

DIREITO PENAL ECONÔMICO E EMPRESARIAL

ESTUDOS DOS GRUPOS DE PESQUISA EM
DIREITO PENAL ECONÔMICO E EMPRESARIAL
DA PUCRS E DA FGV DIREITO SP

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti	Frederico Price Grechi	Lúcio Antônio Chamon Junior
Alexandre Bernardino Costa	Geraldo L. M. Prado	Luigi Bonizzato
Alexandre Moraes da Rosa	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luis Carlos Alcoforado
Ana Alice De Carli	Gisele Cittadino	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Anderson Soares Madeira	Gustavo Noronha de Ávila	Manoel Messias Peixinho
Beatriz Souza Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcellus Polastri Lima
Bleine Queiroz Caúla	Helena Elias Pinto	Marcelo Ribeiro Uchôa
Caroline Regina dos Santos	Jean Carlos Fernandes	Márcio Ricardo Staffen
Daniele Maghelly Menezes Moreira	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Diego Araujo Campos	João Carlos Souto	Ricardo Lodi Ribeiro
Elder Lisboa Ferreira da Costa	João Marcelo de Lima Assafim	Roberto C. Vale Ferreira
Emerson Garcia	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Salah Hassan Khaled Jr.
Firly Nascimento Filho	José Emilio Medaur	Sérgio André Rocha
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Sidney Guerra
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Victor Gameiro Drummond

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andrea Mendes de Almeida Scherer Navarro	Caio de Oliveira Lima
Antonio Carlos Martins Soares	Francisco de Assis M. Tavares
Artur de Brito Gueiros Souza	Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - n° 446 –
7° andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

Sumário

Apresentação.....	1
A conformação constitucional do acordo brasil-eua para intercâmbio de informações relativas a tributos (e a delitos)	3
<i>Raquel Lima Scalcon</i>	
Primeiras impressões sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária: perspectiva penal da Lei n. 13.254/2016	25
<i>Alexandre Wunderlich</i>	
<i>Renata Machado Saraiva</i>	
<i>Luiza Farias Martins</i>	
A privatização da função investigatória nos delitos empresariais	45
<i>Luciano Feldens</i>	
<i>Eduardo Dalla Rosa Diettrich</i>	
Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro: a questão do produto do crime.....	61
<i>Mariana Tumbiolo Tosi</i>	
Responsabilidade penal da pessoa jurídica na legislação espanhola: inovações introduzidas pela reforma do Código Penal de 2015	85
<i>Felipe Mrack Giacomolli</i>	
(Re)discutindo os limites da autonomia material do crime de lavagem de dinheiro: primeiras impressões	99
<i>Tomás Grings Machado</i>	
Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico.....	115
<i>Helena Regina Lobo da Costa</i>	
Aparatos organizados de poder: breve análise de casos e um panorama da teoria no Brasil.....	137
<i>Luis Eduardo B. K. Al-Contar</i>	
<i>Pedro Marcelino Marchi Mendonça</i>	

A lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: problemas e conflitos.....	155
<i>Saulo Sarti</i>	
<i>Paulo Dariva</i>	
A aplicação da legislação anticorrupção norte-americana contra o suborno transnacional (Foreign Corrupt Practices Act) e seus efeitos no Brasil	175
<i>Luciano Vaz Ferreira</i>	
Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências.....	195
<i>Luciano Feldens</i>	
<i>Marcelo Azambuja Araujo</i>	
A lei anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.....	213
<i>Gabriel S. Tosi</i>	
A controversa natureza jurídica do regime sancionatório da Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção	227
<i>Eduarda Onzi</i>	
<i>Felipe Cardoso Moreira de Oliveira</i>	
Corrupção: programas de integridade para microempresas e empresas de pequeno porte.....	247
<i>Carlos Edinger</i>	
Formação de cartel e fraude à licitação: uma proposta de solução da antinomia a fim de se evitar o Bis in idem	257
<i>Daniel Paulo Fontana Bragagnollo</i>	
<i>Guilherme de Toledo Góes</i>	
Operações suspeitas: o dever de comunicação e a responsabilização do gerente de instituição financeira pelo delito de lavagem de dinheiro	287
<i>Mariana Pacini de Andrade Kappel</i>	
Análise crítica da aplicação da teoria da cegueira deliberada na Ação Penal n.º 470.....	297
<i>Leticia Bürgel</i>	

Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências

Luciano Feldens¹

Marcelo Azambuja Araujo²

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar recentes diretrizes anunciadas pelo Departamento de Justiça norte-americano que visam estimular a cooperação de empresas na elucidação de ilícitos corporativos, bem como avaliar possíveis implicações a empresas brasileiras, seja pela aplicação extraterritorial do FCPA, seja em razão da tendente adaptação desses standards normativos ao direito interno.

Palavras-chave: acordos de cooperação – investigações internas.

