



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro

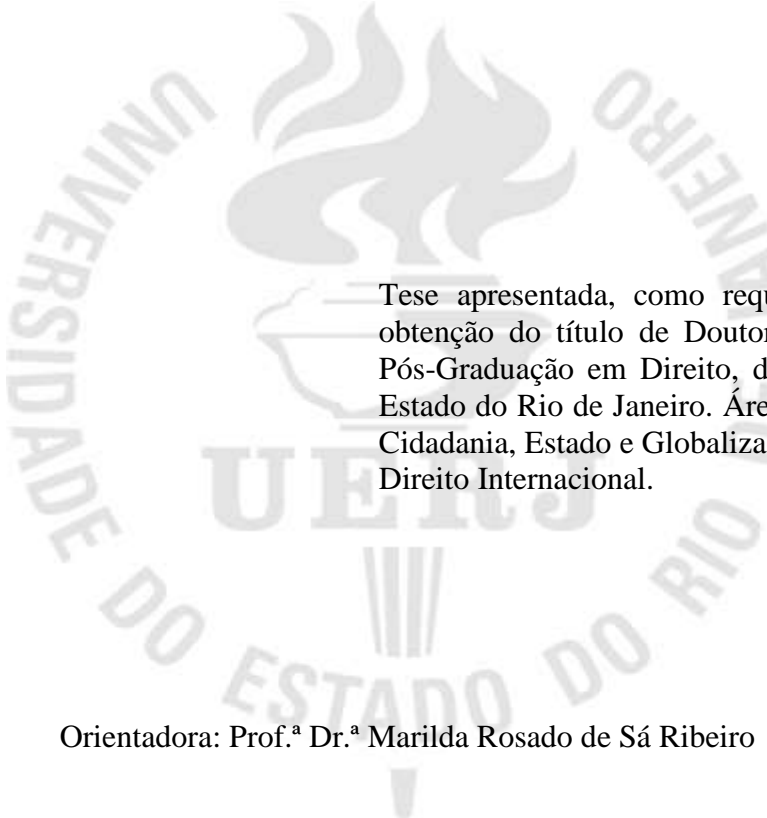
**O regime internacional privado anticorrupção
das transnacionais: perspectivas da indústria do petróleo**

Rio de Janeiro

2018

Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro

**O regime internacional privado anticorrupção
das transnacionais: uma perspectiva da indústria do petróleo**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização: Doutorado em Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P695 Pizoeiro, Carolina Araújo de Azevedo.

O regime internacional privado anticorrupção das transnacionais: uma perspectiva da indústria do petróleo / Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro. - 2018.

328 f.

Orientador: Prof^a. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Globalização - Teses. 2. Direito comparado – Teses. 3. Empresas multinacionais – Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro

**O regime internacional privado anticorrupção
das Transnacionais: uma perspectiva da indústria do petróleo**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 05 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. João Eduardo de Alves Pereira
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dra. Érica Guerra da Silva
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

À minha doce e amada Angelina,
inspiração da minha alma, razão do meu viver.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Maria Lucia de Azevedo, por tudo.

Ao meu pai Carlos Alberto Augusto Pizoeiro, pela minha vida.

À minha avó Maria Araújo Azevedo (*in memoriam*), exemplo de força e coragem.

Ao meu amado esposo Mauricio Salim Daniel Junior, pelo cuidado com nossa filha durante as incontáveis horas que estive ausente para escrever essa tese.

À minha família, minha base.

Aos meus pais de coração Sergio Roberto Peixoto e Wanda Sedlacek Machado Peixoto, por toda a torcida, apoio e amor.

À minha querida mestre e orientadora Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro, por todas as portas que me permitiu escolher seguir.

Ao professor Owen Anderson, por ter despertado o meu interesse no tema do combate a corrupção transnacional, ainda em 2011.

Ao meu querido amigo Alexandre Arlota, por todos os momentos vividos desde o mestrado (com toda razão, as amizades forjadas nas trincheiras são aquelas que ficam por toda uma vida).

Ao saudoso amigo Dr. Bruno Rodrigues de Almeida (*in memoriam*), pelos incentivos no desbravar da minha vida acadêmica.

A todos os meus amigos, por nunca permitirem que eu me esquecesse da minha capacidade. Agradeço o apoio em especial de: José Eduardo Siqueira, Alberto Rosa, Ely Xavier, Emília Lana, Tatiana Rosa, Ana Carla Ribeiro, André Accioly, Daniele Jaques, Karen Mitidieri, Danielle Braga, Andréa Andrade, Nayra Ftia, Thaís Brasil e Priscilla Almeida.

A todos os meus ex-chefes e ex-professores, em particular, Professor Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos e Professor Dr. Marcos Vinícius Torres, pelas inspirações dadas.

Ao meu mestre da vida Dr. Daisaku Ikeda, o qual me encorajou.

E, por fim, à Lei Mística, por ser ela infalível.

Existe uma única estrada,
E somente uma,
E essa é a estrada que eu amo.
Eu a escolhi.
Quando trilho nessa estrada
As esperanças brotam,
E, o sorriso se abre em meu rosto.
Dessa estrada nunca, jamais fugirei.

Daisaku Ikeda

RESUMO

PIZOEIRO, Carolina Araújo de Azevedo. *O regime internacional privado anticorrupção das transnacionais: uma perspectiva da indústria do petróleo*. 2018. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho busca contribuir para fomentar a discussão acadêmica sobre o tema da corrupção transnacional e do exercício da governança privada por meio da regulação, sem qualquer pretensão de exaurir a discussão. A análise se justifica, sobretudo, porque a corrupção é hoje um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, e que o sucesso do seu enfrentamento depende da cooperação internacional dos diversos atores envolvidos, incluídas as empresas transnacionais. Inicialmente, busca-se analisar criticamente os conceitos de governança global e governança privada, dentro do contexto contemporâneo do fenômeno da globalização, tanto com relação à formação, quanto à sua legitimidade. E, a partir dessa análise, foi destacado o surgimento da nova *lex mercatoria* e a formação de um corpo de normas para condução das atividades inter e intra cadeia de produção das transnacionais. Tais exames foram ponto de partida para avaliar a evolução e as respostas do Direito Internacional a essa nova realidade. Na sequência, investigou-se as empresas transnacionais, como autoridade privada em ascensão, e o tema da corrupção transnacional, conceito e efeitos. Por fim, fez-se um panorama do Regime Internacional Anticorrupção, para, então, justificar a emergência de um Regime Internacional Privado Anticorrupção das Transnacionais, o qual se inspira nas demais fontes internacionais e domésticas, mas é sustentado por meio do legítimo exercício de autoridade privada, principalmente dentro de sua respectiva cadeia de produção, por meio de contratos e códigos de conduta. Regras que visam à regulação, principalmente, da cadeia de produção, e que contém a exigência de se abster ou de praticar certas condutas, conforme a ética estabelecida pela respectiva Transnacional, sob pena de sanção. Por fim, o recorte temático da indústria do petróleo foi desenvolvido, porque se trata de uma indústria de grande monta, essencialmente transnacional, e com grande número de casos de corrupção transnacional.

Palavras-Chave: Corrupção Transnacional. Globalização. Governança Global. Governança Privada. Direito Internacional. Direito Comparado. Direito Administrativo Global. Transnacionais. *Joint Ventures*. Petróleo & Gás. Regime Internacional Anticorrupção. Extraterritorialidade da Lei. Compliance. Ética empresarial. Regime Internacional Privado Anticorrupção. Contratos.

ABSTRACT

PIZOEIRO, Carolina Araújo de Azevedo. *The anticorruption international private regime of the transnational corporations: a perspective of oil industry*. 2018. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The present research seeks to contribute for the academic debate on the subject of transnational corruption and the exercise of private governance through regulation, without any ambition to exhaust the discussion. The analysis is justified, above all, because corruption is now a transnational phenomenon that affects all societies and economies. The ultimate success of the fight against corruption depends upon international cooperation of the various actors involved, included the transnational corporations. Initially, it seeks to critically analyze the concepts of global governance and private governance, within the contemporary context of the phenomenon of globalization, both in relation to its establishment and legitimacy. From this analysis, it was highlighted the emergence of the new *lex mercatoria*, fashioned by a body of norms to conduct the activities within TNCs` supply chain. Such investigations were the starting point for evaluating development and the responses of International Law to this new reality. Next, the research investigates transnational corporations, as a private actors on the rise, and the subject of transnational corruption, concept and effects. Finally, an overview of the International Anti-Corruption Regime was made, to after justify the raise of a Private International Anticorruption Regime of the TNCs, which is inspired by other international and domestic sources, but is sustained through the legitimate exercise of private authority, mainly within their respective supply chain, through contracts and codes of conduct. Rules aimed at regulating, essentially, the supply chain, by acting or not, in accordance with ethical established by the TNC, subjected to penalties. Finally, the petroleum industry's chapter was developed because it is a large-scale industry, essentially transnational, and with a large number of cases of transnational corruption.

Key-words: Transnational Corruption. Globalization. Global Governance. Private Governance. International Law. Comparative Law. Global Administrative Law. Transnational Corporations. *Joint Ventures*. Oil & Gas. International Anticorruption Regime. Extraterritoriality of Law. Compliance. Business Ethics. Private Internacional Anticorruption Regime. Contracts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIPN	Association of International Petroleum Negotiators
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicombustíveis
BIT	Tratados Bilaterais de Investimentos
BIS	Bank for International Settlements
BRIC	Brasil, Rússia, Índia e China
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CGU	Controladoria Geral da União
CNPQ	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Governo Federal
CSR	Corporate Social Responsibility
DI	Direito Internacional
DIP	Direito Internacional Público
DIPr	Direito Internacional Privado
DOJ	Department of Justice
ECOWAS	Economic Community of West African States
EU	European Union
G-20	Grupo dos vinte. Fórum informal que promove debate aberto e construtivo entre países industrializados e emergentes sobre assuntos-chave relacionados à estabilidade econômica global
GAC on Corruption	World Economic Forum's Global Agenda Council on Corruption
GAL	Global Administrative Law
GRI	Global Reporting Initiative
FAPESP	Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
FCPA	Foreign Corrupt Practice Act
FIAS	Corporação Financeira Internacional
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FMI	Fundo Monetário Internacional
HOC	Host Oil Countries / Estado Hospedeiro

IBA	International Bar Association
IASB	International Accounting Standards Board
ICC	International Chamber of Commerce / Câmara Internacional de Comércio
IED	Investimento Estrangeiro Direto
ILO	International Labor Organization
IPCorr	Índice de Percepções da Corrupção
IOC	International Oil Company
ISO	International Organization for Standardization
JOA	Joint Operating Agreement
MESICIC	Mecanismo de Acompanhamento de sua implementação Convenção Anticorrupção da OEA
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MNC	Multinational Corporations
NOC	National Oil Company
OAS	Organization of Americans States
OEA / OAS	Organização dos Estados Americanos
OECD	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PACI	Partnering Against Corruption Initiative
PETROBRAS	Petroleo Brasileiro S.A (NOC)
SEC	Securities Exchange Commission
SFO	Serious Fraud Office
SPE	Sociedades de Propósito Específico
SRSR	Special Representative of the UN Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises
TI	Transparency International
TNC	Transnational Corporation
UK	Reino Unido
UN	União Europeia
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNCTC	United Nations Center on Transnational Corporations

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	GLOBALIZAÇÃO, GOVERNANÇA GLOBAL, E AUTORIDADE PRIVADA: PONDERAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL.....	25
1.1	Contextualização.....	25
1.2	Globalização: perspectivas além do Consenso de Washington.....	33
1.3	Governança Global e os Regimes Internacionais.....	37
1.3.1	Governança Privada.....	48
1.3.1.1	Formação e legitimidade da Autoridade Privada.....	54
1.3.1.2	Autoridade Privada em sua raiz histórica: a lex mercatoria.....	64
1.3.1.3	A Moderna lex mercatoria e o Direito Internacional Contemporâneo: a transnormatividade realocando os limites de Autoridade pública e privada.....	71
1.4	Conclusões do capítulo	87
2	AUTORIDADE PRIVADA EM ASCENSÃO: EMPRESAS TRANSNACIONAIS.....	89
2.1	Conceito de empresa transnacional.....	92
2.1.1	Nacionalidade e personalidade jurídica das Transnacionais.....	95
2.2	Desafios do Direito Internacional na regulação da conduta das Transnacionais.....	99
2.3	A evolução da Autoridade Privada das Transnacionais: autoregulação e governança por meio de contrato.....	105
3	CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL: PANORAMA.....	110
3.1	Conceito.....	112
3.2	A dimensão transnacional da corrupção.....	121
3.3	Efeitos da corrupção.....	126
3.4	Mensuração dos níveis de corrupção.....	130
3.4.1	O papel do índice de percepção da corrupção da Transparency International.....	132
3.5	Delimitação do conceito de corrupção para essa tese.....	134
4	O REGIME INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO.....	139
4.1	Fontes internacionais.....	140
4.1.1	Convencionais.....	140

4.1.1.1	A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).....	143
4.1.1.2	A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.....	147
4.1.1.3	A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.....	148
4.1.1.4	Convenções Regionais.....	150
4.1.1.4.1	A Convenção Interamericana Contra a Corrupção.....	150
4.1.1.4.2	Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Europeia.....	154
4.1.1.4.3	Convenção da União Europeia sobre a Luta contra a Corrupção envolvendo Oficiais Comunitários ou Oficiais de Estados-membros.....	155
4.1.1.4.4	As Convenções Penal e Civil sobre a Corrupção, do Conselho Europeu.....	155
4.1.1.4.5	Protocolo contra a Corrupção da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral.....	157
4.1.1.4.6	Protocolo contra a Corrupção da Comunidade para o Desenvolvimento Econômico da África Ocidental.....	158
4.1.1.4.7	Convenção sobre a Prevenção e Combate à Corrupção da União Africana.....	160
4.1.1.4.8	Convenção Árabe Anticorrupção.....	161
4.1.2	Principais fontes internacionais não-convencionais.....	162
4.1.2.1	Normas do World Bank.....	162
4.1.2.2	Recomendações da OCDE.....	164
4.1.2.3	Esforço da Organização das Nações Unidas.....	167
4.1.2.4	O Papel do Fundo Monetário Internacional - FMI.....	171
4.1.2.5	O Grupo de Trabalho Anticorrupção do G-20.....	172
4.1.2.6	Padrões Técnicos da International Standard Organization – ISO.....	173
4.1.2.7	O Protagonista da International Chamber of Commerce – ICC.....	174
4.1.2.8	Associações Profissionais Internacionais e a inserção de cláusulas anticorrupção nos Contratos-Tipo.....	176
4.1.2.9	A Agenda Anticorrupção do World Economic Forum.....	179
4.1.2.10	Organizações não-governamentais e outras iniciativas.....	180
4.2	Principais fontes domésticas legislativas	182
4.2.1	<u>Estados Unidos da América: Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)</u>	191

4.2.2	Alemanha: Act of Combating International Bribery (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung)	203
4.2.3	Reino Unido: UK Bribery Act.....	206
4.2.4	Canadá: Corruption of Foreign Public Officials Act.....	211
4.2.5	Noruega: código penal.....	213
4.2.6	Brasil: lei nº 12.846/2013 e decreto nº 8420/2015.....	216
4.3	Autoridade privada: as transnacionais como fonte de regras anticorrupção.....	218
4.3.1	Governança corporativa.....	220
4.3.2	Corporate Social Responsibility.....	225
4.3.3	Códigos de conduta e integridade.....	230
4.3.4	Governança privada anticorrupção por meio de contratos.....	234
5	A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO FRENTE AOS DESAFIOS DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL.....	238
5.1	Introdução: a importância da indústria do petróleo e seu caráter transnacional.....	242
5.2	As joint-ventures na indústria do petróleo.....	247
5.3	Corrupção na Indústria do Petróleo.....	252
5.4	A emergência de um Regime Internacional Privado Anticorrupção na indústria do petróleo.....	269
	CONCLUSÃO	281
	REFERÊNCIAS	289
	ANEXO A - Mapa da corrupção da Transparency International	328

INTRODUÇÃO

Essa tese pretende analisar a governança privada exercida pelas empresas transnacionais diante de uma economia globalizada. Como recorte temático fez-se a opção por um dos temas mais discutidos na atualidade: a corrupção, cujas consequências são nefastas e de repercussão mundial.

A matéria foi preterida no passado, possivelmente, porque os países desenvolvidos acreditavam ser tal fenômeno inerente apenas às economias emergentes. Nos últimos quinze anos, a corrupção transnacional tem sido objeto de discussão acadêmica, através de estudos acerca dos seus efeitos, possíveis causas, e os impactos na atração de investimento e no desenvolvimento dos países, bem como pela análise das diversas legislações domésticas e os tratados internacionais. Todavia, há uma carência de estudos voltados à regulação anticorrupção feita pelas TNCs, razão pela qual escolhemos fazer essa abordagem.

Mais especificamente na indústria do petróleo¹, muito embora a mesma responda por 25% (vinte e cinco por cento)²³ das aplicações da lei anticorrupção transnacional dos Estados Unidos da América (*FCPA*)⁴, jurisdição com maior número de casos, não há muitos estudos sobre a governança privada anticorrupção exercida pelas TNCs (IOCs, NOCs e prestadoras de serviço).

Sustenta-se como tese o surgimento de um Regime Internacional Privado anticorrupção, cuja governança é feita, essencialmente, por meio de regulação por parte das empresas transnacionais.

Esses mecanismos de regulação, de origem consuetudinária e espontânea, fazem parte da governança privada e integram o conjunto de normas de conduta e de estrutura, ou competência, denominado nova *lex mercatoria* (*transnational commercial law*), um direito transnacional, que tem como fonte: (i) contratos internacionais (contratos-tipo); (ii) usos e costumes do comércio internacional; (iii) condições gerais de contratação e *standards forms*;

¹Doravante chamada indústria do petróleo, indústria de petróleo e gás, indústria petrolífera, setor de petróleo, setor petrolífero, setor de petróleo e gás, setor extrativista, alternativamente, sem qualquer distinção de significado.

² SEC. SEC Enforcement Actions: FCPA Cases. Disponível em: <<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>>. Acessado em 20 jan 18.

³ DOJ. Related Enforcement Action. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/related-enforcement-actions>>. Acessado em 20 jan 18.

⁴Segundo relatório da OCDE, 19% dos casos de corrupção no mundo são proveniente do setor extrativista, aí incluída a indústria do petróleo. OECD Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>> . Acessado em 13 jan 18

(iv) regras das associações profissionais e suas *guidelines*; (v) princípios gerais do comércio internacional; (vi) códigos de conduta, convenções internacionais não vigentes e leis modelo; e (vii) laudos arbitrais⁵.

Considerar-se-á a perspectiva histórica da formação da *lex mercatoria*, criada pelos próprios comerciantes⁶, por volta do século XI⁷, com o objetivo de contribuir para a expansão do comércio⁸, regulando um conjunto cada vez maior de mercados na Europa⁹, para assim formar um corpo de normas visando à condução das atividades mercantis¹⁰, com o objetivo de demonstrar que os atores privados exerceram diferentes graus de autoridade na gênese e no cumprimento das leis que regem as relações comerciais internacionais¹¹.

Nesse sentido, muito embora a *lex mercatoria medieval* tenha caído em desuso quando das grandes codificações e da adoção de políticas abertamente mercantilistas para uma ampla gama de atividades comerciais pelos Estados (Portugal, Espanha, França, Holanda, Inglaterra),

⁵ VIDIGAL, Erick. A *Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf?sequence=1>>. Consultado em 01 jul 17. p. 180-182

⁶Os tribunais mercantes, por sua vez, ao consagrar os princípios cruciais do trato de boa fé e a natureza vinculativa dos contratos, contribuíram na produção de regras mais específicas determinantes para o crescimento de novos instrumentos comerciais. CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge University Press. Kindle Edition. p. 1

⁷“and then it was, and proved to be true, (...) so that it plainly appeareth, that the Law Merchant, may well be as ancient as any humane Law, and more ancient than any written Law. The very moral Law itself, as written by Moses, was long after the customary Law of Merchants, which hath so continued and been daily augmented successively upon new occasions, and was not altogether made in the first foundation, as the Laws whereby the Commonweals of Israel (whose Laws were uniformly made by Moses from God(or those of Crete, Cybaris, Sparta, and Carthage by Minos Charondas, Lycurgos, and Thalcas” (sic.) MALYNES, Gerard. *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria or the ancient Law-Merchant*. 3 ed. London: F. Redmayne, 1685, p. 02. Tradução Livre: “E assim era, e provou-se verdade (...) aparentemente a *Lex Mercatoria* pode ser tão antiga quanto qualquer lei humana, e mais que qualquer direito escrito. O próprio Direito moral, tal como escrito por Moisés, o foi muito depois do direito mercantil costumeiro que foi seguido e aumentado sucessivamente e não feito em uma única ocasião como a Leis de Israel (uniformemente ditadas por Deus a Moisés) ou aquelas de Creta, Cybaris, Esparta e Catago feitas por Minos, Charondas, Licurgo e Thalcas”. Apud GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCONTERMS (2010)*. Clássica Editora. São Paulo, SP, 2014. P. 191

⁸ CUTLER, A. Claire. Op. Cit.p. 109

⁹“O lugar exato e tempo da origem da *lex mercatoria* são incertos. Muitos escritores têm declarado que ela teve início na Itália na parte central, em plena Idade Média. Algumas investigações ditam que ela surgiu no tempo em que os árabes dominaram o mediterrâneo. Mas, mesmo assim, eles contribuíram com pouco, pois, utilizavam práticas usadas pelos romanos, gregos e fenícios, que outrora tinham monopolizado o comércio pelo mar.” PEREIRA, Luiz César Ramos. *Costume internacional: gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 286

¹⁰ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition., p 28

¹¹ CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge University Press. Kindle Edition. p. 1

os quais se tornaram os principais atores no desenvolvimento do direito comercial¹², hodiernamente, as forças da globalização, na forma assumida nas últimas décadas, afetaram o equilíbrio¹³ entre a escala global dos mercados e a eficiência dos sistemas de governança tradicionais, públicos e privados¹⁴. Há, portanto, um deslocamento da fronteira entre autoridade pública e privada nas relações comerciais internacionais, o qual cria novas oportunidades para atores privados corporativos exercerem poder e influência¹⁵¹⁶.

