

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATEUS BAPTISTA DE SIQUEIRA

O SISTEMA INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO:

Uma Análise Crítica da Evolução Normativa e suas Implicações Jurídicas e Econômicas

CURITIBA

2023

MATEUS BAPTISTA DE SIQUEIRA

O SISTEMA INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO:

Uma Análise Crítica da Evolução Normativa e suas Implicações Jurídicas e Econômicas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

O SISTEMA INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO: Uma Análise Crítica da Evolução Normativa e suas Implicações
Jurídicas e Econômicas

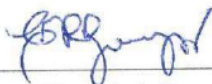
MATEUS BAPTISTA DE SIQUEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Rui Carlo Dissenha
Orientador

Coorientador



Clara Maria Roman Borges
1º Membro



Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior
2º Membro

RESUMO

O presente trabalho desenvolveu uma análise a respeito dos tratados internacionais e de outras normativas existentes sobre a corrupção no plano internacional de que o Brasil é parte, pretendendo identificar qual é a racionalidade que orienta essas normativas, concebidas dentro de um sistema jurídico internacional anticorrupção. Inicialmente, trabalhou-se com a legislação que originou o combate à corrupção internacional: a FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), apontando suas origens e o contexto de sua promulgação. Em seguida foram examinados e enumerados os tratados internacionais relativos ao combate à corrupção de que o Brasil é parte, com destaque para os tratados internacionais firmados pela ONU e pela OCDE. Foi então possível encontrar as raízes desse ímpeto de regulação da corrupção internacional, identificando a racionalidade que originou o sistema internacional mencionado, pela revisão bibliográfica. Primeiramente, identificou-se a origem legislação originária do combate à corrupção internacional, a FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), como parte de um projeto político e econômico específico dos EUA. Em segundo lugar, foi possível traçar as motivações que deram origem ao ímpeto anticorrupção internacional na necessidade norte-americana de internacionalizar a normativas semelhantes à FCPA, para fins de regulação da competitividade econômica internacional, identificado como um mecanismo de regulação de mercado. Foi ainda abordada a expansão da jurisdição americana com base na internacionalização do sistema internacional anticorrupção, e suas principais implicações jurídicas. Foram identificados os desdobramentos dessa normativas para o Brasil e para o ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão geral da pesquisa é que a legislação internacional anticorrupção serviu a interesses econômicos, políticos e estratégicos de certos países, dando origem a um sistema anticorrupção que prioriza a proteção de valores econômicos e da livre concorrência, e da promoção de um modelo específico de governança econômica e jurídica global.

Palavras-chave: Corrupção Internacional; Tratados anticorrupção; Jurisdição transnacional; Sistema Internacional Anticorrupção.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO.....	7
2.1. O SURGIMENTO DA FCPA.....	7
2.2. A PRESSÃO NORTE-AMERICANA.....	11
2.3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO.....	14
2.3.1. Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA).....	15
2.3.2. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.....	15
2.3.3. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.....	17
3. A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO A PARTIR DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO: A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA FCPA.....	18
4. O SISTEMA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO COMO UM MECANISMO DE DEFESA DO MERCADO.....	23
4.1. O “NOVO” SISTEMA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO.....	24
4.2. AS IMPLICAÇÕES DO SISTEMA PARA OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS ANTICORRUPÇÃO PELO BRASIL.....	29
5. CONCLUSÃO.....	34
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	37

1. INTRODUÇÃO

A questão da corrupção tem sido um dos grandes temas de destaque no debate político e econômico contemporâneo. O combate aos efeitos nocivos da corrupção no setor público e no setor privado inspiraram a criação de uma série de mecanismos e legislações visando coibir as práticas corruptas.

A corrupção internacional, ou suborno internacional, consiste no oferecimento ou entrega de dinheiro, bens, favores ou vantagens a um funcionário público de um Estado estrangeiro em troca de vantagens ou favores em transações comerciais ou econômicas decorrentes do exercício da função de seu cargo.¹

Internacionalmente, essa problemática se expressa primariamente no pagamento de propinas por multinacionais a governos estrangeiros, causando grandes escândalos principalmente em países de terceiro mundo.

Nesse contexto, surgiram a partir da década de 90 uma série de normativas internacionais de combate à corrupção e ao pagamento de subornos, bem como um complexo sistema de instituições governamentais, não governamentais e financeiras que atuam para coibir tais práticas.

A presente pesquisa pretendeu explorar as origens desse sistema internacional a partir do contexto histórico e de suas motivações econômicas e políticas, e realizar uma análise de algumas das principais implicações jurídicas e econômicas que se deram, na prática, com sua implementação pelos países do mundo.

A hipótese norteadora é a de que a formação do sistema internacional anticorrupção consagrado pelos tratados internacionais da OCDE, ONU e OEA advém de interesses distintos do simples combate à criminalidade e da defesa do patrimônio da administração pública.

Em linhas gerais, pretende-se demonstrar que este sistema, compreendendo os principais atores envolvidos no processo de criação de uma rede de tratados, institutos e doutrinas jurídicas tratando da corrupção internacional e as normativas citadas foram formuladas com o intento principal de servirem como mecanismos de defesa e controle dos mercados internacionais, visando garantir a segurança dos investimentos externos, da livre circulação de capitais e do comércio internacional, em detrimento de seus objetivos explícitos, a saber, a prevenção dos crimes de corrupção como o pagamento de propinas a funcionários

¹ MANFRONI, 1998, p. 36.

públicos estrangeiros. Ademais, a internacionalização do regime anticorrupção influenciou diretamente a jurisdição transnacional sobre crimes de corrupção internacional, cabendo, portanto, averiguar concretamente seus efeitos nessa área.

Inicialmente, o trabalho se propõe a identificar as primeiras normativas de combate à corrupção internacional, a partir da análise da experiência norte-americana, analisando-se profundamente o surgimento da primeira normativa relevante sobre o tema, a FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), o contexto de sua elaboração e seus efeitos mais relevantes para o ordenamento jurídico internacional sobre o tema. Em seguida, pretende-se analisar como se deu o processo de internacionalização do combate à corrupção por meio dos principais tratados internacionais sobre o tema. A pesquisa buscará compreender os efeitos dessa internacionalização sobre a jurisdição penal transnacional em matéria de combate à corrupção. Nesse sentido, serão analisados especificamente os efeitos da internacionalização dos tratados anticorrupção na aplicação extraterritorial da FCPA. Por fim, será averiguado se a hipótese norteadora do presente artigo se confirma, bem como serão averiguadas as principais consequências e conclusões derivadas da internacionalização do combate à corrupção internacional, a partir de seu desenvolvimento histórico e normativo concreto, apontando ainda seus efeitos para o ordenamento jurídico internacional e nacional.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO

A nova política anticorrupção surge nos EUA com a aprovação da primeira legislação efetiva contra subornos internacionais. Posteriormente, o regime seria internacionalizado através de tratados internacionais no âmbito da OCDE, ONU e OEA. A análise do processo de internacionalização desse sistema revela uma série de interesses que deram origem ao ímpeto de combate à corrupção transnacional, bem como a compreensão particular do fenômeno da corrupção adotada pelo sistema.

2.1. O SURGIMENTO DA FCPA

O desenvolvimento histórico do sistema internacional de combate à corrupção teve como marco inicial a aprovação pelo governo Norte-Americano da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), de 1977. Os Estados Unidos foram o primeiro país a aprovar uma lei contra o pagamento de propinas para estrangeiros.² Desta forma, foi a partir da iniciativa legislativa

² SUNG, 2005, p. 113.

dos EUA que a questão da corrupção transnacional se tornou objeto de regulação específica pelos estados nacionais, e posteriormente, pela comunidade internacional como um todo.

Até então, o pagamento de propinas por multinacionais para funcionários públicos estrangeiros era aceito pelos países sedes dessas empresas, e em certos casos até mesmo incentivada. Conforme Hung-En Sung, grandes potências europeias como França e Alemanha não apenas permitiam essas práticas, mas também ofereciam deduções fiscais para suas multinacionais por seus "gastos" com propinas.³ A corrupção era encarada como um veículo necessário para a abertura econômica e para a realização de investimentos pelo mundo desenvolvido.⁴

A FCPA foi aprovada na esteira do escândalo político de Watergate de 1972. As investigações do Congresso Americano instauradas em decorrência da descoberta das irregularidades do presidente Richard Nixon resultaram na descoberta de uma série de esquemas e mecanismos de pagamento de propinas para governos estrangeiros mantidas por multinacionais americanas, com numerosos casos de lavagem de dinheiro e corrupção de funcionários públicos estrangeiros⁵

As investigações contra a *International Telephone and Telegraph Corporation* (ITT) por um suposto esquema de pagamento de propinas para manipular as eleições do Chile⁶ resultaram na formação de um comitê no congresso americano que passou a investigar uma série de multinacionais americanas na esteira das descobertas das investigações do caso Watergate. Na conclusão das investigações, averiguou-se que embora o pagamento de propinas pela corporação configura-se uma infração ética, não havia necessariamente um ilícito, posto que não havia qualquer legislação regulando esse tipo de corrupção.⁷

Posteriormente, as investigações conduzidas pela SEC (*Securities and Exchange Commission*) revelaram novos esquemas de pagamentos de propinas para governos estrangeiros no valor de 300 milhões de dólares, realizados por mais de 400 corporações americanas.⁸

³ SUNG, 2005, p. 114.

⁴ KRASDEV, 2004, L. 264.

⁵ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.246.

⁶ A corporação havia oferecido propinas no valor de 1 milhão de dólares para impedir a eleição de Salvador Allende em 1970. O comitê de investigação concluiu que a corporação havia simplesmente atuado "além do comportamento corporativo adequado". CRAGG; WOOF, 2001, pp.181-2.

⁷ CRAGG; WOOF, 2001. P.182.