Introdução

Em 09 de setembro de 2015 o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ), por meio da Vice-Procuradora-Geral dos EUA, Sally Yates, anunciou a adoção de uma nova política para o controle de ilícitos corporativos, concentrando o foco das investigações fundamentalmente nas pessoas físicas.³ O documento, conhecido como *Yates Memo* (Memo Yates, daqui em diante), aponta

1 Professor de Direito Penal Econômico e Empresarial do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra, Portugal), Doutor em Direito Constitucional (Universidade de Valladolid, Espanha). Mestre em Direito e Especialista em Direito Penal (Unisnos). Advogado. Contato: luciano@feldensmadruga.com.br

2 Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCrim. Advogado. Contato: marcelo-araujo@outlook.com

3 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 2015, Disponível em: <<https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>>. Acesso em 19 mar. 2016.

diretrizes a serem seguidas, algumas das quais já vinham sendo adotadas e outras que refletem mudanças na política do Departamento.⁴

Após, em 05 de abril de 2016, o Chefe da Divisão de Fraudes do DOJ responsável pela aplicação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) anunciou um programa piloto, pelo período de um ano, que tem como objetivo principal promover uma maior responsabilização de empresas e indivíduos mediante estratégias para motivar a autodenúncia voluntária e sua cooperação plena.⁵

O traço mais marcante do Memo Yates consiste em condicionar a realização de acordos de leniência com pessoas jurídicas ao esforço destas em identificar as pessoas físicas responsáveis por ilícitos corporativos. E o referido programa piloto possui como característica fundamental a possibilidade de concessão de um crédito *adicional* àquelas empresas que voluntariamente noticiem infrações, cooperem plenamente e promovam as alterações necessárias em seus programas de conformidade. Neste artigo pretendemos: (a) abordar as razões e objetivos do DOJ ao adotar esta nova postura, (b) aprofundar a análise sobre as novas diretrizes propostas e (c) avaliar possíveis implicações acerca da adoção desta nova estratégia a empresas que atuam no Brasil.

1. Memo Yates

O Memo Yates principia referindo que a repressão à fraude corporativa como forma de proteger o sistema financeiro, e os cidadãos de um modo geral, é uma *top priority* do DOJ. Parte da premissa que a responsabilização individual dos infratores impede futuras atividades ilegais, incentiva mudanças no comportamento empresarial, garante que as partes responsabilizadas sejam àquelas efetivamente responsáveis pelos malfeitos e, como consequência, pro-

4 Em novembro de 2015, o DOJ promoveu a revisão do *United States Attorneys' Manual* (USAM), que funciona como uma orientação a ser seguida pelos promotores federais ao decidirem se devem ou não propor ações de natureza penal contra pessoas jurídicas, com especial ênfase no seu Título 9, Capítulo 28, de modo a incorporar as orientações constantes no Memo Yates. (UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 9-28.000 - *Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations*, 2015, Disponível em: <<https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>>. Acesso em 19 mar. 2016.)

5 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*, 2016 Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/file/838386/download>>. Acesso em 10 abr. 2016.

move a confiança no sistema de justiça.⁶ Além disso, reconhece que identificar e individualizar os responsáveis por fraudes corporativas se torna uma tarefa com menor potencial de êxito quando promovida por investigadores do Departamento, externos ao contexto empresarial. Isso porque o processo de tomada de decisões dentro da estrutura empresarial é, no mais das vezes, diluído em diversos níveis, dificuldade que se acentua em relação aos altos executivos, onde o fracionamento do processo de tomada de decisão alcança níveis ainda mais elevados. Atento a estas circunstâncias, um grupo de trabalho formado por profissionais do DOJ propôs uma série de diretrizes para solucionar os desafios acima referidos, cujo resultado redundou na elaboração do Memo Yates.

A Vice-Procuradora-Geral do EUA refere que a nova política do Departamento não possui como principal preocupação o ressarcimento de valores ao Estado, mas a punição dos responsáveis pelos ilícitos corporativos.⁷ Afirma, ainda, que embora o DOJ sempre tenha buscado a responsabilização dos indivíduos, até então se admitia a realização de acordos de leniência com pessoas jurídicas mesmo quando a empresa não tivesse realizado a identificação dos responsáveis, o que não mais ocorrerá. Desse modo,⁸ o objetivo do memorando e da revisão do *United States Attorneys' Manual (USAM)* é a redução de *barreiras* na persecução de indivíduos responsáveis por fraudes corporativas.

Essa postura não se constitui como uma completa novidade no DOJ. A Divisão Antitruste possui um extenso histórico na busca de responsabilização individual em delitos concorrenciais. Em 1994, com a veiculação do memorando denominado “*leniency policy for individuals*”,⁹ estendeu-se a indivíduos a possibilidade de acordos, antes restrita a pessoas jurídicas. Nos anos seguintes, a busca pela responsabilidade

6 Embora não mencione expressamente, esta nova política adotada é, em parte, uma resposta institucional às críticas que lhe foram endereçadas por sua incapacidade de buscar a responsabilização individual dos agentes ligados à crise financeira de 2008. (DOUVAS, Maria E., NOWAK, John P., BANSAL, Sachin S., EHMKE, Alex, *The Yates Memo: Six Months Later*, 2016, Disponível em: <<http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=a7b1e869-2334-6428-811c-ff00004cbded>>. Acesso em 10 abr. 16.)

7 Conferência proferida em 10 de setembro de 2015 por Sally Yates na NYU School of Law in Greenberg Lounge. Disponível em: <<http://www.nysba.org/workarea/DownloadAsset.aspx?id=60456>>. Acesso em 20 mar. 2016.