Esse processo da economia mundial, o qual se convencionou chamar de *globalização*, em sua fase atual¹⁷, é caracterizado pela intensificação e aumento na densidade dos fluxos e padrões de interação ou interligação entre os Estados, indivíduos e empresas¹⁸, o que, conseqüentemente, se manifesta na difusão de elementos de estraneidade nessas relações, tornando-as transnacionais em essência.

¹² Ibidem, p. 145-146

¹³ Segundo GEREFFI, da era da pré-globalização ao mundo parcialmente globalizado do início da década de 1990, as instituições de governança internacional destinadas a facilitar o funcionamento dos mercados globais cresceram com força, já que o GATT evoluiu para a OMC e o FMI se tornou uma força importante na disseminação da política econômica neoliberal. Mas não houve uma evolução semelhante na capacidade regulatória e redistributiva a nível global. Em suma, os aspectos facilitadores da governança que são a essência do regime neoliberal que estimulou as fases iniciais da globalização são excepcionalmente robustos e bem desenvolvidos, enquanto os aspectos regulatórios e redistributivos da governança permanecem relativamente fracos. GEREFFI, Mayer. *Public and Private Governance: Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. p. 5

¹⁴ GEREFFI, Mayer. *Public and Private Governance: Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. p. 4

¹⁵ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 1.

¹⁶ Raphael Carvalho de Vasconcelos aponta para o fenômeno da fragmentação no âmbito do Direito Internacional, associado, tanto à expansão espacial da sociedade internacional, quanto ao reconhecimento de novos atores capazes de criar normas no plano internacional: “Em meio ao referido contexto plural é de se verificar que a fragmentação que se observa não se resume apenas à atividade legiferante repartida entre diversas ordens legais temáticas, mas também se refere à pluralidade de fontes existentes. [...] A produção legislativa internacional não é mais, portanto, monopólio dos estados, os quais aderem frequentemente a organizações internacionais que, com maior ou menor autonomia, passam a produzir direito.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho De. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*. p. 96.

¹⁷ Peter Dicken sustenta que o termo globalização pode ter dois significados distintos: (i) um é empírico. Refere-se às mudanças estruturais reais que estão ocorrendo na forma como a economia global é organizada e integrada; (ii) O outro é ideológico. Refere-se à ideologia neoliberal de livre mercado do “projeto de globalização”. DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 643-644). SAGE Publications. Kindle Edition.

¹⁸ MCGREW, A. G. *Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization*, 1998, p. 325. In: GRESSER, V.; BUDAK, A.C. (eds), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of the Law*, Aldershot and Brookfield: Ashgate and Dartmouth, pp. 325-345 Apud BRENDA-BECKMANN, Franz von; BRENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. p. 1 In: *Mobile People, Mobile Law Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Germany and University of Edinburgh. UK

Houve, portanto, uma mudança qualitativamente diferente da que ocorreu em períodos anteriores, principalmente em virtude da emergência de uma economia digital¹⁹. Nesse sentido, o processo contemporâneo centra-se nos complexos processos sociais que levaram à regulação dos mercados de bens, mão-de-obra, capital e serviços em novos níveis, o que exige cooperação interestatal formalizada através de novos e poderosos regimes internacionais e instituições que, em certos casos, podem transcender o controle do Estado-nação em grau significativo²⁰, ou até mesmo dar ensejo à emergência de formas de governança privada, como é a hipótese em foco na presente tese, no que se refere à atuação das empresas transnacionais no mundo contemporâneo, especialmente quanto ao tema do combate à corrupção.

Em relação às interações entre os atores privados, explorar-se-á o aprofundamento da integração, organizada, principalmente, dentro de redes de produção globais geograficamente extensas e complexas. Essas cadeias de produção são operadas por meio de uma variedade de mecanismos²¹, principalmente por meio de *softlaw*, as quais se tornam obrigatórias para as relações contratuais desenvolvidas dentro delas.

Nas economias de mercado, essas redes ou cadeias de produção são coordenadas e reguladas principalmente pelas TNCs, através das múltiplas formas de relações intra e inter organizacionais que constituem um sistema econômico. Tais redes são, na realidade, estruturas extremamente complexas com links intrincados – estruturas horizontais, verticais, diagonais, multidimensionais, em várias camadas de atividade econômica²². Segundo a UNCTAD, 80% (oitenta por cento) do comércio, correspondente a \$20 trilhões de dólares por ano, ocorre dentro dessas cadeias de produção ligadas a empresas transnacionais²³.

Em paralelo à emergência dessa economia integrada e interdependente, característica do fenômeno da globalização, um forte movimento de justiça global corporificado na ratificação de inúmeros tratados e no aparecimento de movimentos civis anticorrupção e de

¹⁹Economia digital se refere à aplicação de tecnologias digitais baseadas na internet para a produção e comércio de bens e serviços, e que está se tornando uma parte cada vez mais importante da economia global. UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy*, p. iv.

²⁰ GARCIA, Frank J. *The Moral Hazard Problem in Global Economic Regulation*. IALS Conference on The Law of International Business Transactions: *A Global Perspective*. Bucerius Law School Hamburg, Germany 2008, p. 1.

²¹ DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 712-716). SAGE Publications. Kindle Edition.

²² DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 1546.

²³ UNCTAD. Press Release. 27 Feb 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=113>> Acessado em 18 Nov 2017.

proteção do meio ambiente vem sendo forjado²⁴. Esse movimento vem impactando as políticas estatais e também as estratégias globais das transnacionais.

Pari passu, cresceu o reconhecimento por parte das empresas de que a sua própria existência também depende da simpatia e da aceitação de suas operações comerciais pela sociedade. Obviamente, as empresas não podem operar em uma bolha isolada, mas sim dentro da sociedade, e, quando a sociedade rejeita as ações da empresa, mais cedo ou mais tarde, ela terá dificuldade em sustentar a sua lucratividade e, conseqüentemente, sobreviver²⁵²⁶. Em linhas gerais, a tomada de decisões relacionadas ao enfrentamento da corrupção vem, portanto, sob o domínio da ética empresarial e da estratégia corporativa, tanto em longo prazo, como em curto prazo²⁷, sob pena de que sua não observância, somada à pressão dos vários *stakeholders*, afetem a continuidade dos negócios²⁸. As empresas vêm buscando na efetivação de medidas anticorrupção a proteção da sua reputação empresarial e do melhor interesse de seus acionistas²⁹, e demais *stakeholders*, englobando aí aspectos da governança corporativa e do *corporate social responsibility* como formas de governança privada dentro do Regime Internacional Privado Anticorrupção.

²⁴ APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I.. Introduction: *Toward a Critical Globalization Studies – Continued Debates, New Directions, Neglected Topics*. IN *Critical Globalization Studies*. Routledge Taylor & Francis Group. New York and London. p. xii

²⁵ Enron em Dabhol, na Índia. Em 1992, a Enron Corp anunciou que iria construir uma usina de gás natural de US \$ 3 bilhões em Dabhol, no estado ocidental de Maharashtra. O projeto deveria ser o símbolo do neoliberalismo econômico naquele país – o maior investimento estrangeiro direto na história da Índia até então. Ao invés disso, a Enron na Índia foi um desastre econômico e um pesadelo para os direitos humanos. Evidências apontam que a Enron trabalhou lado a lado com políticos e burocratas indianos corruptos para apressar o projeto. Acusações apresentadas alegaram que a Enron e a Reliance, empresa indiana, subornaram o ministro de petróleo da Índia durante os anos de 1992-93 para garantir o contrato de produção e venda de petróleo e gás dos campos Panna e Mukta que se localizavam nas proximidades e serviriam para abastecer a usina. Além disso, várias violações de direitos humanos, como uso de força policial desmedida contra a população e ocultação de notificação formal dos moradores e outras entidades de direitos humanos contra a construção da usina e desapropriação das terras das mediações. Ver: ROY, Achinto M. Enron's Dabhol power Project in India. *Int. J. Business and Globalisation*, Vol. 5, No. 2, 2010. P- 188 – 199. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/247834705_Enron%27s_Dabhol_power_project_in_India>. Acessado em 02 Jul 2017.

²⁶ Shell em Ogoni na Nigéria, acusada de cumplicidade em “crimes hediondos” cometidos pelos militares na Nigéria na década de 1990. A Shell é acusada de incentivar uma repressão, que levou a assassinatos e à queima de aldeias na região petrolífera de Ogonilândia. BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-africa-42151722>>. Acessado em 20 Jan 2018.

²⁷ ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 Jan 17.

²⁸ Após os escândalos corporativos da Enron, WorldCom e Tyco, mais e mais países iniciaram reformas de governança corporativa para reforçar a proteção dos interesses dos investidores.

²⁹ ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://www.globalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/index.html>. Acesso em: 07 jun 2017.

Por sua vez, da mesma forma que o movimento em direção ao estabelecimento de uma governança privada anticorrupção por meio da regulação, seja a autoridade regulatória exercida por uma TNCs ou por uma ONG, está diretamente relacionado às pressões sociais apontadas, às crises econômicas das últimas décadas (Enron³⁰; da Worldcom³¹, Lehman Brothers³²) e à inadequação e morosidade das instituições de governança pública em abordá-las³³.

Assim, ressurgiu, a partir dessa nova realidade econômico-social, onde empresas transnacionais operam de forma profundamente integrada e organizada dentro de redes de produção globais geograficamente extensas e complexas uma nova *lex mercatoria*^{34,35}, ou seja, “*um corpo de normas jurídicas escritas ou não, ainda incompleto, que visa à regência das Relações Internacionais do comércio, com um poder normativo independente do direito positivo dos Estados*”³⁶

A nova *lex mercatoria* “*consagra a primazia dos usos e costumes da prática do comércio internacional, refletindo-se muito fortemente nos contratos internacionais, que*

³⁰No caso específico da Enron, a transferência de ativos que era feita de modo a não depreciar a própria Enron. A operação consistia em vender um ativo que apresentasse risco de prejudicar as informações divulgadas ao público para uma das suas Sociedades de Propósito Específico (SPE), recomprando-o após o encerramento das demonstrações contábeis daquele período. BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. 1ª ed. Editora Thomson, 2007, p.3.

³¹A WorldCom, presente em 65 países, admitiu ter inflado em cerca de US\$ 4 bilhões seus lucros entre janeiro de 2001 e março de 2002. A companhia já estava envolvida em outro escândalo, seu fundador e ex-presidente, Bernie Ebbers, renunciou ao cargo depois de ter pego 'emprestados' da empresa US\$ 360 milhões para comprar ações da própria WorldCom. Ebbers fez da companhia um império. Comprou mais de 75 empresas nos anos 90, entre elas a gigante MCI. ÉPOCA. < <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT344659-1663-1,00.html>>. Acesso em: 8 abr. 2016.

³²Considerado o maior desde a grande depressão americana de 1929. HILSENATH, Jon; NG, Serena; PALETTA, Damian. Worst crisis since '30s, with no end yet in sight. *The Wall Street Journal*. 18 set. 08. Disponível em: < <http://online.wsj.com/article/SB122169431617549947.html>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

³³ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 jan 17.

³⁴Os críticos do conceito autônomo de *lex mercatoria* apresentam a visão tradicional de que os atores comerciais que produzem normas de negócios ainda atuam no âmbito da lei aplicável ao contrato e que seria mais preciso se referir a esse fenômeno como norma privada ou produção de regras, em vez de Legislação privada. Ver em: SYMEONIDES, Symeon. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: *The Lex Mercatoria that Isn't*. Festschrift Für K. Kerameus 1397, ano 2009.

³⁵Os defensores da autonomia da *lex mercatoria* argumentam que os atores comerciais alcançaram em grande parte a autonomia dos Estados-nação, uma vez que as sentenças arbitrais são exclusivamente baseadas em leis não estatais e muitas sentenças serão aplicadas em jurisdições no nível doméstico. Ver em: GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. Arch de Philosophie du Droit 177, 1964; GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. 2010.

³⁶ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In. RIBEIRO, Marilda de Sá. Estudos e pareceres – direito do petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 413 e 414.

*geraram os contratos-tipo*³⁷. Assim, cada setor produtivo internacional tem se especializado na uniformização de regras específicas de seu ramo, como é o caso da *lex petrolea*³⁸, no que diz respeito à indústria do petróleo.

Nesse sentido, as teorias convencionais das Relações Internacionais e do Direito Internacional, as quais reforçam a distinção público-privada, amparadas, em parte, por uma poderosa tradição liberal³⁹ defensora da natureza neutra e apolítica da esfera privada, são incapazes de capturar e dar respostas satisfatórias a essa evolução⁴⁰.

De fato, a presente tese considera como premissa que o liberalismo moldou o mundo em uma série de dicotomias a exemplo da dicotomia doméstico-internacional e a público-privada, a bidimensionalidade clássica do Direito Internacional que opõe os ramos do Direito Internacional Público – como “*o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres respectivos dos Estados nas suas relações mútuas*”⁴¹ – e o Direito Internacional Privado – como “*um ramo do direito interno que regula direta ou indiretamente, as relações privadas internacionais*”⁴², constituindo uma divisão central de autoridade, onde as relações privadas estão associadas ao domínio de processos econômicos neutros, enquanto as relações públicas estão relacionadas ao domínio da política⁴³.

Essas dicotomias funcionam ideológica⁴⁴ e normativamente para apoiar o valor e a superioridade do liberalismo econômico, obscurecendo os fundamentos distributivos e até

³⁷ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 243.

³⁸ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 243.

³⁹ CUTLER aponta para a existência de quatro mitos do liberalismo que reforçam a dicotomia público privada: (i) o ordenamento privado das relações econômicas é consistente com processos econômicos naturais. O Direito Internacional do comércio trata da atividade natural (contratos, comércio e normas conflituais), enquanto o Direito Internacional público trata do comportamento desviante e não natural (dumping, carteis, subsídios); (ii) o público/privado constituindo uma divisão central de autoridade e a outra doméstica/internacional; (iii) a natureza consensual e não coercitiva das relações de comércio privadas; e (iv) a eficiência inerente à regulação privada das relações comerciais. O direito à liberdade de contratar torna-se o equivalente legal dos princípios liberais da liberdade de comércio. CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 54-56.

⁴⁰CUTLER, Claire A., Op. Cit 2003, p.2.

⁴¹ FAUCHILLE, Apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71.

⁴² MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo* – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 324.

⁴³ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 54.

⁴⁴ “Thus it is asserted [under liberalism] that economic activity belongs to civil society, and that the State must not intervene to regulate it. But since in actual reality civil society and the State are one and the same, it must be clear that *laissez-faire* too is a form of State “regulation,” introduced and maintained by legislative and coercive

coercitivos do comércio privado⁴⁵. Como discorrer-se-á na presente tese, atualmente, as mesmas dicotomias estão contribuindo para a superação do neoliberalismo após as crises financeiras, em muito relacionadas com a corrupção e fraude dos atores privados, e contribuindo para a emergência da aceitação e legitimação de uma transnormatividade e de um Direito Transnacional, onde se tem maior atenção à interação entre as esferas pública e privada⁴⁶⁴⁷, que a tais dicotomias.

Considerar-se-á nessa tese a prevalência de um Direito Transnacional (*Transnational Law*), termo inaugurado por Philip Jessup, o qual manifesta a ruptura com a concepção tradicional das relações interestatais, e assinala a existência de uma miríade de formas de relações transfronteiriças entre atores estatais e não estatais⁴⁸⁴⁹. A partir do reconhecimento da

means. It is a deliberate policy, conscious of its own ends, and not the spontaneous, automatic expression of economic facts. Consequently, *laissez-faire* liberalism is a political programme, designed to change – in so far as it is victorious – a state's leading personnel, and to change the economic programme of the State itself – in other words the distribution of the national income.” GRAMSCI, Antonio. 1971, *Selections from Prison Notebooks*, ed. and trans. Quentin Hoare and Geoffrey Nowell Smith, London: Lawrence and Wishart. Apud CUTLER, Claire A. Id, p. 69.

⁴⁵ Ibidem. p. 69.

⁴⁶Jacob Dolinger aponta que não há necessidade de seguir uma ou outra corrente doutrinária, pois é evidente a existência de uma afinidade entre ambas as disciplinas, sendo certo que a doutrina mais moderna tem se preocupado muito mais com as interações entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13

⁴⁷Andreas F. Lowenfeld, no curso da Academia de Direito Internacional da Haia de 1979, já ressaltava a interação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público. LOWENFELD, Andreas F. *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction. Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haya*, Leiden, Holanda, NL, v.163, pp. 311-436, 1979, p. 315.

⁴⁸ JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven, CT, Yale University Press: 1956. p. 2.

⁴⁹ Raphael Carvalho de Vasconcelos destaca que o reconhecimento de novos sujeitos no sistema internacional não implica na perda de poder dos Estados, sobretudo daqueles que tem mais meios, inclusive a força militar, para operar espacialmente sua influência: “Ao mesmo tempo em que a soberania se vê hoje relativizada [...], não se pode afirmar que a ordem global tende atualmente à plena centralização do poder e à formação de um estado global. Afirmar que o estado enfrenta uma crise de identidade relacionada a sua posição no direito das gentes não significaria, assim, perda de espaço e de importância. Os estados seguem os principais atores da ordem internacional e passaram apenas a compartilhar esse espaço com outros agentes.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho De. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*. p. 124.

existência de diversos atores⁵⁰¹⁵² no mundo globalizado, o conceito de Direito Transnacional busca a compreensão e o tratamento de situações multiconectadas, afastando-se, em contrapartida, de *standards* estáticos baseados em conceitos público e privado do Direito Internacional⁵³.

Nesse sentido, a nova *lex mercatoria* é considerada um direito transnacional, pois não é doméstica nem internacional, estando fora dessas definições rígidas⁵⁴.

Por sua vez, a partir dessas premissas, buscar-se-á, com a presente tese, contribuir para fomentar a discussão acadêmica sobre o tema da corrupção transnacional e do exercício da governança privada por meio da regulação, sem qualquer pretensão de exaurir a discussão. De todo modo, a presente análise se justifica, sobretudo porque a corrupção é, hoje, um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, e que o sucesso do seu combate depende da cooperação internacional dos diversos atores envolvidos,⁵⁵ incluídas as TNCs.

O método predominantemente utilizado na elaboração da tese foi o jurídico-teórico, mediante pesquisas doutrinárias em autores de Direito Internacional, Penal, Civil e Administrativo, nacionais e estrangeiros, além da doutrina de Relações Internacionais, nacional e estrangeira. Vale destacar que as fontes utilizadas para a elaboração da tese são

⁵⁰ "[...] a perda de exclusividade da ação internacional do Estado, o desafio que este passou a enfrentar com a emergência de outros atores políticos, como as ONGs, os grupos de interesses internacionais, as internacionais religiosas e as grandes corporações internacionais, bem como de outros sujeitos de direito na ordem pública mundial, como o ser humano individualmente e as organizações internacionais, acentuando que a compreensão desse quadro pós-Westfália só se daria numa perspectiva multidisciplinar." PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Caçado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 884.

⁵¹ "[...] os indivíduos compõem o conceito contemporâneo de Direito Internacional Público, ao lado dos Estados e das Organizações Internacionais intergovernamentais. A condição dos indivíduos como detentores de personalidade jurídica internacional é uma das mais notáveis conquistas do Direito Internacional Público do século XX, lograda em decorrência do processo de desenvolvimento e solidificação dos Direitos Humanos. [...] Não vemos como pode ser negada a personalidade jurídica internacional dos indivíduos atualmente, principalmente levando-se em conta o ocorrido após a eclosão da Segunda Guerra quando os indivíduos passaram a ter direitos próprios, estranhos às normas endereçadas aos Estados, tendo sido dotados, inclusive, de instrumentos processuais para vindicar e fazer valer seus direitos no plano internacional." MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 343.

⁵² "A despeito dos argumentos sobre o gradual desaparecimento do Estado e de sua substituição por organizações não-governamentais ou pelas grandes empresas transnacionais, o fato é que o Estado foi, é e continuará a ser o principal ator do sistema internacional." GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos anos de periferia*. p. 53.

⁵³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR, Ely Caetano. Regulação dos Investimentos Estrangeiros e a Governança Global: Convergência das Dimensões Públicas e Privadas do Direito Internacional. p. 2-28 IN: Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017. p. 3

⁵⁴ FRISCHKORN, Michael. Definitions of the Lex Mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria's flexibility. 7 Eur. J.L. Reform 331 2005. p. 331

⁵⁵ Preambulo Convenção da ONU contra corrupção. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf > . Acessado em 09 Jul 17.

eminentemente bibliográficas, com o exame de livros e artigos de periódicos, nacionais e estrangeiros.

No desenvolvimento do trabalho usou-se como base metodológica a escola do direito pós-modernista⁵⁶ que considera aspectos da Novíssima Ordem Internacional⁵⁷, tais como interdependência, diversos atores compondo o sistema internacional e a necessidade de cooperação internacional.

Na opinião de Celso Mello, a sociedade internacional dos dias atuais já não guarda muitas semelhanças com a do século anterior, uma vez que os “*Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional*”⁵⁸.

Adotamos como marco teórico o preâmbulo da Convenção da ONU contra a corrupção, o qual reforça o fato de que a corrupção não é mais um problema local, tendo se tornado um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias e que exige cooperação internacional, tanto para a prevenção como para o combate⁵⁹.

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish. This evil phenomenon is found in all countries (...)⁶⁰.

