

A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO NO COMÉRCIO: O CONTROLE LEGAL DA CORRUPÇÃO DIRECIONADO ÀS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Luciano Vaz Ferreira ¹, Fabio Costa Morosini ²

1. Introdução

A corrupção não é mais vista como um problema dos países subdesenvolvidos, mas como um assunto de preocupação internacional. Com base nas iniciativas internacionais e na troca de experiências entre os países, novas estratégias de controle da corrupção foram desenvolvidas. Uma nova abordagem, inspirada no modelo “outorgante-cliente-agente”, propõe o desenvolvimento de políticas anticorrupção voltadas para o setor privado. A ideia é implementar mecanismos que ataquem o fornecimento da corrupção para reduzir sua ocorrência. A falta de barreiras territoriais para as empresas e o surgimento das empresas transnacionais no contexto da globalização representam um desafio para a implementação de mecanismos anticorrupção. Isto também reforça a necessidade de estabelecer uma política internacional sobre o assunto.

¹ Professor de Direito. Assessor Jurídico da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Doutorando em Estudos Estratégicos Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito Econômico Internacional pela Universidade do Vale dos Sinos e Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Professor de Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Texas em Austin; Mestre em Direito com Menção Honrosa pela Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut d'Études Politiques de Paris; Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Esta pesquisa tem como objetivo analisar a evolução dos mecanismos internacionais de controle da corrupção direcionados para as empresas transnacionais. O foco cairá sobre as iniciativas de organizações internacionais (OEA, OCDE e ONU), na forma de tratados internacionais. O objetivo é identificar a existência de um regime internacional anticorrupção, composto por um quadro jurídico específico, capaz de obrigar os Estados a lutarem contra a corrupção.

A pesquisa é de natureza exploratória. É uma introdução ao assunto, especialmente para os formuladores de políticas de países com economias emergentes, que ainda não estão familiarizados com o estudo sobre o assunto. Decidiu-se fazer uma revisão bibliográfica, utilizando fontes interdisciplinares.

O artigo é dividido em quatro seções. A primeira parte trata do fenômeno da corrupção, fornecendo definições, possíveis causas e consequências. A segunda parte explora a relação entre o setor privado e as práticas de corrupção, com foco na conduta das corporações transnacionais. A terceira parte refere-se à construção de um regime internacional anticorrupção. É necessário buscar a sua origem, encontrada na lei anticorrupção dos EUA. Neste segmento também são estudados os esforços das organizações internacionais para estabelecer uma política internacional para controlar a corrupção, representados pela criação de tratados internacionais sobre o assunto. Na última parte são discutidas as consequências da existência de um regime de corrupção internacional e o contexto brasileiro.

2. O Fenômeno da Corrupção

O Banco Mundial (1997, 08) define a corrupção como “o abuso do cargo público para benefício privado”. A definição é ampla e inclui uma série de comportamentos. O mais evidente é a prática do suborno, envolvendo funcionários públicos que exigem ou solicitam vantagens indevidas e agentes privados que pagam esses valores para obter algum benefício do governo. Clientelismo e apropriação de recursos públicos também estão incluídos na definição de corrupção.

A Transparência Internacional (2008, 02) entende a corrupção como “o abuso do poder confiado para ganhos privados”. Não há referência à expressão

"cargo público". Esta ideia permite a existência de práticas de corrupção envolvendo apenas os atores privados ("corrupção privada ou corporativa").

Pesquisando as causas da corrupção, há o risco de se ficar preso em uma discussão contraproducente sobre os problemas do determinismo moral e cultural. No Brasil, há a ideia de que a corrupção é inerente à cultura brasileira, uma espécie de "herança maldita" que só pode ser superada por uma revolução utópica de valores. No entanto, alguns estudos mostram que a corrupção é tão antiga quanto a própria existência do Estado, sendo encontrada em vários períodos da história humana (Tanzi 1998, 559), e universalmente condenada (Noonan Jr. 1989). Há casos relatados em vários países, indiferente do *status* econômico (Klitgaard 1994, 22-28; Rose-Ackerman 1997, 32).

Um novo ponto de vista pode ser usado para abordar o problema da corrupção, buscando inspiração do raciocínio econômico. A ideia é entender a corrupção como um resultado da interação constante entre interesses públicos e privados dentro da estrutura do Estado. Segundo Rose-Ackerman (1997, 31) há incentivos para as práticas de corrupção sempre que uma autoridade pública exerce seu poder de discernimento na distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado. É bem sabido que o Estado tem o poder de comprar e vender bens e serviços, oferecer concessões e distribuir subsídios (benefícios), bem como coletar impostos, fazer cumprir os regulamentos e exigir autorizações (custos). Por outro lado, há um setor privado com poder econômico, pronto para pagar prestações ou reduzir os custos que foram impostos. Como todas as atividades mencionadas são inerentes ao funcionamento de um governo hoje, a criação de incentivos para a corrupção é inevitável.

O modelo "outorgante-agente-cliente", proposto por Klitgaard (1994, 83), ajuda a entender a dinâmica da corrupção. O "outorgante" pode ser representado como um oficial superior na administração pública, o "agente" como um suboficial responsável por manter contato com o "cliente" e o "cliente" representa o setor privado. Todos eles têm interesses independentes.