8 Conferência proferida em 16 de novembro de 2015 por Sally Yates na American Banking Association and American Bar Association Money. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-delivers-remarks-american-banking-0>>. Acesso em 20 mar. 2016.

9 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Leniency policy for individuals*, 1994, Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2016.

individual passou a ser um elemento fundamental do seu programa de repressão a cartéis,¹⁰ com reflexos nas estatísticas da Divisão Antitruste: nos últimos cinco anos, o setor promoveu um número significativamente maior de processos individuais (352) em relação aos corporativos (123),¹¹ conseguindo até mesmo a extradição de inúmeros executivos aos Estados Unidos para o cumprimento de sanções.¹²

De igual forma, já em 2003 o DOJ destacava a necessidade de imposição de responsabilidade penal às pessoas físicas como o meio mais eficiente de dissuasão de ilícitos; por meio do Memorando Thompson¹³ recomendava que somente em situações excepcionais deveria ser firmado acordo de colaboração com a pessoa jurídica em troca de anistia das acusações contra funcionários. Segundo Lisa Kern Griffin, com base nesta diretriz os Promotores foram instados a resistir a tentativas de proteção pelas pessoas jurídicas de seus colaboradores, de modo que, se a empresa não sofre a persecução penal, ao menos alguns indivíduos devem ser responsabilizados em seu lugar.¹⁴

1.1. Diretrizes do Memo Yates

1.1.1. Para ser elegível a qualquer crédito de cooperação, as empresas devem fornecer ao departamento todos os fatos relevantes sobre os indivíduos envolvidos na infração corporativa

A primeira consideração do memorando coincide com seu traço mais marcante. Trata-se de exigir das empresas que promovam investigações internas e forneçam ao

10 HAMMOND, Scott D., *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*. 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>>. Acesso em 07 abr. 16.

11 SNYDER, Brent C. *Individual Accountability for Antitrust Crimes*. 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-yale-global-antitrust>>. Acesso em 06 abr. 16.

12 BLOCH, Robert E., KRAMER, Kelly B., MEDLOCK, Stephen M.. *The Yates Memorandum's Impact on US Cartel Enforcement: Evolution or Revolution*. American Bar Association Section of Antitrust Law and the International Bar Association 2016 International Cartel Workshop. 5 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/zh-CHS/The-Yates-Memorandums-Impact-on-US-Cartel-Enforcement-Evolution-or-Revolution-02-05-2016/>>. Acesso em 06 abr. 16.

13 Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf>. Acesso em 25 abr. 16.

14 GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure. In: *New York University Law Review*, Vol. 82, 2010, p. 333.

Departamento de Justiça a identificação de todos os indivíduos envolvidos com os ilícitos corporativos, sob pena de não fazer jus a qualquer crédito em acordo de cooperação (USAM – 9-28,700 – A). Assim, para ter direito a qualquer benefício, não basta à empresa colocar-se à disposição das autoridades ou mesmo promover uma investigação interna e reconhecer o cometimento de irregularidades. Exige-se mais.

Além da colaboração da empresa, pressuposto para qualquer crédito em acordo com o DOJ, espera-se da pessoa jurídica que envide esforços para identificar todos os envolvidos na prática do ilícito corporativo, independentemente de sua posição hierárquica ou antiguidade, fornecendo às autoridades a integridade dos fatos envolvendo condutas individuais. Não compete, pois, à pessoa jurídica escolher os fatos que pretende divulgar, exigindo-se desta uma “plena colaboração”. A fim de aferir a correção da postura adotada pela corporação, o memorando afirma a necessidade de os Procuradores do Departamento adotarem uma postura ativa frente aos elementos fornecidos, realizando uma comparação em cada etapa do processo – antes, durante e após - com o resultado de sua própria investigação, a fim de identificar se o material disponibilizado pelo ente coletivo é de fato completo e se não procura minimizar a responsabilidade de qualquer indivíduo.

Especificamente quanto à obrigação imposta à empresa de apresentar todos os fatos relevantes, incluindo aqueles identificados através de entrevistas realizadas como parte de uma investigação interna, o memorando recebeu algumas críticas que questionavam a possibilidade de violações ao direito de sigilo advogado-cliente nestas entrevistas. Sally Yates procurou rebatê-las ao anunciar alterações no USAM, frisando que ao fazer referência à necessidade de divulgação de informações não abrangidas pelo sigilo advogado/cliente, refere considerar que o "aconselhamento jurídico" estaria abarcado pelo sigilo, mas "fatos, não".