⁵⁶Segundo Erik Jayme há quatro elementos característicos da pós-modernidade no direito: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno aos sentimentos. O pluralismo nesse sentido seria a capacidade pós-moderna de tolerar o incomensurável, aceitação das diferenças culturais. A comunicação seria a rapidez da informação e a vontade de se comunicar com outras culturas, quebrando molduras tradicionais. A narração seria o surgimento de normas que não obrigam, mas que simplesmente descrevem valores, espera-se que o texto seja interpretado de acordo com a declaração de valores, da vontade do legislador. O quarto elemento, o retorno aos sentimentos, caracteriza-se pelo fato das fundamentações meramente legais não serem mais suficientes, porque elementos estranhos ao mundo jurídico aparecem com respostas inovadoras que reformulam o direito existente, escolha pelos direitos humanos. MOROSINI, Fabio. *Globalização e Novas tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre o Público e o Privado da Cláusula de Estabilização*, p. 552. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme* / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵⁷ O termo Novíssima Ordem Internacional foi cunhado pela professora Marilda Rosado com o intuito de ilustrar o movimento multidisciplinar do mundo atual, que dão o foco interpretativo dos princípios que constituem a base do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para os princípios da segurança jurídica, o respeito aos direitos adquiridos e a não retroatividade, bem como à boa-fé objetiva e à confiança legítima. Vide: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Vol. 1, n. 18 (2010).p. 5.

⁵⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em:

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

No que se refere às transnacionais e a *lex petrolea*, foram utilizadas, dentre outros autores, as obras da professora Marilda Rosado⁶¹.

Como decorrência do princípio da liberdade de contratar, toda associação empresarial é viável, desde que conforme as regras de ordem pública e aos bons costumes. A forma clássica de interligação empresarial é a criação de uma sociedade comercial, um novo ente dotado de personalidade jurídica⁶².

Em relação à sua estrutura, a tese é composta por cinco (5) capítulos, conforme sumarizado a seguir: o primeiro capítulo apresentará as bases teóricas necessárias à compreensão do objeto central da tese, tratando criticamente os conceitos de governança global e governança privada. Discorrer-se-á, dentro do contexto contemporâneo do fenômeno da globalização, sobre tema da governança global, da formação e da legitimidade das autoridades de natureza privada. E, a partir dessa análise, apontamos o surgimento da nova *lex mercatoria* e a formação de um corpo de normas para condução das atividades inter e intra cadeia de produção das transnacionais. Tais exames foram ponto de partida para avaliar a evolução e as respostas do Direito Internacional a essa nova realidade, tópicos que da mesma forma são abordados no primeiro capítulo.

O segundo capítulo tratará, de maneira específica, das empresas transnacionais como autoridade privada em ascensão, cuja governança é realizada, sobretudo, por meio de contratos e de códigos de conduta, mas sem adentrar no aspecto do combate à corrupção transnacional. Isso porque, antes de explorar a emergência do Regime Internacional Privado Anticorrupção, apresentar-se-á, no terceiro capítulo, um panorama geral do tema corrupção transnacional, delimitando o seu conceito para essa tese, seus efeitos e os desafios quanto à questão da mensuração dos níveis de corrupção.

No quarto capítulo, buscar-se-á relacionar as principais fontes do complexo *legal framework* anticorrupção que abarca convenções internacionais, normas emanadas por diversos organismos internacionais e entidades privadas e híbridas, legislações domésticas – quanto às últimas, apresentar-se-á tão somente aquelas que têm apresentado maior número de processos

⁶¹A professora Dra. Marilda aponta que “considerando que a emergência do petróleo no mundo é relativamente recente, levando-se em conta o período da civilização humana e o fato de que, no Brasil e em outros países que o exploram e produzem, o seu estudo não forma um corpo autônomo de investigação, há que se fazer remissão às disposições mais gerais do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e, especialmente, da legislação minerária naquilo em que ela seja também aplicável ao petróleo.” RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 4

⁶² RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 404-405.

e investigações segundo os relatórios da OCDE e a legislação brasileira acerca do tema. Nesse sentido, abordou-se de forma ampla o enfrentamento da corrupção transnacional dentro da governança global. Após essa abordagem, ainda no quarto capítulo, verificar-se-á o surgimento de um Regime Internacional Privado Anticorrupção das Transnacionais, o qual se inspira nas demais fontes internacionais e domésticas, mas é sustentado por meio do legítimo exercício de autoridade privada, principalmente dentro de sua respectiva cadeia de produção, por meio de contratos e códigos de conduta. Regras que visam à regulação, principalmente, da cadeia de produção, e que contém a exigência de se abster ou de praticar certas condutas, conforme a ética estabelecida pela respectiva TNC, sob pena de sanção.

Por fim, o recorte temático da indústria do petróleo foi desenvolvido no quinto capítulo. Tal ênfase foi determinada tanto devido à experiência profissional da autora, que teve a oportunidade de desenvolver estudos sobre o tema quando de seu LL.M em Direito da Energia na Universidade de Oklahoma, como pelo fato de essa indústria ser considerada como tendo um alto risco de corrupção, uma vez que opera ou está relacionada com empresas que operam em um setor altamente regulado ou o qual requer licenças e autorizações governamentais⁶³. Some-se a isso, o fato de tratar-se de um setor com grande quantidade de TNCs, as quais estão sempre à procura de novas reservas petrolíferas, tendo, por vezes, que operar em locais do globo historicamente corruptos. Portanto, procurar-se-á destacar a emergência de uma governança privada por meio de contrato, e da própria da *lex petrolea*, que da mesma forma favoreceu o surgimento de um Regime Intenacional Privado Anticorrupção atinente à Indústria do Petróleo e Gás Natural.

1. GLOBALIZAÇÃO, GOVERNANÇA GLOBAL E AUTORIDADE PRIVADA: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO INTERNACIONAL

1.1 Contextualização

Este capítulo apresenta o arcabouço teórico necessário para que, nos capítulos seguintes, confirme-se a existência de um regime internacional privado anticorrupção. Além disso, este capítulo discutirá, dentro do contexto contemporâneo do fenômeno da globalização, o tema da governança global, da formação e da legitimidade das autoridades de natureza privada. Pretende-se, a partir dessa análise, compreender as bases do surgimento da nova *lex mercatoria*

⁶³ OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/BRIBERY-AND-CORRUPTION-AWARENESS-HANDBOOK_Portuguese.pdf>. p. 28. Acesso em 24 abr 16.

e a formação de um corpo de normas para condução das atividades inter e intra cadeia de produção das transnacionais. Tais exames foram ponto de partida para avaliar a evolução e as respostas do Direito Internacional a essa nova realidade, tópicos que da mesma forma são abordados neste capítulo.

A globalização, como termo arcano do mundo corporativo da década de 1960, estabeleceu-se na academia no final da década de 1980 e foi exaustivamente trabalhado ao longo da década de 1990, tornando-se, assim, praticamente, um termo de uso comum pelo público em geral⁶⁴.

Uma das definições mais corriqueiras de globalização é a eliminação do tempo e do espaço como fatores nas relações sociais humanas, devido à revolução tecnológica. Transpondo essa definição para o contexto atual, pode-se dizer que a globalização envolve a supressão do tempo e do espaço como fatores determinantes nas relações econômicas internacionais, especificamente nas transações comerciais internacionais⁶⁶.

Considerando que a distância geográfica é normalmente mensurada em tempo, à medida que o tempo necessário para se conectar a localidades geográficas distintas é reduzido, a distância ou o espaço sofre uma compressão ou ‘supressão’⁶⁷.

⁶⁴ APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I.. Introduction: *Toward a Critical Globalization Studies – Continued Debates, New Directions, Neglected Topics*. IN *Critical Globalization Studies*. Routledge Taylor & Francis Group. New York and London. P. xi.

⁶⁵No discurso popular, a globalização, muitas vezes, é sinônima para um ou mais dos seguintes fenômenos: a busca do liberalismo clássico (ou ‘livre mercado’), políticas para a economia mundial (‘liberalização econômica’), a predominância crescente do Ocidente (ou mesmo dos Estados Unidos da América) nas formas de vida política, econômica e cultural (‘ocidentalização’ ou ‘americanização’), a proliferação de novas tecnologias de informação (a ‘revolução da Internet’), bem como a noção de que a humanidade permanece no limiar de realizar uma comunidade unificada em que as principais fontes de conflito social desapareceriam (‘integração global’). STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOFY. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/globalization/>> . Acesso em: 17 nov. 2017

⁶⁶ GARCIA, Frank J. The Moral Hazard Problem in Global Economic Regulation. IALS Conference on The Law of International Business Transactions: *A Global Perspective*. Bucerius Law School Hamburg, Germany 2008.

⁶⁷ Os teóricos sociais mais contemporâneos endossam a visão de que a globalização refere-se a mudanças fundamentais nos contornos espaciais e temporais da existência social, segundo a qual o significado do espaço ou território passa por mudanças em face de uma aceleração dramática na estrutura temporal das formas fundamentais da atividade humana. Considerando que a distância geográfica é normalmente medida em tempo, a medida que o tempo necessário para se conectar a localidades geográficas distintas é reduzida, a distância ou o espaço sofre uma compressão ou ‘aniquilação’. Embora os teóricos da globalização discordem sobre as fontes precisas de mudanças recentes nos contornos espaciais e temporais da vida humana, geralmente concordam que as alterações nas experiências da humanidade de espaço e tempo estão minando a importância das fronteiras locais e até mesmo nacionais em muitas áreas da atividade humana. Considerando que, a globalização contém implicações de longo alcance para praticamente todos os aspectos da vida humana, necessariamente sugere-se a necessidade de se repensar questões-chave da teoria política normativa.” ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOFY. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/globalization/>> . Acesso em: 17 nov. 2017

Na fase atual do movimento de globalização⁶⁸ da economia mundial verificamos uma intensificação e um aumento na densidade dos fluxos e padrões de interação ou interligação entre Estados, indivíduos e empresas que constituem a comunidade do mundo moderno⁶⁹. Houve uma mudança qualitativamente diferente da que ocorreu em períodos anteriores, principalmente em virtude da eclosão da economia digital⁷⁰.

Nesse sentido, o fenômeno da globalização econômica pode ser dividido em duas perspectivas: a globalização do mercado (*market globalization*) e a globalização regulatória (*regulatory globalization*). Onde a globalização do mercado se refere ao aumento do volume de transações nas quais bens, serviços, mão-de-obra e capital atravessam as fronteiras nacionais, facilitados tanto pela mudança tecnológica, como pela redução das barreiras tarifárias e não-tarifárias, de modo que essas transações em geral começam a se parecer com as de um mercado único abrangendo todo o globo. Já a globalização regulatória, ou seja, decorrente de uma mudança qualitativa, centra-se nos complexos processos sociais que levaram à regulação dos mercados de bens, mão-de-obra, capital e serviços em novos níveis, níveis que exigem cooperação interestatal, formalizada através de novos e poderosos regimes internacionais, com instituições como a OMC, e que, em certos casos, podem transcender controle do Estado-nação em um grau significativo, como no caso da União Européia⁷¹, ou até mesmo dar ensejo ao aparecimento de formas de governança privada, como é o caso da atuação das transnacionais no mundo contemporâneo.

⁶⁸ Peter Dicken sustenta que o termo globalização pode ter dois significados distintos: (i) Um é empírico. Refere-se às mudanças estruturais reais que estão ocorrendo na forma como a economia global é organizada e integrada; (ii) O outro é ideológico. Refere-se à ideologia neoliberal de livre mercado do “projeto de globalização”. DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 643-644). SAGE Publications. Kindle Edition.

⁶⁹ MCGREW, A. G. Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization, 1998, p. 325. In: GRESSER, V.; BUDAK, A.C. (eds), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of the Law*, Aldershot and Brookfield: Ashgate and Dartmouth, pp. 325-345 Apud BRENDA-BECKMANN, Franz von; BRENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. p. 1 In: *Mobile People, Mobile Law Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Germany and University of Edinburgh. UK

⁷⁰ Economia digital se refere à aplicação de tecnologias digitais baseadas na internet para a produção e comércio de bens e serviços, e que está se tornando uma parte cada vez mais importante da economia global. UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2017*, Investment and the Digital Economy, p. iv.

⁷¹ GARCIA, Frank J. The Moral Hazard Problem in Global Economic Regulation. IALS Conference on The Law of International Business Transactions: *A Global Perspective*. Bucerius Law School Hamburg, Germany 2008.p1

*Na medida em que outros centros decisórios surgem paralelamente ao Estado, também diminui a distinção entre o direito como construção formal e as normas sociais informais*⁷², como a nova *lex mercatoria*.

Hoje, a economia é profundamente integrada e organizada dentro de redes de produção globais geograficamente extensas e complexas, operadas por meio de uma variedade de mecanismos⁷³. Essa integração econômica é protagonizada, sobretudo, pela atuação das empresas transnacionais⁷⁴, razão pela qual esses atores internacionais merecem destaque na presente tese.

Nas economias de mercado, as TNCs operam e coordenam as redes de produção de múltiplas formas intra e inter organizacionais – estruturas horizontais, verticais, diagonais, multidimensionais, em várias camadas de atividade econômica – e, podem variar consideravelmente dentro de, e entre, diferentes setores econômicos⁷⁵.

Segundo a UNCTAD 80% do comércio, correspondente a \$20 trilhões de dólares por ano, ocorre dentro dessas cadeias de produção ligadas a empresas transnacionais⁷⁶.

Nesse contexto, analisar-se-á a globalização regulatória, cuja atenção volta-se para as transformações decorrentes da globalização, as quais evidenciaram deficiências no sistema de regulação nacional westfaliana⁷⁷.

A globalização representa um desafio fundamental para os pressupostos tradicionais na medida em que não é mais evidente que os Estados-nação podem ser descritos como “*self-sufficient schemes of cooperation for all the essential purposes of human life*”⁷⁸. Neste contexto de intensa desterritorialização, propagação e intensificação das relações sociais e econômicas além das fronteiras nacionais, está sendo posto em cheque a teoria política ocidental, cuja tradição pressupõe a existência de comunidades territorialmente vinculadas, onde as fronteiras podem ser mais ou menos cuidadosamente apartadas das de outras comunidades.

⁷² COSTA, Orlando José Guterres Jr. Publicidade, Transparência e Participação em Arbitragem de Investimentos: Credibilidade do Regime de Proteção a Investimentos em Debate. P, 29-55. IN: Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017. p.33

⁷³ DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 712-716.

⁷⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 60

⁷⁵ DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 1546

⁷⁶ UNCTAD. Press Release. 27 Fev 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=113>> Acessado em 18 Nov 2017.

⁷⁷ *Ibidem*, p.2

⁷⁸ RAWLS, John. *Political liberalism*. Columbia University Press, 1993. p. 301

Em paralelo a essa intensa integração e interdependência avança um forte movimento de justiça global, o qual tomou forma por meio de inúmeras lutas de resistência⁷⁹(*Occupy Wall Street*)⁸⁰. Eles demonstram o crescimento da pressão popular por sistemas de governança mais efetivos, impactando as políticas estatais e também as estratégias globais das transnacionais. As TNCs, hoje, estão cada vez mais preocupadas com a repercussão pública de suas ações e a

⁷⁹ APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I.. Op. Cit. p. xii

⁸⁰«*Occupy Wall Street* ('Ocupe Wall Street'), OWS, é um movimento de protesto contra a desigualdade econômica e social, a ganância, a corrupção e a indevida influência das empresas - sobretudo do setor financeiro - no governo dos Estados Unidos. Iniciado em 17 de setembro de 2011, no Zuccotti Park, no distrito financeiro de Manhattan, na cidade de Nova York, o movimento ainda continua, denunciando a impunidade dos responsáveis e beneficiários da crise financeira mundial. Posteriormente surgiram outros movimentos Occupy por todo o mundo.» WIKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Occupy_Wall_Street> Acessado em 20 jan 2018.

queda na confiança e na venda de seus produtos e serviços^{81 82}. Uma dessas resistências pode ser caracterizada pelo movimento civil anticorrupção^{83 84 85 86}.

“Na perspectiva da sociedade civil, as mudanças de valores e exigências sociais impulsionam novas demandas normativas - que configuram um novo sistema de crenças - que orientam o comportamento dos consumidores”⁸⁷. Com a revolução dos meios de comunicação

⁸¹ O acidente da British Petroleum (BP) no Golfo do México em 2010, *Deepwater Horizon*, é um bom exemplo para quantificar as perdas na reputação devido a um dano ambiental. A BP fez um acordo de bilhões de dólares pelo derramamento de óleo no *Deepwater Horizon* 2010. No entanto, esse acordo é apenas a ponta do iceberg. Além dele, a BP teve custos, incluindo publicidade reputativa, vendas perdidas e, em última instância, o sucesso em relação à sua competência central: perfuração marítima segura e confiável (melhores práticas da indústria do petróleo). Os especialistas dizem que esta dívida de reputação durará décadas. A BP enfrentou uma multa máxima de US\$ 13,7 bilhões por violar o *Clean Water Act*. A empresa já pagou US \$ 42 bilhões em reclamações, esforços de limpeza, multas e indenização às vítimas. Após o acidente, a BP perdeu 55% do valor de suas ações em bolsa. Em última análise, até 2013, a BP caiu do posto de segunda maior companhia de petróleo para a quarta. E os postos de gasolina da BP nos EUA, muitos dos quais são de fato de propriedade da BP, relataram menores vendas entre 10% e 40% devido a repercussão do caso. REPUTATION MANAGEMENT. The Cost of a Bad Reputation. Jun2, 2015. Disponível em: <<https://www.reputationmanagement.com/blog/the-cost-of-a-bad-reputation/>> Acessado em 20 jan 18.

⁸² Walmart gasta mais de US\$ 18 milhões por ano para tentar melhorar sua reputação junto aos consumidores americanos, por acusações de ser um empresa que não se preocupa com os funcionários e que leva em conta apenas o lucro. NY Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/08/business/walmart-academy-employee-training.html?smid=tw-nytimes&smtyp=cur>>. Acessado 20 jan 18.

⁸³ EL PAÍS. JBS vive inferno pós delação com perda de valor, boicote e novas investigações. Empresa já perdeu 3,5 bilhões de reais em valor desde 17 de maio, e afeta bancos públicos. Grupo responde a processos que podem comprometer acordo de leniência. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/economia/1495837922_279258.html> Acessado em 20 jan 18.

⁸⁴ REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. “Odebrecht tentou pedir desculpas ao povo brasileiro com poucos anúncios com o título “Desculpe, a Odebrecht errou”. Funcionou? Certamente não. Ainda que os anúncios possam ter tido algum efeito nos colaboradores da empresa, é improvável que qualquer outro stakeholder tenha se sentido sensibilizado por ele. Não há campanha que consiga reverter milhares de reportagens colocando a empresa no centro de um esquema de corrupção. A marca caminha para o fracasso inevitável, pois ela perdeu aquilo que é mais valorizado no mercado em que atua: a sua reputação.” 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

⁸⁵ REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. “Situação similar foi vista no longínquo ano 2001 com a Arthur Andersen, na esteira da falência da Enron, gigante americana de energia. A Arthur Andersen, na época, era conhecida globalmente e fazia parte das “Big Fives” – as 5 grandes empresas globais de auditoria financeira junto com a PWC, a Ernst & Young, a Deloitte e a KPMG. A Arthur Andersen foi fundada em 1913 e sempre teve uma reputação ilibada. Ao participar da fraude contábil que levou à falência da Enron, a empresa perdeu por completo a sua credibilidade. Ainda que inocentada no final do processo, o dano à reputação da marca já havia sido feito. A empresa deixou de operar em auditoria, e a sua parte de consultoria adotou o nome de Accenture. ” 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

⁸⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. UTC pede recuperação judicial para renegociar dívidas de R\$ 3,4 bilhões. A UTC teve três executivos acusados de integrar esquemas de corrupção pela Operação Lava Jato, em novembro de 2014, Ricardo Pessoa presidente e dono da empresa foi preso na sétima fase da Operação, batizada como Juízo Final. 17 jul 17. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901935-utc-pede-recuperacao-judicial-para-renegociar-dividas-de-r-34-bilhoes.shtml>> Acessada em 20 jan 18.

⁸⁷ RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. A Regulação privada no contexto da governança global. Artigo apresentado no IX Workshop “Empresas, empresários e sociedade” UFF – Niterói, Rio de Janeiro – 01 a 03 de Setembro de 2014. p. 7

- com especial atenção à internet e às redes sociais - ONGs e até mesmo indivíduos fazem pressão nos diversos atores para que alcancem uma conduta mais ética⁸⁸.

Esse novo ativismo social transnacional é cada vez mais uma força política poderosa na equação global, como surgimento da exigência de novos padrões de governança, para atender aos novos requisitos éticos, como a responsabilidade social das empresas⁸⁹ e o combate à corrupção.

O movimento em direção ao estabelecimento de uma governança privada, por meio de regulação, seja essa autoridade exercida por uma TNCs ou por uma ONG, é melhor visto como uma resposta às pressões sociais e crises econômicas geradas pela globalização econômica e pela inadequação e morosidade das instituições de governança pública em abordá-las. À medida que as empresas, as redes de produção e os mercados transcendiam as fronteiras nacionais, os sistemas públicos (governamentais) de governança econômica, construídos sobre a unidade territorial do Estado-nação⁹⁰, revelaram-se inadequados para regular uma economia global cada vez mais fragmentada⁹².

As empresas, ou seja, os atores não estatais, especificamente os ligados às atividades comerciais, exerceram, ao longo do tempo, diversos graus de autoridade na gênese e aplicação das leis que regem as relações comerciais internacionais. A *lex mercatoria*, a qual será

⁸⁸ KEOHANE, Robert O; Nye, Joseph S. jr. Power and Interdependence in the information age. *Foreign Affairs*. Vol. 77 n 5., p 81 – 94. P 83

⁸⁹ STOHL, Michael; LOPEZ, George. Westphalia, the End of the Cold War and the New World Order: *Old Roots to a 'New' Problem*. In: *Failed States and International Security: Causes, Prospects, and Consequences*. Purdue University, West Lafayette. February 25-27, 1998. Disponível em: <www.comm.ucsb.edu/faculty/mstohl/failed_states/1998/papers/stohl-lopez.html>. > Acessado em 22 jan 18

⁹⁰ Na verdade, a noção de que o poder do Estado tinha sido totalmente desmantelado por forças globalizadoras sempre foi bastante questionado, uma vez que não houve um declínio uniforme em todas as capacidades estatais. “Much of the ‘end of the state’ ... literature focuses on western notions of statehood and experiences ... Implicit is a common experience of the emergence of the state in the nineteenth century and its zenith in the postwar Fordist regime of accumulation ... In many parts of the world, however, experiences of statehood have followed a quite different trajectory and are, in a postcolonial context, still being actively constructed, strengthened and extended rather than weakened”. KELLY, P.F. The geographies and politics of globalization. 1999, *Progress in Human Geography*, 23: 379– 400. Apud Dicken, Peter. *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy*. SAGE Publications. Kindle Edition.