O "outorgante" responsável pela implementação de uma política anticorrupção em sua administração deve saber que o "agente", embora inserido na estrutura do Estado, faz os seus próprios cálculos, a fim de medir os lucros de aceitar um suborno e os prováveis custos de ser identificado e punido. Da mesma forma, o "cliente" será obrigado a tentar corromper o "agente", a fim de

obter benefícios ou uma redução de custos, a menos que seja capaz de vislumbrar a possibilidade de punição. Como pode ser visto, a corrupção é um “crime de cálculo” – uma questão de oportunidade. “As pessoas tendem a se envolver com a corrupção quando os riscos são baixos, as penas leves, e as recompensas grandes.” (Klitgaard et al. 2000, 27)

Uma extensa pesquisa da literatura sugere que a corrupção causa prejuízos econômicos e sociais graves, o que justifica o estabelecimento de políticas para o seu controle. Abaixo estão elencadas as principais consequências negativas da corrupção:

a) Controles fiscais contaminados pela corrupção facilitam a evasão fiscal, causando perdas para o orçamento do governo. (Mauro 1997, 87)

b) Em um ambiente corrupto, o governo pode dar prioridade às obras públicas de pouco benefício para a população em geral ao invés de investir em educação e saúde. (Shleifer e Vishny 1993, 616)

c) Sem fortes impedimentos para a corrupção, a competição para tirar proveito dos benefícios oferecidos pelo governo será influenciada pelo comportamento dos participantes menos escrupulosos. (Heimann 1997, 148) Em um processo de licitação, o que oferece a melhor qualidade ou preço para o seu serviço não irá obtê-la, o escolhido será aquele que mantém uma relação ilícita com o governo.

d) Uma pesquisa conduzida por Wei (2000); e Teixeira e Grande (2011) indica que a percepção da corrupção em um país pode impactar negativamente a sua capacidade de atrair o investimento estrangeiro direto devido ao alto custo para manter as empresas em um ambiente de corrupção. Esta situação é especialmente problemática para os países em desenvolvimento, que precisam de capital estrangeiro para a transferência de tecnologia, aquisição de *know-how* e realização de grandes projetos de infraestrutura. (Sornarajah 2010, 48)

3. Práticas de Corrupção e Corporações Transnacionais

As políticas de combate à corrupção geralmente se concentram no papel do “agente”, com o acompanhamento de sua conduta e aplicação de severas sanções para os corruptos. Apesar da inegável importância desses mecanismos, nos últimos anos uma abordagem mais abrangente foi amplamente adotada.

Esta abordagem inclui o papel do “cliente” no desenvolvimento do controle da corrupção.

Milton Friedman (1970) uma vez disse que “a única responsabilidade social da empresa é aumentar os seus lucros”. Esta afirmação reflete a lógica econômica que impulsiona as empresas, mas não corresponde às expectativas da atual sociedade quanto ao comportamento do setor privado. Hoje em dia, o conceito de governança prevalece: os problemas da sociedade não devem ser administrados somente pelo Estado, mas também por organizações internacionais e entidades privadas – como indivíduos, organizações não-governamentais e empresas (Comissão sobre Governança Global 1995, 02). Em um ambiente de governança, as empresas são responsáveis pelo impacto que suas “atividades podem ter sobre os aspectos sociais, políticos, econômicos e de desenvolvimento da sociedade” (Adeyeye 2011, 149).

Neste contexto, a responsabilidade pelo controle de práticas de corrupção não é somente do Estado, mas também é compartilhada com o comércio. Ele passa a ideia de que o setor privado pode ser o principal responsável pelo fornecimento de combustível para a máquina de corrupção (Transparência Internacional 2008, 02).

Cabe ao governo criar um sistema de incentivos e punições para tornar a corrupção menos atraente para as empresas. O desenvolvimento da “lei nacional anticorrupção” focada nas práticas de negócios pode ser um mecanismo importante para esta finalidade.

Não é, todavia, uma tarefa fácil. Um dos desafios diz respeito à natureza das estruturas do comércio contemporâneo. Embora os mecanismos de controle do Estado sejam limitados ao território nacional, as atividades corporativas transcendem as fronteiras na figura de “corporações multinacionais ou transnacionais”, as empresas que organizam as suas atividades em mais de um país³. Segundo dados de 2009-2010, estima-se que

³ As empresas transnacionais não estão limitadas a operações de importação e exportação: elas realizam investimentos de longo prazo no exterior (o investimento estrangeiro direto ou IED). De acordo com o Banco Mundial, investimentos estrangeiros diretos são “entradas líquidas de investimento para a aquisição de uma participação de gestão duradoura (no mínimo 10 por cento do capital votante) em uma empresa que opera em uma economia diferente da do investidor”. Ele é dividido em “investimento *greenfield*”, quando o investidor estrangeiro abre um novo empreendimento; e “fusões e aquisições transfronteiriças”, quando o investidor compra ou faz fusão com uma empresa já existente.

existem 82 mil empresas transnacionais (ETNs) em todo o mundo, com 810 mil filiais estrangeiras (UNCTAD 2009, xxi). Elas são responsáveis por mais de um quarto do produto interno bruto mundial e mais de um terço das exportações (UNCTAD 2011, 24). Estudos indicam que há empresas transnacionais com produto interno bruto maior do que muitas nações (Grauwe e Camerman 2003, 27).