Cabe salientar que a versão revisada do USAM, não obstante tenha sido mantida intacta no tópico *Attorney-Client and Work Product Protections* (9-28.710), onde afirma que o “*attorney-client privilege is one of the oldest and most sacrosanct privileges under the law*”, possui novas orientações específicas quanto a este ponto de tensão no item *Cooperation: Disclosing the Relevant Facts* (9-28.720). Embora o Manual reconheça estarem protegidos pelo sigilo eventuais apontamentos ou memorandos gerados a partir de entrevistas, refere que as empresas devem disponibilizar, e os Procuradores do Departamento estão autorizados a solicitar, informações relevantes não abarcadas pelo sigilo, dentre as

quais elenca: registros contábeis e de negócios, e-mails entre empregados não advogados e *relevant factual information acquired through those interviews*.¹⁵

*1.1.2. Investigações corporativas criminais e civis devem se concentrar em indivíduos desde o início*¹⁶

A segunda orientação do memorando consiste em exigir que as investigações cíveis e criminais possuam, desde quando instauradas, foco na apuração da responsabilidade individual. Ao recair sobre as pessoas desde a fase inicial das investigações, ter-se-ia um aumento da probabilidade de cooperação de pessoas que tenham ciência das condutas investigadas, possibilitando, inclusive, chegar a pessoas do alto escalão empresarial. Com isso, o DOJ entende que seria possível maximizar as chances de êxito na identificação da fraude corporativa, eis que inevitavelmente os malfeitos decorrem de uma ação individual.

1.1.3. Procuradores criminais e civis devem estar em comunicação de rotina

A terceira recomendação, no sentido de que devem os Procuradores civis e criminais do DOJ manter contínua comunicação, possui como objetivo que estes considerem, conjuntamente, todas as possibilidades de soluções possíveis em favor do Governo, promovendo, com isso, a solução mais pertinente ao caso. Tal medida visa permitir, por exemplo, a adoção de medidas na esfera cível enquanto prossegue a busca por elementos que permitam uma acusação criminal.

15 Analisando de maneira crítica a postura adotada pelo DOJ quanto ao fornecimento de informações produzidas pelos advogados responsáveis pela condução das investigações internas, ver: FIRST, Harry. Branch office of the prosecutor: The new role of the corporation in business crime prosecutions. In: *North Carolina Law Review*, Vol. 89, 2010, p. 23-98. e GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure. In: *New York University Law Review*, Vo. 82, 2010, p. 311-382.

16 Cumpre mencionar que o Departamento de Justiça norte-americano possui várias Divisões, podendo o mesmo fato pode ensejar investigações concomitantes. Note-se que o Memo Yates é endereçado às Divisões Antitruste, Civil, Criminal, Meio Ambiente e Fiscal.

*1.1.4. Salvo circunstâncias extraordinárias,
nenhum acordo deve oferecer proteção
contra responsabilidade civil ou criminal a
quaisquer indivíduos*

A quarta diretriz firmada pelo memorando revela a firmeza no propósito de realizar uma mudança na política do DOJ. Por meio desta, reconhece-se a importância na persecução dos indivíduos responsáveis pelos ilícitos corporativos ao descartar, seja no âmbito penal ou civil, a possibilidade de acordo que disponha sobre a imunidade de agentes individuais ou funcionários. Desse modo, os Procuradores do Departamento devem tomar medidas no sentido de preservar a capacidade de persecução dos indivíduos, somente admitindo-se a exclusão de responsabilidades em circunstâncias excepcionais - não especificadas no memorando - e mediante a aprovação pessoal do Procurador-Geral ou de seu assistente.

*1.1.5. Acordos de cooperação não devem ser firmados
sem um plano claro para apuração dos casos
individuais relacionados*

A quinta instrução do DOJ dispõe sobre a hipótese resolução de acordo com pessoas jurídicas sem que se tenha identificado os responsáveis pelas infrações, condicionando-o à adoção de um plano relacionado a investigação de condutas individuais. Em outros termos, esta orientação mitiga a assertiva de impossibilidade de resolução do caso com a pessoa jurídica sem a indicação dos indivíduos responsáveis. Ao que parece, não se pretende, com isso, uma abertura para concessão de imunidades. O que se tem, em verdade, é a possibilidade de uma resolução parcial do caso, em relação à empresa, mediante seu comprometimento com a continuidade das investigações para apuração das responsabilidades individuais, com um plano objetivo de atuação que preveja a resolução do caso antes de qualquer prazo prescricional. Abre-se, assim, uma possibilidade de aproveitamento de créditos por cooperação sem a imediata indicação dos responsáveis pelos ilícitos corporativos, mas condicionada ao comprometimento de adoção de medidas investigativas tendentes à identificação dos indivíduos *culpados*.

1.1.6. Procuradores civis devem sempre focar em indivíduos, enquanto a empresa deve avaliar a possibilidade de mover ação contra um indivíduo com base em considerações além da capacidade do indivíduo para pagar

Por fim, a última normativa do memorando reforça a assertiva de Sally Yates de que as medidas adotadas não visam apenas a recuperação de valores. Diz-se isso porque a decisão quanto ao ajuizamento ou não de ação civil deixa de ser tomada exclusivamente com base num critério de suficiência patrimonial do investigado para arcar com possível condenação para sujeitar-se, também, a uma ideia de prevenção geral - uma responsabilização com o fito de dissuadir futuras condutas. Desse modo, o fato de o indivíduo não possuir condições financeiras para adimplir futura condenação deixa de ser determinante para o ajuizamento da ação. Por outro lado, devem orientar a decisão fatores como a gravidade da conduta, a reunião de provas suficientes para obtenção de um julgamento favorável, e se há, de fato, um interesse federal na causa.