⁹¹ Para os teóricos realistas, pode-se inclusive sustentar que os Estados mais hegemônicos usaram a globalização como meio de aumentar seu poder. “States actively construct globalization and use it as soft geo-politics and to acquire greater power over, and autonomy from, their national economies and societies respectively ... [for example] ... The US and the G-7’s other dominant members design and establish the international trade agreements, organizations, and legislation that support and govern the trans-border investments, production networks, and market-penetration constitutive of contemporary economic globalization. Advanced capitalist states, particularly, use these political instruments to shape international economic decision-making and policy in their interests. DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 1536

⁹² MAYER, Frederick; GEREFFI, Gary. Regulation and Economic Globalization: *Prospects and Limits of Private Governance*. *Business and Politics*: Vol. 12 : Iss. 3, Article 11, 2010. Disponível em: <<http://www.bepress.com/bap/vol12/iss3/art11> DOI:10.2202/1469-3569.1325> p. 1

aprofundada nos subcapítulos subsequentes, foi criada pelos próprios comerciantes, por volta do século XI⁹³, para contribuir com a expansão do comércio⁹⁴, regulando um conjunto cada vez maior de mercados na Europa⁹⁵, e, assim, formando um corpo de normas para condução das atividades mercantis⁹⁶. Os diversos feudos da Europa continental e da Inglaterra adotaram o *laissez-faire* como forma de abordagem aos comerciantes, os quais foram autorizados a regular seus próprios assuntos desde que não afetassem os interesses locais dos senhores feudais⁹⁷. A autoridade privada do período operava em virtude da ausência de autoridades políticas desejosas ou capazes de disciplinar o comércio internacional⁹⁸.

À medida que o Estado Moderno se desenvolveu, durante o século XVI, os governantes dos Estados soberanos começaram a considerar a autônoma *lex mercatoria* como uma ameaça externa à coesão interna, e na tentativa de sujeitar todos os cidadãos a uma única lei nacional⁹⁹, o status privilegiado oferecido aos comerciantes durante a era medieval foi encerrado¹⁰⁰.

⁹³ “and then it was, and proved to be true, (...) so that it plainly appeareth, that the Law Merchant, may well be as ancient as any humane Law, and more ancient than any written Law. The very moral Law itself, as written by Moses, was long after the customary Law of Merchants, which hath so continued and been daily augmented successively upon new occasions, and was not altogether made in the first foundation, as the Laws whereby the Commonweals of Israel (whose Laws were uniformly made by Moses from God(or those of Crete, Cybaris, Sparta, and Carthage by Minos Charondas, Lycurgos, and Thalcas” (sic.) MALYNES, Gerard. *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria or the ancient Law-Merchant*. 3 ed. London: F. Redmayne, 1685, p. 02. Tradução Livre: “E assim era, e provou-se verdade (...) aparentemente a Lex Mercatoria pode ser tão antiga quanto qualquer lei humana, e mais que qualquer direito escrito. O próprio Direito moral, tal como escrito por Moises, o foi muito depois do direito mercantil costumeiro que foi seguido e aumentado sucessivamente e não feito em uma única ocasião como a Leis de Israel (uniformemente ditadas por Deus a Moisés) ou aquelas de Creta, Cybaris, Esparta e Catago feitas por Minos, Charondas, Licurgo e Thalcas”. Apud GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCONTERMS (2010)*. Clássica Editora. São Paulo, SP, 2014. p. 191

⁹⁴ CUTLER, A. Claire. *Op. Cit.* 2003. p. 109

⁹⁵ “O lugar exato e tempo da origem da *lex mercatoria* são incertos. Muitos escritores têm declarado que ela teve início na Itália na parte central, em plena Idade Média. Algumas investigações ditam que ela surgiu no tempo em que os árabes dominaram o mediterrâneo. Mas, mesmo assim, eles contribuíram com pouco, pois, utilizavam práticas usadas pelos romanos, gregos e fenícios, que outrora tinham monopolizado o comércio pelo mar.” PEREIRA, Luiz César Ramos. *Costume internacional: gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 286

⁹⁶ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition., p 28

⁹⁷ KIRAFLY, A. Potter’s historical introduction to English law and its institutions 183-210 (4th ed. 1958) p. 184-88. Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. *The New lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*. 2 B.U. Int’l L. J. 317 1983-1984. p. 318

⁹⁸ CUTLER, Claire A. *Op. Cit.* 2003. p. 51

⁹⁹ TRAKMAN. *The evolution of the law Merchant: our comercial heritage* (pts. 1 &2), 12 J. Mar. L. & Com. 1, 154 (1980) Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. *The New lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*. 2 B.U. Int’l L. J. 317 1983-1984. p. 320

¹⁰⁰ CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. *The New lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*. 2 B.U. Int’l L. J. 317 1983-1984. p. 320

Hoje, as forças da globalização estão novamente deslocando a fronteira entre autoridade privada e pública nas relações comerciais internacionais e criando novas oportunidades para atores privados corporativos exercerem poder e influência¹⁰¹.

A nova *lex mercatoria* é parte da “*transnacionalização do campo jurídico*” que é “*um elemento constitutivo do processo de globalização*”¹⁰². Os desafios analíticos e teóricos colocados por esta ordem emergente é uma “*zona cinzenta*” no Direito Internacional¹⁰³, de forma que merece atenção nessa tese.

Essa zona cinzenta decorrente, dessa nova ordem jurídica, está fazendo com que haja transformações significativas nos arranjos de governança, tanto a nível local como global. Advém da insuficiência, da regra de competência territorial exclusiva, em atender as necessidades de desenvolvimento de uma sociedade internacional cada vez mais interdependente¹⁰⁴. Esse movimento sugere que a distinção entre as esferas pública e privada está se tornando cada vez mais difícil de sustentar¹⁰⁵.

Vê-se, portanto, que qualquer tentativa de compreender o funcionamento do mundo globalizado sem considerar os aspectos relacionados à globalização está fadada ao insucesso.

Neste contexto, o presente capítulo tratará de assinalar as características do mundo globalizado atual como ponto de partida para a compreensão do tema relativo à governança global, com a atuação de atores internacionais privados no que se refere à regulação e ao exercício de autoridade dentro dessa nova ordem global. Feitas essas ponderações, localizar-se-á o tema dentro das discussões de Relações Internacionais e do Direito Internacional, trazendo as ponderações necessárias para fundamentar a existência de um Regime Internacional Privado Anticorrupção emanado das empresas transnacionais.

¹⁰¹ CUTLER, Claire A. Op. Cit. 2003. p1

¹⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in the Paradigmatic Transition*. London and New York: Routledge. 1995. p. 268

¹⁰³ BOWETT, Derek W. 1986, “Claims Between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law,” *Catholic University Law Review* 35 (4): 929–60.

¹⁰⁴ JENNINGS, R. Y. The Limits Of State Jurisdiction. *Nordic Journal of International Law*, v. 32, n. 1-4, 1962 , pp. 209-229(21), Martinus Nijhoff Publishers. p. 210

¹⁰⁵ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 2

1.2 Globalização: perspectivas além do Consenso de Washington

Nos últimos 50 anos, a globalização¹⁰⁶ da economia mundial se desenvolveu e se intensificou de forma qualitativamente diferente da que ocorreu em períodos anteriores.

Em apertada síntese, a globalização é uma nova fase na evolução do capitalismo e, em grande medida, da sociedade mundial, em que, alguns atores, que não são mais chamados de “multinacionais”, mas sim “transnacionais”, determinam e coordenam diretamente suas estratégias de ação em uma escala global e não mais por referência a um ou vários países ou regiões¹⁰⁷.

Esse progressivo incremento na atuação das TNCs não está alheio à necessidade de se atender a novos requisitos éticos, tais como a CSR¹⁰⁸ e o combate à corrupção¹⁰⁹.

Após¹¹⁰ o requerimento de falência do quarto maior banco de investimento estadunidense¹¹¹, o Lehman Brothers¹¹², em 15 de setembro de 2008, essa necessidade tornou-se imperativa. Era necessário se repensar o modelo neoliberal¹¹³ vigente.

¹⁰⁶ Peter Dicken sustenta que o termo globalização pode ter dois significados distintos: (i) Um é empírico. Refere-se às mudanças estruturais reais que estão ocorrendo na forma como a economia global é organizada e integrada; (ii) O outro é ideológico. Refere-se à ideologia neoliberal de livre mercado do “projeto de globalização”. DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 643-644). SAGE Publications. Kindle Edition.

¹⁰⁷FRYDMAN, B. A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012. p 6

¹⁰⁸ STOHL, Michael; LOPEZ, George. Westphalia, the End of the Cold War and the New World Order: *Old Roots to a 'New' Problem*. In: *Failed States and International Security: Causes, Prospects, and Consequences*. Purdue University, West Lafayette. February 25-27, 1998. Disponível em: <www.comm.ucsb.edu/faculty/mstohl/failed_states/1998/papers/stohl-lopez.html>.

¹⁰⁹Forte movimento de justiça global. APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I.. Op. Cit. p. xii

¹¹⁰A economia mundial foi marcada por uma série de crises, algumas sem muito impacto no longo prazo, e outras de magnitude considerável, como as crises do Petróleo nos anos 1973 a 1979, a crise dos Tigres Asiáticos em 1997. Mas a crise financeira de 2008 foi um divisor de águas que reforçou a necessidade de se pensar novas formas de governança.

¹¹¹ DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 609). SAGE Publications. Kindle Edition

¹¹² Investigações mais recentes do caso Lehman Brothers apontam que os executivos da empresa, já prevendo o fim inevitável, começaram uma série de estratégias para evitar a sua extinção, incluindo a manipulação fraudulenta da condição financeira da empresa, a fim de melhorar sua classificação nas principais agências de rating. O dispositivo de fraude contábil era conhecido como “Repo 105”, e não foi divulgado aos investidores. 60 MINUTES. *The case against Lehman Brothers*. Programa exibido em 22 Abr 12. Disponível em: <<http://www.cbsnews.com/video/watch/?id=7406224n&tag=cbsnewsMainColumnArea.7>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

¹¹³Podemos resumir o modelo neoliberal dos anos 80 e 90 em dois pilares principais: o primeiro é o aumento da concorrência - alcançado através da desregulamentação e da abertura dos mercados domésticos, incluindo os mercados financeiros, à concorrência estrangeira. O segundo é um papel menor para o estado, alcançado através da privatização e limites à capacidade dos governos para gerar déficits fiscais e acumular dívidas. OSTRY,

Foi um evento sem precedentes, grandes instituições financeiras faliram ou foram socorridas por seus governos, desde o início da crise financeira global no ano de 2007, entre elas: o Bear Stearns, Citigroup, Lehman Brothers, Merrill Lynch, AIG Seguros (nos EUA), HBOS e RBS (no Reino Unido) e Dexia, Fortis, Hypo Real Estate e UBS (na Europa continental). Estava então anunciada a maior crise econômica global desde a década de 1930.

O 79º Relatório Anual do *Bank for International Settlements* (BIS)¹¹⁴, *The Global Financial Crisis*, aponta que:

The tipping point came on Monday 15 September, when Lehman Brothers Holdings Inc. filed for Chapter 11 bankruptcy protection: what many had hoped would be merely a year of manageable market turmoil then escalated into a full-fledged global crisis. Suddenly, with markets increasingly in disarray, a growing number of financial institutions were facing the risk of default. The resulting crisis of confidence quickly spread across markets and countries (...)¹¹⁵

Como se vê, o fim do Lehman Brothers foi apenas uma das muitas baixas, mas o seu colapso foi altamente simbólico. O Lehman Brothers era uma das instituições que personificava a ideologia neoliberal, de livre mercado¹¹⁶, conhecida como “Consenso de Washington”, a qual dominou a economia global durante meio século.

O Consenso de Washington¹¹⁷ representa a ideologia do chamado livre mercado eficiente: o mercado sabia mais e todos os obstáculos ao seu funcionamento eficiente – especialmente aqueles obstáculos feitos pelo Estado – eram indesejáveis. É a ideologia do livre mercado em que a regulamentação dos mercados financeiros é considerada com suspeita, porque é entendida como forma de reduzir a eficiência do mercado. O mercado é visto como sendo o mais apropriado alocador de recursos¹¹⁸.

Jonathan D.; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, David. Neoliberalism: Oversold? Finance & Development, June 2016, Vol. 53, No. 2.

¹¹⁴A missão do *Bank for International Settlements* (BIS) é servir os bancos centrais na busca da estabilidade monetária e financeira, promover a cooperação internacional nestas áreas e atuar como banco dos bancos centrais. Fonte: <<http://www.bis.org>>.

¹¹⁵ BIS. 79 Relatório Anual do *Bank for International Settlements*. p. 23. Disponível em: <<http://www.bis.org>>. Acesso em: 15 abr 2012.

¹¹⁶ DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 609

¹¹⁷ O Consenso de Washington pode ser resumido em uma agenda econômica que prega: Livre comércio; Liberalização do mercado de capitais; Taxas de câmbio flexíveis; Taxas de juros determinadas pelo mercado; A desregulamentação dos mercados; A transferência de ativos do público para o setor privado; O foco apertado do gasto público em metas sociais bem dirigidas; Orçamentos equilibrados; Reforma tributária; Direitos de propriedade seguros; A proteção dos direitos de propriedade intelectual; DAVID HELD. *Debating Globalization* (p. 8). Wiley. Kindle Edition.

¹¹⁸ DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 633-635.

Contudo, em 2008, à medida que as instituições financeiras faliam uma após a outra, e os governos assumiam o papel de gestores e remediadores da crise, com vários bancos sendo efetivamente nacionalizados, todo o sistema capitalista impulsionado pelo livre mercado entrou em crise¹¹⁹.

It seems nowadays almost acceptable even among economists to propound that “markets are not self-creating, self-regulating, self-stabilizing, or self-legitimizing.”¹²⁰

Investigações posteriores do caso Lehman Brothers apontaram que os executivos da empresa, já prevendo o fim inevitável, começaram uma série de estratégias para evitar a sua extinção, incluindo a manipulação fraudulenta da condição financeira da empresa, a fim de melhorar sua classificação nas principais agências de *rating*. O dispositivo de fraude contábil era conhecido como “*Repo 105*”, e não foi divulgado aos investidores¹²¹.

A corrupção é o principal motivo da crise, destacou o presidente romeno, Traian Basescu, durante uma reunião regional dos países banhados pelo Mar Negro, organizada em Konstanz (Romênia), pela Fundação Konrad Adenauer (KAS), no dia 22 de outubro de 2008, ao asseverar: – “*vou afirmar uma coisa que não temos a coragem de dizer abertamente. Grande parte desta crise financeira é gerada pela corrupção*”¹²². Mesmo entendimento de Aris Syngros, presidente da ONG *Transparency International* na Grécia, que afirmou “*corruption is one of the main reasons why we have this economic crisis in Greece*”¹²³.

O Estado e sua mão de ferro, de um lado, o mercado e sua mão invisível, do outro, são os dois modelos de regulação social transmitidos pela Modernidade. No entanto, e apesar de

¹¹⁹ DICKEN, Peter. Op. Cit. Kindle Locations 633-635.

¹²⁰ RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox: Why Markets, States and Democracy Can't Coexist* (Oxford, Oxford University Press, 2011) p. 22 Apud SCHEPEL, Harm. *Rules of Recognition: a legal constructivist approach to transnational private regulation*. In: Muir Watt, Horatia and Fernandez Arroyo, Diego P., eds. *Private International Law and Global Governance*. Oxford University Press, Oxford, pp. 201-210. ISBN 978-0198727620

¹²¹ 60 MINUTES. *The case against Lehman Brothers*. Programa exibido em 22 Abr 12. Disponível em: <<http://www.cbsnews.com/video/watch/?id=7406224n&tag=cbsnewsMainColumnArea.7>>. Acesso em: 24 abr. 2012. Apud Azevedo, Carolina Araújo de. *Transnacionais como veículo de investimento e o problema da corrupção: dois temas relevantes da atual agenda global*. 2012. P. 164

¹²² Fonte: Agência EFE. Disponível em: <<http://www.empreededor.com.br/content/presidente-romeno-denuncia-que-crise-financeira-se-deve-tamb%C3%A9m-%C3%A0-corrup%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 27 abr. 2012. Apud Azevedo, Carolina Araújo de. Op. Cit. 2012. P. 164

¹²³ BILLITER *Insight and Intelligence*. *EU Anti-Corruption Report: A Next Step in Europe's Fight Against Corruption*. Disponível em: <<http://www.billiterpartners.com/wp-content/uploads/2011/06/Billiter-Anti-Corruption-Report-A-Next-Step-in-the-EUs-Fight-Against-Corruption.pdf>>. Acessado 26 fev. 2012. Apud Azevedo, Carolina Araújo de. Op. Cit. 2012. 164 f.

todo o poder dessa ideologia de livre mercado e dos interesses que a sustentam, a observação empírica das mudanças que ocorrem nos diferentes setores da sociedade global não confirma, mas de fato contradiz, a hipótese teórica da regulação do comércio exclusivamente pela leis naturais do mercado¹²⁴.

Embora não seja nossa pretensão adentrar e discutir o modelo econômico que está sendo repensado a partir da crise de 2008, as evidências de que o mundo entrou numa era pós Consenso Washington são variadas: a reforma do setor privado; a “boa governança” substituiu a não-governança; a atualização e re-regulação são preferidas à privatização e desregulamentação; auto-vigilância e auto-monitoramento substituíram a não-vigilância e soluções de livre mercado¹²⁵. Nesse sentido, a regulação por trás desse movimento, a “boa governança” e auto-monitoramento, ou auto-regulação, desses atores privados são objeto dessa tese.

Some-se a isso o fato de que a realidade da vida humana hoje é a interdependência. As vidas estão entrelaçadas de maneira que, embora muitas vezes invisíveis, evocam uma rede global de causa e efeito que dão a quase todas as ações individuais uma ressonância econômica ou política que afeta outros em todo o mundo¹²⁶, conforme repercutiu e ainda repercute a crise financeira de 2008.

Com efeito, o conceito de interdependência se robustece na medida em que a ação conjunta dos diversos atores dá legitimidade ao poder, ou seja, no sistema internacional contemporâneo a legitimidade não se estabelece de forma unilateral, mas sim multilateral¹²⁷. Conforme lições de Gelson Fonseca, diplomata brasileiro, “*a legitimidade deve ser sustentada em alguma medida de consenso, já que é uma indicação socialmente construída sobre o que é certo ou errado, legal ou ilegal*”¹²⁸.

Nesse sentido, o conceito de *community of shared risks*, como preceitua Habermas¹²⁹, espraia-se como um dos principais fatores para que se incorporem vários atores no esforço de prevenção e combate de crises na esfera internacional.

¹²⁴FRYDMAN, B. A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012. P 9

¹²⁵ THOMPSON, Grahame. Limits to Globalization: questions for Held and Wolf. In HELD, David. Debating Globalization (p. 58). Wiley. Kindle Edition.

¹²⁶ BARBER, Benjamin. Global Governance from below. In HELD, David. Debating Globalization. Wiley. Kindle Edition p. 95

¹²⁷ FONSECA, Gelson Jr. *Legitimidade e outras questões internacionais*, São Paulo, Paz e Terra, 1998, p. 124

¹²⁸ Ibidem, p. 190

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Learning by Disaster? A Diagnostic Look back on The Short Twentieth Century*. p. 317.

À medida que os laços econômicos, sociais e culturais entre as nações e as sociedades crescem, o recurso à força torna-se menos viável e menos desejável¹³⁰.

Ou seja, o mais importante, é que, a partir da observação em campo do comportamento dos atores, seja ele qual for (público ou privado, comerciantes ou não), infere-se que esses atores parecem longe de se contentar exclusivamente com a ação providencial da mão invisível. Em vez disso, eles desenvolvem uma atividade sustentada e intensa, formulam reivindicações e tomam inúmeras iniciativas em relação à demanda por normas. Nesse sentido, os atores transnacionais são claramente exigentes de normas e que tais normas sejam efetivamente produzidas ao longo das interações¹³¹.

Na transição para a globalização na fase atual, que contempla a economia digital, o déficit de governança provavelmente aumentará. Uma maior globalização econômica exigirá maior capacidade de governança¹³², uma vez que há, nesse cenário, uma insuficiência das atribuições e competências dos Estados em regular as atividades econômicas devido às alterações apontadas na economia internacional, o que possibilita o surgimento de autoridades privadas que passam a regular no cenário mundial, não sozinhas, mas junto com os Estados, conforme apontar-se-á nos subcapítulos a seguir.

1.3 Governança Global e os regimes internacionais

O fim da guerra fria ficou marcado como um momento de euforia durante o qual parecia que o surgimento de uma nova ordem mundial estava próximo e que a promessa das Nações Unidas como mecanismo intergovernamental para resolver problemas de governança internacional seria finalmente realizada¹³³. Trata-se da ideia segundo a qual a ordem mundial bipolar decorrente da Guerra Fria seria substituída por um sistema harmônico unipolar, este não

¹³⁰ GREEN, Jessica F. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Kindle Version, p. 27.

¹³¹FRYDMAN, B. A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012. P 10

¹³² GEREFFI, Mayer. *Public and Private Governance: Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. P. 19

¹³³ YOUNG, Oran R.. 1999. *Governance in World Affairs*, Ithaca, New York: Cornell University Press, p.1.

entendido como sendo um sistema dominado pelos EUA, mas sim um sistema impulsionado por um conjunto comum de valores e princípios, tais como democracia e o livre mercado¹³⁴.

Ao mesmo tempo, a impressão de que o mundo é interdependente tornou-se mais patente, ante os avanços tecnológicos da economia globalizada, conforme destacado anteriormente. E, uma regulação emanada unicamente pelos Estados já não é capaz de regular todos os aspectos da vida política e econômica, interna ou internacional¹³⁵.