⁸ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.248. Schroth descreve a magnitude da situação: "Entre estas estava a Bell Helicopter, subsidiária da Textron, Inc., que admitiu ter realizado pagamentos em Gana e no Irã; A corporação Gulf Oil, que admitiu ter pago propinas em vários países, incluindo 4 milhões de dólares para o partido político do governo da Coreia do Sul; a General Tire & Rubber Company, que admitiu ter pago propinas na Argélia, no

As principais investigações envolviam a corporação Lockheed, fato que prejudicava a posição do congresso norte-americano, posto que haviam concedido à empresa em 1971 (pouco antes da descoberta das propinas) um empréstimo de 250 milhões de dólares, para impedir a falência da corporação. Nesse contexto, conforme Spalding:

Nas primeiras audiências do Congresso sobre a necessidade de uma legislação anti subornos, a Lockheed já tinha revelado ao governo dos Estados Unidos que havia pago vários subornos de vários milhões de dólares para vários países desenvolvidos e em desenvolvimento, particularmente os Países Baixos, o Japão e a Itália, tendo causado escândalos em cada um desses países que eram vergonhosos para parar esses países e para os Estados Unidos.⁹

Mike Koehler ressalta que embora o surgimento do FCPA seja normalmente compreendido como uma consequência da pressão política e da união pública referente ao escândalo de Watergate, descrever a origem do FCPA por apenas essa linha ignora o fato de que o Congresso americano estava investigando pagamentos de propina para governos estrangeiros separadamente do escândalo envolvendo o ex-presidente Nixon.¹⁰

O FCPA é uma emenda do *Securities Exchange Commission Act* de 1934, e é composto por 2 provisões principais. A primeira define que aquelas empresas que devem se reportar periodicamente para a SEC devem manter registros de gastos no estrangeiro para fins de auditoria. A segunda, mais importante, pode ser resumida como uma prescrição de que será ilegal para qualquer nacional americano pagar, prometer pagar, ou autorizar pagamento em dinheiro, presentes, ou qualquer coisa de valor, para qualquer oficial ou governo estrangeiro ou qualquer candidato para cargo público em país estrangeiro, com o propósito de influenciar quaisquer decisões ou atos de sua competência.¹¹ A lei foi sancionada em 1977 pelo então presidente Jimmy Carter, inspirada na “onda moralizante” que prevaleceu na política americana no período pós-Watergate.¹²

México e na Venezuela; e a Exxon Corporation, que admitiu ter pago propinas em quinze países, incluindo 19 milhões de dólares na Itália. O caso mais espetacular dos escândalos de pagamento de propinas no estrangeiro envolveu a Lockheed Aircraft Corporation, a maior fornecedora militar dos Estados Unidos na época. Entre os beneficiários de seu extenso programa de propinas internacionais estavam o Primeiro Ministro Japonês Tanaka Kakuei, que resignou em 1974 e foi preso em 1976, eventualmente condenado por ter aceitado \$2,000,000 para influenciar a empresa All Nippon Airways a comprar jatos da Lockheed; o Príncipe Bernhard dos Países Baixos, que manteve seu título real, apesar da desgraça, mas eventualmente perdeu seu cargo; e Giovanni Leone, o Presidente da Itália, que resignou. A corporação Lockheed eventualmente admitiu ter uma enorme folha de pagamento de propinas de agentes públicos na Alemanha, Irã, Filipinas, Árabia Saudita, Suécia, e outros países.” SCHROTH, 2002, p.595. (Tradução nossa).

⁹ SPALDING, 2009, p. 360. (Tradução nossa).

¹⁰ KOEHLER, 2010, p.911.

¹¹ CARSON, 1985, p.67.

¹² FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.247.

A lei prescreve medidas preventivas e repressoras. A supervisão da aplicação é feita pela SEC e pelo Departamento de Justiça (DOJ). Aqueles sujeitos ao FCPA devem manter registros detalhados de todas as transações comerciais e financeiras e realizar auditorias internas e externas periodicamente. As penas podem ser cíveis (multas e restrições a contratos com a administração pública, sendo o SEC o órgão responsável pela execução civil) ou criminais (de responsabilidade do departamento de justiça).¹³

Além das motivações declaradas da criação da legislação (combate à corrupção e segurança das relações comerciais) cumpre enumerar outras motivações centrais que levaram o congresso americano a aprovar o FCPA.

Kevin Davis considera que as origens do combate à corrupção transnacional nos EUA se deram por um processo de conciliação entre interesses próprios e “altruísmo”, em uma espécie de “interesse próprio iluminado”, tentando ligar os interesses econômicos e políticos dos EUA ao processo de democratização e desenvolvimento dos países estrangeiros.¹⁴

O caso Watergate e os esquemas de corrupção revelados nos anos 70 nos Estados Unidos afetaram negativamente a imagem do país no exterior, especialmente em países estratégicos para os interesses americanos no período da guerra fria.¹⁵ A crise alterou a concepção prevalecente até então sobre a corrupção, segundo a qual, de acordo com Spalding, havia um consenso sobre esse propósito da legislação. A corrupção das corporações americanas poderia criar condições para que governos hostis aos interesses americanos surgissem e se legitimassem.¹⁶

Os líderes no Senado americano na época da aprovação da normativa, Frank Church e William Proxmire, deixavam claro que sua principal preocupação eram as ramificações políticas da corrupção transnacional para os EUA.²¹ Dizia o senador Proxmire que:

O pagamento de subornos para funcionários públicos estrangeiros por algumas empresas

¹³ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.247.

¹⁴ DAVIS, 2012, p.507.

¹⁵ SPALDING, 2009, p. 357. Davis ressalta a posição complicada dos EUA no período: haviam perdido território para os comunistas em regiões importantes como no Vietnã e em Angola. DAVIS, 2012, p.499. Portanto, os pagamentos de propina no exterior por corporações americanas poderiam colocar em risco a segurança nacional do país. BREWSTER, 2017, p. 1623.

¹⁶ SPALDING, 2009, p.384. Nos debates a respeito da FCPA citaram-se como exemplos a ascensão de líderes como Muammar al-Gaddafi na Líbia ou, ou do crescimento da popularidade dos comunistas na Itália. Empresários norte-americanos defendiam, entretanto, a necessidade dos pagamentos de propina: “Havia portanto uma pressão considerável sobre as empresas competindo em mercados internacionais para consolidar a visão de que, para que as Companhias Americanas permanecessem competitivas, elas teriam que aceitar os padrões “locais” predominantes de conduta de negócios, por mais desagradáveis que pudessem parecer ao público americano.” CRAGG; WOOF, 2001. P.183. (Tradução nossa).

americanas lançam uma sombra sobre todas as empresas americanas (...) e cria graves problemas de política externa. As revelações de pagamentos inapropriados tendem inevitavelmente a constranger regimes amigáveis e reduzir o respeito pelos Estados Unidos junto ao público estrangeiro. Essas práticas dão crédito às piores suspeitas semeadas por nacionalistas extremos ou marxistas de que as empresas americanas operando em seus países têm uma influência corruptora em seus sistemas políticos.¹⁷

Quando a lei foi finalmente assinada em 1977, pelo então presidente Jimmy Carter, este também fez questão de destacar a importância da normativa para a política externa americana.¹⁸

A proposta do Senado Americano causou imediatamente reações negativas na comunidade empresarial norte-americana. Alegava-se que a criação de um tratado internacional anticorrupção em um foro multilateral seria preferível. Caso contrário, as empresas americanas seriam prejudicadas na conquista de mercados estrangeiros.¹⁹

2.2. A PRESSÃO NORTE-AMERICANA

Nas discussões que levaram à aprovação do FCPA, parlamentares americanos apontaram a necessidade de se internacionalizar o combate à corrupção e o alcance da jurisdição da lei, posto que sua eficiência dependeria em grande parte da atuação de outros estados. Iniciou-se então a pressão americana pela inclusão do tema nos debates das organizações internacionais.²⁰

Conforme Abade:

A partir dos anos 90 do século passado, o combate à corrupção começa a se desvencilhar do conceito de ação contra a concorrência desleal para abraçar o enfoque de defesa dos direitos humanos internacionalmente protegidos, em especial o direito difuso à boa governança (good governance)²¹.

¹⁷ US SENATE, 1976. Apud: CRAGG; WOOF, 2001, p.185. Um caso extremo e talvez cômico ocorreu quando uma das corporações que testemunharam para o Congresso Americano durante as audiências da SEC referentes ao escândalo de propinas internacionais argumentou que embora pagassem propinas para líderes comunistas no leste europeu, seu propósito era o de promover o liberalismo. O executivo da empresa admitiu que havia pago dezenas de milhares de dólares para o partido comunista do país. US SENATE, 1976. Apud: SPALDING, 2009, p.. 390. (Tradução nossa).

¹⁸“Eu compartilho a visão do Congresso de que o suborno é eticamente repugnante e competitivamente desnecessário. Práticas corruptas entre corporações e funcionários públicos no exterior comprometem a integridade e estabilidade de governos e prejudicam nossas relações com outros países. “Presidential Statement on Signing the Foreign Corrupt Practices and Investment Disclosure Bill, 2 Pub. Papers 2157, Dec. 20, 1977. Apud: BREWSTER, 2017, p. 1626. (Tradução nossa).

¹⁹ CRAGG; WOOF, 2001, p.185.

²⁰ ABADE, 2019, p.215. Antes mesmo da promulgação da FCPA, em 1975, uma resolução do senado americano pedia a criação de códigos internacionais de conduta proibindo o pagamento de propinas e contribuições antiéticas, e em 1976 uma força tarefa foi criada pelo então Secretário do Comércio com semelhantes exigências. SCHROTH, 2002, p.596.

²¹ ABADE, 2019, p.215.

Políticos e empresários americanos argumentavam que a aplicação do FCPA sobre operações americanas resultava em uma desvantagem comparativa frente às corporações estrangeiras na conquista de mercados estrangeiros.²² Defendia-se portanto que o governo americano e a comunidade internacional deveriam “nivelar o campo” de competição na conquista de contratos e mercados estrangeiros, especialmente diante das perdas sofridas pelos americanos em vários contratos resultado de esquemas de corrupção de empresas europeias.²³

Nesse contexto, o governo americano passou a se engajar fortemente a partir dos anos 90 (especialmente na administração do presidente Bill Clinton) no estabelecimento de um regime de normas internacionais de combate à corrupção, pressionando as organizações internacionais.²⁴ Para os secretários de Bill Clinton, a matéria foi destacada como prioridade diplomática.

Descreve assim Schroth:

(...) apenas depois da posse do Presidente William J. Clinton em 1993 é que a questão se tornou uma prioridade do executivo. O Departamento de Estado, Comércio e do Tesouro combinaram esforços para persuadir os governos dos países Europeus e do Japão para apoiar as propostas dos diplomatas dos Estados Unidos em várias organizações e instituições internacionais. Essas iniciativas foram apoiadas pela recém-fundada Transparência Internacional, e, no contexto de novos escândalos políticos de corrupção na Europa, pela imprensa e pela opinião pública.²⁵

Cumprir destacar a explosão do debate sobre escândalos de corrupção promovida pela grande mídia ocidental neste período. Houve um aumento expressivo nas menções do termo “corrupção” por grandes revistas como a “The Economist” ou a “Financial Times” entre os anos 80 e 90, de 229 entre 1982-1987 para 1246 vezes apenas no ano de 1995.²⁶

Conforme descrito por Schroth, as investidas iniciais da diplomacia norte-americana tiveram poucos e inefetivos resultados.²⁷ De fato, o contexto internacional era pouco favorável

²² SPALDING, 2009, p. 390.

²³ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.248. Cite-se como exemplo relato que entre 1994 e 2001 multinacionais americanas perderam mais de 400 oportunidades ou contratos no estrangeiro como consequência de subornos pagos por competidores de outros países. SUNG, 2005, p. 118.

²⁴ GLYNN; KOBRIN, 1997, p. 20.

²⁵ SCHROTH, 2002, p.610. (Tradução nossa).

²⁶ GLYNN; KOBRIN, 1997, p. 21.