1.2. Aplicação do Memo Yates pelo DOJ

Passado algum tempo do anúncio do Memo Yates, é possível colher algumas percepções acerca de sua efetividade. Em outubro de 2015 e janeiro de 2016, o DOJ firmou dois acordos de cooperação, respectivamente com as empresas Warner Chilcott e Bostwick Laboratories, ambas do setor farmacêutico. No primeiro caso, em que se apurou que funcionários da Warner Chilcott pagou para induzir médicos a prescrever remédios da empresa, as investigações resultaram na formulação de acusações criminais contra o ex-presidente da empresa, três gerentes e um médico beneficiado pelo esquema.¹⁷ No segundo, que versava sobre a realização de exames clínicos desnecessários em troca de vantagens aos médicos que os receitavam, o Departamento de Justiça, além de realizar acordo com a pessoa jurídica, também o fez em relação ao Diretor Executivo do laboratório.¹⁸

17 Disponível em: <<https://www.justice.gov/usao-ma/pr/warner-chilcott-agrees-plead-guilty-health-care-fraud-scheme-and-pay-125-million>>. Acesso em 10 abr. 16.

18 Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-owner-bostwick-laboratories-agrees-pay-375-million-resolve-allegations-unnecessary>>. Acesso em 10 abr. 16.

Especialistas norte-americanos reconhecem que a repercussão do Memo Yates até o momento é modesta, mas advertem que seu processo de implementação é gradual, com especial incidência em novas investigações, e que a implementação das diretrizes deve trazer mais transparência condução das atividades pelo DOJ.¹⁹

3. Programa-piloto para acordos no âmbito do FCPA

Em 05 de abril de 2016 o Chefe da Divisão de Fraudes do DOJ, Andrew Weissmann, anunciou a adoção de um programa piloto, pelo período de um ano, denominado de “*The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*”.²⁰ O memorando tem incidência sobre os casos da Divisão Criminal responsável pela aplicação do FCPA e possui como objetivo principal promover uma maior responsabilização de empresas e indivíduos mediante estratégias para motivar a autodenúncia voluntária e a cooperação plena com a Divisão de Fraudes.

Com isso, espera incentivar as empresas a implementar programas de *Compliance* com o fim de prevenir e detectar atos de corrupção, bem como dissuadir condutas que afrontem ao FCPA. Três foram as medidas adotadas com o intuito de reforçar sua efetividade: (a) um aumento de 50% no efetivo do Departamento, (b) busca pela adoção de estratégias conjuntas com agências de outros países que possuam as mesmas competências, e (c) incentivo à adesão de empresas a programas de autodenúncia, cooperação com o DOJ e, se for o caso, comprometimento na correção de falhas em seus controles e programas de conformidade.

O memorando estabelece critérios mais claros aos cálculos para a concessão de créditos por cooperação, prevendo a possibilidade de concessão de um crédito *adicional* àquelas empresas que voluntariamente noticiem infrações, cooperem plenamente e promovam as alterações necessárias em seus programas de conformidade. Interessa-nos, no presente estudo, as diretrizes estabelecidas

19 DOUVAS, Maria E., NOWAK, John P., BANSAL, Sachin S., EHMKE, Alex, *The Yates Memo: Six Months Later*, 2016, Disponível em: <<http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=a7b1e869-2334-6428-811c-ff00004cbded>>. Acesso em 10 abr. 16.

20 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*, 2016 Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/file/838386/download>>. Acesso em 10 abr. 2016.

como essenciais para que se repute como plena a colaboração da empresa, eis que definem providências a serem tomadas pela corporação em sede de investigações internas de modo a individualizar condutas ilegais que superam aquelas exigências previstas no Memo Yates.

Dentre outras medidas previstas nesta normativa, a empresa que pretenda colaborar deve identificar e informar ao governo oportunidades de obtenção de provas que não estejam em sua posse; disponibilizar ao DOJ entrevistas com funcionários, diretores e empregados, incluindo aqueles que residam no exterior, fornecer documentos localizados no país e no exterior, indicando o local em que foram encontrados e quem os encontrou. Por fim deve, ao final da investigação, ao invés de realizar uma narrativa geral dos fatos, individualizar fatos apurados e atribuir condutas.

Necessário mencionar ainda que esta nova orientação impõe à empresa demonstrar eventual restrição legal que lhe impeça de produzir provas, incumbindo-lhe diligenciar todos os mecanismos possíveis para oferecer os documentos que sejam de interesse da investigação. O memorando conclui referindo que as empresas que cumprirem apenas as orientações do Memo Yates preenchem os requisitos para a obtenção de créditos por cooperação, mas estes serão menores do que nos casos em que houver uma plena cooperação voluntária que preencha os requisitos acima referidos.

Como resultado dessas orientações, em março de 2016 o DOJ firmou acordo de colaboração com a empresa *Olympus Latin America* (OLA) onde, embora reconheça sua plena cooperação, que inclui extensa investigação interna, tradução de numerosos documentos de língua estrangeira, além de análise e organização de grande volume de provas, deixa de reconhecer uma redução maior das sanções pelo fato de a empresa não ter divulgado voluntariamente suas condutas em tempo hábil.²¹

3. Reflexos (i)mediatos da nova postura adotada pelo DOJ

Como consequência das novas políticas adotadas, tem-se a possibilidade, quando preenchidos determinados requisitos, de incidência imediata das instruções acima descritas a empresas brasileiras e seus colaboradores, su-

21 Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/medical-equipment-company-will-pay-646-million-making-illegal-payments-doctors-and-hospitals>>. Acesso em 10 abr. 16.

jeitos ao FCPA. Além disso, não se pode deixar de considerar a influência da política criminal norte americana em nosso ordenamento. Antes de analisarmos estes aspectos, cabe sejam registradas algumas críticas tecidas às medidas adotadas pelo DOJ.