Esses fatores marcam a percepção crescente da necessidade de se ter e de se desenvolver uma governança global, não limitada à governança estatal. Essa governança não estatal seria um termo cujo significado é mais amplo e estaria desvinculado do conceito de governo, este de acepção vinculada ao Estado, e, conseqüentemente, sendo identificado como a expressão do poder político interno do Estado¹³⁶.

Dessa forma, a governança não deve ser confundida com governo¹³⁷. Os sistemas de governança podem ser públicos, ou seja, de governo, mas a governança privada pode ter igual ou maior importância.

A governança pública é matéria atinente à política governamental: leis, regulamentos, capacidades de execução e outros. A governança privada inclui os costumes sociais que determinam o comportamento aceitável do mercado, padrões profissionais e códigos de

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ MICHAELS, Ralf. The mirage of non-state governance. *Utah Law Review*, v. 201, n.01, 31-45, 2010, p.34

¹³⁶ Ibidem

¹³⁷ Kersbergen e Waarden destacam em seu trabalho uma interessante tabela que aponta o nome dado ao tipo de Governança Global, a área de conhecimento onde a mesma é usada e traça suas principais características. Vejamos: Boa Governança / Desenvolvimento Econômico / Criado pelo Banco Mundial, dizia respeito a reformas dos gastos do setor público; Governança sem governo I / Relações Internacionais / “Governança como um sistema de regras, as finalidades de toda coletividade, que sustentam os mecanismos criados para garantir segurança, prosperidade, coerência, estabilidade e continuidade” (Rosenau, 2000: 171). Estes mecanismos são cada vez mais encontrados nas coletividades internacionais; Boa Governança / Desenvolvimento Econômico / Criado pelo Banco Mundial, dizia respeito a reformas dos gastos do setor público; Governança Corporativa / Business / Governança pensada a partir da melhoria do *accountability* (transparências de gestão); Boa Governança Pública - New Public Management / Administração Pública / Boas práticas e “boa governança” nas organizações públicas. Aproximação dos conceitos de gestão em administração de empresas para o setor público; Governança e Redes / Políticas Públicas, Economia Industrial, Estudos das Organizações, Economia Política / Destaque para a concepção de governança como formas pluricêntricas de decisão, controle e execução de ações. Apresenta um contraste com formas “multicêntricas” (mercado), e formas hierárquicas (Estado). Enfoque nas negociações; Governança e Redes III: Governança Privada / Economia Industrial, Estudos das Organizações, Negócios / Trata da cooperação de firmas em redes, da integração para fomentar processos de inovação e cooperação entre firmas e governos para a criação de instituições positivas para os negócios.

Kersbergen, Kees van, and Frans van Waarden. 2004. “‘Governance’ as a Bridge between Disciplines: Cross-disciplinary Inspiration Regarding Shifts in Governance and Problems of Governability, Accountability and Legitimacy.” *European Journal of Political Research* 43 (2). Wiley Online Library: 143–71. Apud RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. A Regulação privada no contexto da governança global. Artigo apresentado no IX Workshop “Empresas, empresários e sociedade” UFF – Niterói, Rio de Janeiro – 01 a 03 de Setembro de 2014. p. 7

conduta, acordos de negociação coletiva que definem as obrigações das empresas em relação aos trabalhadores e outras instituições não governamentais¹³⁸, até mesmo contratos¹³⁹.

Por governança, deve-se entender as instituições, governamentais e não governamentais, a nível nacional ou internacional, que incentivam e restringem o comportamento dos mercados e dos atores do mercado. Esse conceito se estende aos mecanismos de comando e controle dos sistemas sociais, incluindo a iniciativa privada, e não inclui necessariamente autoridade legal ou política¹⁴⁰, mas sim uma autoridade em sentido amplo.

A governança global se relaciona com a natureza interdependente da tomada de decisão e a tentativa dos vários atores de administrar ou produzir respostas mais ordenadas a problemas comuns¹⁴¹, pode ser conceituada ainda como sendo “*qualquer processo ou instituição de construção de políticas, que auxiliam a gerenciar a interdependência internacional*”, em assuntos como: negociação por Estado-nação, levando a um tratado; criação de normas por organismos internacionais em apoio à implementação de um tratado; resolução de controvérsias no âmbito das organizações internacionais; desenvolvimento de códigos de conduta; entre outros¹⁴².

Essa ordem de governança global é caracterizada por um universo estável de objetos de regulação em torno dos quais sistemas de governança se multiplicam e em que a lei é apenas um dos vários sistemas de governança que tem impacto na organização da atividade humana e comunitária¹⁴³.

Nesse sentido, a governança global seria tida como “*an alternative to government in the sense that it was more encompassing: it included non-state actors in addition to state actors,*

¹³⁸ GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. P. 3

¹³⁹ VANDENBERGH, Michael P. The New Wal-Mart Effect: the role of Private Contracting in Global Governance. 54 UCLA L. Rev. 913 2006-2007

¹⁴⁰ ADEYEYE, Adefolake. *The Role of Global Governance in CSR*. Santa Clara Journal of International Law. 147 (2011). P. 150

¹⁴¹ MISHRA, Vivek Kumar. The Role of Global Civil Society in Global Governance. Beijing Law Review, 2012, 3, 206-212 P. 209

¹⁴² ESTY, Daniel C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. New Haven Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 428, 2006, p. 1497. Apud CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. Governança Global e Direito Internacional Privado Contemporâneo. IN Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017. p.128

¹⁴³ BACKER, Larry Cata. Regulating Multinational Corporations: *Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p 1

*and it included additional tools to that of top-down regulation*¹⁴⁴. Ou a governança como “*efforts to bring more reliable and orderly responses to social and political issues that go beyond the capacities of states to address individually*”¹⁴⁵.

A governança global também pode ser conceituada como “*an analytic concept that builds on and expands prior neoliberal theories of international regimes or globalization*”¹⁴⁶.

As forças da globalização, em geral, são desiguais. Às vezes descontínuas, e até contraditórias, porque envolvem uma pluralidade de ordens reguladoras, formas legais e sujeitos de direito, operando de forma subnacional, nacional, regional, internacional e transnacional¹⁴⁷.

Raphael Vasconcelos assinala essa fragmentação não se resume apenas à atividade legiferante repartida entre diversas ordens legais temáticas, mas também se refere à pluralidade de fontes existentes¹⁴⁸.

Exemplos de governança a nível local incluem uma cooperativa de bairro formada para instalar e manter um cano de água tratada, um município que opera um esquema de reciclagem de resíduos, um organismo multiurbano que desenvolve um plano de transporte integrado junto com grupos de usuários, uma bolsa de valores se regulando com a supervisão do governo estatal e uma iniciativa regional de agências estatais, grupos industriais e residentes para controlar o desmatamento¹⁴⁹. A nível global, a governança foi vista principalmente como relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida como envolvendo também organizações

¹⁴⁴ MICHAELS, Ralf. The mirage of non-state governance. *Utah Law Review*, v. 201, n.01, 31-45, 2010, p.34

¹⁴⁵ GORDENKER, L.; WEISS, T. G. *Pluralizing Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions*. In: T. G. Weiss and L. Gordenker, Eds., *NGOs the UN and Global Governance*, Boulder, 1996.

¹⁴⁶ MEYER, W. H. Indigenous Rights, Global Governance, and State Sovereignty. *Human Rights Review*, Vol. 13, No. 3, 2012, pp. 327-347. P.

¹⁴⁷ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 20

¹⁴⁸ VASCONCELOS, Raphael Carvalho De. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*. Editora Arraes. 2016. p. 96.

¹⁴⁹ Os primeiros esforços para estabelecer e monitorar padrões voluntários nos Estados Unidos foram motivados, literalmente, por desastres/acidentes. Eles foram respostas a percalços industriais na arena ambiental. Após o incidente da *Three Mile Island* em 1979, a indústria de energia nuclear dos EUA criou o *Institute of Nuclear Power Operations*, uma organização que avalia em particular a indústria através da provisão de padrões e inspeções. Da mesma forma, o acidente de Chernobyl de 1986 provocou um punhado de associações de energia nuclear dos Estados Unidos e da Europa para criar a *World Association of Nuclear Operators*. E a iniciativa *Responsibility Care* da indústria química surgiu no Canadá e depois nos Estados Unidos após o desastre de 1984 que matou cerca de 2.500 pessoas e feriu muito mais em uma subsidiária da Union Carbide em Bhopal, na Índia. Em abril de 2001, as associações da indústria química em 46 países adotaram a iniciativa, que promove a melhoria no meio ambiente, saúde e desempenho de segurança para a indústria. Com o passar do tempo, no entanto, os arranjos de certificação tornaram-se mais pró-ativos e preventivos, com as ONGs não aguardando mais acidentes, mas sim buscando falhas corporativas em andamento. FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

não governamentais (ONGs), movimentos civis, corporações transnacionais e o mercado global de capitais¹⁵⁰.

A Comissão sobre Governança Global da ONU observa a governança global como um processo amplo, dinâmico e complexo de tomada de decisão interativa que está em constante evolução e responde às mudanças conjunturais econômicas ou políticas¹⁵¹.

Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest¹⁵².

O Banco Mundial define governança como “*the process through which state and nonstate actors interact to design and implement policies within a given set of formal and informal rules that shape and are shaped by power*”¹⁵³.

Os sistemas de governança desempenham pelo menos três funções em relação aos mercados: (i) as instituições de facilitação (*facilitate governance*) desempenham um papel crucial na simplificação da operação dos mercados, estabelecendo direitos de propriedade, aplicando contratos, estabelecendo regras de concorrência leal, fornecendo informações, dentre outras. A governança facilitadora permite que os mercados se formem, criem empregos, atraiam investimentos e promovam a atividade econômica¹⁵⁴; Nenhum mercado, mesmo o mais primitivo, pode operar fora de algum contexto institucional, portanto, (ii) as instituições de regulação (*regulatory governance*) são necessárias para regular as externalidades negativas das transações do mercado privado. Sem restrições (ou incentivos), os mercados explorariam e poriam em perigo os trabalhadores, poluindo o meio ambiente e acabando com os recursos naturais, geram outras externalidades negativas; (iii) as instituições de compensação

¹⁵⁰ Our Global Neighborhood. Report of the Commission on Global Governance. The Concept of Global Governance. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>> . Consultado em 23 Jun 17.

¹⁵¹ Our Global Neighborhood. Report of the Commission on Global Governance. The Concept of Global Governance. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>> . Consultado em 23 Jun 17.

¹⁵²Ibidem.

¹⁵³World Bank Group. 2017. *World Development Report 2017 : Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank. © World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25880>> License: CC BY 3.0 IGO.> Acessado em 30 jun 17. p. 3

¹⁵⁴ MAYER, Frederick ; PICKLES, John. Re-embedding governance: global apparel value chains and decent work. Vol.150 of the International Labour Review. Capturing the Gains Working Paper 1, p. 2

(*redistributive governance*) desempenham um papel crucial na limitação e mitigação dos impactos desiguais dos mercados. Seguro social, cuidados de saúde, educação pública e reciclagem, sistemas fiscais progressivos e outras políticas de bem-estar social servem para moderar a tendência dos mercados em relação a resultados altamente díspares¹⁵⁵.

A governança global raramente é monopolística e, muitas vezes, interage com outras regras, internacionais ou transnacionais, sob a forma de regimes sobrepostos, entrelaçados ou em interseção. Também pode interagir com as regras domésticas, porque muitas instituições de governança global explicitamente se vinculam às leis, regulamentos ou padrões nacionais¹⁵⁶.

Importante destacar que os estudos de governança global buscam superar os limites dos estudos de regimes internacionais, tornando possíveis análises que consideram “*a atuação de atores não estatais e da influência exercida por mecanismos internacionais que não sejam decorrentes da coordenação entre os atores, como o processo de difusão*”¹⁵⁷. Tal processo de difusão pode ser demonstrado quando os Estados adotam normas globais na tentativa de se adaptar ao novo cenário global¹⁵⁸.

Os regimes internacionais representam mecanismos para resolver problemas entre diferentes atores na política mundial, mecanismos que “*give rise to social practices, assign roles to the participants in these practices, and govern their interactions*”¹⁵⁹.

Para Krasner, regimes internacionais são instituições que possuem normas, regras de decisão e procedimentos que facilitam a convergência de expectativas¹⁶⁰, definidos como “*sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations*”¹⁶¹.

Para Keohane e Nye, regimes internacionais são “*sets of governing arrangements [that include] networks of rules, norms, and procedures that regularise behaviour and control its effects*”¹⁶².

¹⁵⁵ GEREFFI, Mayer. Op. Cit. P. 3-4

¹⁵⁶ BERNSTEIN, Steven. When is non-state global governance really governance?. 2010 Utah L. Rev. 91 2010. P. 97

¹⁵⁷ FARIA, Amanda de Oliveira. Governança Global: *Uma análise da influência de mecanismos internacionais de combate à corrupção*. 2012. 147 f. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais) Instituto de Relações Internacionais. Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2012, p. 6

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Idem, p.5.

¹⁶⁰ KRASNER, Stephen D. International Regimes. Cornell University Press, 1983. P. 2

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² KEOHANE, Robert Owen; NYE, Joseph S. Power and interdependence: *world politics in transition*. Little Brown.1977. p. 19

Embora o conceito de regimes internacionais seja considerado vago, a concepção mais comum de regimes internacionais combina elementos de realismo¹⁶³ e liberalismo¹⁶⁴. Os Estados são considerados os atores principais, e são vistos como unidades autônomas maximizando seus próprios interesses em um contexto anárquico. Os regimes são arranjos institucionais cujos membros são Estados¹⁶⁵.

Os regimes não desempenham um papel em questões em que os Estados podem realizar seus próprios interesses diretamente através de uso unilateral de sua influência¹⁶⁶. Em vez disso, os regimes existem para superar dilemas coletivos, coordenando os comportamentos dos Estados. Embora os Estados continuem a buscar seus próprios interesses, eles criam estruturas para coordenar o seu próprio interesse. Assim, os regimes ajudam a tornar possível a cooperação dentro de um sistema internacional baseado na anarquia.

Não há que se confundir, portanto, regimes internacionais com governança global. Os regimes se referem apenas a uma única esfera e a governança tem caráter geral. Enquanto os regimes internacionais se preocupam com um determinado problema, a governança global tenta abordar todos os principais problemas mundiais. Os regimes internacionais são vistos como um meio para alcançar a governança global.

De acordo com os Realistas, a noção de regimes internacionais é muito mais restrita e a idéia de governança global é idealista. Já os institucionalistas neoliberais, afirmam que a governança global pode ser entendida como governança através de regimes de cooperação e os

¹⁶³ Os Realistas se concentram nas relações de poder. Eles afirmam que as Relações Internacionais sempre foram e sempre serão baseadas no equilíbrio entre diferentes poderes. Existem cinco principais pressupostos Realistas. Primeiro, as RI são conduzidas pela anarquia, o que significa que não há autoridade central acima dos Estados. Segundo, todos os Estados têm capacidade militar ofensiva. Em terceiro lugar, eles nunca estão certos sobre as intenções de outros países. Em quarto lugar, o instinto de sobrevivência é o motivo mais básico. Em quinto lugar, os Estados têm uma estratégia à medida que pensam sobre como sobreviver. Três principais padrões de comportamento resultam disso: Estados temem um ao outro, seu objetivo principal é garantir sua própria sobrevivência e eles tentam maximizar seus ganhos relativos. Portanto, o Realismo é focado principalmente em questões de segurança. Ele considera a economia como marginal. Uma cooperação simples já é difícil no mundo realista, não é possível cogitar sobre governança global. MEARSCHHEIMER, John. *The False Promise of International Institutions*, *International Security* 19 (3), 1995, 5-49.

¹⁶⁴ Os institucionalistas liberais argumentam que a política mundial pode ser dividida em dois domínios diferentes que são política econômica e segurança. Esses dois reinos estão relacionados porque a cooperação econômica (que é potencializada pelas instituições econômicas) deve levar à estabilidade internacional. Geralmente, os neoliberais acreditam que as regras podem levar a quatro grandes mudanças. Primeiro, elas podem aumentar o número de transações. Em segundo lugar, elas podem ser estendidas a outras áreas problemáticas. Em terceiro lugar, pode haver uma quantidade crescente de informações. Em quarto lugar, pode levar a uma redução dos custos de transação. MEARSCHHEIMER, John. 1995. *The False Promise of International Institutions*, *International Security* 19 (3), 1995, 5-49, p.19.

¹⁶⁵ HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. *Theories of International Regimes*, Cambridge: Cambridge: Cambridge University Press 1997, p.10-11.

¹⁶⁶KEOHANE, Robert Owen; NYE, Joseph S. *Power and interdependence: world politics in transition*. Little Brown.1977.

regimes de cooperação são vistos como um conjunto de instituições que devem levar a uma governança global.

Historicamente, é possível identificar pelo menos três modos de governança global: (1) regimes internacionais “abrangentes e integrados” (Nações Unidas; FMI); (2) Arranjos Institucionais por meio de regimes internacionais “complexos” (Mudanças climáticas; Energia; Anticorrupção); e (3) governança “experimental” (surge da eventual ineficiência dos modos anteriores)¹⁶⁷.

O primeiro modo de governança envolve a criação de regimes internacionais “abrangentes e integrados”. Tentativas de criação de instituições desse tipo foram feitas nos anos seguintes à Primeira Guerra Mundial, mas o modelo somente se concretizou com a criação das Nações Unidas e suas agências especializadas, junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), no final de Segunda Guerra Mundial. O regime monetário de Bretton Woods (1958-1971) é uma instituição clássica desse primeiro modo de governança global, dominada por Estados com regras claras para as taxas de câmbio e suas alterações. Porém, também foram criados regimes para governança oceânica, transporte aéreo, segurança alimentar e uma grande variedade de outras áreas problemáticas¹⁶⁸.

Os regimes internacionais do primeiro modo são caracterizados como um modelo baseado na relação agente/principal: os principais são os Estados ou as coalizões de Estados que são considerados como diretores que criam regimes internacionais para atuarem como seus agentes na tentativa de abordar e resolver problemas de governança entendidos previamente como sendo decorrentes da interdependência. Os Estados acreditam que eles entendem claramente os problemas e os definem antecipadamente. A resolução de tais problemas é delegada aos agentes, as organizações internacionais, que devem solucioná-los de acordo com as regras específicas que elas são obrigadas a seguir¹⁶⁹. A adoção desse tipo de regime visa a facilitar a coordenação e a redução de custos de executar e fazer cumprir o acordo, gerando informações sobre ações atuais e prováveis ações futuras¹⁷⁰.

¹⁶⁷DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. New modes of pluralist global governance. 45 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 723 2012-2013, p. 729.

¹⁶⁸Ibidem.

¹⁶⁹ A Conferência do Rio, em 1992, que estabeleceu a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), exemplificou o impulso de estabelecer novos regimes internacionais específicos de questões, estimulando a discussão de como tal regime climático estaria vinculado a regimes de comércio internacional, silvicultura, e transporte. DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. Op. Cit., p. 730

¹⁷⁰ DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. Op. Cit., p. 730

Quando o sistema das Nações Unidas foi criado, os Estados-nação, alguns deles com poderes imperiais, dominavam. A fé na capacidade dos governos para proteger os cidadãos e melhorar suas vidas era forte. O mundo estava focado na prevenção de uma terceira guerra mundial e em evitar outra crise global. Assim, o estabelecimento de um conjunto de instituições internacionais e intergovernamentais para garantir a paz e a prosperidade foi um desenvolvimento lógico e bem-vindo¹⁷¹.

A partir de meados da década de 1990, os padrões de institucionalização mudaram. Os regimes internacionais recentemente construídos com base no primeiro modo de governança receberam menos apoio universal. O Tratado de Minas Terrestres e o Estatuto de Roma que institui o Tribunal Penal Internacional foram empurrados, em grande parte, pelos Estados europeus, sem o apoio dos Estados Unidos. Os esforços para fazer novas regras para o comércio internacional sob os auspícios da OMC entraram em colapso; Um esforço contínuo para construir um regime abrangente de mudança climática, manifestado pela criação da Convenção-Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas (UNFCCC) no Rio, em 1992, também falhou¹⁷².

O período posterior a 1995, portanto, testemunhou a estagnação ou o colapso das tentativas de desenvolver novos regimes internacionais abrangentes e integrados de primeiro modo, a fragmentação dos estabelecidos pôs em cheque a sua autoridade¹⁷³.

Em uma sociedade global conectada pela internet e as mídias sociais derivadas dela, as conexões entre os atores estão transformando as relações na política mundial. Por exemplo, os atores agora geralmente têm autoridade porque outros atores os consideram como legítimos criadores de regras e, portanto, aderem a elas. Jessica Green desenvolveu o conceito de “autoridade empresarial”¹⁷⁴, o qual será mais aprofundado no capítulo sobre Autoridade Privada, onde destaca a construção de autoridade por atores da sociedade civil (*non-state actors*) sem autorização formal ou delegação de Estados.

Algumas autoridades emergentes são “orquestradas”, no sentido de que elas são apoiadas e coordenadas por organizações internacionais existentes (muitas vezes, do Primeiro

¹⁷¹ Our Global Neighborhood. Report of the Commission on Global Governance. The Concept of Global Governance. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>> . Consultado em 23 Jun 17.

¹⁷² DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. Op. Cit., p. 733

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 734

Modo), buscando ampliar a governança além do ponto de acordo do Estado ou aprofundar a aplicação de regras envolvendo outras organizações e atores¹⁷⁵¹⁷⁶.

A inércia das instituições estabelecidas era uma condição prévia para grande parte dessa inovação. Os regimes internacionais são difíceis de mudar. Assim, mesmo que as circunstâncias sociais e políticas mudem, muitas vezes a um ritmo acelerado, os regimes não desaparecem, nem são radicalmente reformados. Em vez disso, suas regras persistem, e eles vão ficando cada vez mais obsoletos¹⁷⁷.