A participação das empresas transnacionais em esquemas de corrupção é muito comum. Esta ligação foi justificada por anos como necessária para a realização de negócios em outros países, especialmente os “subdesenvolvidos”, onde haveria uma cultura de corrupção. Até recentemente, os países europeus permitiram deduções fiscais das empresas para subornos no exterior (Naim et al., 1997, p. 13). Essa situação beneficiou as corporações corruptas, em detrimento de empresas honestas, no acesso aos mercados estrangeiros, além de contribuir para a manutenção de governos altamente corruptos. Diante deste cenário, é necessária a construção de um regime internacional de controle da corrupção com foco no setor privado. O objetivo é criar um compromisso entre os países no enfrentamento do problema por meio do intercâmbio de experiências e da harmonização das legislações nacionais, impedindo a existência de zonas de impunidade. O foco nas empresas transnacionais pode fazer a diferença. De acordo com a Naim et al. (1997, 22-23), é mais fácil prevenir a corrupção em empresas transnacionais complexas do que impor reformas institucionais em vários países em desenvolvimento. O ataque na oferta da corrupção torna mais difícil para os agentes corruptos alcançar seus objetivos. Outro aspecto importante é a possibilidade de essas empresas transnacionais disseminarem seus valores ao redor do mundo entre seus parceiros comerciais, que serão obrigados a adotar práticas anticorrupção correndo o risco de que não serão capazes de fazer negócios com empresas éticas no futuro.

4. O Regime Internacional de Combate à Corrupção

4.1. A Lei Norte-Americana de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA)

Os Estados Unidos foram o primeiro país a se preocupar com a ligação entre empresas transnacionais e o fenômeno da corrupção.

O contexto político do país na década de 1970 foi decisivo. Após o escândalo de Watergate, através do qual o Presidente Nixon foi acusado de usar seu poder para espionar ilegalmente opositores políticos, uma série de investigações foi realizada pelo Senado dos EUA para encontrar irregularidades no governo. Enquanto investigava-se o financiamento de campanhas políticas, descobriu-se a existência de fundos irregulares mantidos pelas empresas transnacionais norte-americanas para corromper governos estrangeiros e garantir um negócio lucrativo nesses países. Em colaboração com a Comissão Norte-Americana de Câmbios e Títulos (SEC, sigla em inglês), órgão responsável pela regulação do mercado de ações nos EUA, mais de 500 empresas norte-americanas admitiram pagar o equivalente a 300 milhões de dólares em subornos a funcionários públicos estrangeiros (Biegelman e Biegelman 2010, 10).

Apesar da existência de um sólido conjunto de normas que proíbem o suborno de funcionários públicos nacionais nos Estados Unidos, não havia nada na lei dos EUA sobre o suborno de funcionários públicos estrangeiros. Inspirada pela “onda de moralização”, foi sancionada em 1977 pelo presidente Jimmy Carter, a Lei Norte-Americana de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA, sigla em inglês), uma lei que proibia o pagamento de subornos a funcionários públicos estrangeiros, a fim de estabelecer relações comerciais lucrativas. Na época, o presidente fez a seguinte declaração: “a corrupção é eticamente repugnante e competitivamente desnecessária. Práticas de corrupção entre empresas e funcionários públicos no exterior comprometem a integridade e estabilidade dos governos e prejudicam nossas relações com outros países” (Koehler 2010, 913).

A FCPA é uma lei dos EUA com aplicação extraterritorial, que visa prevenir e punir a utilização de suborno no exterior por empresas. A legislação não se aplica apenas a empresas norte-americanas, mas também às suas subsidiárias que operam no exterior, *joint ventures* e até mesmo empresas estrangeiras com operações ou um mero registro nos EUA, bem como as empresas que fazem negócios na bolsa de valores⁴.

⁴ Em 1975, apenas 2,12% das empresas listadas na New York Stock Exchange (NYSE) eram estrangeiras. Em 2005, o percentual era de 37%. Todas estão sujeitas à FCPA (Tafara e Peterson 2007, 34).

A lei prevê medidas preventivas e repressivas. A fiscalização da aplicação é feita pela SEC e pelo Departamento de Justiça (DOJ). Os sujeitos à FCPA são obrigados a manter registros detalhados de todas as transações financeiras e comerciais e da realização de auditorias internas e externas periodicamente. As penalidades para quem viola a FCPA podem ser de natureza civil (tais como multas e proibição de contratar com a administração pública) ou criminal (prisão de executivos e funcionários).

O governo mantém o “programa de prêmio ao delator”, dando recompensas para quem denunciar violações da FCPA. Um fato curioso é de que os casos da FCPA raramente são decididos por um tribunal dos EUA: a tendência é a de assinar acordos com os reguladores.

O impacto da FCPA nas atividades das empresas é uma questão de discordância na comunidade empresarial norte-americana, a qual acredita que a legislação criou uma desvantagem competitiva para as empresas dos EUA em relação às empresas de países onde essa corrupção é permitida. Incapaz de subornar, as empresas logo perderiam mercados, trazendo consequências para a economia dos EUA (Naim et al. 1997, 17-19). Por outro lado, há o argumento de que a redução da corrupção ajuda a manter um ambiente de igualdade de condições para a competitividade no exterior (*level playing field*) entre empresas dos Estados Unidos e seus parceiros. O peso da economia dos EUA e da natureza extraterritorial da FCPA cumprem um papel importante na disseminação de governança corporativa ao redor do mundo.

