

FCPA — Perguntas Frequentes

O que é a Lei de Práticas Corruptas no Exterior (Foreign Corrupt Practices Act) e ela como se aplica?

A FCPA *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei de Práticas Corruptas no Exterior) é uma lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 1977 para penalizar subornos que se destinam a influenciar as decisões de agentes públicos estrangeiros. Ela prevê sanções cíveis e penais e pode ser aplicada tanto para empresas como para indivíduos.

Qual a definição de suborno sob a ótica da FCPA?

A FCPA considera crime: 1) pagar, oferecer ou prometer pagamento, ou autorizar pagamento em dinheiro ou de algo de valor, direta ou indiretamente; 2) a qualquer servidor público estrangeiro, político, partido político, candidato a cargo público; 3) com intenção de cometer fraude ou de praticar ato de corrupção; 4) com o propósito de influenciar essas pessoas, suas ações ou decisões em violação de suas obrigações previstas em lei; 5) para apoiar ou fechar contratos e negócios.

A FCPA só se aplica quando se entrega dinheiro a um servidor público estrangeiro?

Não. A ideia de que leis antissuborno proíbem apenas “uma mala de dinheiro” é equivocada, porque essas leis se aplicam a uma série de outras modalidades de pagamentos indevidos. O termo “algo de valor” na FCPA tem sido amplamente interpretado de forma a incluir não apenas dinheiro, mas também, entre outras coisas: descontos; presentes; uso de bens materiais; instalações de infraestrutura ou equipamentos; treinamento, educação e formação; lazer e entretenimento; refeições e bebidas; transporte; hospedagem, benefícios de seguros, promessas de futuro emprego, e perdão (ou cancelamento) de dívida. Além disso, não há um limite mínimo, a percepção do beneficiário e a avaliação subjetiva da coisa transmitida é geralmente um fator chave para determinar se “algo de valor” foi dado a um agente público estrangeiro. Por exemplo, se a empresa tem um acordo preferencial ou de desconto com um hotel de luxo ou de primeira classe (por exemplo: Ritz Carlton), o preço real pago pela empresa pelo quarto de hotel provavelmente não será determinante para definir “algo de valor”. A percepção do agente público estrangeiro sobre esse quarto de hotel, sobre essa vantagem, e o valor subjetivo dele (o qual será maior do que o preço habitual) serão o fator determinante.

Como se define um agente público para a FCPA?

“Agente público” é definido de maneira ampla para a FCPA. Inclui todos os servidores, empregados e agentes públicos, em nível federal, estadual ou municipal, bem como dos seus respectivos departamentos e agências, desde agentes públicos de nível hierárquico superior até os de nível mais baixo, que não sejam dos Estados Unidos. Também são considerados agentes públicos funcionários de empresas públicas ou controladas pelo estado (SOE em inglês: State-owned Enterprises). Exemplos de empregados de SOEs que foram considerados como “agentes públicos estrangeiros” em recentes ações legais incluem farmacêuticos, médicos, administradores em hospitais públicos e funcionários de universidades, assim como empregados de empresas de telecomunicações, serviços elétricos, e empresas da indústria de óleo e gás controladas pelo estado.

O que constitui uma “empresa pública ou controlada pelo estado” para a FCPA?

Empresa pública ou controlada pelo estado (SOE) é uma empresa ou organização controlada por um governo que não o dos Estados Unidos. Identificar se uma entidade ou empresa é ou não uma SOE é importante, porque os empregados das SOEs são tratados como “agentes públicos” para os efeitos da FCPA.

Nem sempre é fácil determinar se uma empresa ou órgão é uma SOE. Os tribunais tem entendimento baseado em (I) controle (se o governo estrangeiro tem participação significativa, tem a capacidade de nomear e exonerar os diretores e/ou receber lucros); e (II) função (se a empresa tem o monopólio sobre a função que desempenha, se atende o público em geral, realiza função governamental, e se o governo subsidia os serviços por ela prestados). Exemplos comuns de SOEs incluem autoridades portuárias, ferrovias, companhias aéreas, empresas da indústria de óleo e gás, mineração, fornecedores de serviços de telecomunicações, bancos, empresas de assistência médica e universidades. Em alguns países, os governos podem atuar direta e/ou indiretamente numa variedade ainda mais ampla de indústrias e serviços, portanto deve-se prestar especial atenção para avaliar potenciais vínculos governamentais com parceiros de negócios/clientes nesses países.