²⁷ SCHROTH, 2002, p.596. Pode-se mencionar como exemplo resoluções da OEA em 1975 e da assembleia geral da ONU no mesmo ano. Nenhuma dessas resoluções previa medidas concretas a respeito do tema. Foram também criadas várias comissões na ONU e em outras organizações internacionais, sem resultados concretos, mesmo com apoio americano. MCCOY; HECKEL, 2001, p.72. Cumprir destacar que o combate à corrupção não era a única pauta de internacionalização do direito apoiada pelos estados unidos neste período, posto que haviam iniciativas similares quanto ao tráfico de drogas, por exemplo. GLYNN; KOBRIN, 1997, p. 15-16.

a esse tipo de regulação: era difundida a tese de que os subornos seriam meios necessários para o acesso a mercados de países do terceiro mundo. Ademais, o rápido crescimento do comércio internacional na chamada “era de ouro” do pós-guerra desestimulava qualquer preocupação a respeito de um assunto aparentemente restrito à política criminal de cada país.²⁸

Mesmo assim, houve certos avanços a partir da posição americana. Em 1975 a Assembleia geral da ONU condenou a corrupção transnacional, seguida no próximo ano por uma manifestação igual da OCDE. Instituições Internacionais como o Banco Mundial, o FMI e a Transparência Internacional pressionavam os estados e as organizações internacionais pelo estabelecimento de um regime efetivo de combate à corrupção internacional.²⁹ Entretanto, países europeus como França, Alemanha e o Reino Unido se opunham às pressões americanas, defendendo que a luta contra a corrupção deveria se restringir apenas a funcionários públicos.³⁰

Cumprir mencionar ainda a pressão do Banco Mundial, do FMI e da Transparência Internacional na construção dessas normativas.³¹ Mesmo que alguns destes debates tenham ocorrido anteriormente à aprovação da FCPA, foi somente com a aprovação da lei que surgem os primeiros esforços no caminho de medidas efetivas e na construção de normativas propriamente ditas.

Os anos 90 marcam um ponto de virada na atitude americana a respeito da FCPA e da internacionalização do sistema internacional anticorrupção. A prioridade aos efeitos negativos na política externa do país, gerados pela corrupção de suas empresas no exterior, deram lugar a preocupações focadas no acesso das corporações americanas a países considerados corruptos. O tema da “política externa” acaba sendo apagado do debate, dando espaço para um novo foco na questão econômica.³²

Conforme Ivan Krastev, a mudança de paradigma tende a ser explicada pelas mudanças históricas observadas no período, como o fim da guerra fria; a propagação da imprensa livre; da democracia; a globalização dos mercados e o surgimento do crime organizado transnacional.³³ O FMI e a OCDE teriam se juntado ao esforço global no combate

²⁸ MCCOY; HECKEL, 2001, p.72.

²⁹ MCCOY; HECKEL, 2001, p.76.

³⁰ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.248.

³¹ MCCOY; HECKEL, 2001, p. 76.

³² SPALDING, 2009, p. 392.

³³ KRASTEV, 2004, l. 170-199.

à corrupção pela pressão dos públicos democráticos.³⁴ Tudo isso em um contexto de ampla democratização de uma série de países e de privatizações em massa ocorridas no chamado terceiro mundo e nos antigos países socialistas.³⁵

O contexto era favorável ao estabelecimento de um tratado internacional contra a corrupção. O primeiro projeto em fase avançada de negociação surge na OCDE, dado o foco da organização na discussão do desenvolvimento, democracia e mercados. A OCDE era composta por vários países desenvolvidos, incluindo alguns dos maiores competidores para os negócios dos EUA internacionalmente.³⁶

Finalmente, em 1997, foi assinada a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais pela organização.³⁷

É fundamental ressaltar os interesses econômicos americanos nesta iniciativa, reconhecidos pelo próprio presidente do país na época, Bill Clinton, que argumentava:

Desde a promulgação (...) da FCPA, os Estados Unidos têm estado sozinho na criminalização específica de subornos a funcionários públicos estrangeiros relacionados a negócios. As corporações dos Estados Unidos argumentam que isso as coloca em uma desvantagem significativa ao competir por contratos internacionais em relação a competidores estrangeiros que não estão sujeitos a leis dessa natureza.³⁸

A declaração do então Senador Jesse Helms sobre a aprovação da Convenção anticorrupção da OCDE explicita de maneira clara a atitude dos Estados Unidos no que diz respeito ao combate à corrupção transnacional. Defendia o parlamentar que havia “(...) uma necessidade de pressionar – e eu uso essa palavra propositalmente – de pressionar nossos aliados Europeus e outros países para que aprovem leis que criminalizem o suborno de funcionários públicos estrangeiros por seus cidadãos no exterior.”³⁹

2.3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO

A questão da corrupção surge como um ponto de debate importante nos organismos e atores internacionais simultaneamente aos debates no congresso americano a respeito da FCPA, e sua posterior aprovação, nos anos 90. Como apresentado anteriormente, as primeiras

³⁴ KRASSTEV, 2004, l. 223.

³⁵ MCCOY; HECKEL, 2001, p.72.

³⁶ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.249.

³⁷ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.250.

³⁸ US. The President of the United States, 1998. (Tradução nossa).

³⁹ BARBER, Apud: SALBU, 1999, p. 441. (Tradução nossa).

medidas efetivas (convenções e tratados) surgem apenas nos anos 90.

Passemos então à análise dos principais tratados internacionais contra a corrupção, fruto desse desenvolvimento. Como previamente apontado, há uma centralidade da convenção da OCDE, escolhido pelos grupos de pressão como o organismo por excelência para desenvolver uma legislação desse tipo. Entretanto, houve anteriormente a aprovação de uma convenção semelhante na OEA, e posteriormente na ONU.

2.3.1. Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA)

A Convenção Interamericana contra a corrupção da OEA foi o primeiro instrumento internacional de combate à corrupção, aprovada em 1996, compreendendo medidas repressivas e preventivas. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002) e posteriormente aprovada por meio de Decreto Presidencial, sob o nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.⁴⁰ A convenção foi importante para abrir espaço para os debates na ONU sobre um tratado anticorrupção universal.⁴¹

A convenção inclui compromissos que obrigam a criação de certos tipos penais pelos Estados-Partes. A Convenção determina a obrigação da proibição da corrupção ativa e passiva e da administração fraudulenta, mas também as novas formas de corrupção, como por exemplo o suborno transnacional, o uso indevido de informação privilegiada, a malversação de bens públicos e a obtenção ilícita de benefícios públicos.⁴²

Sua implementação pelos Estados signatários é acompanhada pelo Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção (MESICIC), o qual avalia periodicamente os progressos no combate à corrupção entre os países signatários, incluindo o Brasil, que já passou por avaliações do mecanismo.⁴³

2.3.2. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1999 foi provavelmente a peça central para a implementação de um sistema de combate à corrupção internacional.

O tratado estabelece responsabilidades às pessoas jurídicas que corrompam os

⁴⁰ PAGLIARINI; MARTINS, 2019, p. 19.

⁴¹ PAGLIARINI; MARTINS, 2019, p. 19.

⁴² PRADO, 2003, p. 5.

⁴³ PAGLIARINI; MARTINS, 2019, p. 20.

funcionários públicos estrangeiros, considerando a possibilidade de sanções cíveis e administrativas, prescreve a possibilidade de assistência jurídica recíproca entre os Estados-membros e visa a eliminar a concorrência desleal gerada pelas práticas corruptas das multinacionais.⁴⁴

Importante pontuar que a questão da defesa das estruturas de mercado, ou da “competição” estão explícitas no texto da convenção, citadas por mais de uma vez. Assim por exemplo tem-se que: “Subornos e corrupção são prejudiciais às instituições democráticas e à governança das corporações. Elas desestimulam o investimento e distorcem as condições de competitividade internacionais.”⁴⁵

Foi ratificada pelo Brasil no ano 2000, por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 (em que pese o Brasil não fazer parte da OCDE).

A grande diferença desse documento para a convenção da OEA é seu alcance. Semelhante a FCPA, sua inspiração direta, a convenção da OCDE lida com propinas envolvendo agentes públicos estrangeiros. Luciano Vaz Ferreira resume alguns dos principais pontos do tratado:

A estratégia é estabelecer um compromisso legal e político entre os Estados signatários para modificar a legislação nacional a fim de proibir práticas corruptas prejudiciais para as relações econômicas transnacionais (artigo 1.1.). Observa-se que a lista de signatários é composta por países desenvolvidos e em desenvolvimento que respondem por 90% do investimento estrangeiro direto, 2/3 do comércio internacional e 75% das multinacionais (...). A proibição do uso da corrupção no comércio internacional representa uma tentativa de “nivelar o campo de jogo” das forças econômicas em um contexto de livre comércio global, o principal objetivo dos Estados Unidos na internacionalização do controle da corrupção.⁴⁶

A convenção segue um padrão de outros tratados internacionais anticorrupção: posto que não pode proibir automaticamente em cada um dos países as práticas condenadas pelo documento, acaba ficando dependendo da iniciativa dos estados membros de criarem suas próprias leis nacionais a fim de criminalizar as condutas corruptas. Nesse sentido, esses tratados servem como um “projeto” ou um “modelo” para ser copiado pelos estados, para dar efetividade à convenção.⁴⁷ O artigo 2º do tratado determina a adoção de medidas necessárias à responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção de funcionário público estrangeiro, e o artigo 3º determina que, caso não seja possível a responsabilização criminal

⁴⁴ PAGLIARINI; MARTINS, 2019, p. 21.

⁴⁵ OCDE, 1997, p.3. (Tradução nossa).

⁴⁶ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.250. (Tradução nossa).

⁴⁷ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.251.

das pessoas jurídicas no país parte, deverão ser adotadas medidas de responsabilização não-criminal.⁴⁸

A convenção estabelece ainda a necessidade de se manter um sistema detalhado de registros contábeis, sistemas de auditoria e transparência corporativa. Os mecanismos de monitoramento e acompanhamento da OCDE são o seu destaque central, averiguando o cumprimento dos dispositivos pelos países signatários e suas corporações.⁴⁹

2.3.3. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

As Nações Unidas estabeleceram em 2001 um comitê ad hoc para negociar um instrumento internacional universal de combate contra a corrupção, finalmente aprovada em 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.⁵⁰

Esta convenção traz entre suas previsões mecanismos de prevenção, criminalização, cooperação jurídica internacional, a criação de agências anticorrupção, medidas de transparência e códigos de conduta. É considerado o mais completo tratado internacional contra a corrupção.⁵¹

O Brasil foi signatário da convenção em 2003, tendo efeito vinculante no país, mas ainda assim foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e posteriormente promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Alguns pontos da convenção merecem destaque. Primeiro: a criminalização do pagamento de propina no setor privado é não obrigatória pelos termos do tratado. Ainda, há uma série de preocupações a respeito da ambiguidade de certos artigos.⁵²

A conexão entre as Convenções Internacionais e o ordenamento jurídico pátrio é realizada através de dispositivos como os “follow up mechanisms” das convenções para acompanhamento da implementação dos tratados, presentes na Convenção Interamericana contra a Corrupção e na Convenção da ONU contra a Corrupção, apontando os problemas

⁴⁸ OCDE, 1997. Pp 4-5.

⁴⁹ FERREIRA; MOROSINI, 2013, p.251.