4.2. Tratados Internacionais Anticorrupção

Com a implementação da FCPA, o governo dos EUA começou a pressionar para a internacionalização da luta contra a corrupção e a adoção pelos países de lei semelhante. Assim, superaria as discrepâncias entre as condições regulamentares para as empresas dos EUA e as de outros países, que seriam ligadas pelo mesmo regime internacional anticorrupção. Nas palavras de Carr e Outhwaite (2008, 07.):

“Os EUA reconheceram que o suborno de funcionários públicos estrangeiros não era simplesmente um problema dos EUA, mas universal. Promovendo agressivamente a aprovação de uma legislação semelhante em outros países industrializados, os

EUA procuraram assegurar condições de concorrência equitativas para as empresas concorrentes e aumentar a integridade e a estabilidade do mercado”.

A estratégia dos EUA era a de levar a questão para discussão em fóruns internacionais. Em 1975, a Assembleia Geral das Nações Unidas condenou a corrupção praticada por empresas transnacionais. No ano seguinte, foi a vez da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). França, Alemanha e Reino Unido foram os opositores da iniciativa, lembrando que a luta contra a corrupção deve ser direcionada apenas para as ações dos funcionários públicos. A FCPA foi acusada de ser um exercício ilegal de extraterritorialidade, e um tratado sobre estas linhas iria impor um código penal internacional, violando a soberania do Estado (Naim et al. 1997, 20).

Na década de 1990, as negociações para uma agenda internacional anticorrupção continuaram. Em 1993, a administração Clinton colocou como prioridade de sua política comercial a elaboração de um tratado internacional anticorrupção. A vitória norte-americana não foi causada pela capacidade de negociação, mas pelas manchetes de jornais. O período foi marcado por uma série de investigações que envolviam a má conduta de políticas europeias (principalmente Alemanha, França e Itália) e asiáticas para que a defesa de qualquer forma de corrupção não fosse perdoada pela opinião pública internacional.

Neste ponto, foi possível vislumbrar a criação de um tratado internacional. A instituição internacional escolhida inicialmente para a implementação deste projeto foi a OCDE, que discute questões que envolvem desenvolvimento, democracia e livre mercado. Ela é composta tradicionalmente por países desenvolvidos (e alguns em desenvolvimento) e representa os principais concorrentes dos EUA para as oportunidades de negócios no exterior⁵.

⁵ Hoje, a organização tem 34 membros: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia do Sul, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polónia, Portugal, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos. Devido à configuração atual da economia global, a organização mantém um forte canal de comunicação com Rússia, China, Índia, África do Sul, Indonésia e Brasil.

Em 1994, o Conselho da OCDE se reuniu para emitir a seguinte declaração: “o suborno é um fenômeno generalizado em transações comerciais internacionais, incluindo comércio e investimento, levantando sérias preocupações morais e políticas e distorcendo a condição competitiva internacional”. O documento indica que a responsabilidade no combate à corrupção em transações internacionais é compartilhada por todos os países. Assim, apela aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para combater o fenômeno, através de reformas em seu direito interno.

As discussões sobre a resolução foram responsáveis por desencadear uma série de outras iniciativas internacionais. Regionalmente, houve as primeiras reuniões do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos (OEA) para resolver o problema da corrupção. Enquanto isso, a ONU intensificou suas discussões sobre o assunto.

Na OEA, foi criada a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”. O acordo foi assinado em 1996 e entrou em vigor em 1997. Estabelece que os Estados signatários proibirão a oferta de subornos a funcionários públicos nacionais (artigo VI) e funcionários estrangeiros (artigo VIII). Claramente influenciado pela FCPA, o instrumento regional fez história ao ser o primeiro a lidar, ainda que brevemente, com a corrupção feita por empresas transnacionais.

No texto do tratado pode ser destacada a proteção dos denunciante (artigo III.8), a criação de uma agência governamental para o controle de corrupção (artigo III.9) e a obrigação de manter registros contábeis das empresas a fim de facilitar a detecção de corrupção (artigo III.10).

A falha principal do tratado é a ausência de mecanismos de avaliação de conformidade. Mecanismos de avaliação só foram implementados em 2003 e ainda necessitam de maior desenvolvimento (Webb 2005, 194).

Em dezembro de 1997, a “Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” foi finalmente assinada. Atualmente, os Estados participantes são os membros da OCDE mais Argentina, Brasil, Bulgária, África do Sul e Rússia. O grupo de trabalho sobre suborno é integrado também por China, Peru, Indonésia, Malásia e Colômbia, que podem vir a assinar a convenção no futuro. Ela entrou em vigor no ano de 1999.

A maior diferença em relação ao documento da Convenção da OEA é o seu alcance global. Como a FCPA foi a fonte de inspiração, a Convenção da OCDE trata apenas do suborno envolvendo funcionários públicos estrangeiros, uma situação relacionada com negócios internacionais. A estratégia é estabelecer um compromisso político e jurídico entre os Estados signatários para modificar a lei nacional e 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 empresas transnacionais (OCDE 2011a, 01). O objetivo do tratado é prevenir e punir práticas corruptas por parte dos que praticam o suborno; entende-se que o ataque contra a principal fonte financeira da corrupção poderia causar a sua “inanição”. A proibição do uso da corrupção em negócios internacionais representa uma tentativa de “nivelar o campo do jogo” de forças econômicas em um contexto de livre mercado global, o principal objetivo dos Estados Unidos na internacionalização do controle da corrupção.

A Convenção da OCDE adota um estilo que também está presente em outros tratados anticorrupção: os instrumentos internacionais são incapazes de proibir automaticamente a conduta corrupta, mesmo na existência do processo de ratificação. É necessário que os Estados-Membros criem suas próprias leis nacionais, a fim de criminalizar essa conduta e implementar mecanismos de controle.

