A terceira, e mais importante para o tema em questão, é a alocação de risco. As cláusulas de declarações e garantias vêm, normalmente, acompanhadas de previsões de direito de indenização em caso de violação do que está disposto na cláusula de R&W. Tal direito funciona como mecanismo de alocação de risco, na medida em que, caso alguma declaração e garantia se revele falsa, ou assim se torne, após o *Closing*, a outra parte tem direito a uma compensação financeira pela quebra da Cláusula R&W. Esse mecanismo existe para que determinados riscos sejam atribuídos às partes que incorreram na sua criação ou que melhor podem lidar com tal exposição. Existindo uma declaração ou garantia de ausência de passivos de *compliance* por parte do vendedor, por exemplo, caso algum passivo desse tipo se manifeste dentro do prazo contratualmente estipulado, o comprador não estaria totalmente exposto ao risco, já que o vendedor teria o dever de indenizá-lo.²

Dessa forma, o mecanismo de Declarações e Garantias é normalmente adequado a riscos que ocorram durante período de *Closing* e após o *Closing*. Na

² LOPEZ, Eric. Intro to M&A Representations and Warranties. 2015. Disponível em: <https://www.themalawyer.com/intro-to-ma-representations-and-warranties/>. Acesso em 4 de novembro de 2017.

hipótese de haver violação de alguma declaração ou garantia prestada no contrato, a indenização prevista por tal falta será o instrumento para que a parte infratora suporte monetariamente a violação ocorrida.

Atualmente, esses mecanismos tem sido usados para suprir a necessidade de alocação de um novo risco cada vez mais presente nas operações de fusões e aquisições, o risco de *compliance*. Ocorre que, apesar de existirem diversas previsões contratuais capazes de alocar os mais diversos riscos, as leis de *compliance* e anticorrupção costumam empregar critérios bastante amplos de responsabilização, inclusive de responsabilidade pelo sucessor em operações de M&A. Dessa forma, se faz necessário, além das previsões e mecanismos contratuais, que as partes tenham conhecimento das leis anticorrupção aplicáveis, suas características e, principalmente, as formas de mitigação de risco. Os capítulos seguintes tratarão da análise legislativa da lei americana e brasileira de forma a entender principalmente seus critérios de responsabilização e formas de mitigação de risco.

3. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

3.1. Primeira Norma de Combate à Corrupção Internacional

O Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”), como mencionado anteriormente, é a legislação norte-americana relativa ao combate à corrupção de oficiais de governos estrangeiros. Editada em 1977, foi o primeiro grande esforço nacional para combater a corrupção internacional, servindo de base para todas as legislações e discussões sobre o tema que surgiram ao longo dos anos posteriores. Além do combate à corrupção internacional, o FCPA também traz disposições sobre o registro da contabilidade de empresas, obrigando-as a fazer e manter registros contábeis precisos, com o objetivo de induzir as sociedades a manter um sistema adequado de controle interno.

Os EUA adotaram um modelo de cooperação entre agências para realizar a aplicação e supervisão do FCPA, as agências escolhidas para exercerem esta jurisdição são o *Department of Justice* (DOJ) e a *Securities and Exchange Commission* (SEC). Isso não significa, porém, que apenas essas duas instituições possam tratar de questões relacionadas à corrupção, existe a possibilidade de auxílio de outros órgãos governamentais, como por exemplo, o *Federal Bureau of*

Investigation (FBI), *Department of Homeland Security* e *Internal Revenue Service* (IRS).

3.2. Jurisdição e Condutas Proibidas

A jurisdição das medidas anticorrupção do FCPA é bastante extensiva. De acordo com a legislação, existem três formas de se estar submetido à jurisdição do FCPA, sendo um emissor, estar contido no critério doméstico, ou então cumprir os requisitos da jurisdição territorial.

É considerado como emissor qualquer companhia com qualquer classe de seus valores mobiliários negociados em bolsas de valores ou no mercado de balcão nos Estados Unidos e obrigada a prestar relatórios periódicos para a SEC. Sendo qualificado como emissora, a sociedade está automaticamente sob a jurisdição do FCPA³.

Já em relação ao critério doméstico, estão abrangidos nesse conceito, e conseqüentemente sob a jurisdição do FCPA, qualquer indivíduo que seja cidadão, nacional ou residente dos Estados Unidos, ou qualquer sociedade, associação, *trust* ou organização organizada sob as leis dos Estados Unidos e seus territórios, assim como aquelas que possuem sede ou conduzam seus negócios em território norte-americano. É importante ressaltar que administradores, diretores, empregados, ou até mesmo sócios atuando em nome da sociedade em questão estão abrangidos nesse critério, incluindo nesse último também sociedades e cidadãos estrangeiros⁴.

Existe também a possibilidade de alguma parte estar sujeita à lei americana em razão da jurisdição territorial prevista na legislação. Em uma reforma do FCPA na década de 90, a lei passou a incluir também a hipótese em que mesmo não sendo um emissor, ou não se adequar ao critério doméstico, o indivíduo, ou pessoa jurídica, que pratique qualquer ato relacionado a uma conduta corruptiva enquanto estiver em território americano estará sujeito a jurisdição da lei americana⁵.

Segundo o FCPA, é considerada conduta ilícita quando qualquer uma das pessoas que se enquadre em um dos três critérios de jurisdição acima mencionados, seus administradores, diretores, empregados ou agentes atuando em nome dessa pessoa, utilizarem de correspondência ou quaisquer meios de comércio

³ UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78dd-1(a), 78l, 78o(d).

⁴ UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78dd-2(h)(1).

⁵ UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78dd-3(f)(1).

interestadual de forma corrupta para realizar ofertas, pagamentos, promessas de pagamento, ou autorização para o pagamento de dinheiro, uma oferta, presente, promessa ou autorização para dar algo de valor para oficiais estrangeiros, partidos políticos ou candidatos estrangeiros, ou qualquer pessoa que tenha conhecimento que aquele valor será usado de forma ilegal. Esse pagamento, oferta ou promessa deve ser feito com o propósito de influenciar qualquer ato ou decisão do seu destinatário, induzir que esse faça ou se omita em violação ao seu dever legal, ou garantir alguma vantagem imprópria, ou ainda, induzir tal destinatário a utilizar sua influência com um governo estrangeiro para afetar algum ato ou decisão do referido governo com o objetivo de obter ou reter negócios⁶.

Alguns dos principais termos trazidos na definição dos ilícitos descritos acima, como, por exemplo, “oficial estrangeiro” e “conhecimento”, estão definidos na própria FCPA⁷. Outros conceitos como “algo de valor” não são definidos textualmente na lei. O *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA Resource Guide”), guia de utilização elaborado pelo DOJ e pela SEC, por sua vez traz explicações e exemplificações de todos esses conceitos, mas é importante ressaltar que mesmo sendo elaborado pelos órgãos de supervisão competentes, o FCPA Resource Guide não tem força normativa, sendo apenas um guia de referência. Portanto, a adequação e abrangência dos demais conceitos não definidos em lei será arguida pelos órgãos supervisores e eventualmente definida pelos tribunais competentes.

3.3. Responsabilidade do Sucessor

Um ponto muito importante de ser destacado relativo ao FCPA, especialmente relevante para o âmbito societário, é a responsabilidade do sucessor. Como regra geral, quando uma sociedade adquire outra ou duas ou mais sociedades se fundem, a entidade resultante se torna responsável por quaisquer passivos da sociedade incorporada ou fundida⁸. O racional por trás dessa regra de sucessão é impedir que as sociedades se eximam de passivos assumidos se utilizando de reorganizações societárias. Os passivos relativos às violações do

⁶ UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78dd-1(a), - 2(a), - 3(a).

⁷ UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78dd-1(f), - 2(h), - 3(f).

⁸ UROFKSY, Philip. *What You Don't Know Can Hurt You: Successor Liability Resulting From Inadequate FCPA Due Diligence In M&A Transactions*. 2009. In: *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 28.