⁵⁰ “Preocupações também foram levantadas de que algumas disposições da Convenção foram redigidas de maneira ambígua, que certas disposições são opcionais e que isso poderia resultar em um quebra-cabeça de requisitos inconsistentes. Além disso, há uma ampla variação na clareza dos artigos na Convenção. Um certo grau de ambiguidade é desejável, pois facilitaria o desejo das partes contratantes por flexibilidade ao implementar a obrigação prevista na Convenção. No entanto, o uso excessivo de linguagem flexível ou ambígua em disposições importantes da Convenção prejudicaria o objetivo básico da Convenção, que é combater a corrupção.” RAVINDRAN, 2006, p. 7

⁵¹ PAGLIARINI; MARTINS, 2019, p. 19.

⁵² RAVINDRAN, 2006, p. 31.

atuais da legislação brasileira e exigindo medidas para sanar esses problemas. É comum também que as normativas internacionais tenham dispositivos para fins de cooperação jurídica internacional.⁵³

A consolidação de um regime internacional anticorrupção a partir dos referidos tratados teve 2 implicações não declaradas: em primeiro lugar, a expansão da jurisdição americana através da FCPA, cujo alcance foi expandido pela internacionalização do regime de combate à corrupção transnacional. Em segundo lugar, o processo representou a criação de um novo modelo de compreensão da corrupção e de combate à corrupção internacional concentrado na proteção da livre-concorrência e do mercado, que teve como desdobramento, a partir da internalização do sistema nos ordenamentos jurídicos nacionais, de um sistema anticorrupção cujo objetivo é a tutela de bens jurídicos como a livre-concorrência, a transparência nas relações comerciais e outros interesses privados, e não mais a administração pública.

3. A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO A PARTIR DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO: A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA FCPA

Primeiramente, é necessário questionar a eficácia e a isonomia das sanções aplicadas relativas ao pagamento de propinas internacionalmente. Em que pese a aparente boa vontade de todas as grandes potências em punir essas condutas, não há evidência de qualquer queda significativa nesses pagamentos.⁵⁴ É possível que essa legislação tenha apenas mudado a maneira pela qual a corrupção opera, não a existência de práticas corruptas em si.⁵⁵

De fato, a eficácia de tratados como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais parece ter sido pouco relevante. Conforme descrito por Hung-en Sung, entre 1998 e 2005, os EUA haviam começado 35 investigações, a França apenas 3, a Alemanha 1 e o Reino Unido nenhuma investigação sobre pagamentos de propina por corporações nacionais com base nas disposições do tratado.⁵⁶

Em contraste, entre 1999 e 2014, foram registrados mais de 400 casos de subornos

⁵³ ABADE, 2019, p.214.

⁵⁴ SUNG, 2005, p. 113.

⁵⁵ BROWN; CLOKE, 2004, p. 281.

⁵⁶ SUNG, 2005, p. 114.

ativos de corporações multinacionais de países signatários da convenção da OCDE.⁵⁷

Nem mesmo agências profundamente envolvidas nos esforços de combate à corrupção transnacional se mostram inteiramente íntegras nesse quesito. O próprio Banco Mundial e o FMI têm problemas internos sérios com corrupção.⁵⁸

Os tratados internacionais anticorrupção tiveram efeitos radicais na aplicação da FCPA. De fato, a relação histórica entre a FCPA e as convenções, por meio da pressão americana pela internacionalização do regime anticorrupção, se refletem na abordagem similar da corrupção. Priorizam-se os impactos da corrupção sobre o mercado internacional, não enquanto uma questão criminal específica, de lesão ao patrimônio público, mas sim como um obstáculo para o desenvolvimento do livre comércio e da competição comercial.⁵⁹

O FCPA foi emendado em duas ocasiões. Em 1988 as primeiras emendas foram promulgadas. Entre as principais mudanças destacam-se a possibilidade de novas defesas contra acusações feitas com base no FCPA, em uma relativa flexibilização do que seria considerado “propina”.⁶⁰ Essas primeiras emendas derivam, portanto, diretamente dos argumentos apresentados por políticos e empresários americanos a respeito da situação de desvantagem em que a FCPA colocou as multinacionais americanas.

As mudanças introduzidas pelas emendas de 1988 incluíam, explicitamente, a necessidade de negociação de um tratado internacional anticorrupção a fim de garantir a aplicação das disposições da FCPA contra o pagamento de propinas para governos estrangeiros a nível internacional. Em termos específicos, esclarece James Williams: “De fato, uma previsão chave da Lei de Comércio de 1988, que incluía várias reformas à FCPA, incluía uma demanda para que o Presidente buscasse a multilateralização da FCPA no âmbito da OCDE.”⁶¹ O dispositivo seria satisfeito poucos anos depois, em 1997, com a adoção da

⁵⁷ ZAFFARONI, 2020, p. 87. Conforme descrito pelo autor, a evasão fiscal custe aos estados do mundo mais de 200 bilhões de dólares, e o sistema de criação de offshores formam a “(...) maior criminalidade organizada do planeta”, ignorada em grande medida pelo sistema internacional anticorrupção.

⁵⁸ HAWLEY, 2000, p.28. Na Rússia, por exemplo, o então presidente Boris Yeltsin usou parte dos fundos emprestados pelo FMI para sua campanha de reeleição em 1996, enquanto a instituição financeira permaneceu em silêncio e prosseguiu emprestando para o país. Situação semelhante ocorreu no México envolvendo o então presidente Carlos Salinas.

⁵⁹ BEARE; WILLIAMS, 2000, p. 137-8. Margaret Beare classifica a convenção anticorrupção da OCDE como uma expressão das desigualdades existentes a nível global de poder e influência, que se manifestam igualmente no discurso anticorrupção internacional como um todo.

⁶⁰ Assim: “As Emendas de 1988 limitaram o escopo da responsabilidade criminal pela violação dos padrões de contabilidade ao impor um requisito de conhecimento. Elas também criaram exceções e defesas afirmativas pela responsabilização de certos pagamentos a funcionários públicos: especificamente, reembolsos por despesas realizadas em conexão com ações de promoção comercial, pagamentos que eram legais sob a lei do país do funcionário público estrangeiro, e pagamentos para medidas de governo de rotina.” DAVIS, 2012, p.502. (Tradução nossa).

⁶¹ SPALDING, 2009, p. 390. (Tradução nossa). Em termos específicos, esclarece James Williams: “De fato, uma

Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Em 1998 o FCPA foi emendado mais uma vez. Com a aprovação do tratado contra a corrupção da OCDE, as emendas de 1998 estenderam a competência de acusação da lei para pessoas estrangeiras e estenderam a jurisdição para fora das fronteiras dos EUA.⁶²

Com as emendas, o FCPA regula a atuação não apenas de corporações americanas ou estrangeiras sediadas nos EUA, mas também de qualquer corporação estrangeira com títulos em bolsas americanas, negócios domésticos nos EUA e até de indivíduos que atuem no território norte americano.⁶³ A competência do DOJ americano passa a atingir pessoas físicas, empresas organizadas sob as leis dos EUA, empresas estrangeiras que emitem títulos americanos, bem como quaisquer diretores ou agentes dessas companhias.⁶⁴

Assim, o conceito de “nivelar o campo de disputa” internacional ainda estava presente nas emendas de 1998. Os EUA e a comunidade empresarial americana conseguiram internacionalizar a aplicação de suas normas anticorrupção, impedindo o “desnível” frente a corporações de outras nações.

O resultado dessas mudanças foi a atribuição de uma discricionariedade considerável aos procuradores americanos, com uma ampla margem de aplicação da lei.⁶⁵ Cumpre ressaltar que o DOJ (*Department of Justice*), responsável pelas acusações e investigações do FCPA, é parte do executivo americano, trabalhando em conjunto com os *U.S. Attorneys' Offices*. Trata-se, portanto, de órgão sujeito a mudanças e desígnios políticos dos governos que ocupam o executivo.⁶⁶

No caso SEC v Montedison de 1996, por exemplo, a corporação Italiana Montedison foi processada com base nas provisões de contabilidade do FCPA, embora os investidores americanos representassem apenas 6% do valor total da empresa. Entretanto, o fato da multinacional estar presente na bolsa de valores de Nova Iorque, levou os procuradores

provisão central do Trade Act de 1988, que estabelecia várias reformas na FCPA, incluía uma demanda para que o Presidente buscasse a multilateralização da FCPA no âmbito da OCDE.“ BEARE; WILLIAMS, 2000, p.139. (Tradução nossa).

⁶² “As Emendas de 1998 expandiram o escopo das pessoas abrangidas para incluir certos estrangeiros, como qualquer oficial ou uma organização internacional pública. As Emendas de 1998 também estenderam o alcance da jurisdição da lei para além das fronteiras dos Estados Unidos.” SEITZINGER, 2016, p.5. (Tradução nossa).

⁶³ BREWSTER, 2017, p. 1627.

⁶⁴ A jurisdição do FCPA pode atingir até empresas estrangeiras ou indivíduos que detenham contas bancárias nos EUA, ou que discutam pagamentos ilegais em uma reunião no país, por exemplo. CAMPBELL, 2013, p.254.

⁶⁵ BERTRAN; NASSER, 2019, p. 298.

⁶⁶ BERTRAN; NASSER, 2019, p. 301.

americanos a reivindicarem a competência do DOJ e da SEC, alegando que as fraudes contábeis realizadas pela empresa poderiam afetar os interesses dos investidores americanos, mesmo que indiretamente.⁶⁷

A aplicação das sanções executadas pelos EUA antes e depois da internacionalização dos tratados anticorrupção mudou radicalmente em intensidade e magnitude. Entre 1977 e 1996 as agências responsáveis (Departamento de Justiça e a SEC) trouxeram para investigação apenas 40 casos, com multas de valores consideravelmente baixos (entre as 10 maiores multas, a média foi de menos de 10 milhões de dólares).⁶⁸

A situação a partir de 1997, com a aprovação do tratado da OCDE, da OEA e posteriormente da ONU em 2002, mudou substancialmente. Foram iniciadas investigações de 428 casos de corrupção transnacional entre 1997 e 2016, e a média das 10 maiores multas foi de 484 milhões de dólares.⁶⁹ Atualmente, os procuradores americanos iniciam mais de 20 investigações com base na FCPA por ano, impondo multas de centenas de milhões de dólares.⁷⁰

Além do aumento das investigações, a aprovação das emendas e dos tratados internacionais tiveram um efeito importante na aplicação do FCPA quanto ao alvo das investigações: a partir desse momento, as corporações acusadas e sancionadas não são apenas corporações americanas, mas também multinacionais estrangeiras. Até o advento das emendas e tratados internacionais, a esmagadora maioria das multas do FCPA eram aplicadas contra corporações americanas.⁷¹

Outra mudança notável foi quanto aos países das corporações multadas e investigadas pela lei. As investigações do FCPA se concentraram a partir do período destacado em empresas de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que representaram a maior parte das investigações e multas do FCPA no período⁷² (embora as multas das corporações de países ricos sejam ainda muito significativas).

De fato, já a partir de 2010 as punições foram aplicadas principalmente contra empresas estrangeiras, e até mesmo contra pessoas físicas estrangeiras. Das 10 maiores multas da história da FCPA até 7 eram de corporações estrangeiras. A França sozinha tinha à época a

⁶⁷ CRAGG; WOOF, 2001, p.190.