Assim, o instrumento jurídico internacional apenas apresenta “modelos” que podem ser copiados pelos Estados signatários, de forma semelhante à “soft law”. Se o processo legislativo não é realizado, tal cláusula do tratado não é aplicada. Enquanto os regulamentos internos não são criados, outros estados podem pressionar os países signatários a tomar medidas, através de mecanismos de monitoramento.

A convenção exige que a atribuição da conduta de suborno a um funcionário público estrangeiro seja estendida a pessoas jurídicas (artigo 2). Há também uma exigência para a manutenção de registros contábilísticos, sistemas de auditoria e divulgação de demonstrações financeiras das empresas (artigo 8.1).

De acordo com o tratado, sanções criminais, civis ou administrativas devem ser implementadas para os malfeitores. A OCDE exemplifica alguns tipos de penalidades não-criminais: a exclusão do acesso aos recursos públicos, a proibição temporária de participar em licitação, e a proibição da prática de certas atividades comerciais (OCDE 2011b, 16.).

O mecanismo de monitoramento e avaliação da implementação da Convenção da OCDE é um de seus principais destaques, devido ao seu grau de detalhamento, precisão e rigorismo. Atualmente, o processo é composto de três fases, sendo conduzido por um grupo de trabalho constituído por equipes de peritos dos Estados-Membros.

A primeira fase analisa se o país implementou a lei nacional anticorrupção de acordo com os parâmetros da Convenção da OCDE. Para isso, o Estado responde questionários e envia sua legislação e textos legais para avaliação. Na segunda fase, a eficácia da lei é avaliada. Para isso, visitas ao país são agendadas e são realizadas reuniões com atores sociais em diversos segmentos, tais como governo, câmaras de comércio, agências de desenvolvimento, empresas e sociedade civil. Os relatórios produzidos pelos peritos são extremamente detalhados. Eles avaliam as alterações feitas na legislação nacional, as estatísticas de processo criminal, conscientização pública, detalhes de sanções e grau de cooperação internacional (Carr e Outhwaite 2008, 08; Webb 2005, 197). A terceira fase, implementada recentemente, consiste em avaliações periódicas a fim de observar a evolução das medidas nacionais de combate à mecanismos de corrupção.

Após a assinatura do tratado da OCDE, a instituição começou a emitir recomendações, a fim de detalhar as obrigações. É o uso da “soft law” para evitar uma reforma exaustiva e complicada do tratado. Ela criou um quadro de grande importância complementar à convenção, uma vez que os parâmetros estabelecidos nestas recomendações estão sendo usados pela OCDE na avaliação do cumprimento do tratado.

Os Estados-Membros são recomendados a acabar com a dedução fiscal dos subornos, por muito tempo aceito nos países industrializados. Outro documento recomenda que os países monitorem a propagação de subornos a funcionários públicos estrangeiros em operações de exportação, especialmente os atendidos por programas de créditos oficiais e agências de financiamento do

governo. Os países também devem manter canais acessíveis para a apresentação de queixas às autoridades competentes e para proteger os denunciante.

Recomendações também lidam com a necessidade de criar uma cultura de transparência nos negócios, a fim de prevenir e detectar casos de corrupção transnacional. Além da supervisão dos registros contábeis mencionados na Convenção, a OCDE recomenda a criação de um programa de “controle interno, ética e conformidade”, baseado em “orientações sobre boas práticas” e manutenção de um sistema de auditoria externa independente. Os governos podem exigir a manutenção de mecanismos de conformidade para participar de concursos públicos (concessões, licitação) ou o acesso a programas de financiamento e crédito público.

Após a iniciativa da OCDE, vários tratados regionais anticorrupção foram criados⁶. Estes esforços culminaram com a criação de um novo tratado com alcance global. Em 2003, foi assinado em Mérida na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Entrou em vigor em 2005.

A principal diferença da Convenção da ONU se comparada à Convenção da OCDE é a imposição da proibição da prática de suborno envolvendo não só o funcionário público estrangeiro (artigo 16), mas também o nacional (artigo 15). O tratado é dirigido a todos os países, ao contrário da OCDE, que tem como alvo a fonte do suborno. O tratado da ONU foi ratificado por 159 países.

O tratado internacional também exige que a conduta da corrupção também seja atribuída a pessoas jurídicas (artigo 26). Sobre os mecanismos de prevenção aplicados às empresas, o tratado estabelece auditorias e sistemas de controle e auditoria (artigo 12.1); manutenção de registros e divulgação de extratos comerciais (artigo 12.3); disseminação de códigos de conduta (artigo 12.2 ‘a’) e prevenção de conflitos de interesses (artigo 12.2 ‘a’). O tratado também estabelece que deve ser garantida a proteção aos denunciante (artigo

⁶ Da Europa, a “Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias” (1995), a “Convenção da União Europeia na luta contra a corrupção envolvendo funcionários europeus ou funcionários dos Estados-Membros da União Europeia” (1997), o “Conselho da Convenção Criminal Europeia sobre a Corrupção” (1999), e “Conselho da Convenção Civil Europeia sobre a Corrupção” (1999). Da África, o “Protocolo SADC contra a Corrupção” (2001) e a “Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção” (2003).

33). Os mecanismos de avaliação não foram implementados até 2009, e eles ainda necessitam de maior desenvolvimento.