Como se interpreta “fechar ou manter negócios” para a FCPA?

“Fechar ou manter negócios” é interpretado de maneira ampla e inclui pagamentos relacionados à renovação, execução, cumprimento e /ou a manutenção de contratos. Exemplos recentes de processos que envolvem FCPA incluem fechar um contrato, influenciar o processo de contratação, obter acesso a licitações ainda não abertas, evadir ou reduzir impostos ou sanções, influenciar processos, obter exceções a regras, e evitar a terminação de contratos.

O que constitui um “terceiro intermediário” para a FCPA?

Terceiros intermediários devem ser compreendidos amplamente como qualquer indivíduo, empresa ou organização que presta serviços ou atua em nome de outrem. Alguns exemplos incluem agentes, corretores, consultores, representantes de vendas, fornecedores, advogados, contadores, assessores alfandegários, despachantes, agentes de viagens e qualquer outro parceiro de negócios ou *joint venture*. Para a FCPA, as empresas podem ser responsabilizadas pelas ações de terceiros intermediários ou pela supervisão ineficaz dos mesmos. A regra é: o que uma empresa não pode fazer diretamente, não pode ser feito indiretamente por meio de um terceiro atuando em seu nome. Em verdade, a maioria dos processos da FCPA não resultou da conduta de empregados diretos das empresas, mas da conduta de terceiros.

Um agente público estrangeiro sugeriu que gostaria de visitar a Empresa para inspecionar suas operações antes da aprovação de uma autorização/licença. É permitido pagar pela sua viagem sem infringir regras da FCPA?

Depende. Sob a ótica da FCPA é permitido pagar de boa-fé a um agente público para fazer uma viagem dessa natureza. Mas, extremo cuidado deve ser tomado em relação ao itinerário e a como e quanto será pago/reembolsado pelas despesas. Nos casos dessas viagens, a empresa deve, sempre que possível, fazer todos os pagamentos diretamente à companhia aérea e ao hotel, impor restrições sobre a quantidade das despesas que podem ser pagas/reembolsadas e obter garantias de que o governo ou órgão estrangeiro tem conhecimento da viagem. Além disso, atividades de lazer devem ser estritamente limitadas e devem estar relacionadas ao propósito da viagem.

Por que os contratos públicos são um risco para a FCPA?

Pagamentos relacionados a contratos com governos estrangeiro e/ou órgãos de sua administração são outro tema recorrente em processos da FCPA. O risco de corrupção é alto por muitas razões. Primeiro, frequentemente os contratos governamentais envolvem projetos de valor alto como, por exemplo, obras de infraestrutura, desenvolvimento de redes de computadores, fornecimento de serviços de saúde, ou extração mineral. Segundo, agentes públicos estrangeiros frequentemente têm poder de decisão para conceder/adjudicar certos contratos. Terceiro, as empresas frequentemente têm relacionamento intenso com esses agentes ao longo do processo de contratação. Por este motivo, todos os pagamentos feitos para obter um contrato, ou para manter tal contrato, devem ser examinados detalhadamente observando-se as regras da FCPA. Exemplos recentes de processos envolvendo contratos públicos incluem pagamento de propinas para direcionar licitações, acessar propostas confidenciais de competidores, contratar consultores como uma forma de facilitar o pagamento de subornos, ou tentativas mais diretas de influenciar agentes públicos por meio de pagamento em dinheiro.

Vale destacar que os maiores acordos celebrados com base na FCPA envolvem contratos governamentais

Também vale observar que contratos públicos frequentemente são regulados por leis locais e/ou por outros órgãos (por exemplo projetos financiados pelo Banco Mundial), o que poderia impor restrições adicionais sobre o que uma empresa pode ou não fazer.