⁶⁸ BREWSTER, 2017, p. 1614.

⁶⁹ BREWSTER, 2017, p. 1614.

⁷⁰ BREWSTER, 2017, p. 1618.

⁷¹ BREWSTER, 2017, p. 1650. Após as mudanças, das 10 maiores multas até 2016, 7 haviam sido contra empresas estrangeiras. *Ibidem*, p. 1618.

⁷² SPALDING, 2009, p. 375.

mesma quantidade de empresas na lista que os EUA, e uma empresa brasileira figurava como uma das maiores multas da história (Odebrecht/Braskem).⁷³

Recentemente, o número de multas aplicadas aumentou ainda mais. Em 2020, foram aplicadas multas no valor total de 2,78 bilhões de dólares, número recorde na história da lei. Destacam-se nesse contexto casos envolvendo o Brasil, a China e a Venezuela. Entre as 10 maiores multas da história da FCPA, encontram-se 9 empresas estrangeiras e apenas 1 americana.⁷⁴ Portanto, as previsões de que a FCPA pode afetar qualquer corporação que esteja listada na bolsa de valores nos Estados Unidos resultaram em uma penalização desproporcional de empresas e corporações estrangeiras.

Corporações de certos setores tendem a ser mais atingidas pelas investigações e multas dos procuradores norte-americanos. A indústria de Petróleo e gás é a que acumula mais casos de investigações e multas pelo FCPA, por uma ampla margem.⁷⁵

Conforme previamente mencionado, a responsabilização de corporações pelo FCPA é um processo que garante ampla discricionariedade para os procuradores americanos. Desta forma, torna-se relativamente simples a abertura de uma investigação contra qualquer empresa que opere qualquer parte de seu processo produtivo ou comercial no país. O caso da Petrobras, por exemplo, foi aceito como de competência de aplicação do FCPA pelo fato de se tratar de uma corporação que opera na bolsa de valores americana.⁷⁶

Stephen J. Choi e Kevin E. Davis, em pesquisa empírica das sanções aplicadas pela FCPA, chegaram a conclusões semelhantes às apresentadas. Em primeiro lugar, foram encontradas evidências de que o departamento de justiça americano e a SEC focam seus esforços nas firmas que realizam negócios em países subdesenvolvidos. Em segundo lugar, aplicam-se em geral sanções mais elevadas para empresas estrangeiras. Por fim, países que estabeleceram algum tipo de cooperação com os mecanismos americanos contra a corrupção internacional tendem a ser mais atingidos pelas penalidades da FCPA, sustentando a hipótese deste trabalho de que os fenômenos estão ligados.⁷⁷ Em que pese a observação dos autores de que não se trata de levantamento conclusivo, suas descobertas são importantes como demonstração empírica do processo descrito.

⁷³ BREWSTER, 2017, p. 1669.

⁷⁴ CASSIN, 2021. A lista de todos os casos e empresas envolvidas pode ser verificada no site da U.S. Securities and Exchange Commission (SEC): **SEC Enforcement Actions: FCPA Cases. U.S. Securities and Exchange Commission**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/sitemap.shtml>>. Acesso em 08/06/2023.

⁷⁵ BERTRAN; NASSER, 2019, p. 299.

⁷⁶ BERTRAN; NASSER, 2019, p. 302.

⁷⁷ CHO; DAVIS, 2013, p. 41-42.

A história da aplicação da FCPA pode ser dividida, portanto, em 2 momentos: um período inicial, onde a aplicação era mais moderada e o governo americano pressionava pela internacionalização desse tipo de legislação; e um período posterior, onde a aplicação mais rigorosa da lei estaria livre para operar no “campo nivelado” pelos tratados internacionais, onde, porém, o maior rigor parece se concentrar em empresas estrangeiras.

A influência dos tratados internacionais na aplicação da FPCA se dá de duas maneiras diferentes. Primeiramente, dirigentes empresariais e políticos estrangeiros passaram a aceitar (por terem se vinculado aos tratados internacionais) os avanços persecutórios americanos. Em segundo lugar, passaram a ajudar ativamente os investigadores americanos, com base nos dispositivos dos tratados internacionais que tratam da cooperação jurídica internacional.⁷⁸ Nesse sentido as convenções internacionais deram mais instrumentos para embasar a investigação extraterritorial dos procuradores americanos utilizando-se da FCPA.⁷⁹ O poder dos procuradores americanos utilizando a FCPA viria a se fortalecer ainda mais com a aprovação da Sarbanes-Oxley Act (SOX) em 2002.⁸⁰

A convenção da OCDE forneceu e internacionalizou os instrumentos necessários para a atuação dos procuradores americanos. O comentário oficial presente no texto da convenção acerca do artigo 4º afirma que: “(...)a base territorial para jurisdição deve ser interpretada amplamente de modo que uma conexão física extensa ao ato de suborno não é necessária.”⁸¹

Dessarte, as emendas do FCPA em 1998, somadas à internacionalização dos tratados internacionais anticorrupção, permitiriam que os procuradores americanos reivindicassem jurisdições cada vez mais amplas. O departamento de justiça americano e a SEC declaram serem competentes para multar qualquer empresa que transfira dinheiro pelos EUA⁸² Mais recentemente, o governo americano estabeleceu iniciativas para julgar não apenas as corporações que realizaram o pagamento de propinas, mas até mesmo os oficiais estrangeiros, com base em leis de lavagem de dinheiro.⁸³

4. O SISTEMA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO COMO UM MECANISMO DE DEFESA DO MERCADO

⁷⁸ BREWSTER, 2017, p. 1618-1619.

⁷⁹ BREWSTER, 2017, p. 1679.

⁸⁰ O Sarbanes-Oxley Act (SOX) ofereceu aos procuradores e agentes do DOJ e da SEC instrumentos mais amplos de exercício da jurisdição pela FCPA. Segundo Rachel Brewster, a aprovação da lei foi uma das causas do rápido aumento do número de casos da FCPA nos anos 2000. BREWSTER, 2017, p. 1679.

⁸¹ OCDE, 1997, p. 13. (Tradução nossa).

⁸² WESTBROOK, 2011, p. 552.

⁸³ WESTBROOK, 2011, p. 554.

A consolidação do sistema internacional anticorrupção resultou não apenas na internacionalização dos interesses americanos e da jurisdição extraterritorial da FCPA, mas também na criação de um novo modelo de combate à corrupção. O novo sistema internacional de combate à corrupção se concentra no combate à corrupção empresarial e dos efeitos do pagamento de subornos para a livre concorrência e a economia de mercado. Passa-se de uma compreensão da corrupção como delito lesivo à coisa pública para a proteção de mercado. A configuração desse regime teve importantes consequências não somente para a compreensão do fenômeno da corrupção, mas também para o combate à corrupção a nível internacional.

A internacionalização dos tratados anticorrupção pelo Brasil teve relevantes desdobramentos jurídicos. De fato, além de ter sido afetado pela extraterritorialidade da jurisdição de casos de corrupção pela FCPA, o Brasil, ao ratificar os referidos tratados, elaborou mudanças legislativas internas que alteraram substancialmente o tratamento jurídico da corrupção no país. É possível afirmar que as mudanças introduzidas no Código Penal e pela Lei Anticorrupção (decorrentes dos compromissos internacionais do Brasil) inauguraram no ordenamento jurídico pátrio um novo tratamento da corrupção, não mais focado na proteção do bem jurídico da administração pública, mas sim da livre-concorrência, da boa-fé nas relações econômicas, e outros interesses privados de mercado.

4.1. O “NOVO” SISTEMA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A estrutura do sistema anticorrupção descrita até o momento, como um sistema de normas e instituições que privilegiam o aspecto econômico do combate à corrupção, isto é, a defesa de mercados competitivos, surge do ponto de vista teórico de uma nova compreensão do fenômeno da corrupção, uma mudança de paradigma da corrupção como problema político para a corrupção como problema econômico.

Ivan Krastev define três perspectivas que competem entre si na definição da corrupção: I) abuso de um cargo público para ganhos privados; II) Corrupção em relação ao interesse público e da opinião pública; III) Uma definição centrada no mercado, onde a corrupção é definida como um comportamento que distorce a competição de mercado. A adoção da terceira perspectiva como espinha dorsal do esforço anticorrupção internacional é decorrente de um contexto histórico e econômico específico a partir dos anos 80.⁸⁴

A corrupção passa a ser compreendida como uma causa, e não consequência do

⁸⁴ KRASDEV, 2004, l. 361

subdesenvolvimento e da pobreza. Desta forma, a corrupção surge como chave explicativa para a pobreza dos países de terceiro mundo.

A atuação da Transparência Internacional é exemplar nesse sentido, ao publicar em 1994 o primeiro “*Corruption Perception Index*” (CPI), em uma tentativa de se quantificar a corrupção em cada país. A própria ideia de se “quantificar” um fenômeno como a corrupção já demonstra ser uma inovação relativamente recente.

As conclusões da Transparência Internacional, do FMI e do Banco Mundial podem ser compreendidas como:

(...) a corrupção prejudica o crescimento econômico; reduz o nível de investimentos estrangeiros, de modo que se dois países teriam em outra situação condições iguais o Investimento Estrangeiro Direto irá para aquele menos corrupto; a corrupção prejudica principalmente as pessoas pobres; ela distorce a lógica do investimento público.⁸⁵

Essa mudança na compreensão a respeito das consequências e motivos da corrupção foram percebidas por Glynn, Kobrin e Naim, que descrevem a maneira pela qual:

As campanhas contra a corrupção não são algo novo. Mas essa década é a primeira a presenciar a emergência da corrupção como uma questão política verdadeiramente global, provocando uma resposta política global.⁸⁶

Como apontado por Ed Brown e Jonathan Cloke, essas interpretações sobre a corrupção se focaram quase exclusivamente na corrupção do setor público como a maior fonte de corrupção, explicada pelo incentivo dos agentes públicos em buscar ganhos privados com seus cargos.⁸⁷

Apesar da precisão questionável do *Corruption Perception Index* e outros “rankings” de corrupção, os economistas se apropriaram desses dados para fundamentar a ideia de que a corrupção é um dos principais obstáculos para o crescimento econômico.⁸⁸ Estudos econométricos, patrocinados pelo FMI e pelo Banco Mundial, se tornaram um dos principais pilares intelectuais da agenda anti-intervenção estatal como forma de combate à corrupção.⁸⁹

Esse novo consenso, baseado no argumento de que o principal problema que surge da

⁸⁵ KRASSTEV, 2004, l. 450. (Tradução nossa).

⁸⁶ GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 1997, p. 7. (Tradução nossa).

⁸⁷ BROWN; CLOKE, 2004, p. 285.

⁸⁸ IVANOV, 2007, p. 32.