No Modo Dois de governança global, as instituições respondem a essa lacuna. Antigos regimes internacionais são incapazes, quando as prioridades do Estado são diversas, para lidar com mudanças rápidas. O resultado pode ser a formação de outros arranjos institucionais que não estão intimamente ligados aos regimes existentes¹⁷⁸.

Este processo gera lacunas significativas entre as capacidades das instituições existentes e as demandas de ação coletiva de alguns Estados membros ou de coligações transnacionais ou transgêneros. Os Estados mantêm a soberania, mas os governos sofreram uma erosão na sua autoridade. Eles estão menos capazes, por exemplo, de controlar o movimento transfronteiriço de dinheiro ou informações¹⁷⁹.

A inércia institucional e a dispersão do poder e dos interesses levaram, deste modo, ao surgimento de uma variedade de mecanismos de governança, incluindo regime complexos e vários arranjos de governança internacionalmente orquestrados. Um regime complexo é definido “*como uma série de instituições parcialmente sobrepostas e não hierárquicas que governam uma área de questão específica*”¹⁸⁰. Os regimes complexos foram identificados nas áreas de mudanças climáticas, energia, propriedade intelectual e anticorrupção¹⁸¹.

¹⁷⁵ DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. Op. Cit. p. 734

¹⁷⁶ Um exemplo citado pelos autores é as parcerias publico-privadas

¹⁷⁷ Ibidem. p. 735

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Our Global Neighborhood. Report of the Commission on Global Governance. Globalization. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>> . Consultado em 23 Jun 17.

¹⁸⁰ Kal Raustiala & David G. Victor, *The Regime Complex for Plant Genetic Resources*, 58 INR'L ORG. 277, 279(2004). Apud DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. *New modes of pluralist global governance*. 45 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 723 2012-2013, p. 735

¹⁸¹ DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. Op. Cit. p. 735

Ao contrário dos regimes legais tradicionais cujas normas são aplicadas através de sistemas centralizados de sanções, as normas emergentes de *soft-law* da governança econômica global dependem de mecanismos de execução descentralizados¹⁸².

A literatura de governança global enfatiza a importância da legitimidade como principal fonte de *compliance* na governança global¹⁸³. A legitimidade não deve ser confundida com o poder coercitivo de impor as regras, uma vez que a governança global pode ocorrer sem a existência de formas coercitivas de poder próprias do Estado. Outras considerações acerca da legitimidade serão feitas especificamente para a governança global exercida pelas autoridades privadas no capítulo seguinte, uma vez que o foco desta tese é a governança exercida por atores privados.

O Modo Três de governança é chamado de experimental. Nesse tipo de governança, os atores sabem amplamente quais os resultados que eles desejam – como um meio-ambiente mais limpo, proteção de golfinhos e pescaria de atum sustentável, ou arranjos que incluem e capacitam as pessoas com deficiência, respeitando sua autonomia. Todavia, inicialmente não tem certeza sobre como obter esses resultados. Essa diferença é fundamental na compreensão de quais regras serão usadas em cada modo. No Modo Um e às vezes Modo Dois, as instituições visam criar regras precisas, vinculativas e definitivas para dar cumprimento às suas preferências políticas. As instituições experimentais de Modo Três, conscientes dos limites atuais e talvez persistentes de sua previsão, estabelecem metas provisórias e estabelecem procedimentos para revisá-las periodicamente com base na revisão e na experiência diversa dos atores que tentam concretizá-los¹⁸⁴.

Ao fornecer essas premissas, nos capítulos a seguir adentrar-se-á na governança privada.

¹⁸² JACKSON, Kevin T. Global Corporate Governance: *soft-law and reputational accountability*. 35 Brook. J. Int'l L. 41 2010. P.

¹⁸³ FRANCK, Thomas M. The Power of legitimacy among nations. 24 (1990); HURD, Ian. Legitimacy and Authority in International Politics, 53 INT'L ORG. 379, 383-85 (1999). ROSENAU, James N. Distant Proximities: Dynamics beyond globalization 308 (2003).

¹⁸⁴ DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. Op. Cit. p. 743

1.3.1 Governança privada

No capítulo anterior, destacou-se que os sistemas de governança global podem ser públicos, ou seja, de governo, ou privados, estes caracterizados pela existência de uma autoridade não estatal ou híbrida. Eles podem ser realizados por meio de regimes internacionais ou não. Sob esse prisma, tomemos o exemplo típico de códigos de conduta: existem códigos estabelecidos pelos Estados, por organizações internacionais (por exemplo, o Pacto Global da ONU), e também por empresas, por ONGs ou mesmo por atores privados ditos especializados. Assim, a sociedade global não é caracterizada por um estado de anomia. Pelo contrário, caracteriza-se por ser uma sociedade onde as normas surgem de todos os lugares, promulgadas por reguladores públicos ou privados¹⁸⁵.

Nesse capítulo, abordar-se-á os principais aspectos da governança privada¹⁸⁶, onde as TNCs estão no centro desta complexa espécie de governança fora do Estado, da *hard law* e de regimes de direito estatal, embora o Estado, possa ser entendido, também, como um ator central na compreensão do funcionamento da regulação por meio de atores privados, pois os Estados podem tornar os atores privados seus agentes (autoridade privada delegada - *de jure*)¹⁸⁷.

A governança privada é exercida principalmente por meio de regulação. A regulação melhora a concorrência global ao minimizar os custos de negociação e aplicação dos contratos, como padrões privados, *soft law* e resolução de litígios privados através de arbitragem comercial internacional é preferida à leis mais dispendiosas e processos públicos judiciais¹⁸⁸.

A regulação privada também recebe o nome de *Private International Standard-Setting, Global Business Regulation, Environmental and Social Standards, Non-State Market Driven Governance Systems (NSMD), Social Regulations of the Global Market, Private International Regimes, Regulatory Standard Setting (RSS)*, entre outros, como sendo novas formas de governança transnacional¹⁸⁹.

¹⁸⁵ FRYDMAN, B. A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012. P 12

¹⁸⁶ As fases de pesquisa sobre governança se concentraram nos diferentes relacionamentos de autoridade: (a) primeiro em atores privados como intermediários entre Estados e resultados políticos; (b) posteriormente nas parcerias público-privadas; e, (c) mais recentemente, os atores privados como sendo criadores de regras e normas privadas. PATTERB, P. Private Governance and the South: *Lessons from Global Forest Politics*. Third World Quarterly 27 (4): 579-93. 2006.

¹⁸⁷ GREEN, Jessica F. Private Rules, Public Goods. Opinion. REGBLOG. IN: <<http://www.regblog.org/2014/02/17/17-green-private-authority/>> Publicado em 17 fev 2014. Consultado em: 01 Mar 2017

¹⁸⁸ CUTLER, Claire A. Op. Cit. (2003). p. 29

¹⁸⁹ RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. Op. Cit. p. 12-13

Nesse sentido, a regulação privada pode ser entendida como uma forma específica de governança, ou seja, um conjunto de regras emanadas por uma autoridade, frequentemente acompanhadas por uma instituição administrativa para monitorar e realizar o *compliance*¹⁹⁰.

A governança privada assume muitas formas: (i) normas que regem uma vasta gama de questões ambientais, trabalhistas, de saúde, de produtos e outros assuntos; (ii) Códigos de conduta¹⁹¹ promulgados por corporações¹⁹², associações industriais¹⁹³ e organizações não governamentais; (iii) Selos de certificação¹⁹⁴ decorrentes da demanda dos consumidores por produtos “green” e “comércio justo”¹⁹⁵, atendendo a uma crescente necessidade de uniformização de *standards*¹⁹⁶ para tornar as economias e os produtos competitivos¹⁹⁷; e até (iv) a auto-regulação por corporações sob a bandeira da responsabilidade social corporativa (CSR)¹⁹⁸.

¹⁹⁰ BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. 1998. *A Reader on Regulation*. Oxford University Press. Apud RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. Op. Cit. P. 8

¹⁹¹ Códigos de conduta unilaterais constituem cerca de 80% dos regimes transnacionais privados. STELZ, Bernhard. *Codes of Conduct*. Arbeitim Betrieb 2001, pp. 149 et sqq., at p.150. Apud GLINSKI, Carola. *Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II*. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 545

¹⁹² Levi Strauss & Co. emitiu um código de conduta em 1991, e outros gigantes da indústria de vestuário, como Liz Claiborne, Nike, Reebok e Gap Inc. logo seguiram. Esses códigos incluíam proibições sobre trabalho infantil e trabalho escravo, garantias de não discriminação no local de trabalho, respeito pela legislação nacional prevalecente e remuneração “decente” ou acima do salário mínimo local. FOREIGN POLICY. Disponível em: <<http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>>

¹⁹³ As associações industriais e outros grupos desenvolveram políticas similares: por exemplo, a International Federation of Football Association (FIFA) criou um programa de licenciamento em 1996 para evitar que membros usassem bolas de futebol com trabalho infantil. FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

¹⁹⁴ A certificação surgiu em resposta a exposições contra as principais empresas de marcas que utilizam contratados internacionais e subcontratados, como Wal-Mart Stores em Honduras e Bangladesh, The Walt Disney Company no Haiti, Mattel na China, Nike na Indonésia, JC Penney Company e Kmart Corporation na Nicarágua, e Liz Claiborne Inc. e Gap Inc. em El Salvador. Os abusos mais típicos incluem salários abismalmente baixos, uso do trabalho infantil, maus tratos de trabalhadores femininos e a supressão dos sindicatos. FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

¹⁹⁵ Uma grande parte dos padrões contábeis, de qualidade, de segurança, sociais e ambientais que regulam a economia global é definida e monitorada por associações e redes privadas ou híbridas. SCHEPEL, Harm. *Rules of Recognition: a legal constructivist approach to transnational private regulation*. In: Muir Watt, Horatia and Fernandez Arroyo, Diego P., eds. *Private International Law and Global Governance*. Oxford University Press, Oxford, pp. 201-210. ISBN 978-0198727620

¹⁹⁶ Isso inclui International Organization for Standardization (ISO), a International Accounting Standards Board (IASB), and os membros da International Social and Environmental Accreditation and labeling Alliance (ISEAL), entre eles o Forest Stewardship Council, a Rainforest Alliance, a Marine Stewardship Council, e a Fair Trade Labelling Organization.

¹⁹⁷ GLINSKI, Carola. *Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II*. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 545

¹⁹⁸ MAYER, Frederick; GEREFFI, Gary. *Regulation and Economic Globalization: Prospects and Limits of Private Governance*. Business and Politics: Vol. 12 : Iss. 3, Article 11, 2010. Disponível em <<http://www.bepress.com/bap/vol12/iss3/art11> DOI:10.2202/1469-3569.1325> p. 1

Por sua vez, ganham importância as várias formas de regulação privadas (transnacionais), incluindo a regulamentação privada de bens públicos, como as preocupações em matéria de saúde e segurança, as condições de trabalho e meio-ambiente¹⁹⁹, e a agenda anticorrupção. A certificação²⁰⁰, por exemplo, apareceu como sendo de uso de quase todas as principais empresas visadas por ambientalistas, incluindo as dos setores químico, café, produtos florestais, petróleo, mineração, energia nuclear e transporte, além de ter bastante presença nas indústrias de vestuário, diamantes, calçados e brinquedos, para citar algumas.

Uma pesquisa recente da OCDE listou 246 códigos de conduta corporativos, enquanto a *Global Reporting Initiative*²⁰¹ estima que mais de 2.000 empresas relatem voluntariamente seus aspectos sociais, ambientais, econômicos, e de *performance*²⁰².

Outra dimensão da governança privada por contrato pode ser exemplificada pelo poder exercido por associações privadas através do desenvolvimento de leis modelo e contratos-tipo que têm uso generalizado no comércio global reflete a dimensão de sua autoridade. Por exemplo, a *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) é uma organização privada formada por bancos de investimento e escritórios de advocacia na década de 1980 e tornou-se a instituição mais importante que regula o comércio de derivativos. A ISDA

¹⁹⁹ GLINSKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 545

²⁰⁰ A First-party certification é a variedade mais comum, pelo que uma única empresa desenvolve suas próprias regras e relatórios sobre conformidade/compliance. Por exemplo, o credo da empresa Johnson & Johnson escrita pelo general Robert Wood Johnson em 1943, que ajudou a empresa durante as crises do Tylenol® da década de 1980, agora inclui preocupações ambientais e sociais; A *Second-party certification* envolve uma indústria ou associação comercial formando um código de conduta e implementando mecanismos de relatórios. O programa Global Responsible Care® da indústria química fornece um exemplo adequado. Durante os primeiros anos da iniciativa nos Estados Unidos, a *Chemical Manufacturers Association* (agora conhecida como *American Chemistry Council*) desenvolveu princípios e códigos ambientais, de saúde e de segurança, exigiu que as empresas participantes apresentassem relatórios de implementação e relatassem o progresso agregado da indústria; A *Third-party certification* envolve um grupo externo, muitas vezes uma ONG, impondo suas regras e métodos de conformidade a uma determinada empresa ou indústria. O *Council on Economic Priorities* (CEP), ONG pioneira de Nova York, coletou dados sobre atividades corporativas desde sua criação em 1969 e publica relatórios sobre o comportamento corporativo. O CEP (renomeado para *Center for Responsibility in Business*) criou uma agência de credenciamento que criou padrões auditáveis e um processo de credenciamento independente para a proteção dos direitos dos trabalhadores, denominado *Social Accountability 8000* (SA8000). A partir de abril de 2001, o grupo certificou 66 instalações de fabricação em todo o mundo que fazem principalmente brinquedos e roupas como compatíveis com SA8000; A *Fourth-party certification* envolve agências governamentais ou multilaterais. O Pacto Global das Nações Unidas, por exemplo, enumera os princípios ambientais, trabalhistas e de direitos humanos para as empresas a seguir. As empresas participantes devem enviar atualizações on-line sobre o progresso para que as ONGs examinem. FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

²⁰¹ *Global Reporting Initiative* é uma organização dedicada à padronização de relatórios de sustentabilidade corporativa

²⁰² FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

desenvolveu o *Master Agreement*, que é o contrato comumente usado para contratação de derivativos²⁰³²⁰⁴.

Verifica-se, portanto, que no estado de anarquia relativa em que a sociedade global se desenvolve, a capacidade de propor e estabelecer regras não está mais limitada a uma autoridade estatal, parlamentos nacionais e às instituições governamentais, nem mesmo às organizações internacionais. De fato, não há monopólio sobre o poder de promulgar regras e impô-las para outros, nem há regras ou procedimentos para decidir entre regras concorrentes, especialmente no caso das regras de natureza privada. Segue-se que todos os atores envolvidos tentam produzir, endossar e aplicar por si mesmos as regras que melhor lhes correspondem²⁰⁵.

A esse respeito, embora o ambiente global possa ser anárquico e comparado ao estado de natureza, esse estado de natureza não é um espaço apenas da luta pela vida (como nos contava Hobbes) ou de uma competição por recursos escassos (como na teoria econômica), é também uma arena para a “luta pelo poder de regular”²⁰⁶²⁰⁷.

Os processos econômicos próprios da globalização no estágio atual, destacados anteriormente, alteraram de forma definitiva a oferta e demanda por regulação²⁰⁸, *regulatory globalization*.

²⁰³ A ISDA define padrões regulatórios que regem os swaps de juros e de divisas, identificando os atores responsáveis pela criação e aplicação das regras contratuais que regem os mercados de derivativos e a competência para a solução de controvérsias. Além disso, este Master Agreement internacionaliza a lei nacional dos EUA ou do Reino Unido como lei aplicável a solução de controvérsias advindas dos contratos, forçando aqueles que a assinam a escolher entre apenas esses dois estatutos vigentes. Sustenta-se que os contratos de derivativos facilitam o comércio através da redistribuição do risco e são utilizados para proteger contra riscos ou assumir riscos de investimento especulativo. O Master Agreement estipula a distribuição de perdas por inadimplência de crédito e prevê regras que regem a resolução de controvérsias. Fornece as condições para a ocorrência do inadimplemento de crédito e também estipula as consequências do inadimplemento. Este importante papel é desempenhado pelo ISDA Determination Committee, um corpo privado de financiadores e advogados, que tem o objetivo de determinar quando ocorreu um inadimplemento (default) e realizar a distribuição dos prejuízos entre as partes. A ISDA e seu Determination Committee desempenham funções de governança central cruciais e exercem poderes compulsórios, institucionais, constitutivos, produtivos e discursivos compulsórios. Eles determinam quem obtém o que de maneira mais material ao estabelecer e aplicar as regras e padrões que governam a contratação de derivativos. CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p 16-17

²⁰⁴ CUTLER destaca que, o Determination Committee da ISDA foi criticado durante a crise grega por sua falta de *accountability* e por conflitos de interesse entre os membros do *Determination Committee* de se o padrão ou não do default quanto o pagamento havia ocorrido. Parece que o *Determination Committee* foi composto por membros que se beneficiariam diretamente da reestruturação em consequência da constatação de inadimplência (default) e, assim, se beneficiaram diretamente dessa descoberta, em detrimento de muitos investidores que tiveram grandes perdas como resultado. CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p 18

²⁰⁵ FRYDMAN, B. A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012. P 12

²⁰⁶ A expressão é “*struggle for law*” de R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Vienna, 1872

²⁰⁷ FRYDMAN, B. Op. Cit. p 12

²⁰⁸ VOGEL, David. Private Global Business Regulation. 2008. Annu. Rev. Polit. Sci. 11. Annual Reviews: 261–82. Disponível em: < <https://pdfs.semanticscholar.org/3ed3/259b1aba93d795d4a2e5b1251fb54d977bbf.pdf>>. Acessado em 28 Jun 2017.

Como antecipado, o movimento em direção ao estabelecimento de uma governança privada é melhor visto como uma resposta às pressões sociais geradas pela globalização econômica e pela inadequação das instituições de governança pública em abordá-las.

The growth of private international business regulation can also be understood in the context of increased reliance on regulatory instruments other than command and control to regulate the social conduct of firms²⁰⁹.

Críticas à regulação privada apontam que dentro deste ambiente de governança emergente é possível conceber corporações que podem se regular por meio da organização de suas operações para que estejam sujeitas aos regimes regulatórios estatais de sua escolha. A escolha da empresa reflete muito mais a sua preferência que a imposição da vontade popular através da lei de qualquer Estado-nação²¹⁰²¹¹.

Críticos assinalam que a autoridade privada é motivo de preocupação, essencialmente porque a maioria dos estudiosos assumiu, pelo menos, implicitamente, que os poderes privados não apenas produzem normas e regras de conduta, mas também reivindicam autonomia em face aos Estados-nação. Este pressuposto é central para o argumento de que a legislação privada

²⁰⁹ VOGEL, David. Private Global Business Regulation. 2008. Annu. Rev. Polit. Sci. 11. Annual Reviews: 261–82. Disponível em: < <https://pdfs.semanticscholar.org/3ed3/259b1aba93d795d4a2e5b1251fb54d977bbf.pdf>>. Acessado em 28 Jun 2017.

²¹⁰ BACKER, Larry Cata. Private Actors and Public Governance Beyond the State: *The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order*. Indiana Journal of Global Legal Studies. v. 18, 2011. p. 755

²¹¹ Frank Garcia destaca ainda que por vezes as poderosas transnacionais estão essencialmente se regulando, através das intervenções feitas pelos Estados de suas matrizes que capturados pelo interesse de suas transnacionais influenciam nos órgãos reguladores multilaterais a favor de regulações que privilegiem suas corporações. Nesse esteio, as poderosas transnacionais usam sua alavancagem sobre a regulamentação do Estado de origem e sobre as instituições multilaterais que dominadas por seus Estados de origem, para criar regras que eliminem os riscos legais de suas atividades. Uma vez que as jurisdições do Estado Hospedeiro já enfrentam desafios que exigem ações coletivas quase que intransponíveis para uma regulamentação efetiva de empresas estrangeiras, isso significa que as poderosas empresas transnacionais estão essencialmente se regulando. Isso cria um problema de legitimidade, além dos problemas que as próprias externalidades criam (poluição, custos de assistência social, etc.) para aqueles que os sofrem. Este problema de legitimidade tem dois aspectos. Primeiro, desde que a regulamentação seja controlada por poderosos estados de origem e suas empresas, e o resto do mundo é composto por jurisdições de acolhimento sem o poder de regular efetivamente por si só, a globalização econômica significa que a maior parte do mundo estará sujeita a formas de economia atividade que eles não aceitaram de forma significativa. Sob os princípios liberais da justiça aos quais os poderosos países de origem reivindicam fidelidade, este é um compromisso sério com a legitimidade do sistema regulatório global resultante. Em segundo lugar, o mercado global está atualmente sendo regulado pelos próprios atores do mercado. A globalização, portanto, recria as condições para o capitalismo subjacente ou “ladrão” no nível global. Este modelo de atividade econômica foi rejeitado a nível nacional pelos mesmos estados capitalistas democráticos modernos que atualmente dominam a globalização. Este é um desafio adicional à legitimidade: não existe uma lei de direito efetiva quando os poderosos fazem suas próprias regras. Além disso, Garcia critica que reside aí uma hipocrisia, infelizmente, comum nas relações internacionais: exporta-se o que se rejeita em casa. GARCIA, Frank J. The Moral Hazard Problem in Global Economic Regulation. IALS Conference on The Law of International Business Transactions: *A Global Perspective*. Bucerius Law School Hamburg, Germany 2008. p. 3

pode ser perigosa, uma vez que os poderes privados legislam de forma autônoma e podem ignorar o interesse público. Na verdade, eles legislam de forma autônoma para que eles se tornem uma alternativa aos Estados-nação²¹².

As TNCs, como atores privados, podem desenvolver sistemas de governança autônomos para o gerenciamento de suas operações globais da cadeia de suprimentos, regulando, portanto, através de contratos²¹³. O fenômeno da atuação política internacional das empresas em temas de governança global, em especial na agenda anticorrupção foco desta tese, pode ser ilustrado pelos conceitos de regulação privada e governança privada acima apontados²¹⁴.

Governança transnacional por contrato pode ser entendida com um modo de governança *“that involves a hybrid of private and public international actors, institutions, and sources of law in the coordination of social, economic and political relations across borders through bargaining and agreements between mainly, but not exclusively, private actors”*²¹⁵.