Por que as refeições e as atividades de lazer e entretenimento são um risco se acordo com FCPA?

A FCPA não proíbe uma empresa de pagar pelas refeições e outras formas de lazer e entretenimento dos agentes públicos desde que sejam razoáveis, diretamente relacionados a uma proposta de negócio legítimo, e sem a intenção

de influenciar indevidamente agentes públicos estrangeiros. No entanto, da perspectiva da FCPA, o entretenimento “excessivo” evidencia uma tentativa de corromper ou influenciar agentes públicos de maneira inapropriada. A FCPA por si mesma não estabelece uma regra clara sobre o que é razoável. O Guia da FCPA (*FCPA Guidance* em inglês) publicado pela SEC (órgão análogo à Comissão de Valores Mobiliários) e pelo DOJ (Departamento de Justiça), inclui diversos exemplos (facilmente identificáveis) sobre o que não é razoável: (I) US\$10.000 gastos em jantares, drinks e entretenimento e lazer de agentes públicos; (II) viagens de negócios que consistem principalmente em turismo para o agente público estrangeiro e seu cônjuge.

Entretenimento e lazer devem estar de acordo com os padrões de negócios geralmente aceitos. Para isso, muitas empresas já desenvolveram políticas abordando a questão dos presentes, refeições e atividades de entretenimento e lazer, em geral. Essas políticas devem ser consultadas, uma vez que podem estabelecer limites específicos para quantidade e valor das atividades de lazer, de modo que uma aprovação adicional deve ser solicitada para que esse limite possa ser ultrapassado.

Além de estabelecer limites razoáveis para atividades de entretenimento e lazer, as empresas também devem considerar as seguintes práticas:

- » O planejamento deve priorizar atividades profissionais sobre as de lazer.
- » Funcionários da empresa também devem participar dos eventos para justificar apoio à construção de um relacionamento profissional entre as partes.
- » A empresa deve definir a atividade de lazer e pagar por ela diretamente (um colaborador ou funcionário que ofereça proporcionar uma atividade de lazer “com dinheiro do próprio bolso” não exime a empresa das responsabilidades da FCPA).
- » A empresa não deve reembolsar agentes públicos por atividades pessoais ou por atividades de lazer de que escolham participar que não estejam relacionadas aos compromissos profissionais, durante sua visita.
- » Não se deve proporcionar “dinheiro do próprio bolso”, vales, descontos ou outros equivalentes para compra souvenirs/lembrancinhas.
- » As atividades de lazer devem ser limitadas apenas àqueles que efetivamente tiverem de atender a compromissos profissionais legítimos; a empresa não deve pagar ou reembolsar despesas de cônjuges, parentes, ou outros amigos que não estiverem diretamente envolvidos na relação profissional.
- » A empresa deve registrar todas as despesas com precisão.

Finalmente, a empresa deve ter certeza de que não há nenhuma relação de troca envolvida. Se as atividades de lazer são vistas como um incentivo, um estímulo para fechar ou manter negócios ou influenciar decisões de um agente público estrangeiro, ou para gratificar favores passados, tais atividades não devem ser proporcionadas.

Por que as doações para instituições caridade são um risco de acordo com a FCPA?

As doações para caridade estão dentro da ampla definição de “coisas de valor” que, se oferecidas para influenciar de maneira indevida um agente público estrangeiro, poderiam resultar em um processo da FCPA.

A FCPA não proíbe fazer doações de caridade a organizações internacionais ou estrangeiras. O Guia da FCPA (*FCPA Guidance*) reconhece a importância de contribuições da empresa às comunidades nas quais atue. Mas essas doações devem ser cuidadosamente verificadas e monitoradas, uma vez que DOJ e SEC já identificaram uma crescente tendência de elas serem usadas como forma de disfarçar subornos à agentes públicos estrangeiros.