Devido ao escopo (lidando com todos os tipos de corrupção) e da geografia (universal) to tema, Carr (2007, 26) considera a possibilidade de os países denunciarem os tratados e concentrarem todos os seus esforços na iniciativa das Nações Unidas. Embora seja mais simples centralizar as políticas internacionais anticorrupção em um único tratado, não se deve descartar o papel da OCDE, que desenvolve um intenso trabalho no detalhamento e atualização dos mecanismos de combate à corrupção através da “soft law”. Além disso, o tratado da OCDE fornece um mecanismo de avaliação mais desenvolvido do que a ONU. Graças às pressões feitas por este processo de avaliação, vários países reformaram sua legislação anticorrupção. A posição oficial da OCDE é de que ambos os tratados são complementares (2011b, 46). Entende-se que o pluralismo de fontes legais, inerentes ao direito internacional, é um aspecto positivo, pois permite a multiplicidade de experiências.

5. O aprimoramento da regulação e o caso brasileiro

Como resultado da maciça vinculação a diferentes instrumentos jurídicos internacionais e a consciência internacional dos danos que a corrupção causa no sistema econômico mundial, os Estados signatários promoveram reformas legais nacionais, a fim de coibir a prática da corrupção em negócios internacionais. Nesta etapa, os tratados internacionais desempenham um papel importante, porque espalham experiências de sucesso de vários países e estabelecem mecanismos de avaliação mútua. Eles trazem dinamismo ao instrumento jurídico porque estabelecem um fórum de diálogo entre os diversos reguladores nacionais, enquanto convencem os Estados a cumprirem o tratado, forçando a adoção de medidas práticas.

O resultado foi a ocorrência do fenômeno de anticorrupção chamado “aprimoramento da regulação”, que foi extremamente benéfico para a comunidade internacional. Hoje, a maioria das principais economias reformaram sua legislação para proibir o suborno em negócios internacionais. Entre elas estão a legislação dos EUA (FCPA), obviamente, e as reformas que ocorreram na Alemanha (1998), França (2000 e 2007), Japão (2005) e Reino

Unido (UK Bribery Act – 2010). Brasil, Rússia, China e Índia estão em processo de adaptação da sua estrutura legal.

Os primeiros casos de aplicação internacional anticorrupção, alguns envolvendo múltiplas jurisdições, foram relatados. Segundo dados da OCDE, desde a entrada em vigor do tratado mais de 290 empresas em 13 países foram punidas (OCDE 2011a, 01-02). Dois casos famosos demonstraram a força do regime de regulamentação.

Em 2008, o Departamento de Justiça dos EUA anunciou um processo contra a Siemens, a gigante empresa alemã de tecnologia. A empresa estava sujeita à FCPA porque emitiu ações na Bolsa de Valores de Nova Iorque. As investigações mostraram que a empresa pagou o equivalente a 1,4 bilhões de dólares em subornos em vários países. Para não sofrer uma punição mais severa, a Siemens confessou irregularidades e concordou em pagar uma grande multa aos governos dos EUA e da Alemanha para suspender a prática (Koehler 2010, 991-993). Desde então, a empresa patrocina projetos acadêmicos voltados para a difusão de princípios éticos no mundo dos negócios.

O outro caso conhecido ocorreu em 2010, com a BAE Systems, da indústria de defesa inglesa. A empresa foi acusada pelo governo (DOJ / SEC) e pelo Reino Unido (Serious Fraud Office) de fazer uso de práticas de corrupção para ganhar contratos de venda de armas a governos estrangeiros. Seus principais parceiros foram Arábia Saudita, América Latina, África e Europa Oriental. O caso ainda não foi resolvido (Koehler 2010, 993-996).

A inclusão do Brasil no regime internacional anticorrupção é um desafio, merecendo um estudo detalhado. Este é um país com uma ascensão econômica rápida, sendo considerado a sétima maior economia e o quinto país a receber mais investimentos estrangeiros diretos no mundo. Por outro lado, o país é percebido como altamente corrupto⁷.

⁷ No último relatório da Transparência Internacional (Índice de Percepções da Corrupção de 2011), o Brasil recebeu grau 3,8. Ele ocupa a 73ª posição entre 182 países avaliados. Esta é uma “percepção” da corrupção: como a comunidade mundial vê o problema no país. O ranking é desenvolvido através de entrevistas realizadas por instituições respeitáveis, refletindo a opinião dos observadores em todo o mundo. Eles consultam especialistas, analistas de risco e empresários, incluindo as pessoas que vivem e trabalham nos países avaliados.

O país ratificou três tratados internacionais sobre o assunto (OEA, ONU e OCDE) e, atualmente, proíbe a prática de corrupção em negócios internacionais em seu direito interno. No entanto, a aplicação de mecanismos anticorrupção tem sido considerada ineficaz em certos pontos da avaliação da OCDE. As principais críticas são: a falta de um quadro jurídico eficaz para punir empresas ligadas à corrupção; a ausência de um programa para a proteção de denunciantes; e a necessidade de desenvolvimento de normas de contabilidade, controle interno e auditoria externa, a fim de detectar o suborno estrangeiro.

Não está claro se o descumprimento do regime internacional anticorrupção por um país emergente (como o Brasil) pode causar perdas econômicas, ou se é apenas uma questão de política internacional. As evidências apontam para a primeira opção.