FCPA seguem a mesma regra de sucessão que as demais responsabilidades civis e penais, dessa forma, o sucessor poderia ser responsabilizado por violações de seu predecessor. Entretanto, essa regra de responsabilização, no aspecto relativo ao FCPA, não cria responsabilidade onde antes não havia nenhuma. Por exemplo, se um emissor compra uma sociedade estrangeira que não está sujeita à jurisdição do FCPA, sua aquisição não possibilita a criação de uma responsabilidade retroativa, caso essa sociedade tenha cometido algum dos atos proibidos pela referida lei anteriormente.

Em razão desta sucessão, o DOJ e a SEC recomendam a realização de *due diligences* anteriores à efetivação da operação e a implantação de programas de controle interno e *compliance*. Esses mecanismos possibilitam ao sucessor a descoberta e até mesmo combate de práticas consideradas ilícitas. Esse aspecto é extremamente importante, visto que inúmeras vezes o DOJ e a SEC decidiram não prosseguir com acusações contra sucessores, quando estes voluntariamente revelaram condutas ilícitas anteriores que foram descobertas e ainda remediaram a conduta e colaboraram com o DOJ e a SEC nesse contexto. Inclusive as duas agências costumam levar adiante seus procedimentos acusatórios apenas em casos envolvendo flagrantes e contínuas violações ou quando o sucessor participou diretamente das violações ou falhou em cessar as condutas ilícitas após a aquisição. Com maior frequência o DOJ e a SEC prosseguiram com ações sancionatórias contra a companhia antecessora quando a adquirente desvendou e conseguiu remediar a tempo as condutas ilícitas ou quando a investigação dos órgãos governamentais era prévia à aquisição⁹.

3.4. Mecanismos de Cooperação

A legislação americana apresenta diversas opções de mecanismos de cooperação que podem ser aplicados em inúmeras situações e servem também como uma forma das partes alocarem os riscos que surgem antes, durante e depois do *Closing*. Essa variedade de opções disponíveis para as partes podem ser complementadas com os mecanismos contratuais para que dessa forma o risco possa ser de fato alocado da forma desejada pelas partes no contrato.

⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE; SECURITY AND EXCHANGE COMMISSION. Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, p. 28-29.

A violação de FCPA fica restrita à parte que a cometeu, considerando que esta atenda os requisitos de jurisdição mencionados acima. A vendedora só pode ser responsabilizada após a operação ser concretizada, ou seja, após o *Closing*, e então se tornar sucessora dos passivos, inclusive dos ilícitos relacionados ao FCPA. Na negociação, porém, esses riscos muitas vezes já foram revelados ou descobertos, de forma que as partes precisam decidir como alocar os riscos existentes em cada uma das três etapas temporais de responsabilização. Abaixo podemos ver como o sistema normativo americano apresenta instrumentos que podem ser utilizados para lidar com o risco em todas essas etapas.

3.4.1. FCPA Opinion

Uma singularidade presente no âmbito do FCPA que se faz importante de ressaltar, principalmente em um contexto de operações de fusões e aquisições, é a existência do chamado *FCPA Opinion Procedure*¹⁰. Como o próprio nome já indica é um procedimento pelo qual o DOJ recebe pedidos de consulta sobre determinadas transações ou operações e emite sua opinião se tais operações então de acordo com as regras de aplicação do FCPA.

De acordo com a lei americana, os emissores e aqueles que se enquadram no critério doméstico, podem submeter ao DOJ um pedido de opinião, por escrito, sob a conformidade de determinada conduta em relação às provisões anticorrupção do FCPA. O DOJ, porém, estabelece o requisito de que a conduta em análise deve ser real e não meramente hipotética. A conduta também deve ser prospectiva, não há necessidade de tratar apenas de condutas prospectivas, entretanto é necessário que uma parte da operação para a qual se busca a opinião envolva apenas conduta prospectiva.

Para receber a opinião o requerente é obrigado a realizar uma divulgação completa ao DOJ em relação à conduta em questão, incluindo informações básicas e cópias de todos os documentos da operação no seu pedido. Além disso, caso entenda necessário o DOJ pode requisitar informações adicionais, que devem ser prontamente fornecidas pelo requerente, caso contrário o pedido não seguirá adiante.

¹⁰ UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78dd-1(e), - 2(f); 28 C.F.R. §§ 80.1-16

Em relação à aplicabilidade da FCPA Opinion, ela é restrita às partes que fizeram o requerimento e o seu conteúdo não será vinculante para outras agências que não o DOJ, não podendo ser utilizado como argumentação perante outras agências, e limitado ao conteúdo previsto na resposta ao requerimento. Dessa forma, o FCPA Opinion é apenas vinculante para as partes e para o DOJ.

A SEC, o outro órgão competente sobre questões relativas aos FCPA, não possui mecanismo similar ao do DOJ, porém existe um posicionamento da própria SEC¹¹ de não tomar medidas adicionais em âmbito civil contra uma parte que tenha obtido uma FCPA Opinion favorável do DOJ anteriormente¹².

A possibilidade de obter uma FCPA Opinion favorável antes da realização da operação permite que o risco anterior ao *Closing* seja mitigado logo no ponto de partida, ao apresentar uma situação ao DOJ e este órgão apresentar posicionamento favorável. Além disso, caso o risco apenas se revele no período do *Closing*, ou por qualquer outra razão, não pôde ser apresentado ao DOJ anteriormente, as partes podem já deixar convencionado no seu contrato uma Condição Precedente ao fechamento, estabelecendo que para que o *Closing* seja efetivado é necessário a obtenção de um FCPA Opinion favorável anteriormente.

3.4.2. Non-Prosecution Agreements e Deferred Prosecution Agreements

A legislação americana também permite a celebração de diversos acordos entre as partes e o governo, de forma a promover a cooperação em troca do abrandamento de sanções ou até mesmo imunidade dependendo da situação. No âmbito do DOJ, uma dessas formas de acordo é o *Non-Prosecution Agreement* (“NPA”). O advogado representante do governo pode celebrar um NPA em troca da cooperação de alguma pessoa, com aprovação de seus supervisores, quando, em seu julgamento, a cooperação tempestiva dessa pessoa é necessária ao interesse público e outros meios para obter essa cooperação não estão disponíveis ou não seriam efetivos no caso concreto¹³.

Sendo celebrada essa modalidade de acordo, o DOJ ainda mantém seu direito de promover denúncias, mas esse direito não é exercido para permitir à

¹¹ SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Exchange Act Release No. 34-18255, November 12th, 1981.

¹² ZAGARIS, Bruce. *Transnational corruption in Brazil: the relevance of U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act*, In: *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Elsevier Editora. 2013. p. 63-64.

¹³ UNITED STATES. United States Attorneys' Manual, Title 9, Section 9-27.600.

companhia demonstrar sua cooperação e cumprir os termos do NPA. Uma vez que o prazo do acordo tenha sido atingido e todos os seus requisitos cumpridos pela sociedade, o DOJ não prosseguirá com a apresentação de denúncias criminais. Um aspecto relevante que se faz importante ressaltar é que o NPA, ao contrário de outros acordos que podem ser celebrados no âmbito do DOJ, é mantido apenas pelas partes do acordo, não há o envolvimento de um juiz ou tribunal¹⁴.

Ocorre que, nos termos da lei americana, a hipótese de celebração de um NPA é bastante restrita, tendo um caráter subsidiário em relação aos demais, já que é considerado que obter a cooperação de outra forma, mas ao mesmo tempo mantendo o seu direito de obter uma condenação penal, um opção mais desejável do que garantir uma imunidade para essas condutas criminais. De acordo com o *United States Attorneys' Manual*, para que seja celebrado um NPA, é necessário que haja indisponibilidade ou inefetividade de outros meios de se obter a cooperação, interesse público e a aprovação do devido supervisor.

Existe outra modalidade de acordo que pode ser celebrado com o DOJ, bastante similar com o NPA, o *Deferred Prosecution Agreement* (“DPA”). A principal diferença entre os dois é o contexto de celebração, enquanto o NPA é celebrado em um momento anterior ao oferecimento de denúncias, o DPA é negociado após a denúncia já ter sido apresentada, mas o DOJ peticiona à corte responsável que não prossiga com o processo imediatamente, oferecendo assim a possibilidade do acusado de cumprir as condições estabelecidas no acordo. Uma vez que o acordo seja cumprido plenamente, o DOJ então descartará as acusações feitas.