Além do risco anteriormente mencionado, há o de que muitas empresas depararem-se com pressões, especialmente em regiões com dificuldades econômicas, para contribuir com o desenvolvimento local. Por exemplo, uma empresa poderia ser solicitada por agentes públicos a construir uma escola, usando certos fornecedores ou trabalhadores, ou podem lhe pedir para contribuir com um fundo comunitário ou com um projeto organizado ou supervisionado por funcionários públicos locais.

A preocupação das autoridades americanas nessas situações é que a doação poderia ser feita como uma contrapartida para obter licenças, concessões de serviços ou apoio dos funcionários públicos.

De acordo com a FCPA, as empresas deveriam avaliar cuidadosamente o risco de fazer tais doações, ponderando: qual é o propósito da doação? Ela foi solicitada por algum servidor público estrangeiro? O agente público com quem a

empresa possa fechar negócios está ligado ao beneficiário da doação? Existem condicionantes referentes à doação? Existe alguma expectativa de uma contrapartida por fazer a doação?

O motivo da doação, o processo de *due diligence* e o pagamento propriamente dito devem ser minuciosamente documentados.

Por que as doações políticas são um risco da FCPA?

As doações políticas, por natureza, são feitas com o propósito de apoiar uma causa política ou um resultado que pudesse beneficiar a empresa. Essas doações – sejam diretas ou como pagamentos de despesas de um candidato ou partido (por exemplo um evento para angariar fundos) – são conseqüentemente uma atividade de alto risco do ponto de vista da FCPA, uma vez que frequentemente existe a percepção de que as contribuições são feitas com alguma expectativa de contrapartida. Em um caso recente da FCPA, por exemplo, as autoridades americanas consideraram que uma doação foi feita a um partido político da Nigéria para influenciar a outorga de um contrato público.

Além disso, doações políticas feitas por empresas estrangeiras são altamente reguladas em muitos países e podem ser inteiramente proibidas pela legislação local. Também por esse motivo, as empresas devem ser extremamente cautelosas e devem procurar auxílio jurídico quando decidirem participar da política em outros países. Assim como todos os gastos, todas as doações políticas devem ser precisamente registradas.

Por que as viagens e diárias (ajudas de custo) são um risco da FCPA?

Em alguns casos, pode ser legítimo que uma empresa incorra em gastos razoáveis e de boa fé para a viagem e hospedagem de agentes públicos estrangeiros, se essas despesas estiverem diretamente relacionadas à promoção, demonstração, ou explicação dos produtos e serviços de uma empresa, ou para a negociação, execução, ou cumprimento de um contrato. No entanto, o pagamento de viagens e hospedagem para agentes públicos deve ser supervisionado rigorosamente, uma vez que recentes e numerosos processos apuraram que as empresas pretendiam indevidamente influenciar funcionários públicos estrangeiros por meio de viagens extravagantes ou não relacionadas ao negócio ou a compromissos profissionais.

Uma empresa que planeja pagar pelas viagens e pela hospedagem de funcionários públicos estrangeiros pode tomar medidas que ajudam a minimizar riscos da FCPA. Dentre as quais:

- » Documentar de maneira clara o propósito da viagem de negócios e preparar um itinerário detalhado de reuniões profissionais e outras atividades. “Viagens adicionais”, por exemplo para Disney World ou Las Vegas, nunca devem ser pagas pelas empresas ou seus consultores.
- » Informar ao governo/SOE sobre a viagem, e confirmar que ela é permitida de acordo com as leis locais.
- » Viagens e acomodações devem ser razoáveis e condizentes com as políticas de negócios internas da empresa (por exemplo, classe econômica para voos domésticos; classe executiva para voos internacionais).
- » É preferível que a empresa não aponte quais agentes públicos estrangeiros devem participar da viagem de negócios e que eles sejam escolhidos pelo próprio órgão da Administração que integram ou pela SOE.
- » A empresa deve arcar com as despesas somente dos agentes públicos que participem dos compromissos profissionais (e que estejam envolvidos com o negócio), e nunca deve pagar viagens para seus cônjuges, parentes, familiares ou outros convidados que os acompanhem.
- » A empresa deve pagar os prestadores de serviços (por exemplo, companhias aéreas, hotéis) diretamente, em vez de reembolsar os agentes públicos por tais gastos.
- » Nunca se deve entregar dinheiro vivo para pagamento de diárias ou despesas.