As empresas podem simplesmente buscar ordem na ausência de outras regras, especialmente se ocupam uma posição dominante na indústria²¹⁶. Ou podem exigir regras privadas como forma de antecipar o risco de regulação doméstica ou internacional ou ameaças de pressão ativista, ou mesmo para ganhar pontos em sua reputação²¹⁷, uma vez que, em

²¹² Cunibert aponta que a autoridade privada is cause for concern essentially because most scholars have at least implicitly assumed that private powers do not only produce norms and rules of conduct, but also claim autonomy from nation states. This assumption is central to the argument that private lawmaking might be dangerous. It is because private powers would legislate autonomously that they might be free to ignore the public interest. It is because they would legislate autonomously that they might become an alternative to nation states and, maybe, one day, overcome them. CUNIBERTI, Gilles. *The Merchant who would not be King Unreasoned Fears about Private Lawmaking*. Watt, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). *Private International Law and Global Governance* (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition.

²¹³ BACKER, Larry Cata. *Op. Cit.* p. 756

²¹⁴ RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. *Op. Cit.* p. 7

²¹⁵ ZUMBANSEN, Peer C., *Liberalism's Global Mirror: Worldwide Contracting and 'No Alternative'?* (August 5, 2016). Forthcoming in: A.Claire Cutler & Thomas Dietz (eds.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*; TLI Think! Paper No. 35/2016; King's College London Law School Research Paper No. 2016-41. Disponível SSRN: < <https://ssrn.com/abstract=2835171> > . Acessado 22 Nov 17

²¹⁶ SPAR, Deborah. 1999. *Lost in (Cyber) space: The Private Rules of Online Commerce*. In *Private Authority and International Affairs*, edited by A. Claire Cutler, Virginia Haufler, and Tony Porter, 31– 52. Albany: SUNY Press.; FUCHS, Doris; KALFAGIANNI, Agni. 2010. *The Causes and Consequences of Private Food Governance*. *Business and Politics* 12 (3). Disponível em <<http://www.degruyter.com/view/j/bap.2010.12.3/bap.2010.12.3.1319/bap.2010.12.3.1319.xml?format=INT>>; Green, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance* (p. 38). Princeton University Press. Kindle Edition.

²¹⁷ Garcia-Johnson, Ronie. 2000. *Exporting Environmentalism: US Multinational Chemical Corporations in Brazil and Mexico*. Cambridge, MA: MIT Press.; HAUFLER, Virginia. 2001. *A Public Role for the Private Sector*. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace.; Prakash, Aseem, and Matthew Potoski. 2006. *The Voluntary Environmentalists: Green Clubs, ISO 14001, and Voluntary Environmental Regulations*.

paralelo a emergência dessa economia integrada cresce um forte movimento de justiça global²¹⁸, o qual demanda a atuação conforme preceitos éticos e ambientalmente corretos e sustentáveis.

Assim, experimentos de governança são, por vezes, realizados por atores não estatais como networking, planejamento e ações de combate à corrupção, mas somente isso não é suficiente para o reconhecimento da existência de uma autoridade privada, necessária porque não estão criando regras. A autoridade privada é limitada a instâncias em que os atores não estatais criam regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a conduta dos outros²¹⁹.

A governança ministrada por regimes internacionais privados é diferente da mera cooperação entre atores privados, porque um regime internacional privado, por definição, exige o reconhecimento da legitimidade de longo prazo do sistema de governança²²⁰.

Nesse esteio, existem três elementos constitutivos básicos de governança privada: (i) ela se concentra em regras e regulação, (ii) contém processos de institucionalização além da cooperação e (iii) potencialmente organiza espaços políticos equivalentes aos mecanismos de direção públicos²²¹.

Os regimes internacionais privados são diferenciados de outras formas de governança privada por sua capacidade de criar e orientar com autoridade e de forma estável a governança ao longo do tempo e do espaço, razão pela qual, no capítulo seguinte, tratar-se-á dos requisitos para formação de uma autoridade privada e a sua legitimidade dentro do sistema de governança global.

1.3.1.1 Formação e Legitimidade da Autoridade Privada

The concept of authority is one of the rare ideas that has remained stubbornly central both to political philosophy and to empirical social science in spite of their divergencies in the twentieth century. The highly self-conscious interest that political philosophy has in authority is obvious. For authority is a notion intimately bound up with most, if not all, of the central questions of political

Cambridge: Cambridge University Press; Green, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance* (p. 38). Princeton University Press. Kindle Edition.

²¹⁸ APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I.. Op. Cit. p. xii

²¹⁹ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition. P. 30

²²⁰ TAYLOR, John St. What are Private International Regimes and What are Their Global Governance Functions?. IN: <<http://www.e-ir.info/2008/04/15/what-are-private-international-regimes-and-what-are-their-global-governance-functions/>>. Para: Oxford University. P. 1. Consultado em: 31 Mai 2017

²²¹ Ibidem

philosophy, especially the so-called problem of political obligation. And as for social science, the heavy intellectual burden placed on the notion of authority may be seen in the preeminent role played by the concepts of legitimacy and legitimate power in the study and definition of such “subjects” as the stability of political systems, the transition from traditional to modern society, organizational behaviour, political socialization, etc. At the same time, the “meaning” of authority has been the subject of ceaseless and acrimonious controversy in both political philosophy and social science. The controversy is invariably cast in the form of a dispute over the relation between the notions of authority, power, and legitimacy; and a large variety of approaches to authority have been forged out of these elements. [...] this controversy has come to effect the very question of what politics is and what the field and scope of political study consists in²²².

Conforme destacado anteriormente, a governança exercida por uma autoridade privada é outra abordagem possível, uma potencial resposta institucional, para resolver problemas de cooperação no sistema internacional, principalmente após a última crise financeira mundial. Isso porque a resolução bem sucedida de tais problemas de cooperação requer o ajuste mútuo do comportamento dos diversos atores²²³.

Desta forma, é pacífico que as construções exclusivamente estatais deixaram de ser satisfatoriamente eficazes em sociedades altamente diferenciadas e globalizadas, com uma pluralidade de regimes públicos, privados e semiprivados. Os críticos apontam que as cadeias de legitimidade do Direito Internacional Público são demasiadamente longas²²⁴ e não estão

²²² Tradução livre: “O conceito de autoridade é uma das raras ideias que se manteve teimosamente no cerne central tanto para a filosofia política como para a ciência social empírica, apesar das suas divergências no século XX. O interesse altamente autoconsciente que a filosofia política tem no conceito de autoridade é óbvio. Pois a autoridade é uma noção intimamente ligada à maioria, se não a todos, das questões centrais da filosofia política, especialmente o chamado problema da obrigação política. E, quanto às ciências sociais, o pesado fardo intelectual colocado sobre a noção de autoridade pode ser visto no papel preeminente desempenhado pelos conceitos de legitimidade e poder legítimo no estudo e definição de ‘assuntos’ como a estabilidade dos sistemas políticos, a transição da sociedade tradicional para a moderna, comportamento organizacional, socialização política, etc. Ao mesmo tempo, o ‘significado’ de autoridade tem sido objeto de controvérsias incessantes e acrimoniais na filosofia política e nas ciências sociais. A controvérsia é invariavelmente moldada na forma de uma disputa sobre a relação entre as noções de poder e legitimidade; e uma grande variedade de abordagens de autoridade foram forçadas a partir desses elementos. [...] essa controvérsia chegou a efetivar a própria questão do que é a política e do que o campo e o escopo do estudo político consistem. FRIEDMAN, R. B. 1990, “On the Concept of Authority in Political Philosophy,” in Raz (ed.), 1990 a, pp. 56–91. p. 56.

²²³ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition, p. 36-37

²²⁴ Glinski informa que foram levantadas sérias dúvidas quanto à possibilidade de as longas cadeias de legitimidade do Direito Internacional Público serem demasiadamente longas para legitimar o direito da OMC, pelo menos no que se refere ao impacto da legislação da OMC sobre a proteção social ou a proteção do ambiente a nível nacional. Os argumentos apresentados são que a OMC é dominada pelo executivo, que as elites governamentais burocráticas gozam de autonomia (relativa), que as negociações são secretas, que não há um discurso público aberto (que constitui um elemento essencial para a legitimidade democrática) e que há apenas fraco controle parlamentar por *ex post* ratificação, de modo que, de fato, não há possibilidade de ajustar ou alterar o direito da OMC como negociado pelo executivo. GLINSKI, Carola. *Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II*. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 552-553

conseguindo responder com soluções rápidas as crises globais. Some-se a isso o fato de que, à medida que as normas transnacionais privadas e os programas de certificação se tornam mais difundidos e as regulamentações nacionais se referem cada vez mais a estes programas ou aos seus conteúdos, a necessidade de reconhecimento dessas normas puramente privadas no âmbito do Direito é cada vez mais premente²²⁵.

Assim, conforme apontado anteriormente, a visão predominante é de que a autoridade privada emerge como uma resposta à “*demandas por ordem e regras dos atores*”²²⁶ diante de uma economia altamente globalizada, a qual funcionou como agente catalizador.

Com efeito, embora o Estado, possa ser entendido, também, como um ator central na compreensão do funcionamento da regulação por meio de atores privados, pois os Estados podem tornar os atores privados seus agentes (autoridade privada delegada - *de jure*)²²⁷, existe a construção de autoridade por atores da sociedade civil (*non-state actors*) sem autorização formal ou delegação de Estados (autoridade empresarial – *de facto*)²²⁸.

Nesse sentido, a conexão em que se encontra hoje a sociedade global, devido à internet e as mídias sociais derivadas dela, faz com que os atores agora possam ter autoridade porque outros atores os consideram como legítimos criadores de regras e, portanto, aderem a elas²²⁹.

A governança privada é exercida, principalmente, por meio de regulação. A regulação melhora a concorrência global ao minimizar os custos de negociação e aplicação dos contratos, como padrões privados, *soft law* e resolução de litígios privados através de arbitragem comercial internacional, é preferida a leis mais dispendiosas e processos públicos judiciais²³⁰.

A teoria da autoridade privada também pode ser fundamentada na noção de oferta e demanda. A suposição geral é que a autoridade privada emerge quando há uma demanda de benefícios por parte de Estados ou outros atores, bem como uma oferta de expertise privada existente. Se houver atores privados com experiência e conhecimento, e se os Estados ou outros

²²⁵ GLINSKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 545

²²⁶ CUTLER, Claire; HAUFLE, Virginia; PORTER, Tony. Private Authority and International Affairs. Edited by Albany: State University of New York Press, 1999. 398 pgs. p. 8.

²²⁷ Jessica F. Green. Private Rules, Public Goods. Opinion. REGBLOG. IN: <<http://www.regblog.org/2014/02/17/17-green-private-authority/>> Publicado em 17 fev 2014. Consultado em: 01 Mar 2017

²²⁸ Ibidem. p. 734

²²⁹

²³⁰ CUTLER, Claire A. Op. Cit. (2003). p. 29

atores acreditam que eles se beneficiarão com a adoção de regras privadas, então as condições de oferta e demanda serão cumpridas e a autoridade privada pode se desenvolver²³¹.

A questão acerca da formação da autoridade está moldada na relação entre as noções de poder e legitimidade. Haverá autoridade privada tão somente quando os atores não estatais regulam, de forma estável ao longo do tempo e do espaço, por meio de regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a conduta dos regulados por sua autoridade legitimamente reconhecida por eles.

As relações de autoridade são aquelas nas quais um ator ou instituição, seja sob a forma de governança pública ou de governança privada²³²²³³, faz uma reivindicação de que tem o direito de governar²³⁴ ou o direito de regular, e os demais atores obedecem. Esse direito de regular decorre de um poder.

Nas Relações Internacionais, o poder é comumente definido como a capacidade de fazer alguém fazer algo que não faria de outra forma²³⁵. Segundo Banco Mundial, “*power as the ability of groups and individuals to make others act in the interest of those groups and individuals and to bring about specific outcomes*”²³⁶. O poder emana de muitas fontes e se dá de várias formas. Autoridade é apenas um tipo de poder e pode ser entendido como o direito de comando²³⁷.

²³¹ GREEN, Jessica F. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Kindle Version, p. 27

²³² KEOHANE, Robert O; Nye, Joseph S. jr. Power and Interdependence in the information age. *Foreign Affairs*. Vol. 77 n 5., p 81 – 94. p. 82

²³³ Todavia, apesar dessa distinção entre regras emitidas por autoridade privada ou híbrida e regras emitidas por autoridades públicas, em um contexto do mundo globalizado atual, onde vários atores regulam há uma crítica no que se refere a determinação do valor da norma se relacionar exclusivamente em função de sua origem ou do autor que a criou. Para os pragmáticos, o valor de uma norma depende menos do seu “pedigree” e muito mais dos efeitos que produz. FRYDMAN, B. Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012. p 6

²³⁴UPHOFF, Norman. Distinguishing Power, Authority & Legitimacy: *Taking Max Weber at His Word by Using Resource-Exchange Analysis*, 22 *POLITY* 295, 302 (1989). Apud BERNSTEIN, Steven. When is non-estate global governance really governance? *Utah Law Review*, Rev. 91 2010.

²³⁵ DAHL, Robert. The Concept of Power. *Behaviour Science* 2:201-16, 1957 Apud GREEN, Jessica F. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Kindle Version, p. 27

²³⁶Ibidem

2: 202–10; Lukes, Steven. 2005. *Power: A Radical Review*. 2nd ed. New York: Palgrave Macmillan. Apud World Bank Group. 2017. *World Development Report 2017 : Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank. © World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25880>> License: CC BY 3.0 IGO.> Acessado em 30 jun 17. p. 3

²³⁷ GREEN, Jessica F. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Kindle Version, p. 27

A autoridade²³⁸ privada implica que o consentimento²³⁹ é concedido por aqueles que são submetidos àquela regra²⁴⁰. Nesse sentido, o que distingue a autoridade de outras formas de poder não é o resultado, ou seja, se B vai cumprir ou não as regras estabelecidas por A, mas sim o mecanismo pelo qual o poder é exercido.

A does not possess authority unless B acknowledges a duty to comply with A's will. Obedience springs not from A's assertions. Rather, A's ability to expect compliance derives from B's conferral of the right rule²⁴¹.

Nessa perspectiva, embora o poder e a autoridade estejam intimamente relacionados, a autoridade é usada aqui para se referir a formas institucionalizadas ou expressões de poder, sendo certo que o que diferencia a autoridade do poder é a legitimidade das reivindicações de autoridade²⁴²²⁴³.

A abordagem da legitimidade da norma baseia-se na ideia de consenso ou consentimento daqueles que são afetados pela norma relevante. A base consensual do direito reflete-se nas idéias republicanas de democracia, bem como na teoria deliberativa do direito. Considerando que o direito privado se baseia diretamente na idéia de autonomia privada e de autoregulação por meio de contratos e outras formas de atos jurídicos, idealmente com base no consentimento direto das partes envolvidas²⁴⁴.

A posição de consenso deve refletir o “interesse do grupo”, de tal forma que seja teoricamente aceitável para todos os membros do grupo. Isso exige que a regra seja adotada por

²³⁸ Quando a autoridade é contestada, e o Estado que recorre a coerção de forma indiscriminada, esse Estado é considerado ironicamente de Estado autoritário ou tirano. LAKE, David. A. *Hierarchy in International Relations*. p. 23

²³⁹ Embora o consentimento possa ser garantido através de outros mecanismos, como o medo ou a coerção, na política mundial contemporânea, esses mecanismos estão indisponíveis para a maioria e muito onerosos para os outros. Keohane, Robert O.; Nye, Joseph S. Jr.. *Power and Interdependence in World Politics*. 2nd ed. Boston: Little Brown. 1977.

²⁴⁰ Um ladrão armado tem o poder de levar sua carteira, mas não a autoridade para fazê-lo, já que, presumivelmente, você não concorda em ter seu dinheiro tomado. GREEN, Jessica F. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Kindle Version, p. 28

²⁴¹ LAKE, David. A. *Hierarchy in International Relations*. Cornell University Press, 2009, p. 20

²⁴² HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. *The emergence of Private authority in global governance*. Published by the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, UK, 2002. P. 4

²⁴³ Uma pessoa pode deixar de pagar seus impostos legítimos ao Estado, ou seja, a pessoa ficará não compliance, mas isso não quer dizer que ela está questionando a autoridade do Estado em recolher impostos, ou mesmo a sua legitimidade para tanto.

²⁴⁴ GLINSKI, Carola. *Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II*. i 3 *Eur. J. Risk Reg.* 545 2012, p. 552

uma quantidade representativa dos membros do grupo, a fim de não excluir injustamente determinadas partes²⁴⁵.

Como a legitimidade nem sempre é observável, é mais útil examinar a autoridade através da lente do consentimento: quando os atores concordam em ficar vinculados por regras, eles criam autoridade²⁴⁶. Ou seja, o consentimento é um elemento-chave na compreensão da autoridade: quando os atores percebem que os outros são fontes de autoridade legítimas, eles dão o consentimento para aquele que faz as regras e mudam seu comportamento de acordo de forma recorrente e sistemática ao longo de um período de tempo. Podemos, portanto, inferir que eles acreditam que a fonte de autoridade é legítima²⁴⁷.

Di Maggio e Powell destacam, ainda, que existe uma tendência por parte de empresas de uma mesma indústria em adotar padrões semelhantes, pois a partir do momento que uma empresa muda sua lógica para uma percepção não apenas de eficiência de mercado, como também para se ter um uso mais adequado dos recursos naturais por exemplo, devido a novos critérios socioambientais, gera uma expectativa de que outras empresas farão o mesmo para também garantir sua legitimidade²⁴⁸.

A justificativa da legitimidade moral também é uma possibilidade. Nessa hipótese, os atores concordam com a autoridade porque é “o que é certo”, nesses casos, os atores privados recebem autoridade não por causa do que sabem, mas do que fazem. As ONGs geralmente baseiam sua autoridade em suas benfeitoras ou “*do-gooders*” – salvar as baleias, promover os direitos humanos e outras causas²⁴⁹.

Logo, os Estados não são os únicos atores que podem legitimar as reivindicações de autoridade, nesse aspecto, se outros atores optarem por adotar as regras, então esse potencial regulador se tornará uma fonte de autoridade privada²⁵⁰. Note-se que a autoridade não precisa

²⁴⁵ Uma regra que fosse decidida pelas grandes empresas em detrimento das pequenas e médias empresas não cumpriria este requisito. Na opinião de Gliniski, empresas de países industrializados não estariam capacitadas a estabelecer regras que sejam igualmente válidas para empresas do mundo em desenvolvimento. Além disso, as empresas tradicionais não deveriam estabelecer regras em detrimento dos recém-chegados. *Ibidem*. p. 554

²⁴⁶ GREEN, Jessica F.. *Op. Cit.*, p. 26

²⁴⁷ *Ibidem*. p 30 e 53

²⁴⁸ DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, 48 (2), 147-160. 1983. Apud NAKAGAWA, Louise. A arquitetura da governança privada e a dinâmica das *roundtables* globais sobre a produção de insumos para biocombustíveis. Tese de Doutorado. Universidade Federal do ABC. Curso de Pós-Graduação em Energia. Santo Andre. 2014.

²⁴⁹ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition. P. 32

²⁵⁰ *Ibidem*. P. 30

ser legalmente vinculante para ganhar adeptos, ou seja, “regulados”. Caso o ator não estatal consiga legitimar sua reivindicação de autoridade, os demais vão aderir voluntariamente. Nesse caso, o ator não estatal ganha autoridade e passa a posição de regulador de fato. Ao contrário, caso o ator não estatal não logre êxito nessa adesão, não há autoridade privada²⁵¹.

Vê-se, portanto, que não há necessidade de haver necessariamente uma legitimidade anterior (*ex ante*) através da participação do processo de redação da norma, mas uma legitimidade posterior (*ex post*), na forma de um reconhecimento amplo e representativo dentro daquela determinada indústria²⁵².

O reconhecimento *ex post* assume o risco de, de fato, não se basear no livre arbítrio de todos os que aderem às regras, mas sim do poder de fato já criado por alguns atores²⁵³. Nesse caso, a questão que se coloca é se de fato aqueles atores que aderem àquela norma, efetivamente tiveram uma alternativa. Glinski aponta que, no caso de fatores econômicos, a resposta é depende. As forças do mercado como tal, especialmente as expectativas dos consumidores que exigem adesão a uma regra privada, não constituiriam, em sua opinião, obstáculo ao efeito legítimo da aceitação, já que a respectiva reciprocidade de expectativas é parte integrante da lógica do próprio mercado²⁵⁴.

A autoridade privada pode ser exercida através de uma variedade de meios, tais como: alianças, *joint ventures*, redes e associações empresariais altamente informais a regimes internacionais privados altamente institucionalizados²⁵⁵²⁵⁶.

Federações de Comércio são exemplos do que pode constituir os “atores relevantes na política mundial” que a definição invoca. Essas organizações exerceram autoridade através do mercado, persuadindo as pequenas empresas e as TNCs a se submeterem a rigorosas normas de produção e monitoramento para obter uma certificação ou selo de aprovação. Outras formas de

²⁵¹ Ibidem

²⁵² GLINSKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 556

²⁵³ GLINSKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 556

²⁵⁴ Segundo Glinski, nos Estados Unidos não apenas devido à pressão dos consumidores, como também, em certa medida, devido a legislação norte americana. Mas não é o caso de todos os mercados. GLINSKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 556

²⁵⁵ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 24-25

²⁵⁶ Incluindo multinational law, insurance, management, and consultancy firms, debt rating agencies, stock exchanges, and financial clearing houses. CUTLER, Claire; HAUFLE, Virginia; PORTER, Tony. Private Authority and International Affairs. Edited by Albany: State University of New York Press, 1999. p. 10.

autoridade privada, que não são baseadas na lógica do mercado, e que também proliferaram, são as de padrões técnicos, particularmente nos campos de finanças e produção. O exercício de autoridade baseado em expertise técnica²⁵⁷ é dominada por reguladores privados. Organismos de definição de padrões, como o *International Accounting Standards Board*(IASB), a *International Organization for Standardization* (ISO) e a *International Electrotechnical Commission* (IEC) têm um impacto abrangente sobre a forma como a economia global é gerenciada e como os produtos são produzidos. Esses exemplos mostram que a autoridade privada não precisa ser restrita à adoção por parte do Estado para ocorrer²⁵⁸.