Apesar de ser aplicável apenas em hipóteses mais restritas, quando se trata de acordos celebrados pelo DOJ no âmbito do FCPA, os NPAs e os DPAs representam, em conjunto, 31,72% do total dos acordos celebrados¹⁵, atrás apenas dos *Plea Agreements*. Isso demonstra como a possibilidade de negociar um acordo que não envolva uma condenação criminal ou necessariamente uma admissão na participação, pode se tornar uma alternativa viável tanto para a órgãos reguladores quanto para os regulados. Os primeiros conseguem maiores informações sobre os delitos e podem inclusive criar critérios para as sociedades se adequarem a

¹⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE; SECURITY AND EXCHANGE COMMISSION. Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, p.75

¹⁵ STANFORD LAW SCHOOL. Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html> Acesso em 4 de Novembro de 2017.

legislação e aumentarem seus níveis de controle, já os segundos conseguem sanções menores em troca de sua cooperação.

A SEC, assim como o DOJ também conta com a possibilidade de celebração de um *Non-Prosecution Agreement* ou *Deferred Prosecution Agreement*. O racional por trás de ambos os acordos é basicamente o mesmo, assim como os seus equivalentes no DOJ, o NPA e DPA da SEC¹⁶ consistem em acordos celebrados entre uma parte, que pode ser tanto uma companhia quanto uma pessoa física e o órgão governamental, no qual a cooperação e posterior cumprimento de condições determinadas no acordo, é recompensada com a ausência de apresentação de denúncias contra essa parte, ou descarte dessas mesmas denúncias, a depender da modalidade do acordo. As semelhanças também se fazem presentes na manutenção do direito de ação desses órgãos caso o acordo seja descumprido e, em regra, devem ser publicados após sua celebração.

O NPA da SEC, por sua vez, apresenta algumas características específicas. Um dos critérios que a comissão deve levar em consideração no caso de celebração desse tipo de acordo é se a parte já havia cometido algum crime relativo à lei federal de valores mobiliários. Tal critério é responsável por um grande filtro das partes que podem celebrar um NPA, diminuindo o universo de parte capazes para tal acordo. Outro ponto relevante é a previsão da possibilidade de exigência de admissão de participação ou concordância em não contestar os fatos relevantes das supostas acusações. Além disso, os NPAs geralmente apresentam um condição de pagamento de alguma multa ou penalidade, mesmo que não haja a prossecução do ilícito. Esses dois últimos aspectos também estão presentes nos NPAs celebrados pelo DOJ.

A restrição de cometimento de crime anterior pode ser uma das principais responsáveis pelo baixo número de casos envolvendo a utilização de NPAs no âmbito do FCPA. Apenas 2,53% dos acordos celebrados pela SEC em supostas violações do FCPA foram NPAs ou DPAs¹⁷. Outra hipótese do baixo uso desses procedimentos no âmbito da SEC pode ser resultado da própria atuação da entidade, que em razão de atuar na regulação de companhias abertas, tem maior acesso a informações e dessa forma consegue construir denúncias contra práticas

¹⁶ SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Enforcement Manual, de 28 de Outubro de 2016.

¹⁷ STANFORD LAW SCHOOL. Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>

irregulares sem a necessidade de cooperação prévia na maioria dos casos. Além disso, é importante ressaltar que o FCPA também traz previsões sobre aspectos contábeis e de registro, que são supervisionados pela SEC. Dessa forma, a atuação desse órgão não trata apenas de ilícitos de corrupção, mas também dessas outras práticas administrativas, o que também pode afetar o número percentual de utilização de NPAs e DPAs, em razão da não utilização desses mecanismos nos casos de problemas com registros e contabilidade das sociedades submetidas à jurisdição do FCPA.

Apesar da pouca utilização, a própria SEC, reconhece a importância do instituto para o combate às práticas corruptivas. Ao anunciar a celebração de dois novos NPAs, através de um informe à imprensa, o então diretor da divisão de fiscalização da SEC, Andrew Ceresney, forneceu uma declaração elogiando o instituto e anunciando que quando as companhias se reportam voluntariamente e cooperam dando todas as informações necessárias à SEC, os NPAs são uma forma bastante eficiente de recuperar o dinheiro obtido de forma ilegal, poupando recursos governamentais, ao mesmo tempo em que é criada cooperação entre as partes¹⁸.

A previsão da utilização dessas modalidades de acordo servem também como formas de lidar com o risco em fases posteriores de uma operação de M&A, podendo ser utilizados principalmente para tratar de questões pós-closing, não excluindo porém sua utilização em outras etapas. Na integração entre as sociedades envolvidas na operação, que se realiza após o fechamento, podem ser descobertas práticas ilegais que não haviam sido declaradas ou descobertas anteriormente, um passivo oculto. A possibilidade de celebração de um NPA, por exemplo, pela compradora, pode ajudar as partes a alocarem também o risco nessa fase de implementação, nesse caso, o comprador celebra o NPA e paga a multa requerida pelas autoridades, mas as partes podem convencionar no contrato alguma garantia ou outro mecanismo de indenização pelo pagamento deste montante.

Pode haver também a celebração de um acordo prévio ao fechamento da operação, como uma forma de proteger o comprador de ser responsabilizado futuramente. Tendo o vendedor já celebrado um acordo com as autoridades, o comprador terá mais segurança ao realizar a operação e a garantia de que se

¹⁸ SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. SEC Press Release 2016-109, de 7 de Junho de 2016. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-109.html>. Acesso em 4 de Novembro de 2017.

continuar o disposto nas condições desse acordo, estará protegido contra acusações sobre os ilícitos nele descritos.

Para fins de ilustração são mostrados abaixo dois desses mecanismos de cooperação entre as agências responsáveis pela aplicação do FCPA e seus regulados.

3.5. Análise de Caso: Halliburton Opinion

Em 13 de junho de 2008, o DOJ emitiu a FCPA Opinion No. 08-02¹⁹. Tal documento trata de questionamento trazido pela Halliburton Company em razão de um possível negócio, em que essa companhia buscava adquirir a totalidade das ações de uma sociedade baseada no Reino Unido, com ações listadas na Bolsa de Londres. Nesse caso concreto, em razão de restrições apresentadas pela lei do Reino Unido, Halliburton não conseguiria realizar uma *Due Diligence* de FCPA efetiva, anterior ao fechamento da operação, como é recomendado pelas autoridades norte-americanas. Com o receio de ser considerado responsável por condutas ilícitas promovidas pela empresa adquirida, ocorridas antes da operação, a Halliburton então buscou o DOJ questionando sobre as possibilidades de ser considerada responsável por eventuais passivos relativos à violações de FCPA ocorridos antes da sociedade concluir sua *Due Diligence*. Ao apresentar seu pedido de opinião, a Halliburton também apresentou um cronograma detalhado de 180 dias para a realização de sua auditoria e aplicação de seus mecanismos de controle interno na empresa alvo, comunicando suas descobertas ao DOJ após cada uma das etapas.

Ao analisar o pedido, o DOJ confirmou que não tomaria nenhuma medida contra Halliburton, caso a sociedade cumprisse plenamente o plano apresentado, revelando ao departamento qualquer conduta cometida pela empresa alvo nesse período, dando um fim e remediando tais práticas, e completando sua auditoria e plano de remediação, o que incluía a investigação de qualquer problema surgido nesse período de 180 dias, no prazo de até um ano.

O DOJ, porém se reservou o direito de promover acusações contra ilícitos cometidos durante esse período que não fossem revelados ao departamento, cuja investigação não fosse completada em até um ano ou cometido de forma consciente

¹⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE. Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure No. 08-02, de 13 de Junho de 2008.

por um agente ou funcionário da Halliburton. Obviamente também poderia mover ações contra condutas criminosas que ocorressem depois desse período coberto pela FCPA Opinion.