⁸⁹ IVANOV, 2007, p. 34. A essência desse pensamento econômico e suas soluções para o problema da corrupção foi resumida pelo economista ganhador do prêmio Nobel Gary Becker, em seu artigo com o título: *To Root Out Corruption, Boot Out Big Government*.

corrupção internacional é sua capacidade de minar as instituições de mercado,⁹⁰ surgiu de uma coalizão de *players* globais que tinham interesses mútuos em avançar a pauta do combate à corrupção e da liberalização econômica. Esses atores foram principalmente os Estados Unidos; as instituições financeiras internacionais e os grandes investidores e multinacionais⁹¹. Da aliança desses interesses surgem as instituições e ONGS como a Transparência Internacional, que trabalham para institucionalizar essa agenda.

O Banco Mundial e o FMI passaram a incluir em suas condicionantes para empréstimos e investimentos prescrições acerca da necessidade de reformas econômicas e institucionais a fim de reduzir as oportunidades de agentes públicos de cobrarem propinas⁹². O Banco Mundial incluiu cláusulas de transparência em seus acordos de empréstimo. O FMI passou a suspender empréstimos para países com práticas corruptas de governança. O Banco Mundial e o FMI passaram a trabalhar de maneira próxima focados na agenda anticorrupção.

O pacto anticorrupção preparado pelo Banco Mundial contém três elementos principais: um pacto de reformas econômicas; um pacto de reformas da administração civil e de reforma institucional; e uma série de recomendações formais a fim de assegurar a restrição do pagamento de propinas.⁹³

Pode-se concluir, portanto, que essas novas perspectivas a respeito da corrupção surgidas principalmente a partir da década de 90 e que dominam as principais instituições envolvidas no desenvolvimento do sistema internacional anticorrupção desde então priorizam a noção da corrupção como um obstáculo para o livre desenvolvimento do comércio internacional.⁹⁴

As concepções adotadas por esses atores e seus interesses se articularam principalmente para combater um efeito específico de uma forma específica de corrupção: a incerteza gerada pelo pagamento de propinas nas trocas comerciais, e, portanto, uma barreira para o investimento estrangeiro, principalmente em países de terceiro mundo.⁹⁵

É a partir desta nova compreensão do fenômeno da corrupção que se pode compreender a ligação entre a agenda de reformas econômicas/institucionais características do chamado “neoliberalismo” dos anos 90 e a agenda anticorrupção. A globalização econômica e a abertura das economias do terceiro mundo e do leste europeu e o domínio do

⁹⁰ BROWN; CLOKE, 2004, p. 273.

⁹¹ KRASSTEV, 2004, l. 128.

⁹² IVANOV, 2007, p. 31.

⁹³ KRASSTEV, 1999, p. 232

⁹⁴ BEARE; WILLIAMS, 1999, p. 116.

⁹⁵ BEARE; WILLIAMS, 1999, p. 117.

mercado pelas transnacionais exigiu que fossem realizadas reformas na estrutura de governança global.

Os temas se cruzam na medida em que, como apontado, grande parte das soluções propostas pelos novos atores envolvidos no combate à corrupção internacional são argumentos contra os efeitos prejudiciais da intervenção estatal indevida. Em essência, o argumento é bastante simples: a maioria das oportunidades de atividades corruptas surgem de distorções no mercado introduzidas pela intervenção do estado.⁹⁶

A resposta para o problema da corrupção oferecida pelo Banco Mundial, por exemplo, se alinha em termos programáticos com esses argumentos de livre-mercado. O foco da instituição a partir dos anos 90 no tema da corrupção está umbilicalmente ligado às propostas de reformas econômicas e políticas também propostas pelo banco.⁹⁷

Mais clara é a dedicação das normativas da Transparência Internacional sobre o tema, elencadas em seu “Source Book”. As diretrizes da ONG promovem como medidas adequadas para o combate à corrupção a liberdade de comércio internacional; a uniformidade das legislações comerciais, etc.⁹⁸

De acordo com o autor, os 2 pontos centrais do *Source Book* são: a noção de que a corrupção é um problema especialmente para os países subdesenvolvidos e que, em que pese a corrupção também exista no setor privado, as diretrizes se destinam principalmente para coibir o comportamento de funcionários públicos e políticos.⁹⁹

As medições realizadas pela Transparência Internacional, não apenas o CPI (*Corruption Perception Index*), mas também aquelas destinadas a verificar a efetividade das políticas anticorrupção dos países, como a *National Integrity System* (NIS), amplamente utilizadas em estudos, por governos e organismos internacionais dedicados ao tema, são modeladas em um paradigma distintamente ligado às concepções apresentadas neste trabalho.¹⁰⁰

Nesta perspectiva, toda reforma que aumente a competitividade da economia vai reduzir a possibilidade de comportamentos corruptos.

Assim, o ímpeto anticorrupção da década de 90 pode ser compreendido como parte da

⁹⁶ BROWN; CLOKE, 2004, p. 286.

⁹⁷ BROWN; CLOKE, 2004, p. 286.

⁹⁸ Barry Hindess aponta a semelhança entre esses mecanismos de “adequação” e as obrigações impostas aos estados recém-independentes do mundo pós colonial, que tiveram que aceitar a jurisdição extraterritorial dos países ocidentais em várias situações. HINDESS, 2005, p. 1390.

⁹⁹ HINDESS, 2005, p. 1390.

¹⁰⁰ HINDESS, 2005, p. 1396.

reforma mais geral ocorrida na organização econômica mundial neste período, com uma mentalidade visivelmente anti-estado.¹⁰¹

Como apontado por James W. Williams e Margaret E. Beare, os debates em torno do sistema anticorrupção internacional e suas normativas espelham o desejo de aumentar a acessibilidade dos mercados pelos capitais globais, bem como manter sua estabilidade e controle, tendo em conta que a globalização aumentou a complexibilidade e a imprevisibilidade do comércio internacional. Assim: “A preeminência da liberalização econômica e da democratização como as políticas preferidas como respostas à corrupção são particularmente reveladoras, dada a sua coerência com os interesses mais gerais dos investidores estrangeiros para uma maior penetração de mercado e transparência.”¹⁰²

Em termos concretos, essa perspectiva sobre a corrupção internacional tem como presunção a de que o investimento externo é fundamental para o crescimento econômico, e, portanto, qualquer obstáculo a esses investimentos é um risco que deve ser enfrentado pelos estados nacionais.¹⁰³

A ideia da intervenção estatal e da não competitividade dos mercados como fontes da corrupção é compartilhada por praticamente todos os grandes *players* envolvidos no desenvolvimento do sistema internacional anticorrupção, notavelmente a OCDE, o Banco Mundial e o FMI.¹⁰⁴

Conforme declaração do próprio Banco Mundial: “Qualquer reforma que aumente a competitividade da economia irá reduzir os incentivos para o comportamento corrupto. Assim, políticas que reduzem os controles sobre o comércio exterior, removam barreiras à entrada da indústria privada, e privatizem empresas estatais de maneira que garanta a competitividade irão apoiar a luta.”¹⁰⁵

A convenção anticorrupção da OCDE, por sua vez, destaca que: “Propinas e corrupção são danosas para as instituições democráticas e para a administração das corporações. Elas desencorajam o investimento e distorcem as condições de competição internacionais.”¹⁰⁶

Percebe-se, portanto, que a questão central que norteou o desenvolvimento do sistema internacional anticorrupção não foi o aumento deste fenômeno em si e os problemas gerados pelo pagamento de propinas em países estrangeiros, mas sim a necessidade de se proteger a

¹⁰¹ BROWN; CLOKE, 2004, p. 286.

¹⁰² BEARE; WILLIAMS, 1999, p. 117. (Tradução nossa).

¹⁰³ BEARE; WILLIAMS, 1999, p. 104.

¹⁰⁴ BEARE; WILLIAMS, 1999, p. 125.

¹⁰⁵ WORLD BANK, 1997, p.105. (Tradução nossa).

¹⁰⁶ OCDE, 1997, p.3. (Tradução nossa).

“competitividade” de mercados e a acessibilidade destes, especialmente para o funcionamento do comércio internacional nos moldes pretendidos pelos países centrais e suas multinacionais. Para esta finalidade, serviu a reformulação teórica da corrupção como fonte de incerteza e obstáculos para a livre circulação de bens, serviços e capitais na economia globalizada.¹⁰⁷

Nessa perspectiva, a corrupção é encarada como um problema inerentemente ligado ao setor público, decorrente de uma intervenção estatal indevida no mercado, impedindo o pleno desenvolvimento de uma economia de mercado livre. Desta forma, as orientações das instituições e convenções que formam o sistema internacional de combate à corrupção tendem a se concentrar em formas de regular e diminuir a influência do setor público.

4.2. AS IMPLICAÇÕES DO SISTEMA PARA OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS ANTICORRUPÇÃO PELO BRASIL

A corrupção e seu enfrentamento a nível internacional devem ser compreendidos como um conflito de interesses entre grupos econômicos e estados nacionais, e não como um mero obstáculo para a prosperidade geral, com o normalmente apresentado.

Entre 1960-1970, a corrupção era encarada como um veículo útil, e muitas vezes necessário, para a realização de negócios em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Os pagamentos de propinas eram encarados como uma forma legítima de se romper as barreiras protecionistas impostas pelos estados do terceiro e segundo mundo.¹⁰⁸

A transição iniciada pelo processo de globalização e o fim da guerra fria resultaram em uma nova ordem do poder mundial, onde o espaço para a defesa de mercados e indústrias nacionais por países do terceiro mundo diminuiu drasticamente. A abertura econômica, as privatizações e as reformas estruturais foram impostas, muitas vezes, pela pressão financeira e política internacional.¹⁰⁹

A importância da corrupção enquanto elemento fundamental desse processo é o seu efeito no funcionamento dos mercados internacionais. Conforme Ivan Krastev:

O mercado para os serviços de corrupção é um mercado clandestino e fechado. Para se tornar competitivo nesse mercado, deve-se conhecer quando, quem e como pagar um suborno. As empresas locais estão muito melhor posicionadas no mercado da corrupção porque elas estão conectadas com as redes existentes e porque elas possuem conhecimento local.¹¹⁰

¹⁰⁷ BEARE; WILLIAMS, 1999, p. 119.

¹⁰⁸ KRASDEV, 2004, l. 264.

¹⁰⁹ KRASDEV, 2004, l. 267.

¹¹⁰ KRASDEV, 2004, l. 273. (Tradução nossa).

Krastev aponta em seu estudo a maneira pela qual a natureza peculiar dos crimes de corrupção, ao favorecer nacionais em relação a estrangeiros, resultava em perdas para diversas multinacionais, perdendo contratos para esquemas de corrupção.¹¹¹

Ademais, a hegemonia do estado e das corporações norte americanas a partir dos anos 90 tornou o pagamento de propinas um risco e um obstáculo maior do que em períodos anteriores. A supremacia econômica americana, em seu processo de consolidação, não mais comportava a possibilidade de derrotas e perda de contratos ou mercados para outras potências por um meio tão incerto e problemático como o pagamento de propinas.

Uma discussão interessante envolvendo diplomatas suecos acerca do pagamento de propinas internacionais ilustra bem esse quadro. Conforme narrado por Frank Vogl:

Diplomatas Suecos me explicaram (...) que estava tudo muito bem para os Estados Unidos pedirem para seus produtores de armas que não pagassem subornos no exterior enquanto, ao mesmo tempo, utilizavam todo o enorme poder da Casa Branca e das embaixadas dos Estados Unidos ao redor do mundo para torcer os braços dos governos para que eles comprassem produtos americanos (...).¹¹²

Ainda analisando as consequências econômicas do combate à corrupção, podemos averiguar outro ponto de interesse: os efeitos das convenções e leis anticorrupção internacional no investimento externo de países considerados corruptos.