Como sempre, a empresa deve registrar minuciosamente todas as despesas relacionadas à viagem de negócios e a qualquer despesa relacionadas aos agentes públicos estrangeiros.

Por que envolver terceiros intermediários é um risco dentro da FCPA?

A FCPA não só proíbe propinas pagas diretamente por uma empresa a um agente público estrangeiro, mas também propinas pagas indiretamente por parte de terceiros. Em verdade, a maioria dos processos da FCPA envolveu, de alguma maneira, condutas inapropriadas por parte de terceiros agindo em nome de empresas. Terceiros que atuem em nome de uma empresa devem ser sempre supervisionados, por constituírem um ponto de atenção (“red flag”) para a FCPA.

O nível de supervisão e controle desses terceiros dependerá dos serviços prestados, da interação com o setor público, e das regiões nas quais atuam. No mínimo, uma *due diligence* anterior à celebração do contrato deve ser realizada; cláusulas antissubornos e anticorrupção devem constar nos contratos e uma carta de aquiescência com a FCPA deve ser assinada pelos terceiros. Os que representarem um risco maior devem passar por uma *due diligence* mais aprofundada, e podem ser solicitados a completar um questionário sobre a FCPA, fornecer certificações periódicas e, em alguns casos, concordar em realizar um treinamento de *compliance* anticorrupção.

É importante que as empresas mantenham sob sua guarda os arquivos de *due diligence* sobre os terceiros, os quais devem ser revisados e atualizados periodicamente para assegurar atendimento às regras da FCPA.

Por que dar presentes é um risco da FCPA?

Presentes a agente públicos é um assunto recorrente em processos da FCPA. A distinção entre um presente aceitável e um potencial suborno está na intenção de quem o oferece. Nas circunstâncias adequadas, um presente modesto entregue a um agente público estrangeiro pode ser permitido se a intenção é expressar consideração, gratidão e apreço por parceiros de negócios, ou para fortalecer relações existentes. Até mesmo um presente simples não deve ser dado com o propósito ou com a expectativa de receber algo em troca (ou mesmo com a aparência de que se poderia receber algo em troca).

As autoridades frequentemente consideram o momento e o valor do presente (para o destinatário, e não pelo ofertante) como uma forma de avaliar a intenção de quem o dá. Um presente dado a um agente público estrangeiro perto do momento da tomada de alguma decisão que envolva a empresa poderia ser visto de maneira mais suspeita do que um presente dado com relação a, por exemplo, uma feira comercial ou um casamento. De igual maneira, quanto mais extravagante ou maior o presente, maior a probabilidade de o DOJ e SEC suspeitarem de que ele foi dado com intenção indevida ou ilegal. Processos já trataram de presentes valiosos ou extravagantes, assim como da habitualidade em dar presentes menores, por exemplo, bebidas alcoólicas ou artigos domésticos. Outros exemplos de presentes inadequados já envolveram, entre outras coisas, a filiação a um clube, um gerador elétrico, relógios, despesas de manutenção doméstica, pagamento de contas de telefone celular, e serviços de limusine.

Geralmente desestimamos dar presentes como uma maneira de agradecimentos. Os presentes são ainda mais arriscados do que outras formas de construir relacionamentos, como por exemplo, jantares ou atividades de lazer nas quais os funcionários da empresa interagem com agentes públicos estrangeiros. No entanto, os presentes não são por si sós proibidos pela FCPA. Dá-los pode ser aceitável se forem de um valor modesto e se isso não for feito como recompensa, ou expectativa de recompensa, para fechar ou manter contratos e outros negócios; como uma maneira de induzir uma quebra de imparcialidade por parte do destinatário. Presentes, dinheiro ou equivalentes (como por exemplo vale compras) são quase sempre problemáticos, como o são qualquer presente solicitado expressamente pelo destinatário.