Esse caso serve para ilustrar a importância que mecanismos de cooperação podem ter no âmbito do combate à corrupção, ainda mais aplicado nas operações societárias. O caso concreto apresentava várias nuances que impossibilitavam o cumprimento exato das recomendações dos órgãos reguladores, o que poderia resultar em uma exposição enorme para a empresa adquirente, aumentando em muito os custos da operação, podendo inclusive inviabilizá-la. Porém, devido ao mecanismo de cooperação existente, a sociedade pode diminuir sua exposição a esse risco e em contrapartida o DOJ receberia informações sobre práticas ilegais, além da própria companhia buscar sua remediação, poupando tempo e demais recursos do departamento.

3.6. Análise de Caso: General Cable Corporation

Recentemente, em, 22 de dezembro de 2016, o *Department of Justice* celebrou um *Non-Prosecution Agreement* com a sociedade General Cable Corporation em razão das violações de FCPA cometidas pela companhia e suas divisões ao redor do mundo²⁰. A General Cable, através de alguns de seus executivos e empregados, tinha ciência que algumas de suas subsidiárias estrangeiras se utilizaram de agentes e distribuidores para realizar pagamentos de propina à oficiais estrangeiros, com o objetivo de obter ou reter negócios em diversos países, como Angola, Bangladesh, Indonésia, Tailândia e China. Foi considerado que a companhia, de forma consciente e deliberada, falhou em implementar e manter um sistema adequado de controles internos, o que possibilitou o pagamento ilícito de mais de US\$ 13 milhões, resultando em um lucro de US\$ 51.174.237,00.

As condutas criminosas foram voluntariamente comunicadas ao DOJ e contaram com a cooperação plena por parte da companhia. Nesse acordo, a General Cable se comprometeu a melhorar seu programa de *compliance* e seus mecanismos de controle interno, nos termos definidos no NPA, além de concordar

²⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE. Non-Prosecution Agreement celebrado entre General Cable Corporation e United States Department of Justice, em 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/in-re-general-cable>. Acesso em 4 de Novembro de 2017

com a obrigação de reportar o andamento de seu novo programa de acordo com o cronograma estabelecido. Além disso a sociedade concordou também em cooperar com outras investigações em andamento sobre suas subsidiárias e filiais, entre outros requerimentos. Por fim a companhia aceitou o pagamento de US\$ 51.174.237,00, mais juros, como reembolso do benefício financeiro obtido ilegalmente, além de uma multa de US\$ 20.469.694,80.

O DOJ então se comprometeu a não apresentar denúncia contra a General Cable, caso a companhia cumprisse totalmente as condições do acordo. Importante ressaltar que tal acordo apenas abrange as condutas anteriores e textualmente mencionadas no NPA, qualquer outra não está abarcada no acordo, podendo ser portanto alvo de posterior denúncia pelo *Department of Justice*.

Nesse caso apresentado, o DOJ não tinha nenhum conhecimento de qualquer conduta ilícita realizada pela General Cable, mas devido a existência de mecanismos de cooperação adequados a diversas situações, a justiça americana tomou conhecimento de uma prática criminosa generalizada que estava sendo realizada em sua jurisdição, utilizando praticamente nenhum de seus próprios recursos, e ainda recuperou todo o montante adquirido pela companhia de forma irregular. A General Cable, por sua vez conseguiu realizar um procedimento de regularização de suas atividades internacionais, em cooperação com o DOJ.

Tendo sido realizada a análise acima sobre as principais características do FCPA, percebe-se que apesar de ter adotado critérios expansivos de jurisdição e de definição das condutas ilícitas, as autoridades norte-americanas reconheceram a importância de criar mecanismos de cooperação com os entes privados, e por meio desses obter maiores informações e combater as práticas corruptivas. Esse canal de diálogo entre setor privado e poder público apresenta possibilidades muito importantes no âmbito das operações de reestruturação societária, nas quais o risco de responsabilidade do sucessor por condutas previstas no FCPA pode ser bastante alto. Os mecanismos que envolvem esse canal de diálogo conseguem englobar todas as etapas de risco presentes em uma operação de fusão e aquisição, em razão de sua abrangência e variedade de métodos. O FCPA Opinion e os NPAs e DPAs, possibilitam, tanto uma prevenção e mitigação de risco em uma etapa anterior ao *Closing*, como para riscos que surjam durante ou até mesmo depois do *Closing*, sendo utilizados pelas partes como forma de instrumentalizar alguns mecanismos contratuais vistos anteriormente, como por exemplo, o estabelecimento

de Condições Precedentes e uso de cláusulas de Declarações e Garantias, com a utilização de mecanismos de indenização.

A importância e a forma como mecanismos similares podem auxiliar os envolvidos em operações de M&A e ainda contribuir com o combate à corrupção, além de quais mecanismos são previstos pela lei brasileira, suas características e aplicações, serão abordados na sequência.

4. CENÁRIO BRASILEIRO: LEI 12.846/13

4.1. Contexto de elaboração

Um arcabouço normativo bem definido e com regras claras é de extrema importância para que os regulados tenham segurança sobre que tipo de conduta devem adotar. Uma vez que tal legislação lide diretamente com aspectos econômicos, tendo reflexo imediato na economia nacional, esse tratamento normativo deve ser feito de modo ainda mais cuidadoso. Investidores, principalmente internacionais, só realizam aportes em outros países caso se sintam seguros com as leis e a economia local. Uma lei anticorrupção com lacunas e larga extensão de responsabilidade afastará necessariamente investidores estrangeiros, com receio de serem responsabilizados posteriormente por práticas com as quais não concorreram.

É importante ressaltar que a noção de *compliance* não foi introduzida no sistema normativo brasileiro pela lei 12.846/13, tal conceito já havia sido estabelecido pela lei 9.613/98, a Lei de Lavagem de Dinheiro, quando esta criou a obrigação de determinadas pessoas, tanto físicas como jurídicas, identificarem seus clientes, manterem registros desses e realizar a comunicação de certas operações financeiras. Apesar disso, a principal preocupação da referida lei era em relação a responsabilização individual e não de pessoas jurídicas. A preocupação de *compliance* em relação as pessoas jurídicas só foi de fato extensivamente contemplada com o surgimento da lei 12.846/13²¹.

Como já mencionado anteriormente, a Lei 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), surgiu em um contexto de pressões tanto internas, em razão dos recentes escândalos de corrupção que tomaram conta do país, quanto externas, de

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. Ed. Saraiva. p. 180-183.

organismos internacionais e outros países, buscando combater os casos de corrupção internacional.

4.2. Principais Previsões e Críticas

De acordo com o artigo 1º da Lei, esta busca promover a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas na hipótese de prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira²². O critério de jurisdição é também disposto neste mesmo artigo, recaindo sobre as pessoas jurídicas que tenham sede, filial ou representação em território nacional. Aqui pode-se notar que a escolha legislativa foi diferente da adotada no FCPA, que optou por um critério mais amplo e complexo para a definição de jurisdição, enquanto o modelo brasileiro adotou critérios mais estritamente relacionados com o território brasileiro.

Em relação às condutas consideradas ilícitas, a Lei Anticorrupção seguiu o mesmo modelo de outras legislações ao redor do mundo que foi criar uma definição do que é considerado como conduta ilícita nos termos da lei, por meio de um rol de condutas típicas. Dessa forma, o artigo 5º²³ usou este método para definir o que é

²² 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.

²³ 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. § 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

entendido como ato lesivo à administração pública no âmbito da Lei, além de também trazer a definição de outros termos relevantes para a aplicação legislativa, como os conceitos de administração pública estrangeira e agente público estrangeiro. É importante ressaltar que, em razão do caráter evidentemente penal da Lei Anticorrupção, o rol de condutas proibidas é taxativo, não podendo ser penalizada a pessoa jurídica que não realizar conduta exatamente como disposta na lei. A razão para tal é o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente e de aplicação absoluta no direito penal.