Primeiro, o controle da corrupção em empresas brasileiras que operam no país ajuda o país a fazer negócios com empresas estrangeiras que querem investir no Brasil. As empresas que investem provavelmente vêm de países com um regime anticorrupção com aplicação extraterritorial. Portanto, a percepção de que os parceiros brasileiros mantêm um relacionamento ilícito com o seu governo pode frustrar os negócios. Neste contexto, tornou-se uma prática comum para os investidores estrangeiros realizarem complexas auditorias antes de fusões, aquisições ou *joint ventures* com empresas brasileiras a fim de garantir a ausência de prática de corrupção e evitar uma eventual sanção de seu estado de origem.

Dois estudos acadêmicos confirmam o argumento. Weitzel e Berns (2006, 01), através da análise de quase 5 mil fusões e aquisições envolvendo investimento estrangeiro direto, descobriu que ambientes com altos níveis de corrupção reduzem a classificação de empresas nacionais, tornando-as menos atraentes para os investidores. Através da realização de um estudo empírico, Cuervo-Cazurra (2008, 02) concluíram que os países investidores que aplicaram a Convenção da OCDE reduziram seu investimento estrangeiro direto com Estados corruptos após seus países de origem aprovarem leis contra o suborno em outros países.

Em segundo lugar, o incentivo à criação de mecanismos de controle preventivo da corrupção (compliance) em transnacionais brasileiras ajuda a

prevenir essas empresas da punição no exterior. A corrida fez o regime regulatório internacional anticorrupção onipresente. Em algumas jurisdições, como os EUA, o mero registro de ações na bolsa de valores caracteriza a submissão à sua lei anticorrupção. Assim, as empresas brasileiras que desejam competir em mercados estrangeiros devem investir na prevenção da corrupção, ou vão sofrer punição no local onde pretendem fazer o negócio. Incentivos do governo brasileiro podem ajudar na disseminação da cultura anticorrupção entre as empresas nacionais, evitando maiores problemas no futuro.

6. Conclusão

A partir deste estudo inicial, algumas conclusões parciais podem ser feitas. A existência da corrupção é resultado da interação entre os interesses públicos e privados. Não é apenas uma questão moral, mas uma questão de oportunidade. Um sujeito vai agir corruptamente quando os benefícios da corrupção superam a perda de uma possível punição. O Estado tem que interferir neste processo, criando desvantagens para práticas corruptas.

O uso do modelo “outorgante-agente-cliente” (Klitgaard) é uma proposta interessante para o desenvolvimento de políticas anticorrupção. É imperativo desenvolver estratégias para controlar a conduta do “cliente”, o setor privado, que é o principal responsável por alimentar a corrupção. Neste contexto, não se pode esquecer o papel das “corporações transnacionais”. A implementação de mecanismos anticorrupção focados nestas empresas pode ser a melhor forma de estabelecer um controle internacional de corrupção, dada a importância que estas entidades têm na economia contemporânea e o alcance de suas atividades no cenário mundial.

Entende-se que a construção de um quadro internacional anticorrupção é necessária porque ele formaliza um compromisso entre países no enfrentamento do problema. A troca de experiências e a harmonização da legislação nacional impede a formação de zonas de impunidade. A Lei Norte-Americana de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA) surgiu em uma situação muito particular da política americana, mas a sua importância no desenvolvimento de novas estratégias globais para o controle da corrupção deve ser reconhecida. Tratados internacionais anticorrupção são claramente

inspirados na experiência norte-americana, o que justificaria um estudo mais aprofundado da FCPA.

A existência de um “regime internacional anticorrupção”, composto por um quadro jurídico específico, foi reconhecido. Observa-se que estes tratados internacionais não têm o poder de implementar automaticamente mecanismos de combate à corrupção, exigindo reformas legislativas dos Estados signatários. A fim de obrigar os Estados a tomar medidas, as organizações internacionais mantêm sistemas de avaliação que verificam a conformidade com os tratados. Como resultado, há um “aprimoramento da regulamentação” dos padrões anticorrupção, benéfico para toda a comunidade internacional.

Com a onipresença do controle da corrupção no mundo, uma boa opção para países emergentes como o Brasil é a implementação de medidas de combate à corrupção previstas em normas internacionais. Além dos óbvios benefícios econômicos e sociais que a diminuição da corrupção causa – tais como o aumento da eficiência do gasto público e as “condições equitativas” para a competitividade – a adesão ao quadro legal também é necessária para evitar sanções impostas pela comunidade internacional comprometida com a política anticorrupção. O controle da corrupção nas empresas brasileiras (ou empresas de outros países emergentes) pode ajudar a selar negócios com empresas estrangeiras que querem investir no país. Também é importante mencionar que a implementação de mecanismos de combate à corrupção é necessária a fim de proteger as transnacionais brasileiras que atuam no exterior de possíveis punições nos locais onde desenvolvem seus empreendimentos.