Conforme já referido, a exigência de que empresas cooperem as investigações pública não é novidade. A situação ganha complexidade, entretanto, quando se passa a admitir a possibilidade de o Estado pressionar a empresa, em investigações internas, a coagir seus funcionários no intuito de reunir informações – inclusive quanto à responsabilidade individual – por ilícitos corporativos. Isso porque, enquanto o Estado tem o dever de respeitar as garantias constitucionais dos indivíduos em investigações públicas, aos investigadores privados não parecem ser – ou não tem sido – opostos os mesmos limites.²²

A doutrina e jurisprudência americanas excepcionam, contudo, duas hipóteses em que os particulares estarão sujeitos a respeitar os mesmos limites impostos às autoridades públicas: (a) quando o particular atue exercendo uma função pública (a atividade desenvolvida pode considerar-se, analogicamente, uma função pública) ou (b) na hipótese em que se detecte uma conexão ou implicação estatal significativa com a ação atribuída ao agente privado.

Trazendo esta discussão para o tema em debate, decisão proferida em 2006 pelo Magistrado do Distrito de Nova York, Dr. Kaplan (*United States v. Stein*), confirmada pela Corte de Apelação em 2008 (440 F. Supp. 2d 315, 330-33 (SDNY 2006)), reconheceu que a empresa KPMG pressionou seus colaboradores para que renunciasses aos direitos garantidos pela V Emenda da Constituição americana em decorrência de pressão sofrida por autoridades públicas e, como consequência, determinou que devem ser suprimidos os elementos produzidos com violação aos direitos dos acusados.

No caso, a KPMG, uma gigante do setor de contabilidade, estava sob investigação criminal do Departamento de Justiça norte-americano. Com base no Memorando Thompson, os agentes do Departamento de Justiça pressionaram a empresa a cooperar. Esta, por sua vez, coagiu seus funcionários ameaçando cortar os subsídios para o pagamento de advogados e custas processuais dos funcionários que não cooperassem ou invocassem a V Emenda à Constituição (direito ao silêncio) durante a investigação interna. Ao apreciar o caso, o Magistrado

22 ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 153

Kaplan concluiu que a pressão exercida pelo Governo resultou em um envolvimento substancial das autoridades públicas na condução das investigações pela empresa KPMG, bem como que a empresa pressionou seus colaboradores para que renunciassem aos direitos garantidos pela V Emenda da Constituição americana, o que pode ser atribuível às autoridades públicas. Por fim, determinou que devem ser suprimidos os elementos produzidos com violação aos direitos dos acusados. Ao apreciar recurso interposto pelo Governo contra esta decisão, a Corte de apelo manteve a decisão proferida.

Ao comentar a decisão proferida pelo Magistrado Kaplan, Lisa Griffin adverte que, em princípio, é lícito ao empregador demitir o empregado que se recuse a cooperar em investigações internas ou com o governo. Desse modo, aduz que a V Emenda não impede o empregador de valer-se de seu poder econômico para pressionar os empregados a colaborar. Contudo, salienta que o caso da KMPG é diferente, pois a empresa coagiu seus empregados em função da pressão sofrida pelo Governo. Assim, conclui que o simples fato de uma empresa privada ter utilizado seu poder para obter informações de seus colaboradores não é suficiente para que se estabeleça uma *state action*.²³

Vê-se, pois, que mesmo antes do anúncio do Memo Yates e do programa piloto já era possível perceber uma resistência à determinadas táticas dos profissionais do DOJ no sentido de pressionar as empresas para que colaborem com suas investigações, situação que tende a se agravar com a aplicação das medidas acima analisadas. Paul Monnin e Eric D. Stolze advertem que as medidas anunciadas possibilitam uma aproximação dos advogados internos que conduzem as investigações com os Procuradores do DOJ, o que pode fazer com que estes conduzam veladamente as investigações, indicando quais medidas teriam de ser adotadas para que as empresas preencham os requisitos necessários à obtenção dos créditos. No entender destes advogados americanos, uma vez configurada tal situação, eventual coerção praticada pelos agentes particulares poderia ser atribuída às autoridades públicas, atraindo a incidência das garantias constitucionais.²⁴

Retomando o ponto acerca da imediata incidência das novas regras, cumpre mencionar, primeiramente, o alcance extraterritorial das normas do FCPA, que

23 GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure, p.365.

24 MONNIN, Paul; STOLZE, Eric D. *Why the Yates Memo Is Constitutionally Suspect*. Disponível em: <<http://www.corpcounsel.com/id=1202746760402/Why-the-Yates-Memo-Is-Constitutionally-Suspect?mcode=0&curindex=0&curpage=1>>. Acesso em 30 mai. 16.