O artigo 7^o²⁴ da Lei Anticorrupção traz os critérios que serão considerados na hipótese de aplicação das sanções previstas na lei. Para o presente trabalho, os dois critérios de maior importância são os dos incisos VII e VIII, a cooperação da pessoa jurídica na apuração dos ilícitos e a existência de mecanismos internos de controle, realização de auditoria e instrumentos de incentivo a denúncias, respectivamente. Esses critérios são particularmente importantes para situações de M&A, visto que são as únicas hipóteses em que a pessoa jurídica sucessora tem o controle e a possibilidade de agir no sentido de diminuir sua exposição à eventual condenação, todos os outros estão diretamente vinculados à própria infração, que no caso da responsabilidade do sucessor, já havia ocorrido anteriormente à data da operação societária.

O inciso VII, consagra na Lei Anticorrupção o reconhecimento do Poder Público da importância e necessidade da cooperação da pessoa jurídica para a correta apuração dos fatos ilícitos. Quando tratamos de crimes relacionados a corrupção, a relevância da cooperação é ainda maior. Esses delitos, pela sua própria natureza, são intrinsecamente muito bem ocultados e na maioria das vezes o Poder Público não dispõe do conhecimento e dos recursos necessários para

de país estrangeiro. § 2^o Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3^o 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.

²⁴ Art. 7^o Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

conseguir elucidar completamente todas as irregularidades que possam ter ocorrido. Mesmo que tivesse, ainda assim, a própria pessoa jurídica sempre seria mais capaz de fornecer informações mais precisas e completas de seu próprio âmbito interno do que um órgão investigador externo.

Quanto à competência para a instauração de julgamento do processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica, nos termos do artigo 8^o²⁵ esta cabe à autoridade máxima de cada órgão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal instauração pode ser realizada mediante provocação ou de ofício. Em virtude dessa redação, o dispositivo garante então ampla competência a inúmeros órgãos da administração pública federal, estadual e municipal para instaurar e julgar processos administrativos relativos às condutas tipificadas na Lei Anticorrupção. Além disso, ainda é concedida a mesma competência concorrente para a Controladoria Geral da União (“CGU”) no âmbito do Poder Executivo Federal.

Acontece que apesar de conceder a competência a todos esses entes governamentais, a lei não estabelece parâmetros nem a forma como esses entes devem interagir ou mesmo se comunicar quando ocorrer a inevitável situação de entes diferentes instaurarem processo administrativo com o objetivo de apurar a mesma irregularidade cometida pela mesma pessoa jurídica²⁶. Não se sabe portanto, se os processos serão considerados conexos, se haverá um fenômeno análogo à prevenção do Direito Processual Civil, ou se apenas correrão processos separados apesar de ter o mesmo objeto. Essa lacuna gera um enorme grau de insegurança jurídica não só em relação a previsibilidade do órgão julgador, mas principalmente na hipótese de colaboração com o órgão sancionador, colaboração essa principalmente representada na Lei Anticorrupção pelo Acordo de Leniência.

Por fim, o último aspecto a ser analisado na Lei Anticorrupção se refere à possibilidade de responsabilização judicial independente da análise da infração no âmbito administrativo, assim dispõe o artigo 18 da lei. Isso significa que as sanções

²⁵ Art. 8^o A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. § 1^o A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação. §2^o No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

²⁶ CARVALHOSA, Modesto. “Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. Ed. Revista dos Tribunais, 2015; p. 74

e os órgãos competentes para sua análise, presentes nos artigos 6º e 8º, respectivamente, não são os únicos a tratar da matéria presente na lei, visto que a responsabilização judicial trará outras competências e punições.

Essas competências são tratadas no artigo 19²⁷, que cria o novo rol de legitimados para propor ações judiciais sobre as infrações previstas na Lei Anticorrupção e também aplicar as penalidades ali elencadas. Além disso, em razão da independência entre as instâncias administrativa e judicial, consagrada nessa lei, o resultado da esfera administrativa não impede posterior condenação judicial. A única exceção de independência prevista expressamente na Lei Anticorrupção é justamente na hipótese de haver celebração de Acordo de Leniência, em âmbito administrativo, com a Administração Pública. Essa exceção, porém não tem aplicação absoluta sobre todas as sanções possíveis no âmbito judicial, apenas impede a condenação da sanção prevista no inciso IV do artigo 19, mas não das demais.

Dessa forma, com essas prerrogativas concedidas para outros órgãos, para a persecução da responsabilização judicial, agrava ainda mais a situação do excesso de órgãos competentes para abordar e julgar questões relativas ao mesmo assunto. Como foi abordado anteriormente, apesar de tal alargamento de competências fazer sentido em relação ao objetivo de permitir uma maior apuração dos supostos ilícitos de corrupção, dificulta o diálogo e a cooperação por parte do ente privado com o Poder Público, visto que aquele não tem a segurança jurídica necessária que ao negociar com determinado órgão não será posteriormente penalizado por outro órgão competente.

²⁷ 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 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.

4.3. Responsabilidade do Sucessor

Em complementação aos sujeitos submetidos à aplicação da Lei Anticorrupção mencionados no parágrafo único do artigo 1º, o artigo 4º²⁸ consagra no Direito Anticorrupção brasileiro, o conceito de responsabilidade do sucessor. O referido artigo estabelece, porém, uma limitação de responsabilidade nos casos de fusão e incorporação quando os ilícitos tenham ocorrido antes da realização das operações. Nesses casos, a responsabilidade do sucessor está restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, sendo o montante limitado ao valor de patrimônio transferido, salvo se comprovado a existência de fraude ou simulação.

Aqui se faz relevante a análise feita por Modesto Carvalhosa sobre a abrangência do artigo 4º e a interpretação da aplicação do parágrafo 1º, do mesmo artigo, feitas pelo autor. Primeiramente, sobre as operações de reestruturação societárias mencionadas no caput do artigo, Carvalhosa se posiciona no sentido de que as modalidades de reorganização tem caráter exemplificativo, não cobrindo todas as possibilidades abarcadas pela lei, visto que podem ser instituídas outras pessoas jurídicas pelas sociedades sem que isto configure uma reorganização. No caso de contratação com o Poder Público é comum a criação de arranjos societários indispensáveis para esse relacionamento, os maiores exemplos dessa situação são as Sociedades de Propósito Específico (SPEs) e Parcerias Público Privadas (PPPs). Além disso o autor também ressalva que a regra de responsabilidade do sucessor das reorganizações do artigo 4º não é aplicável apenas a sociedades empresárias, com fins lucrativos, incide também sobre as pessoas jurídicas de fins econômicos e sociais, como por exemplo as associações, fundações e fundos previdenciários e de pensão²⁹.

²⁸ Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

²⁹ CARVALHOSA, Modesto. "Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. Ed. Revista dos Tribunais, 2015; p. 155-157.

Já em relação à limitação de responsabilidade das pessoas jurídicas nas hipóteses de fusões e incorporações, trazida no parágrafo 1º do artigo 4º, o referido autor defende a interpretação de que a exoneração de responsabilidade que trata esse dispositivo abrange somente a sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, disposto no inciso II do artigo 6º. A razão dada para tal é que esse dispositivo deve ser interpretado sob a perspectiva dos princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da sucessão universal de direitos e obrigações aplicado às pessoas jurídicas no caso de reorganizações societárias também é aplicado para os fins penais-administrativos e judiciais, não podendo o parágrafo 1º do artigo 4º dispor em contrário. Dessa forma, a pessoa jurídica sucessora em casos de fusão e incorporação fica isenta apenas da publicação extraordinária do inciso II do artigo 6º, continuando plenamente responsável e sujeita às demais sanções judiciais mencionadas no artigo 19.

Para Carvalhosa, a única possibilidade de limitação da responsabilidade penal-administrativa e posteriormente da responsabilização judicial seria a situação em que a sociedade sucessora resultante altere completamente seu objeto e atividades sociais, dando proveito apenas ao patrimônio material de suas antecessoras, utilizando-os para finalidades e formas diversas das anteriores, além disso, ser absolutamente desvinculada do Poder Público. Completando sua análise sob o dispositivo em questão, aborda a situação da limitação do valor da responsabilidade até o montante do patrimônio transferido. Para o autor a limitação de responsabilidade não deve ser baseada no valor do patrimônio transferido, já que dependendo da situação econômico-financeira da sociedade adquirida, a avaliação do patrimônio transferido pode até mesmo ser negativa. Apesar disso, uma avaliação mais completa, levando em consideração, por exemplo, o valor potencial dos ativos adquiridos seria impossível de ser realizada no âmbito do processo penal-administrativo. Portanto, a sucessora não poderia ter limitada sua responsabilidade no aspecto do pagamento integral da multa administrativa e da posterior reparação judicial do dano material e moral ao Poder Público. Com base em toda a análise acima apresentada, Modesto Carvalhosa conclui que a única limitação na situação de fusão e incorporação é a própria do artigo 6º, inciso II. De resto, a determinação das penas, inclusive nos casos de fusão e incorporação deve ser aferida com base

no artigo 7º e este seria de fato o critério da lei para a limitação da responsabilidade³⁰.