REFERÊNCIAS

- Adeyeye. A. 2011. "The Role of Global Governance in CSR." *Santa Clara Journal of International Law* 9 (1): 147-168.
- Biegelman, Martin T., e Daniel R. Biegelman. 2010. *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting your Organization from Bribery and Corruption*. Nova Jersey: John Wiley & Son.
- Carr, Indira. 2007. "Fighting Corruption Through Regional and International Conventions: A Satisfactory Solution?" *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 15(2).
- Carr, Indira, e Opi Outhwaite. 2008. "The OECD Anti-Bribery Convention: Ten Years On." *Manchester Journal of International Economic Law* 5(1): 03-35.
- Comissão sobre Governança Global. 1996. *Nossa Comunidade Global*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- Cuervo-Cazurra, Alvaro. 2008. "The Effectiveness of Laws against Bribery Abroad". Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1059001>.
- Friedman, Milton. 1970. "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits". *New York Times Magazine* 13.
- Grauwe, Paul de, and Filip Camerman. 2003. "Are Multinationals Bigger than Nations?" *World Economics* 4(2): 23-37.
- Heimann, Fritz F. 1997. "Combating international corruption: the role of the business community." Em: *Corruption and the Global Economy*, editado por Kimberly Ann Elliott, 147-161. Washington: Institute of International Economics.
- Klitgaard, Robert. 1994. *Corrupção sob Controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Klitgaard, Robert, Ronald MacLean-Abaroa, e H. Lindsey Parris. 2000. *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention*. Washington: World Bank Publications.
- Koehler, Mike. 2010. "The Façade of FCPA Enforcement." *Georgetown Journal of International Law* 41(4): 907-1009.
- Mauro, Paolo. 1997. "The Political Economy of Corruption." Em: *Corruption and the Global Economy*, editado por Kimberly Ann Elliott, 83-107. Washington: Institute of International Economics.
- Naim, Moises, Patrick Glynn, and Stephen J. Kobrin 1997. "The Globalization of Corruption." Em: *Corruption and the Global Economy*, editado por Kimberly Ann Elliott, 07-27. Washington: Institute of International Economics.
- Noonan, John T. 1989. *Subornos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development. 2011a. Foreign Bribery Factsheet. Disponível em: <http://www.oecd.org/bribery>
- _____. 2011b. *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris: OECD.

- Rose-Ackerman, Susan. 1997. "The Political Economy of Corruption." Em: *Corruption and the Global Economy*, editado por Kimberly Ann Elliott, 31-60. Washington: Institute of International Economics.
- Shleifer, Andrei, and Robert W. Vishny. 1993. "Corruption." *The Quarterly Journal of Economics* 108 (3): 599-617.
- Sornarajah, M. 2010. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tafara, Ethiopis, e Robert J. Peterson. 2007. "A Blueprint for Cross-Border Access to U.S. Investor: a New International Framework." *Harvard International Law Journal* 48 (1): 31-68.
- Tanzi, Vito. 1998. "Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures." *IMF Staff Papers* 45 (4): 559-594.
- Teixeira, Aurora A.C., e Marlene Grande. 2011. "Linking Entry Mode Choices of MNCs with Countries' Corruption. A Review." *Working Papers* 08 – Observatório de Economia e Gestão da Fraude. Disponível em: http://www.gestaodefraude.eu/images/gf_upload/wp008.pdf
- Transparency International. 2008. *Bribe Payers Index 2008*. Berlim: Transparency International.
- _____. 2011. *Corruption Perceptions Index 2011*. Berlim: Transparency International.
- Wei, Shang-Jin. 2000. "Negative alchemy? Corruption and Composition of Capital Flows." *OECD Development Centre Working Paper* 165. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2072209.pdf>
- Weitzel, Utz, e Berns, Sjors. 2006. "Cross-border Takeovers, Corruption and Related Aspects of Governance." *Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper*. Disponível em: <http://SSRN: http://ssrn.com/abstract=909546>
- United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2009*. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf
- _____. *World Investment Report 2011*. Disponível em: www.unctad-docs.org/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf
- Webb, Philippa. 2005. "The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?" *Journal of International Economic Law* 8(1): 191-209.
- World Bank. 1997. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of World Bank*. Washington: World Bank.

RESUMO

Ultimamente, a corrupção se tornou um assunto de preocupação internacional. Uma nova abordagem propõe o desenvolvimento de políticas anticorrupção voltadas ao setor privado, especialmente para as corporações transnacionais. A ideia é implementar mecanismos que ataquem o fornecimento da corrupção. Esta pesquisa visa analisar a evolução dos mecanismos internacionais de controle da corrupção direcionado às empresas transnacionais. O foco cairá sobre os tratados internacionais. O objetivo é identificar a existência de um regime internacional anticorrupção. Esta pesquisa é de natureza exploratória. É uma introdução ao assunto, especialmente para os formuladores de políticas de países com economias emergentes, que ainda não estão familiarizados com o estudo sobre o assunto. Decidiu-se fazer uma revisão bibliográfica, utilizando fontes interdisciplinares. Algumas conclusões preliminares foram feitas. Os Estados devem intervir neste processo através da criação de desincentivos para a realização de práticas de corrupção por parte do setor empresarial, especialmente em relação às empresas transnacionais. Os tratados internacionais não têm o poder de implementar automaticamente mecanismos anticorrupção, exigindo reformas legislativas por parte dos Estados signatários. Neste contexto, os sistemas de avaliação desempenham um papel importante convencendo as nações a agir. Como resultado, há uma “corrida de regulamentação para o topo” das normas anticorrupção, extremamente benéfica para a comunidade internacional. Com a onipresença do controle da corrupção no mundo, uma boa alternativa para as economias emergentes, como o Brasil, é a de implementar medidas anticorrupção fornecidas pelo direito internacional, caso contrário, eles podem sofrer prejuízos em suas atividades comerciais.

PALAVRAS-CHAVE

Corrupção; Corporações Transnacionais; Relações Internacionais; Direito Internacional.

Recebido em 13 de novembro de 2012.

Aprovado em 15 de dezembro de 2012.

Traduzido por Gabriela Perin e Pedro Alt.