são aplicáveis às empresas que emitam valores mobiliários nos Estados Unidos, aos cidadãos americanos, nacionais ou residentes em solo norte americano, assim como a empresas que possuam ações em suas bolsas de valores ou que estejam obrigadas a ser registradas na *Securities and Exchange Commission* (SEC) e, por fim, a condutas praticadas no território estadunidense.²⁵ Em relação ao último critério, conforme salientam Luciano Feldens e Antenor Madruga, pela importância e alcance que possuem os Estados Unidos e suas empresas, é raro haver negócios que não utilizem o “*território dos Estados Unidos ou, ainda que inconscientemente, os ubíquos servidores de dados e e-mails ali localizados, bem como, nas transações financeiras internacionais, os bancos americanos*”.²⁶

Da mesma forma, a legislação concorrencial norte americana possui normas que lhe possibilitam um alcance que ultrapassa suas fronteiras. O raciocínio que atrai a competência para a jurisdição norte americana apoia-se na teoria dos efeitos, adotada no caso *United States v. Aluminium Co of America* (1945) e posteriormente confirmada no caso *Hartford Fire Insurance Co. v. Califórnia* (1993).²⁷ Nessa perspectiva teórica, “*o fator de conexão apropriado para a aplicação do estatuto legal da concorrência não é a ligação territorial de um ato ou do agente, mas o efeito daqueles atos na concorrência do mercado doméstico*”.²⁸ Como resultado, no âmbito do comércio exterior dois vetores atraem a aplicação da legislação norte americana: nos casos de importações pelos EUA, bem como a relações comerciais que, mesmo sem interação direta norte americana, possuam um efeito razoavelmente previsível sobre o seu mercado.²⁹

Assim, considerando o amplo alcance das normas estadunidenses, bem como uma interpretação do DOJ que reforça sua extraterritorialidade, são muitas as

25 FELDENS, Luciano. MADRUGA, Antenor. COOPERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PARA APURAÇÃO DO ATO DE CORRUPÇÃO: investigação privada?, In: *Revista dos Tribunais* n. 947, p. 73-90, set. 2014, p.78.

26 Idem, p.78.

27 No caso *Hartford Fire Insurance Co. v. Califórnia* (1993), a Suprema Corte declarou que: “(...) *the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States.*”

28 BASEDOW, Jürgen, Antitruste ou direito da concorrência, internacional, *Debates em direito de concorrência*, Trad. LOULA, Maria Rosa Guimarães, ARANOVICH, Tatiana de Campos, DANTAS, Virgínia de Melo, Publicações da Escola da AGU: Brasília, 2001, p. 239-240.

29 Nesse sentido vide: UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST ENFORCEMENT, *GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS*, 1995. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations>>. Acesso em 10 abr. 16.

empresas com atuação em território nacional sujeitas ao FCPA e às normas concorrenciais. A estas empresas, neste contexto, não resta outra alternativa senão a adoção de um elevado *standard* de conformação a esse “novo” ambiente normativo, o que parece impactará em suas posturas de *compliance*, investigação ou colaboração mesmo quando executadas para fins internos (nacionais).

Exemplo da atualidade desse tema é o fato amplamente noticiado de que empresas brasileiras como Braskem S.A., Petrobras S.A., Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás e Embraer S.A. figurarem atualmente como investigadas junto à SEC.³⁰ Além disso, já se tem notícia, por meio de veículos de comunicação, que o ex-gerente da Petrobrás Pedro Barusco e alguns empresários relacionados ao denominado “complexo investigatórios da Operação Lava Jato” pretendem firmar acordo de colaboração com as autoridades norte americanas.³¹

Para além da imediata incidência das novas orientações do DOJ no dia-a-dia das empresas com atividades no Brasil, é preciso reconhecer que as diretrizes fixadas pelo governo norte americano, por sua influência no cenário mundial, não raro são incorporadas por outros países. Isso ocorreu, por exemplo, com a promulgação da Lei Anticorrupção, com clara inspiração no FCPA e no UK Bribery Act.

No âmbito concorrenciais, merece destaque o disposto no art. 86 da Lei nº 12.529/11, que, em seu inciso I, condiciona a sua celebração à *identificação dos demais envolvidos na infração* para celebração de acordo de leniência junto ao CADE. O Regimento Interno do CADE, de igual forma, dispõe que a proposta, seja por escrito ou oral, deve detalhar a “*infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de uma descrição das informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência*”. Em ambos os casos não há previsão expressa acerca da necessidade de identificação das *peças físicas* relacionadas ao ilícito.

De sua vez, o Guia veiculado pelo CADE, que orienta empresas interessadas em celebrar acordo de leniência, sugere que as pessoas interessadas devem fornecer, dentre outros elementos, pelo menos a “*identificação dos demais participantes da infração noticiada ou sob investigação – empresas e/ou pessoas físicas, bem como*

30 CASSIN, Richard L., *The Corporate Investigations List (April 2016)*, Disponível em: <<http://www.fcpablog.com/blog/2016/4/5/the-corporate-investigations-list-april-2016.html>>. Acesso em 9 abr. 16.