4.4. Mecanismo de Cooperação: Acordo de Leniência

Como foi tratado no tópico relativo ao FCPA, é importante que a lei traga mecanismos hábeis a lidar com todas as etapas de risco que surgem durante uma operação de M&A. No caso brasileiro o mecanismo escolhido para desempenhar tal função foi o Acordo de Leniência, um único mecanismo para preencher diferentes necessidades que aparecem em cada uma dessas diferentes etapas. Agora, portanto, se faz importante analisar o mecanismo da leniência para que se possa concluir se esse instrumento é realmente capaz de ocupar sozinho essa posição.

A disposição do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção não foi a primeira vez que tal instituto foi consagrado no ordenamento jurídico pátrio, o precursor de tal prerrogativa foi o Direito Concorrencial, atualmente disposto na Lei nº 12.529/2011 (“Lei Antitruste”). Apesar das diferenças entre os dois ramos do Direito, Anticorrupção e Antitruste, a regulação referente ao acordo de leniência da lei concorrencial foi praticamente reproduzido na Lei Anticorrupção, em seu artigo 16³¹.

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. “Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. Ed. Revista dos Tribunais, 2015; p. 157-163.

³¹ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. § 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. § 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. § 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. § 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão

Essa reprodução quase literal gera algumas incongruências em relação às demais características da Lei Anticorrupção, isso porque, apesar de ambas as legislações terem um racional penal em suas estruturas e objetivos, a Lei Antitruste tem de fato incidência penal, enquanto que a Lei Anticorrupção é limitada à responsabilidade em âmbito administrativo da pessoa jurídica³². Essas incongruências acima referidas e sua aplicabilidade e relevância em operações de Fusões e Aquisições serão melhor desenvolvidas no Capítulo 5.

Momentaneamente é importante reiterar que o Acordo de Leniência é um instrumento utilizado pelo Poder Público que visa criar incentivos para que a pessoa jurídica infratora possa cooperar com a Administração pública para que essa assim consiga obter melhores e mais completas informações sobre as práticas delituosas e em troca oferece atenuação nas penalidades às quais o infrator estaria sujeito. Obviamente que a escolha do ponto do equilíbrio entre as informações prestadas e a atenuação correspondente é feita por uma análise do Poder Público envolvendo diversos outros fatores, como por exemplo o próprio fim que se espera desse mecanismo. Isso porém não impede a discussão sobre o ponto de vista dos incentivos que estão sendo criados na lei, visto que um erro de análise por parte do legislador pode resultar em uma prerrogativa de cooperação esvaziada em razão de sua inaplicabilidade prática.

Em razão da enorme importância que o Acordo de Leniência recebeu na Lei Anticorrupção, sua utilização como mecanismo de cooperação, seus pontos fracos e críticas, serão tratadas em capítulo específico, assim como o impacto que tais características causam no mercado de M&A.

competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. Ed. Saraiva. p.345.

5. INSUFICIÊNCIA DO ACORDO DE LENIÊNCIA E NECESSIDADE DE INCENTIVOS ADEQUADOS

5.1. Importância Econômica do Combate à Corrupção

Como já mencionado anteriormente, a análise de risco é um dos principais fatores que devem ser considerados em operações de fusões e aquisições. Em razão do recente esforço global de combate à corrupção, a atenção a esse tipo de risco aumentou exponencialmente nos últimos anos. Dessa forma, antes de expandir seus negócios ao redor do mundo, as sociedades levam em consideração diversos e inúmeros fatores, e os riscos de corrupção e desenvolvimento de posterior responsabilização por essas práticas não são exceções.

De acordo com o Corruption Perceptions Index, que mede o grau de corrupção dos países ao redor do mundo, elaborado pela Transparency International, organização internacional de combate à corrupção, o Brasil ocupa atualmente a 79^a posição, empatado com Belarus, China e Índia, em ranking liderado pela Dinamarca³³.

Tal colocação por si só é capaz de afastar investimentos estrangeiros do Brasil, visto que, as sociedades, em regra, buscam evitar realizar operações em países com alto grau de corrupção, exatamente pela possibilidade de se envolverem em um esquema corrupto e serem processadas por isso. Se, além disso, as normas legais e regulatórias sobre o tema não são claras ou demasiadamente abertas, de forma a não garantir segurança suficiente aos seus regulados, a situação se agrava ainda mais.

Ao tomar como exemplo os Estados Unidos, de acordo com a análise feita em capítulo anterior, um dos precursores do combate à corrupção internacional e também uma das principais economias do mundo, com um mercado de operações de M&A extremamente desenvolvido, pode-se notar que o regulador norte-americano demonstrou preocupação em criar mecanismos que permitissem o diálogo e cooperação entre o governo e o setor privado, o que pode dar a segurança e previsibilidade necessária para que partes envolvidas em operações societárias possam lidar com os passivos de *compliance*.

³³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perceptions Index 2016. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acesso em 5 de Novembro de 2017.

A Lei Anticorrupção, com o objetivo de possibilitar a expansão do combate à corrupção, conforme mencionado no Capítulo 4, optou por um modelo legislativo no qual existem diversos entes competentes para instaurar processo administrativo para apurar o cometimento dos ilícitos previstos na Lei. Diferentemente, os legisladores norte-americanos optaram por um modelo em que a jurisdição é amplamente estendida, mas a fiscalização e aplicação da lei é concentrada em poucos órgãos. Obviamente cada um dos modelos apresenta seus benefícios e desafios, mas quando se pensa em previsibilidade e mecanismos de cooperação, um critério amplo de jurisdição parece ser menos problemático do que ampla competência persecutória.

5.2. Necessidade de Mecanismos e Incentivos Adequados

Aqui se faz importante ressaltar o porquê da importância de possuir mecanismos claros de fiscalização, cooperação, principalmente no âmbito do combate à corrupção. Primeiramente, a ausência de mecanismos adequados de controle gera muitas lacunas na aplicação das regras relacionadas e conseqüentemente um grande grau de incertezas, que afastam investimentos e dificultam o crescimento econômico. Além disso, também podem atrapalhar ou até mesmo impedir que a lei atinja seu objetivo. O objetivo de uma legislação anticorrupção, além de impedir e punir os que pratiquem os atos nela previstos, e dessa forma buscar a diminuição e coibição desse tipo de prática ilegal, é também criar formas de fiscalização para que o Poder Público possa tomar conhecimento de condutas criminosas, e assim aplicar a punição adequada. No limite, o racional é promover um ambiente negocial livre de corrupção, garantindo a competição justa e plena entre os agentes econômicos.

Um caso hipotético pode ajudar com a visualização da questão descrita acima. Imagine uma sociedade X que acabou de incorporar a companhia Y, a sociedade X, por algumas características da própria operação, não conseguiu identificar algumas práticas corruptivas que eram praticadas por Y até o fechamento da operação. Após a incorporação, essas violações da lei são descobertas pela nova administração, que nesse momento possui três opções principais, revelar o descoberto para as autoridades, ficar inerte e só se manifestar caso as autoridades descubram essas condutas ilícitas, ou então tentar esconder ainda mais essas violações para não correr o risco de ser penalizada por tais condutas.

Claramente, a escolha que apresenta o fim socialmente mais desejável é a primeira opção, na qual a Administração Pública toma conhecimento do ilícito cometido e pode então tomar as medidas cabíveis de acordo com a regulação aplicável. Entretanto, para que isso ocorra a lei necessita dispor de mecanismos de comunicação e cooperação entre o ente privado e o Poder Público, além de apresentar os incentivos necessários para que esses instrumento sejam utilizados da forma correta e assim seu objetivo seja alcançado.