Os presentes devem ser sempre registrados pela empresa, a qual deve assegurar-se de sempre verificar as leis locais e as políticas internas, pois podem ser mais específicas em relação a quantidade e os tipos de presentes (caso exista algum) que agentes públicos estrangeiros estejam autorizados a receber. Por exemplo, as Regras de Conduta do Serviço Público da Índia (em inglês *India's Service Conduct Rules*) limitam o valor dos presentes que os agentes públicos podem receber. Dependendo da posição do agente, o valor pode ser muito baixo, de 500 Rupias (aproximadamente US \$8).

Por que contratar amigos ou parentes de agentes públicos estrangeiros é um risco?

Autoridades norte-americanas aumentaram a vigilância sobre a contratação de colaboradores ou funcionários pelas empresas, especificamente a contratação de parentes ou amigos de agentes públicos estrangeiros tanto para emprego, como para estágio. A preocupação é a contratação não embasadas no mérito (ou necessidade), mas ao invés disso, estão contratando amigos ou parentes como um “favor” a um agente público estrangeiro ou para influenciá-lo ou para recompensá-lo.

Alguns pontos de atenção (“red flags”) para a contratação incluem: (I) um cargo ou vaga criado especificamente para um candidato; (II) um candidato contratado sem passar pelos procedimentos padrão de contratação; (III) o candidato não possui experiência, formação ou habilidades necessárias para o cargo; (IV) o salário do candidato não é compatível com o de outros empregados com experiência, habilidades ou formação semelhantes; (V) contratação para um emprego ou um estágio solicitada por um agente público; (VI) emprego ou estágio em uma área de negócios na qual o agente público estrangeiro tenha algum tipo de autoridade, supervisão ou controle; (VII) criação de uma vaga desnecessária para atividade empresarial; e (VIII) o candidato receberia (ou recebe) benefícios adicionais não são oferecidos a outros funcionários.

Mesmo em situações nas quais a empresa tome uma decisão de boa fé e embasada em mérito para contratar um amigo ou parente de um agente público estrangeiro, a empresa deve revisar periodicamente a relação de emprego para assegurar-se de que o novo empregado não recebe tratamento preferencial ou benefícios não oferecidos a outros empregados em sua posição.

Por que o pagamento de taxas governamentais é um risco da FCPA?

Os governos algumas vezes exigem de empresas o pagamento de taxas ou custos previstos em lei, por exemplo para inscrever-se numa licitação, para obter licenças e certidões ou para o registro de cadastros. No entanto, o pagamento desses valores pode criar um ambiente fértil para subornos, uma vez que custas ou taxas, que na verdade configuram propinas, são objeto de apuração em vários processos da FCPA.

Antes de pagar taxas ou custas, as empresas devem confirmar (I) que há previsão legal para ela, e (II) que seus valores estão corretos. Na medida do possível, as empresas devem registrar a previsão legal para a cobrança desses valores, sejam portarias, resoluções, decretos ou leis. Além disso, as empresas devem fazer os pagamentos diretamente aos órgãos governamentais, e não a agentes públicos como indivíduos. Pagamentos em dinheiro devem ser evitados e os recibos correspondentes sempre devem ser solicitados.

Todas as custas e taxas devem ser registradas pela empresa.

Contact

David W. Simon

Partner

Foley & Lardner LLP

414.297.5519/202.945.6033

dsimon@foley.com

John E. Turlais

Special Counsel

Foley & Lardner LLP

414.297.5584

jturlais@foley.com

Antenor Madruga

Partner

Feldensmadruga

Brasília · Porto Alegre · Rio de Janeiro · São Paulo

Tel. +55 61 3966-4850

www.feldensmadruga.com.br

Rafael Ferreira de Siqueira

Associate

FeldensMadruga

Brasília · Porto Alegre · Rio de Janeiro · São Paulo

Tel. +55 61 3966-4850

feldensmadruga.com.br

Foley.com