A bibliografia sobre o tema aponta que corporações sujeitas a legislação anti-propina têm menores propensões de investir em países considerados mais corruptos.¹¹³ À primeira vista, isso poderia ser apontado como um resultado positivo da eficácia das legislações anticorrupção. Porém, o que ocorre é um desequilíbrio sério no que tange às punições para países subdesenvolvidos e países desenvolvidos, bem como os efeitos econômicos nocivos para diferentes países.

Países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento em sua grande maioria dependem de investimentos externos para fomentar seu crescimento, levando os governos dessas nações a

¹¹¹ KRASTEVEV, 2004, I. 273-276. Krastev descreve como a experiência pós-soviética foi fundamental na conformação desse entendimento por parte da comunidade internacional. De fato, os contratos de privatização dos ativos das antigas repúblicas soviéticas foram realizados muitas vezes através do pagamento de propinas e esquemas de corrupção que favoreceram em última medida poderosos locais, não abrindo espaço para a competição de corporações estrangeiras. O processo ajuda a explicar a pressão das multinacionais pela internacionalização do sistema internacional anticorrupção.

¹¹² No mesmo sentido, Frank Vogl descreve como: “Um alto funcionário francês alegou que na indústria de armamento os Franceses eram obrigados a utilizar subornos para competir com as principais empresas americanas, que recebiam enormes subsídios do Pentágono e do US Export-Import Bank (...)” VOGL, 2012, p. 181 Apud BREWSTER, 2017, p. 1661.

¹¹³ SPALDING, 2009, p. 355.

sucumbirem mais facilmente às pressões por reformas de estado difundidas pelas instituições internacionais como o FMI e o Banco Mundial. De acordo com Andrew Spalding esse fenômeno resultaria em verdadeiras sanções econômicas, a fim de se obter mudanças na estrutura política e econômica dos países pressionados.¹¹⁴

A questão é mais grave pela dificuldade inerente de se mensurar o nível de “corrupção” de um país. atualmente, as medidas mais populares são as de percepção da corrupção pela população de cada país, especialmente o *Corruption Perception Index* (CPI) feito pela Transparência Internacional.¹¹⁵

Ora, evidentemente há um problema sério nesse tipo de medição. Stuart Vincent Campbell aponta que no caso do Brasil, por exemplo, a percepção da população não corresponde à realidade dos níveis de corrupção do país. Em uma série de outros países houve resultados semelhantes, ao se utilizar outras medidas, mais concretas.¹¹⁶

Nesse contexto, o autor destaca que legislações como a FCPA, somadas a índices de corrupção problemáticos como o CPI, podem servir como sanções econômicas não apenas a países corruptos, mas a países simplesmente “percebidos” como corruptos (como no caso, seria o Brasil), ao afugentar investidores estrangeiros de contratos e mercados desses países.¹¹⁷

A ratificação dos tratados internacionais anticorrupção pelo Brasil, principalmente a Convenção da ONU e da OCDE, resultou em algumas consequências importantes para o ordenamento jurídico pátrio. Para se adequar à Convenção da OCDE, foi incluído no Código Penal Brasileiro o capítulo II-A, título XI: “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, criminalizando a corrupção ativa em transação comercial internacional, definindo funcionário público estrangeiro.¹¹⁸ Especificamente, dos crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B), e de tráfico de influência em transação comercial internacional art. 337-C.

Com a ratificação do tratado da OCDE, o Brasil se comprometeu em elaborar e implementar um diploma legal que possibilitasse a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por práticas de corrupção.¹¹⁹

O processo legislativo da Lei Anticorrupção instaurado em 2010 tinha já em sua origem o objetivo principal de cumprir os compromissos internacionais decorrentes da

¹¹⁴ SPALDING, 2009, p. 356.

¹¹⁵ CAMPBELL, 2013, p.264.

¹¹⁶ CAMPBELL, 2013, p.268.

¹¹⁷ CAMPBELL, 2013, p.275.

¹¹⁸ ABADE, 2019, p. 218.

¹¹⁹ GOMES; MIRANDA, 2019, p.1105.

ratificação dos tratados anticorrupção pelo país.¹²⁰

Modesto Carvalhosa resume as principais maneiras pelas quais as convenções se manifestam na referida lei, a saber:

Em face desse fenômeno surgiram os referidos Tratados Internacionais de combate à corrupção internacional, que na presente Lei se refletem desde logo no seu artigo 1º (responsabilização objetiva) para prosseguir no seu artigo 5º (tipificação objetiva), no artigo 9º (processo penal-administrativo); no artigo 16 (acordo de leniência), no artigo 26 (representação estrangeira) e no artigo 28 (extraterritorialidade da prática de corrupção por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira).¹²¹

Há de se mencionar, igualmente, os efeitos da conformação do referido regime internacional de combate à corrupção para as empresas Brasileiras, no que diz respeito à persecução penal ampliada da jurisdição americana a partir dos marcos apresentados.

Dentre as maiores penas já aplicadas na história da FCPA, a Brasileira Petrobras se encontra no 3º lugar da lista, com uma multa de 1,78 bilhões de dólares aplicada em 2018.¹²² Efetivamente, as investigações da Petrobras pelos procuradores norte-americanos tiveram amplo impacto para o desenvolvimento da Operação Lava-Jato.

Também a Braskem (subsidiária da Odebrecht) e a J&F (braço financeiro da JBS) aceitaram o pagamento de multas por irregularidades averiguadas em investigações do FCPA. Já a Petrobras assinou um acordo de não persecução penal com os procuradores americanos. A Eletrobras igualmente chegou a ser multada pela justiça americana.¹²³

A questão do bem jurídico tutelado nos delitos de suborno gerou ampla discussão doutrinária, e até o momento não se alcançou um consenso a respeito de qual seria o bem jurídico protegido nos casos de corrupção ativa e passiva.¹²⁴

Uma vez que o direito penal deveria, em tese, ater-se aos bens ainda não tutelados por outros ramos do direito, isto é, a intervenção do direito penal deve se dar como *ultima ratio*, a questão do bem jurídico tutelado figura como sendo de interesse fundamental.¹²⁵

As alterações no Código Penal Brasileiro decorrentes da internalização do sistema

¹²⁰ PAGLIARINI; MARTINS, 2019, p.23.

¹²¹ CARVALHOSA, 2015, p.242.

¹²² CASSIN, 2021.

¹²³ BERTRAN; NASSER, 2019, p. 303-304.

¹²⁴ LAUFER, 2016, p. 80.

¹²⁵ MADEIRA, 2021, p. 36. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bittencourt destaca que, dado o caráter fragmentário do Direito Penal: “o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.” BITTENCOURT, 2005, p. 19.

internacional anticorrupção tiveram implicações importantes para a análise dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro nos delitos de corrupção. Luiz Régis Prado aponta que, embora o tipo penal dos "crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira" tenha sido adicionado ao título XI do Código Penal, reservado aos delitos contra a Administração Pública, o bem jurídico efetivamente afetado por essas condutas não seria a administração pública.¹²⁶ De fato, para o autor, no caso do suborno pago por uma empresa a funcionário público estrangeiro, os bens jurídicos tutelados seriam "(...) a boa-fé, a regularidade e a transparência nas relações comerciais internacionais",¹²⁷ e não a administração pública.

Conforme exposto pelo jurista:

Nessa perspectiva, embora no delito de corrupção não parem dúvidas quanto ao fato de o bem jurídico ser a Administração Pública, visto que o Estado que tipifica esse crime é aquele ao qual pertence o agente corrompido, na corrupção e no tráfico de influência transnacionais o bem jurídico é diverso, pois um país não pode pretender atribuir-se a tutela sobre a integridade da Administração Pública de outro - no caso, a "Administração Pública estrangeira", como dispõe o Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro.¹²⁸

Dessarte, é possível concluir que a alteração do código penal para a inclusão dos referidos tipos penais consolidou no ordenamento jurídico brasileiro o tratamento jurídico à corrupção internacional desenvolvido na esfera internacional, representado pelos principais tratados internacionais sobre o assunto. São práticas corruptivas onde o foco da tutela estatal se concentra nos efeitos da corrupção na distorção do sistema de mercado e do comércio internacional, onde se pretende proteger e garantir a livre concorrência, e não a proteção do erário público.

É neste contexto que a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, conforme previsto nas principais Convenções Internacionais sobre o tema, principalmente a da OCDE, desponta como peça fundamental de um sistema de combate à corrupção cujo objetivo é regular, precisamente, as relações de mercado. De fato, ao responsabilizar a pessoa jurídica, salienta-se a punição ao desrespeito às "regras do jogo" pela empresa envolvida no ato de corrupção.

Dessarte, a exigência de proteção da transparência no comércio internacional deriva principalmente de interesses econômicos, e não meramente ético-jurídicos, prevalecendo a

¹²⁶ PRADO, 2003, p. 6.

¹²⁷ PRADO, 2003, p. 7.

¹²⁸ PRADO, 2003, p. 8.

preocupação com a concorrência e eficácia das relações de mercado.¹²⁹

Nesse sentido, a corrupção privada por corporações através de subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros poderia resultar em uma situação em que empresas privadas menos competitivas tenham vantagens em relação a empresas mais competitivas.¹³⁰ Assim, o sujeito passivo nos novos delitos de corrupção e tráfico de influência incluídos no Código Penal Brasileiro em decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil não é somente a pessoa jurídica lesada pela transação comercial derivada de um ato de corrupção, mas toda a comunidade internacional.¹³¹

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, é notável que desde sua origem, com a promulgação da FCPA, o combate à corrupção internacional é permeado de interesses políticos e econômicos concretos, derivados de seu contexto histórico. Sobre a referida lei, averiguou-se suas origens como uma estratégia geopolítica dos EUA no contexto da guerra fria, e posteriormente que a aplicação de sanções e multas se alterou radicalmente após a internacionalização dos tratados de combate à corrupção, apontando para a hipótese de que a legislação foi estrategicamente pouco aplicada no período anterior visando não obstaculizar os negócios de corporações norte americanas. Ainda, é notável a aparente seletividade das sanções contra empresas estrangeiras e de países subdesenvolvidos, demonstrando o papel efetivamente exercido pela FCPA: uma espécie de sanção e arma econômica, de caráter claramente seletivo.

Foi possível delimitar as origens do sistema anticorrupção internacional e das convenções abordadas na necessidade norte-americana de internacionalizar a normativas semelhantes à FCPA, tendo como fim “nivelar o campo” de competitividade econômica internacionalmente.

Acerca das normativas internacionais, foram identificados três documentos centrais: A Convenção Interamericana contra a corrupção da OEA, A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Além destas organizações internacionais, se envolveram na construção das normativas instituições como o FMI, o Banco Mundial e a Transparência Internacional. No Brasil, a principal consequência

¹²⁹ PRADO, 2003, p.7.