A Lei Anticorrupção trouxe apenas um mecanismo para promover essa cooperação e comunicação, o Acordo de Leniência. Modesto Carvalhosa, ao tratar do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção, defende que esse instituto tem como único incentivo a diminuição das penas no processo administrativo, não tendo a finalidade de criar outros incentivos além deste e nem de promover outros efeitos sistêmicos que não a redução de possível sanção³⁴.

Com a devida vênia ao renomado autor, considerar como único incentivo do acordo de leniência a redução da pena aplicada é ignorar os benefícios que o Poder Público pode obter com o instituto e sua ampla adoção pelos entes privados envolvidos em práticas de corrupção. Isso sendo que o próprio autor reconhece os imensos benefícios que o Estado pode obter com o mecanismo de leniência³⁵.

Acreditar que a Administração Pública é capaz de, sozinha, de descobrir possíveis violações de corrupção, investigar as condutas relacionadas e conseguir obter todas as informações necessárias sobre todas as sociedades que cometem esse tipo de ilícito é utópico ou, no mínimo, demasiadamente otimista. A quantidade de recursos necessários para tal, seja de pessoal, tempo ou mesmo financeiro para que isso ocorresse seriam enormes, e é importante lembrar que os inúmeros órgãos competentes de realizar essa fiscalização, nos termos da Lei Anticorrupção, tem diversas outras funções, para as quais foram criados, e não poderiam e nem deveriam dedicar toda ou grande parte de seus recursos para averiguar ilícitos de corrupção.

Dessa forma, é necessário que o Poder Público tenha o auxílio do ente privado para poder ter acesso a uma maior quantidade de informações e de maior qualidade, já que a sociedade poderá elucidar algumas questões internas com muito

³⁴ CARVALHOSA, Modesto. "Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. Ed. Revista dos Tribunais, 2015; p. 377.

³⁵ Idem.

mais facilidade do que algum órgão externo do governo. Desconsiderar essa contribuição é arriscar ter uma lei com pouca adesão, ou até mesmo ineficaz.

No entanto, como já foi extensamente mencionado, para que se tenha uma cooperação efetiva, é necessário que existam os mecanismos e incentivos adequados e a Lei Anticorrupção não conseguiu trazer amplamente nenhum dos dois.

O Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção traz consigo, enquanto mecanismo de cooperação, alguns pontos que podem comprometer sua utilização com esse intuito. O primeiro aspecto trata da necessidade de reconhecimento de participação no ilícito, que pode se apresentar como um impeditivo por razões diversas. Existe inicialmente o risco de admitindo a conduta ilícita, a parte acusada diminua suas possibilidades de defesa no processo judicial que pode também ser instaurado por outros órgãos, e apesar das esferas serem independentes, a confissão do ilícito pode afetar de forma prejudicial sua situação em outro processo, no qual não estará protegido pela leniência. É importante também ressaltar que o Acordo de Leniência apenas protege a pessoa jurídica que o celebra das sanções previstas no inciso II do artigo 6º e inciso IV do artigo 19 da Lei Anticorrupção, e não das demais.

Outro aspecto importante é do ponto de vista contratual, não é incomum na prática de mercado uma cláusula contratual, principalmente em contratos de empréstimo ou financiamento, prevendo que, em hipótese de admissão na participação do cometimento de ilícitos, ocorra o vencimento antecipado da dívida, esse é um fator que pode também pesar na decisão desse ente privado ao adentrar um Acordo de Leniência, podendo inviabilizar a celebração do acordo. Obviamente que a situação contratual de alguns particulares não deve ser levada em consideração pelo Estado ao se instituir uma política regulatória, porém a existência de mecanismos diversos pode também contribuir para englobar situações em que a admissão de culpa não pode ser realizada ou não deveria ser exigida. Nos exemplos vistos da legislação norte-americana a admissão de participação nos fatos relevantes é comumente exigida, apesar de não ser obrigatória, mas existem outros mecanismos de cooperação que não a exigem.

Existem situações em que a admissão de culpa não cabe simplesmente porque ela não existe. Se ao realizar uma *Due Diligence* de uma sociedade alvo em uma operação de M&A, uma companhia descobre passivos de *compliance* e

gostaria de revelar tais atos às autoridades, não teria mecanismos institucionalizados, no âmbito da legislação brasileira, para realizar esse reporte com segurança. O regulador estadunidense criou o instituto de FCPA Opinion que pode servir exatamente para um caso semelhante a esse. Como visto no caso Halliburton esse instrumento de cooperação pode servir de ponte entre o âmbito público e o privado, possibilitando que o ente privado tenha conhecimento sobre o posicionamento do órgão competente sobre aquela operação específica, podendo inclusive elaborar um plano de reporte e remediação de danos em razão de condutas ilícitas descobertas, como ocorreu no caso Halliburton, dando segurança e previsibilidade para os entes privados, mas sem tirar o poder da Administração Pública de prosseguir com processos administrativos, caso algo saia diferente do apresentado e acordado no FCPA Opinion.

5.3. Riscos de Critérios Amplos de Competência

Uma outra questão importante causada pelas opções legislativas brasileiras de combate à corrupção envolve a quantidade de órgãos competentes para instaurar e julgar processos administrativos sobre os ilícitos tratados na Lei Anticorrupção, em todas as esferas administrativas.

Havendo diversos órgãos competentes surge a necessidade de se regular como será feita a interação desses órgãos, nas diversas esferas da administração. Ocorre que essa regulação plena ainda não foi realizada, de forma que não há um critério para definição de qual será o órgão competente para fiscalizar e julgar em cada hipótese. Não existindo tal regulação a única hipótese que pode-se concluir nesse cenário atual é de que todos esses órgãos são plenamente competentes concomitantemente para analisar condutas previstas na Lei Anticorrupção.

Essa situação de sobreposições de competência pode afetar e muito a sistemática da celebração dos acordos de leniência, por uma razão muito simples, dependendo da situação, o particular não terá certeza com quem precisa negociar seu acordo, ou pior, pode ter que celebrar um acordo com cada um dos órgãos competentes, o que seria impraticável. A própria Lei buscou centralizar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal em um único órgão, a CGU, porém nem a referida lei nem o seu decreto regulamentador, o Decreto 8.420/15, trouxeram a forma como os diversos órgãos em diferentes esferas federativas devem se comunicar, cooperar entre si ou mesmo como aplicar a lei.

Nesse cenário, caso celebre um Acordo de Leniência com a CGU, não há nenhuma norma que impeça que um órgão estadual, ou até mesmo um órgão do legislativo federal, instaure um processo administrativo de responsabilização sobre a mesma questão, estando o ente privado novamente exposto à punição, esvaziando quase que completamente o acordo celebrado com a CGU. Enquanto não houver alguma regulação mais efetiva que defina como deve ser realizado o diálogo entre os diversos órgãos dotados de competência, esse será o risco constante do sistema dos Acordos de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção.

Dessa forma, pode-se perceber que o único mecanismo de cooperação apresenta diversas lacunas e falhas para lidar com questões que podem surgir em operações societárias. As falhas e lacunas aqui apresentadas não são todas necessariamente erros de regulação, alguns dos aspectos que se revelam como falhas são intrínsecos ao instituto da leniência, e aqui foram assim considerados única e exclusivamente pelo fato de não existirem outros mecanismos de cooperação na legislação brasileira, recaindo toda a responsabilidade de promover esse fim no Acordo de Leniência, que como se mostrou acima, é impróprio para englobar todas as mais diversas hipóteses de colaboração que possam se fazer necessárias.

Teoricamente falando, o Acordo de Leniência poderia ser usado em qualquer uma das três etapas de risco em uma operação de fusão e aquisição, porém como foi demonstrado acima, existem diversos fatores na leniência prevista na Lei Anticorrupção que impedem ou no mínimo dificultam a utilização desse instrumento pelas partes na operação e definição da alocação de responsabilidades no contrato.