31 Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/delatores-da-lava-jato-fecham-acordo-com-justica-dos-eua/>>. Acesso em 30 mai. 16.

descrição detalhada da participação de cada uma delas, indicando, ainda, se possível, a hierarquia de atuação entre essas pessoas e as alterações de representação ao longo dos anos”. Aqui se percebe uma tendência – destituída de estatura legal – de aproximação do regime brasileiro à política já adotada, há longa data, pela Divisão Antitruste do DOJ.

De igual sorte, ao dispor sobre o acordo de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), a redação do art. 16, inciso I, reproduz a obrigação do interessado de identificar os demais envolvidos na infração, “quando couber”. O diferencial, neste caso, está no alvo das sanções legalmente previstas, as quais miram essencialmente nas pessoas *jurídicas*, estendendo-se às físicas na excepcional hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, sob as circunstâncias que efetivamente a justificam (art. 14). Desse modo, não obstante o Decreto nº 8.420, que regulamenta a Lei Anticorrupção, ter previsto a necessidade de uma cooperação *plena e permanente com as investigações* (art. 30, inciso IV), é certo que inexistente, para esse fim, uma definição legal quanto à necessidade de individualização das condutas das pessoas físicas relacionadas com a infração penal.

Neste contexto, à diferença do que ocorre atualmente no espectro da jurisdição norte-americana, no Brasil é possível que sejam firmados acordos de leniência sem que se imponha às pessoas jurídicas a necessidade de individualização das condutas das pessoas físicas relacionadas com eventuais infrações. Contudo, não podemos deixar de reconhecer a tendência de nosso regime no sentido da postura recentemente adotada no Departamento de Justiça. Isso se percebe até mesmo pela forma como vêm sendo conduzidos e executados os acordos relacionados à denominada Operação Lava Jato, a partir da substancial valorização (com a correlata premiação) da prova obtida mediante depoimentos de pessoas físicas, com circunstanciada indicação de fatos e pessoas que participaram ou tiveram ciência da prática de delitos no ambiente empresarial.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

BASEDOW, Jürgen, Antitruste ou direito da concorrência, internacional, *Debates em direito de concorrência*, Trad. LOULA, Maria Rosa Guimarães,

ARANOVICH, Tatiana de Campos, DANTAS, Virgínia de Melo, Publicações da Escola da AGU: Brasília, 2001, p. 235-252.

BLOCH, Robert E., KRAMER, Kelly B., MEDLOCK, Stephen M.. *The Yates Memorandum's Impact on US Cartel Enforcement: Evolution or Revolution*. American Bar Association Section of Antitrust Law and the International Bar Association 2016 International Cartel Workshop. 5 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/zh-CHS/The-Yates-Memorandums-Impact-on-US-Cartel-Enforcement-Evolution-or-Revolution-02-05-2016/>>. Acesso em 06 abr. 16.

CASSIN, Richard L., *The Corporate Investigations List (April 2016)*, Disponível em: <<http://www.fcpublog.com/blog/2016/4/5/the-corporate-investigations-list-april-2016.html>>. Acesso em 9 abr. 16.

DOUVAS, Maria E., NOWAK, John P., BANSAL, Sachin S., EHMKE, Alex, *The Yates Memo: Six Months Later*, 2016, Disponível em: <<http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=a7b1e869-2334-6428-811c-ff00004cbded>>. Acesso em 10 abr. 16.

FELDENS, Luciano. MADRUGA, Antenor, COOPERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PARA APURAÇÃO DO ATO DE CORRUPÇÃO: investigação privada?, In: *Revista dos Tribunais* n. 947, p. 73-90, set. 2014.

FIRST, Harry. Branch office of the prosecutor: The new role of the corporation in business crime prosecutions. In: *North Carolina Law Review*, Vol. 89, 2010, p. 23-98.

GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure. In: *New York University Law Review*, Vo. 82, 2010, p. 311-382.

HAMMOND, Scott D., *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*. 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades.>>. Acesso em 07 abr. 16.

MONNIN, Paul; STOLZE, Eric D. *Why the Yates Memo Is Constitutionally Suspect*. Disponível em: <<http://www.corpcounsel.com/id=1202746760402/Why-the-Yates-Memo-Is-Constitutionally-Suspect?mcode=0&curindex=0&curpage=1>>. Acesso em 30 mai. 16

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST ENFORCEMENT, *GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS*, 1995. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations>>. Acesso em 10 abr. 16.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 2015, Disponível em: <<https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>>. Acesso em 19 mar. 2016.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Leniency policy for individuals*, 1994, Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2016.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 9-28.000 - *Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations*, 2015, Disponível em: <<https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>>. Acesso em 19 mar. 2016.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*, 2016 Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/file/838386/download>>. Acesso em 10 abr. 2016.

SNYDER, Brent C. *Individual Accountability for Antitrust Crimes*. 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-yale-global-antitrust>>. Acesso em 06 abr. 16.

YATES, Sally, Conferência proferida em 10 de setembro de 2015 na NYU School of Law in Greenberg Lounge. Disponível em: <<http://www.nysba.org/workarea/DownloadAsset.aspx?id=60456>>. Acesso em 20 mar. 2016.

YATES, Sally, Conferência proferida em 16 de novembro de 2015 na American Banking Association and American Bar Association Money. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-delivers-remarks-american-banking-0>>. Acesso em 20 mar. 2016.