¹³⁰ PRADO, 2003, p.6

¹³¹ PRADO, 2003, p.8.

legislativa da ratificação desses tratados foi a promulgação da lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), com o fim de cumprir os requisitos dos documentos legais internacionais.

Encontraram-se algumas importantes implicações da implementação do sistema internacional de combate à corrupção. Em primeiro lugar, a internacionalização do regime através das Convenções Internacionais anticorrupção resultaram em uma expansão da jurisdição americana, através da FCPA, em casos envolvendo subornos transnacionais. Desta forma, restou demonstrado que um dos objetivos do processo de internacionalização do sistema foi justamente a garantia não apenas do “nivelamento do campo”, mas também de permitir que os procuradores americanos tivessem a capacidade de impor sua jurisdição sobre esses crimes em outros países. As punições aplicadas com base na FCPA, a partir da internacionalização do regime anticorrupção, são seletivas e refletem uma alta discricionariedade dos procuradores americanos, revelando possíveis interesses políticos e econômicos no desenvolvimento do processo descrito.

Em segundo lugar, foi possível concluir que o sistema internacional anticorrupção advém do contexto histórico do fim da guerra fria, de abertura democrática, liberalização e globalização econômica, e tem como ponto central a propagação do livre comércio e da manutenção da estabilidade da circulação de capitais e de corporações.

A difusão do discurso e das práticas anticorrupção por instituições financeiras e governamentais internacionais está ligada umbilicalmente a uma série de agendas de reformas econômicas e institucionais do período. Grosso modo, as mesmas organizações que emergiram na década de 90 como agentes centrais do combate à corrupção internacional são os mesmos proponentes da globalização e da abertura de mercados. Os esforços na construção de um sistema anticorrupção internacional pode ser interpretado, dessa maneira, como uma parte de um modelo de reforma de estado que propõe a diminuição da intervenção do estado na economia, as privatizações e a abertura da circulação de capitais, ponto apoiado prontamente pelas multinacionais com o discurso de combate à corrupção.

Do ponto de vista do governo americano, a campanha anticorrupção serviu como um instrumento para promover seus interesses comerciais ao redor do globo, removendo barreiras informais ao comércio internacional e “nivelando o campo” com o resto dos países em suas políticas de comércio exterior no que se refere à corrupção em outros países. Para as instituições financeiras internacionais, a campanha anticorrupção serve como um poderoso impulso mobilizador para suas políticas de abertura comercial e de diminuição do estado.

O regime consolidou uma nova lógica de combate à corrupção, focada na proteção de

bens jurídicos distintos da administração pública. A corrupção passa de um tipo penal destinado a proteger a coisa pública para uma espécie de corrupção cível-administrativa, onde o bem jurídico protegido é a livre concorrência e a boa-fé nas transações comerciais internacionais. O processo se refletiu, no Brasil, através da internalização do regime internacional anticorrupção pela Lei Anticorrupção e as inclusões dos crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) e de tráfico de influência em transação comercial internacional art. 337-C. Os objetivos dessas alterações consistem em alinhar o ordenamento jurídico brasileiro às normativas internacionais, introduzindo uma noção de corrupção que prioriza a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção que resultem em distorções da economia de mercado, e não propriamente do erário público.

Em suma, a internacionalização do combate à corrupção teve origem de interesses políticos e econômicos específicos, do interesse norte-americano em “nivelar o campo” após a aprovação da FCPA, e o interesse de propagar de uma nova “lógica” de corrupção baseada na defesa de mercado e focada na corrupção empresarial transnacional. Nesse contexto, a pressão norte-americana pela internacionalização do regime garantiu a prevalência de um modelo de governança internacional econômica baseado na liberalização e abertura comercial e na priorização da proteção de bens jurídicos ligados a interesses privados. Paralelamente, a expansão da jurisdição da FCPA e do poder extraterritorial dos procuradores americanos permitiu que o governo norte-americano mantivesse o controle sobre o sistema, aproveitando-se da discricionariedade de sua jurisdição para garantir, de maneira seletiva, a eficácia da proibição do pagamento de subornos internacionais para além de seu próprio território.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. Direito internacional anticorrupção no Brasil. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 13, n. 7, pp. 213-232, 2019.

BARBER, Ben. Apud: SALBU, Steven R. The Foreign Corrupt Practices Act as a Threat to Global Harmony. **Michigan Journal of International Law**, v.20, n.3, Pp. 419-449, 1999.

BATALHA, Rodrigo Evêncio Luttembarck. **A internacionalização no combate à corrupção e seus reflexos no plano jurídico normativo nacional**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

BEARE, Margaret E. The Business of Bribery: Globalization, Economic Liberalization, and the 'Problem' of Corruption. **Crime, Law and Social Change**, v. 32, n. 2, pp. 115-146, 2000.

BERTRAN, Maria Paula Costa; NASSER; Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita. Why Brazil? Why Petrobras? Why not Odebrecht? Patterns and Outcomes of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act and the role of the U.S. in the Car Wash Operation. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 297-318, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo, RT, 2005

BREWSTER, Rachel. Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy. **Virginia Law Review**, v. 103, n.8, pp. 1611-1682, 2017.

BROWN, Ed; CLOKE, Jonathan. Neoliberal Reform, Governance and Corruption in the South: Assessing the International Anti-Corruption Crusade. **Antipode**, v. 36, n. 2, 2004.

CAMPBELL, Stuart Vincent. Perception is not Reality: The FCPA, Brazil, and the Mismeasurement of Corruption. **Minnesota Journal of International Law**, v.22, n.247, pp.247-281, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARSON, Thomas L.. Bribery, Extortion, and "The Foreign Corrupt Practices Act". **Philosophy & Public Affairs**, v. 14, n. 1, pp. 66-90, 1985.

CASSIN, Harry. What 's new on the FCPA Top Ten List? **FCPA Blog**. 2021. Disponível em: <<https://fcpublog.com/2021/05/26/whats-new-on-the-fcpa-top-ten-list/>>

CHOI, Stephen J.; DAVIS, Kevin E. Foreign Affairs and Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act. **NYU Law and Economics Research Paper**, n. 12-15, 2013.

CRAGG, Wesley; WOOF, William. Legislating against corruption in international markets: the story of the US Foreign Corrupt Practices Act. In: JAIN; Arvind K. **The Political**

Economy of Corruption. London: Routledge, 2001.

DAVIS, Kevin E., Why Does the United States Regulate Foreign Bribery: Moralism, Self-Interest, or Altruism? **NYU Annual Survey of American Law**, v. 67, n. 3, pp. 497-512, 2012.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. The implementation of international anti corruption law in business: legal control of corruption directed to transnational corporations. **Austral: Brazilian Journal of Strategy & International Relations**, v.2, n.3, pp.241-260, 2013.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The Globalization of Corruption. In: **Corruption and the Global Economy**. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997.

GOMES, Renata Machado Dos Santos; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de Araújo. Os caminhos da política pública anticorrupção e as influências internacionais: o caso da lei nº 12.846/2013. **Revista da CGU**, v. 11 n. 18, 2019.

HAWLEY, Susan. Exporting corruption: Privatisation, multinationals and bribery. **Cornerhouse Briefing**, n. 19, 2000.

HINDESS, Barry. Investigating International Anti-corruption. **Third World Quarterly**, v. 26, n. 8, pp. 1389-1398, 2005.

IVANOV, Kalin S. The Limits of a Global Campaign against Corruption. In: BRACKING, Sarah (ed.) **Corruption and Development. The Anti-Corruption Campaigns**. Basingstoke Hampshire, UK: Palgrave Macmillan. 2007.

KOEHLER, Mike, The Facade of FCPA Enforcement. **Georgetown Journal of International Law**, v. 41, n. 4, pp. 907-1009, 2010.

KOEHLER, Mike. The Story of the Foreign Corrupt Practices Act. **Ohio State Law Journal**, v. 73, n. 5, pp.929-1013, 2012.

KRASTEV, Ivan. **Shifting obsessions: three essays on the politics of anticorruption**. Budapest: Central European University Press. Edição do Kindle, 2004.

KRASTEV, Ivan. The Strange (Re)Discovery of Corruption. **Wissenschaftskolleg · Jahrbuch**, 1999/2000.

LAUFER, Daniel. **O delito de corrupção: críticas e propostas de ordem dogmática e político-criminal**. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci. São Paulo: PUC, 2016.

MADEIRA, Patrícia Queiroz. **Corrupção Privada: uma análise do bem jurídico tutelado à luz da intervenção mínima**. Dissertação (Mestrado), Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2021.

MANFRONI, Carlos A. **Suborno transnacional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MCCOY, Jennifer L.; HECKEL, Heather. The Emergence of a Global Anti-Corruption Norm. **International Politics**, v. 38, pp. 65-90, 2001.

NOTARI, Marcio Bonini. As Convenções Internacionais Ratificadas pelo Brasil no Combate a Corrupção. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, v. 1, n. 1, 2017.

OCDE. **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**, 1997. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>.

PAGLIARINI; Alexandre Coutinho; MARTINS, Camila Saldanha. O combate à corrupção diante dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil e sua influência na tipicidade penal. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 147, 2019.

PRADO, Luiz Regis. Os Novos Delitos de Corrupção e Tráfico de Influência Internacional no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.92, n.815, 2003.

RAMINA, Larissa Liz Odreski. A Convenção Interamericana contra a Corrupção: uma breve análise. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 6, 2008.

RAMINA, Larissa Liz Odreski. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2002.

RAVINDRAN, Rajesh Babu, The United Nations Convention Against Corruption: A Critical Overview. **SSRN Electronic Journal**, 2006.

SALBU, Steven R. The Foreign Corrupt Practices Act as a Threat to Global Harmony. **Michigan Journal of International Law**, v.20, n.3, pp. 419-449, 1999.

SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. **The American Journal of Comparative Law**, v. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law, pp. 593-622, 2002.

SEC Enforcement Actions: FCPA Cases. U.S. Securities and Exchange Commission. Disponível em: <<https://www.sec.gov/sitemap.shtml>>

SEITZINGER, Michael V. **Foreign corrupt practices act (FCPA): congressional interest and executive enforcement, in brief**. Congressional research service, 2016. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41466.pdf>>.

SPALDING, Andrew Brady. Unwitting Sanctions: Understanding Anti-Bribery Legislation as Economic Sanctions against Emerging Markets. **Florida Law Review**, v. 62, n.351, pp. 351-427, 2009.

SUNG, Hung-En. Between demand and supply: bribery in international trade. **Crime, Law &**

Social Change, v. 44, pp.111-132, 2005.

UNITED STATES. The President of the United States. **Senate Treaty Document 105-43: message from the President of the United States**. 105TH CONGRESS 2d Session. Washington: U.S. Government Publishing Office, 1998.

WESTBROOK, Amy Deen. Enthusiastic enforcement, informal legislation: the unruly expansion of the Foreign Corrupt Practices Act. **Georgia Law Review**, v. 45, n.2, 2011.

WORLD BANK. **The State in a Changing World**, World Development Report, World Bank, Washington, DC, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A nova crítica criminológica: Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.