5.4. Impactos da Lei Anticorrupção em Operações de M&A

Deve-se lembrar que a Lei Anticorrupção não tem finalidades apenas punitivas, mas também objetivos econômicos de promover um ambiente de competição justa, em que os participantes do mercado consigam se encontrar em situações parecidas, sem que nenhum possua nenhuma vantagem indevida sobre os demais. Entretanto, para que isso aconteça, não é necessário apenas a existência de legislação sobre o assunto, é importante que o arcabouço normativo criado seja apto a atingir o objetivo pretendido, caso contrário não se atingirá a situação de competição justa e gerará ainda mais insegurança.

A insegurança tem impacto direto na economia e, conseqüentemente no mercado de fusões e aquisições. As incertezas impedem a realização das operações societárias, aumentando seus riscos até o ponto em que o negócio não é mais viável. É importante ressaltar que o mercado de M&A não é averso ao risco, tanto que, conforme foi analisado no capítulo 2, foram desenvolvidas diversas formas contratuais para que as companhias envolvidas nesse tipo de operação possam alocar o risco. Ocorre que é necessário haver um mínimo de previsibilidade para que isso seja definido contratualmente.

Havendo os mecanismos de cooperação e comunicação adequados, caso um passivo de *compliance* seja identificado no decorrer de uma operação, as partes podem condicionar o fechamento da operação à celebração de um acordo com as autoridades competentes, à obtenção de uma opinião favorável, havendo inclusive a possibilidade de inclusão de cláusulas de indenização no caso do pagamento de uma multa, na hipótese de celebração de um NPA, por exemplo. Além disso, a presença dos instrumentos corretos é capaz de atender todas as etapas de risco, sem deixar as partes expostas de forma desnecessária. Os remédios contratuais podem ser os mais diversos, passando por cláusulas de indenização, condições precedentes ou declarações e garantias, mas havendo apenas um mecanismo de cooperação, incapaz de refletir diversas questões que podem impedir as partes privadas de se apresentar ao Poder Público, a alocação de risco entre as partes não poderá ser realizada de forma correta e efetiva.

Sem os incentivos e mecanismos adequados, as partes não buscarão o Poder Público para reportar as informações relevantes, ficando esse sem atingir seu objetivo de investigar e combater práticas corruptivas, e as partes também não conseguirão fechar negócios, deixando assim de gerar riqueza e movimentar a economia. Sem a regulação adequada os mecanismos de cooperação que seriam uma das principais formas de combate à corrupção, se tornam um dos principais pontos fracos do sistema da Lei Anticorrupção.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescente esforço global para combater a corrupção internacional fez com que diversos países ao redor do mundo editassem suas próprias legislações para prevenir e remediar esse tipo de prática, criando mecanismos internos de controle e fiscalização.

A Lei Anticorrupção, traz consigo também uma questão que envolve o contexto político nacional no momento da sua edição. Essa legislação foi editada em uma situação de manifestações contra a corrupção ao redor de todo o território brasileiro e serviu como uma resposta do governo ao clamor popular. Como quase todas as leis editadas em um contexto de grande instabilidade, a Lei traz diversas lacunas e falhas que podem resultar em uma aplicação equivocada dos dispositivos ali estabelecidos.

É importante ressaltar que a ideia desse trabalho não é defender que a lei deve apresentar mecanismos que possibilitem a isenção de penas à determinadas pessoas. Não cabe aqui discutir se a aplicação do princípio da responsabilidade do sucessor está certa ou errada, ou ainda se a lei deve oferecer formas de evitar tal sucessão de passivos. O que se buscou defender ao longo desse trabalho foi que, qualquer que seja a escolha legislativa de punir ou oferecer isenção de determinadas condutas, a lei deve oferecer soluções claras e seguras que possibilitem a cooperação entre o Poder Público e os particulares, que é fundamental para a efetivação do combate à corrupção.

O FCPA, lei americana de combate à corrupção, reconhece claramente a importância da existência de mecanismos de cooperação e comunicação para a apuração da prática de ilícitos, conforme foi visto no Capítulo 3. O arcabouço normativo norte-americano apresenta diversas formas de acordos de cooperação e instrumentos de reporte como forma de obter maiores informações sobre essas condutas previstas e negociar meios de remediar e impedir novas violações. Dessa forma, tanto a Administração Pública consegue maiores informações sobre a prática de ilícitos, como as partes privadas conseguem negociar suas responsabilidades e mecanismos de prevenção contra a prática de futuros delitos.

Em operações de fusões e aquisições é importante que haja um grau de previsibilidade e segurança legal, para que as partes possam alocar entre elas quaisquer riscos que possam surgir no âmbito de operação, inclusive relativos a passivos de *compliance*. As partes possuem os mecanismos contratuais adequados para a alocação eficiente de risco, só que isso nada adianta se a lei não apresenta os mecanismos claros para que as partes possam realizar essa análise.

A elaboração de Lei Anticorrupção foi um passo importante no combate à corrupção no Brasil, porém apresenta algumas lacunas que podem ter efeitos perversos em outros âmbitos, como no econômico por exemplo. Uma lei

anticorrupção com essas falhas pode afastar investimentos e desestimular negócios, onde a incerteza seria muita alta, principalmente operações societárias, nas quais existe, em regra a responsabilidade da sociedade sucessora por passivos anteriores da sociedade incorporada. A lei brasileira ainda é muito recente e carece de casos de aplicação suficiente para que se possa fazer uma análise concreta dos seus efeitos, porém pode-se tomar como exemplo o FCPA, uma legislação mais antiga, com décadas de aplicação, e a importância dada aos mecanismos de cooperação e comunicação. Essa comparação é importante para a promoção de mudanças na lei brasileira enquanto ela ainda é recente, para que um importante marco legislativo brasileiro no combate à corrupção não se torne o próprio ponto fraco de todo o sistema.

7. REFERÊNCIAS

BALCARCE, Fabian I.; BERRUEZO, Rafael. Criminal Compliance y Personas Jurídicas. B de F, 2016

BRASIL. Lei nº 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.* Brasília, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. “Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. Ed. Revista dos Tribunais, 2015

CONNOR, Justin. Buying an FCPA Violation: The Danger of Successor Liability. 2011

DEPARTMENT OF JUSTICE; SECURITY AND EXCHANGE COMMISSION. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. 2012

DEPARTMENT OF JUSTICE. Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure No. 08-02, de 13 de Junho de 2008.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Non-Prosecution Agreement celebrado entre General Cable Corporation e United States Department of Justice, em 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/in-re-general-cable>. Acesso em 4 de Novembro de 2017

GRIME, Richard; GUO Bingna. Conducting Anticorruption Due Diligence in M&A Deals. 2009

HOLLOCH, Karin. Managing Compliance Risks In M&A Transactions. 2014

LOPEZ, Eric. Intro to M&A Representations and Warranties. 2015. Disponível em: <https://www.themalawyer.com/intro-to-ma-representations-and-warranties/>. Acesso em 4 de novembro de 2017.

LOPEZ, Eric. Private M&A Transaction Process. 2015. Disponível em: <https://www.themalawyer.com/private-ma-transaction-process/>. Acesso em 4 de novembro de 2017.

MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. Responsabilidad de Empresa y Compliance: Programas de Prevención, Detección y Reacción Penal. B de F Euros, 2014.

RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. Whistleblowing: Una Aproximación desde el Derecho Penal. Marcial Pons, 2013.

SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION. Enforcement Manual, de 28 de Outubro de 2016.

SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION. Exchange Act Release No. 34-18255, de 12 de Novembro de 1981.

SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION. SEC Press Release 2016-109, de 7 de Junho de 2016. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-109.html>. Acesso em 4 de Novembro de 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. Ed. Saraiva

STANFORD LAW SCHOOL. Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>. Acesso em 4 de novembro de 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perceptions Index 2016.

Disponível em:

https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

Acesso em 5 de Novembro de 2017.

UNITED STATES. United States Attorneys' Manual, Title 9, Section 9-27.600.

UNITED STATES. United States Code, Title 15, Chapter 2B, §§ 78.

ZAGARIS, Bruce. *Transnational corruption in Brazil: the relevance of U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act*, In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier Editora. 2013