Outra característica da autoridade é que ela não é uma constante, ela varia em sua força conforme a divergência entre o comando de A e as preferências de B que irá cumprir tal comando. A é fraco quando se limita a querer apenas o que B faria de qualquer maneira. A é forte quando B está disposto a realizar ações que jamais faria caso não houvesse a regulação de A ²⁵⁹. Autoridade é uma relação dinâmica e em constante evolução de dominação e subordinação. O descumprimento pelos regulados é uma forma de testar a tolerância do regulador e a imposição de sanções, ou de atos de disciplina, pelo regulador serve para demarcar esses limites e são uma parte inerente desta luta²⁶⁰.

A autoridade privada pode ser classificada como: empresariais ou delegada. Em ambos os tipos de autoridade privada os atores privados são vistos como legítimos produtores de regras que asseguram o consentimento dos adotantes de tais regras. No entanto, as origens de sua autoridade diferem. A autoridade privada delegada é *de jure* quando os Estados transferem autoridade para atores privados, para que estes regulem em nome do Estado, muitas vezes selecionados por causa de sua *expertise*. Assim, aqueles sujeitos à autoridade delegada optam por consentimento, porque reconhecem a legitimidade da fonte última de autoridade – o Estado. Em contrapartida, autoridade privada empresarial é *de facto*, pois os atores privados criam regras e depois persuadem os outros a adotá-las. A adoção de regras ocorre por meio de pressão, persuasão ou fornecimento de benefícios materiais²⁶¹.

²⁵⁷ Um expert é alguém “que pode comprovar a confiabilidade de informações particulares”. Esta pessoa é vista como uma fonte legítima de autoridade por causa do que ela tem conhecimento. Por isso, referimo-nos a um especialista como “uma autoridade” - equacionando claramente o conhecimento com poder legítimo. RAZ, 1990, p. 2 Apud GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition. P. 31

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 31

²⁵⁹ LAKE, David. A. *Hierarchy in International Relations*. Cornell University Press, 2009, p. 20

²⁶⁰ LAKE, David. A. *Hierarchy in International Relations*. Cornell University Press, 2009, p. 20

²⁶¹ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition., p 33

Note-se que, nesta relação, o principal dá ao agente autoridade, mas também está sujeito a essa mesma autoridade. Em outras palavras, os Estados delegam, mas adotam as regras e práticas promulgadas pelos agentes que selecionaram. Nesse sentido, o agente – um ator privado – torna-se o regulador, e os Estados, regulados²⁶².

Já no caso da autoridade privada empresarial, os atores privados complementam, expandem e, em alguns casos, formam a base da regulação global²⁶³. É o caso do Walmart, gigante do comércio varejista de supermercados, o qual desenvolveu um índice para ajudar seus fornecedores a avaliar a sustentabilidade e desempenho de produtos. O índice é uma exigência feita pelo Walmart para que seus fornecedores atendam aos padrões por ele exigidos, sob pena de perderem o Walmart como cliente. O gigante do varejo desenvolveu padrões de sustentabilidade para mais de duzentos produtos diferentes, afetando, por conseguinte, as práticas de produção de milhares de fornecedores. Para melhor ou pior, o Walmart é hoje um elaborador de regras globais para a sustentabilidade²⁶⁴.

Os exemplos de autoridade privada podem ainda seguir a seguinte categorização: *first, second, third e fourth party certification*.

A *First-party certification* é a variedade mais comum, pelo que uma única empresa desenvolve suas próprias regras e relatórios sobre conformidade/compliance. Por exemplo, o credo da empresa Johnson & Johnson, escrita pelo general Robert Wood Johnson, em 1943, ajudou a empresa durante as crises do Tylenol®, da década de 1980, agora inclui preocupações ambientais e sociais²⁶⁵.

A *Second-party certification* envolve uma indústria ou associação comercial formando um código de conduta e implementando mecanismos de relatórios. O programa *Global Responsible Care®*,²⁶⁶ da indústria química, fornece um exemplo adequado. Durante os primeiros anos da iniciativa nos Estados Unidos, a *Chemical Manufacturers Association* (agora conhecida como *American Chemistry Council*)

²⁶²Ibidem

²⁶³ GREEN, Jessica F. Private Rules, Public Goods. Opinion. REGBLOG. IN: <<http://www.regblog.org/2014/02/17/17-green-private-authority/>> Publicado em 17 fev 2014. Consultado em: 01 Mar 2017

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

²⁶⁶ Aqui, os membros da indústria desenvolveram padrões de comportamento que eles “auto-adotaram”. No entanto, além disso, outras empresas da indústria também incorporaram essas regras em suas próprias práticas. Enquanto alguns membros do *Responsible Care* são ao mesmo tempo criadores de regras e regulados, existem outros participantes que tiveram pouca ou nenhuma opinião na criação das regras e os adotaram de qualquer maneira. GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition., p 35

desenvolveu princípios e códigos ambientais, de saúde e de segurança, exigiu que as empresas participantes apresentassem relatórios de implementação e relatassem o progresso agregado da indústria²⁶⁷.

A *Third-party certification* envolve um grupo externo, muitas vezes uma ONG, impondo suas regras e métodos de conformidade a uma determinada empresa ou indústria. O *Council on Economic Priorities* (CEP), ONG pioneira de Nova York, coletou dados sobre atividades corporativas desde sua criação em 1969, e publica relatórios sobre o comportamento corporativo. O CEP (renomeado para *Center for Responsibility in Business*) criou uma agência de credenciamento que instaurou padrões auditáveis e um processo de credenciamento independente para a proteção dos direitos dos trabalhadores, denominado *Social Accountability 8000* (SA8000). A partir de abril de 2001, o grupo certificou 66 instalações de fabricação em todo o mundo que fazem, principalmente, brinquedos e roupas compatíveis com a SA8000²⁶⁸.

A *Fourth-party certification* envolve agências governamentais ou multilaterais. O Pacto Global das Nações Unidas, por exemplo, enumera os princípios ambientais, trabalhistas e de direitos humanos para as empresas. As empresas participantes, por sua vez, devem enviar atualizações on-line sobre o progresso para que as ONGs examinem²⁶⁹.

A definição de autoridade empresarial de Jessica Green exclui o “*first-party*” standards, no entanto, os padrões da indústria, que fazem parte do “*second-party*” standards estão incluídos como formas de autoridade empresarial. Nesses casos, alguns atores de uma indústria criam um conjunto de padrões, que, por sua vez, são adotados por um conjunto mais amplo de atores²⁷⁰.

²⁶⁷ FOREIGN POLICY. <http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition., p 35

1.3.1.2 Autoridade Privada em sua raiz histórica: a *lex mercatoria*

A *lex mercatoria* foi criada pelos próprios comerciantes, por volta do século XI²⁷¹, para contribuir com a expansão do comércio²⁷². Regulando um conjunto cada vez maior de mercados na Europa²⁷³, formaram um corpo de normas para condução das atividades mercantis²⁷⁴.

O feudalismo era o modo de produção da sociedade da época, e tinha como característica principal o apego a terra, uma vez que era essencialmente agrária e isolada. O comerciante medieval, no entanto, era geograficamente dinâmico, e, devido a essas características da sociedade feudal, encontrava uma série de autoridades legislativas diferentes e conflitantes²⁷⁵. Dessa forma, os diversos feudos da Europa continental e da Inglaterra²⁷⁶ adotaram o *laissez-faire* como forma de abordagem aos comerciantes, aumentando a arrecadação de tributos e o

²⁷¹ “and then it was, and proved to be true, (...) so that it plainly appeareth, that the Law Merchant, may well be as ancient as any humane Law, and more ancient than any written Law. The very moral Law itself, as written by Moses, was long after the customary Law of Merchants, which hath so continued and been daily augmented successively upon new occasions, and was not altogether made in the first foundation, as the Laws whereby the Commonweals of Israel (whose Laws were uniformly made by Moses from God(or those of Crete, Cybaris, Sparta, and Carthage by Minos Charondas, Lycurgos, and Thalcas” (sic.) MALYNES, Gerard. *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria or the ancient Law-Merchant*. 3 ed. London: F. Redmayne, 1685, p. 02. Tradução Livre: “E assim era, e provou-se verdade (...) aparentemente a Lex Mercatoria pode ser tão antiga quanto qualquer lei humana, e mais que qualquer direito escrito. O próprio Direito moral, tal como escrito por Moises, o foi muito depois do direito mercantil costumeiro que foi seguido e aumentado sucessivamente e não feito em uma única ocasião como a Leis de Israel (uniformemente ditadas por Deus a Moisés) ou aquelas de Creta, Cybaris, Esparta e Catago feitas por Minos, Charondas, Licurgo e Thalcas”. Apud GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCONTERMS (2010)*. Clássica Editora. São Paulo, SP, 2014. P. 191

²⁷² CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy (Cambridge Studies in International Relations)* (p. 109). Cambridge University Press. Kindle Edition.

²⁷³ “O lugar exato e tempo da origem da *lex mercatoria* são incertos. Muitos escritores têm declarado que ela teve início na Itália na parte central, em plena Idade Média. Algumas investigações ditam que ela surgiu no tempo em que os árabes dominaram o mediterrâneo. Mas, mesmo assim, eles contribuíram com pouco, pois, utilizavam práticas usadas pelos romanos, gregos e fenícios, que outrora tinham monopolizado o comércio pelo mar.” PEREIRA, Luiz César Ramos. *Costume internacional: gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 286

²⁷⁴ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition., p 28

²⁷⁵ KIRAFLY, A. Potter’s historical introduction to English law and its institutions 183-210 (4th ed. 1958) p. 183. Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. *The New lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*. 2 B.U. Int’l L. J. 317 1983-1984. P. 318

²⁷⁶ O ascensão das feiras (fairs) e dos tribunais mercantes chegou à Inglaterra um pouco mais tarde que na Europa continental. No entanto, na época da Conquista da Normandia, a Inglaterra já estava envolvida no comércio com o continente, por exemplo, o transporte marítimo de bordados para a Itália. SANBORN, F. *Origins of the early English maritime and commercial law* 197 (1930). p. 329. As idéias de leis especiais para proteger os comerciantes foram expressas ainda antes. Ethelred the Redeless declarou durante o seu reinado no final do século X e início do século XI que os navios mercantes provenientes do alto mar em qualquer porto devem estar “em paz”. Id. p. 328.

próprio acesso aos bens fornecidos pelos comerciantes. Os comerciantes foram autorizados a regular seus próprios assuntos, desde que não afetassem os interesses locais dos senhores feudais²⁷⁷.

In 1303 the Carta Mercatoria gave to certain foreign merchants, in return for certain customs duties, exemption from certain municipal dues, freedom to deal wholesale in all cities and towns, power to export their merchandise and liberty to dwell where they pleased. They were promised speedy justice “secundum legem mercatoriam” from the officials “feriarum, civitatum, burgorum, et villarummercatoriariarum;” and any misdoings of these officials were to be punished²⁷⁸.

No período medieval, a autoridade privada operava em virtude da ausência de autoridades políticas desejosas ou capazes de disciplinar o comércio internacional²⁷⁹.

A Idade Média, com a queda do Império romano, assinala o período de formação do direito comercial. O comércio e a indústria, sob o influxo das idéias do Cristianismo, travaram, por bem de sua liberdade e desenvolvimento, luta renhida contra as velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e dureza das regras de direito romano, o *jus commune*, que, por muitos séculos, auxiliado pelo *jus gentium*, bastou para prover as exigências do tráfico comercial. À medida que tomavam impulso as transações, amudava-se o comércio marítimo, e se desenvolvia o crédito. Paralelamente, àquele direito apareceram nas Repúblicas da Itália, como Veneza, Gênova, Pisa, Florença, etc., os usos e costumes, seguidos do trato dos negócios (*stylus mercatorum*), primeira manifestação jurídica do exercício do comércio. No começo, os usos vieram suprir a insuficiência de textos romanos, regendo casos novos. Depois, deram batalha franca a esses textos, estreitos, incompatíveis com a ordem incipiente de fatos, que reclamavam especial disciplina jurídica²⁸⁰.

²⁷⁷ KIRAFLY, A. Potter’s historical introduction to English law and its institutions 183-210 (4th ed. 1958) p. 184-88. Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int’l L. J. 317 1983-1984. P. 318

²⁷⁸ HOLDSWORTH, William S. 1907 “The Development of the Law Merchant and Its Courts,” in Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. I, pp. 289–331.p.301. Apud CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P. 122

²⁷⁹ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P. 51

²⁸⁰ STRENGER, Irineu. Direito do comércio internacional e lex mercatoria. São Paulo: LTr, 1996. p. 56-58

Um sistema para julgar essas normas cunhadas na esfera privada também evoluiu, criando ainda outra fonte de autoridade privada²⁸¹, as cortes comerciais especializadas (tribunais mercantes), onde os juízes e o júri eram comerciantes²⁸², a fim de tratar das disputas comerciais²⁸³. As normas utilizadas, por sua vez, refletiam a necessidade de flexibilidade e confiança dentro de um ambiente comercial dinâmico. Devido à sua familiaridade com as necessidades do comércio, esses comerciantes aplicavam uma lei diferente da aplicada pelos adjudicadores locais que estavam vinculados por necessidades regionais e uma sociedade feudal estática²⁸⁴.

Nos tribunais mercantes, os princípios cruciais do trato de boa fé e a natureza vinculativa dos contratos ajudaram a produzir regras mais específicas e a determinar o crescimento de novos instrumentos comerciais²⁸⁵.

A lei decorrente da evolução da jurisprudência proferida pelos tribunais mercantes é o que chamamos agora de *lex mercatoria*²⁸⁶. A *lex mercatoria* pode ser definida como o corpo de normas associado a um “*law Merchant*” transnacional²⁸⁷.

A *lex mercatoria* operou historicamente para servir as primeiras comunidades comerciais privadas e mais tarde os estados-nação nos processos de acumulação de capital e construção do Estado. Ao fazê-lo, privilegiou os interesses corporativos privados²⁸⁸.

A *lex mercatoria* era, em grande parte, autoaplicável e aquele que se recusasse a cumprir a decisão dos tribunais mercantes arriscava sua reputação, podendo ser, então, excluído do

²⁸¹ GREEN, Jessica F.. Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance. Princeton University Press. Kindle Edition., p 29

²⁸² SANBORN, F. Origins of the early English maritime and commercial law 197 (1930).

²⁸³ Tais cortes especializadas se assemelhavam muito com a moderna arbitragem. Os comerciantes se baseavam em no costume comercial e com a familiaridade que tinham com tais transações. TRAKMAN. The evolution of the law Merchant: our comercial heritage (pts. 1 &2), 12 J. Mar. L. & Com. 1, 153 (1980) Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984. P. 319

²⁸⁴ TRAKMAN. The evolution of the law Merchant: our comercial heritage (pts. 1 &2), 12 J. Mar. L. & Com. 1, 153 (1980) Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984. P. 319

²⁸⁵ Ibidem

²⁸⁶ A importância da *lex mercatoria* foi evidente em toda a Europa. Por exemplo, o English Statute of the Staple of 1353 declarava que os comerciantes “shall be ruled by the law merchant as to all things touching the Staple and not by the common law of the land.” KIRAFLY, A. Potter’s historical introduction to English law and its institutions 183-210 (4th ed. 1958) p. 184. Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984. p. 319.

²⁸⁷ ZUMBANSEN, Peer. Transnational Private Regulatory Governance: *Ambiguities of Public Authority and Private Power*. p. 1 Disponível em: < <http://lcp.law.duke.edu/>>. Acessado em 02 Jun 17.

²⁸⁸ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 6

comércio. As partes raramente necessitavam de ajuda do soberano local para executar as decisões do tribunal mercante, dessa forma, a habilidade da classe mercante de gerar e executar suas próprias normas permitiu que se alcançasse uma grande independência das jurisdições locais²⁸⁹. Nesse sentido, muito embora as transações comerciais locais fossem reguladas por autoridades locais, o comércio de longa distância ficava largamente imune à aplicação da lei local e era regido pela *lex mercatoria*, apesar da pluralidade de autoridades na idade média feudal, incluindo o Direito Canônico, o Direito feudal, entre outros²⁹⁰. Essa dinâmica promoveu a existência de um sistema dual no comércio: a regulação das atividades locais era realizada pelo sistema legal local e a regulação da exportação e do comércio de longa distância ficou sob a égide da autônoma *lex mercatoria*²⁹¹.

A isenção feita aos comerciantes estrangeiros da regulação de mercado em troca de divisas e das receitas decorrentes do pagamento de direitos aduaneiros e impostos sugere que, além de simplesmente não poderem regular as transações internacionais de forma significativa, as autoridades locais não estavam dispostas a fazê-lo²⁹².

É necessário, no entanto, ressaltar que a dicotomia público-privada, como é conceituada nos dias de hoje, não guardam semelhança com que o ocorria no período medieval em comento.

the supposed symmetry of the medieval and modern law merchant begins to break down when one considers the absence in the medieval period of a clear conceptual distinction between the public and the private spheres and the shifting boundary between public and private authority structures²⁹³.

À medida que o Estado Moderno se desenvolveu durante o século XVI, os governantes dos Estados soberanos começaram a considerar a autônoma *Lex Mercatoria* como uma ameaça externa à coesão interna, e na tentativa de sujeitar todos os cidadãos a uma única lei nacional²⁹⁴,

²⁸⁹ CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984. p. 319.

²⁹⁰ CUTLER, A. Claire. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy (Cambridge Studies in International Relations)2003. Cambridge University Press. Kindle Edition. p. 109

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Ibidem, p. 139

²⁹³Ibidem. p. 57

²⁹⁴ TRAKMAN. The evolution of the law Merchant: our comercial heritage (pts. 1 &2), 12 J. Mar. L. & Com. 1, 154 (1980) Apud CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984. P. 320

o status privilegiado oferecido aos comerciantes durante a era medieval foi encerrado e os tribunais mercantes foram incorporados aos sistemas judiciais nacionais²⁹⁵²⁹⁶²⁹⁷. Observou-se também uma crescente codificação das práticas e usos comerciais nos ordenamentos internos, e os antes autônomos comerciantes passaram a submeter seus conflitos comerciais às leis nacionais e à jurisdição estatal²⁹⁸.

The nationalization of mercantile law, including international sales law, occurred in the nineteenth century. During this period, states began to codify commercial law rules into national legislation. They decided to take full control over international trade and developed new laws to regulate all aspects of economic relations between commercial parties. Furthermore, disputes between domestic and foreign parties were to be resolved in state courts by referring to private international law²⁹⁹.

Conforme a *lex mercatoria* medieval foi desaparecendo, a esfera privada foi assegurada pelo direito privado e pela força do Estado³⁰⁰. Com o desenvolvimento de um sistema de Estados soberanos baseados em territórios e com o movimento de enfraquecimento do feudalismo e fortalecimento do capitalismo, a distinção público/privado passou a ser firmemente estabelecida³⁰¹. A lei era, na teoria, pelo menos, supostamente operada entre iguais e de forma neutra, protegendo as liberdades comerciais e os mercados. A intervenção do Estado foi criticada por interferir na operação “natural” do mercado, que, para o direito mercantil,

²⁹⁵ CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984. P. 320

²⁹⁶ No século XVII, o Lord Chief Justice Sir Edward Coke colocou todas as leis sob a jurisdição dos tribunais locais de common law. Honnold. The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of English and American Commercial Law. IN: International Association of Legal Science, the sources of the Law of International Trade 70. C. Schmitthoff ed. 1964. P 71

²⁹⁷ Na França a absorção e desintegração da *lex mercatoria* resultou das grandes reformas promulgadas por Luís XIV, especialmente a partir da edição da Ordonnance sur le commerce de terre (1673) e da Ordonnance sur le commerce de mer (1681). VIDIGAI, Erick. A *Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf?sequence=1>>. Consultado em 01 jul 17.

²⁹⁸ VIDIGAI, Erick. A *Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf?sequence=1>>. Consultado em 01 jul 17.

²⁹⁹ MAZZACANO, Peter. The *lex mercatoria* as autonomous law. CLPE Research Paper Series, v. 4, n. 6, 2008. P. 11

³⁰⁰ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 58

³⁰¹ *Ibidem*, p. 141

traduziu-se na capacidade de prever custos de transação de acordo com expectativas racionais e calculáveis³⁰². Por sua vez, a crítica feita por Cutler é que a justificativa de custo e eficiência de transação não compreende o caráter complexo das condições históricas que dão origem a deslocamentos cruciais na fronteira entre autoridades públicas e privadas³⁰³.

The consolidation of states signaled a change in both the ability and the willingness of political authorities to regulate international commercial transactions. This is evident in the priority given to positive law as the most appropriate mechanism for regulating international commerce and the displacement of custom as a primary source of law. The result was increasing formalism as regards the sources and subjects of law and the development of a tension between the localizing tendencies of national regulation through positive state-based law and the delocalizing and denationalizing tendencies of private, customary regulation. The private sphere contracted as merchant autonomy in law-creation and in private dispute settlement declined. Effective enforcement came to be associated with the state.³⁰⁴

O movimento de abandono da *lex mercatoria medieval* foi acompanhado pelo fato de os Estados (Portugal, Espanha, França, Holanda, Inglaterra) passarem a adotar políticas abertamente mercantilistas para uma ampla gama de atividades comerciais, tornando-os os principais atores no desenvolvimento do direito comercial. Isso pode ser ilustrado, em parte, pelo tremendo aumento no volume de transações comerciais estrangeiras geradas pela expansão colonial. Estima-se que as exportações e as importações britânicas aumentaram em 500% do século XVII até o século XVIII³⁰⁵.

No entanto, a *lex mercatoria* continuou tendo uma existência independente, apesar de tormentosa com a *common law*, fazendo com que, por vezes, os comerciantes preferissem resolver seus conflitos de forma independente, que submetê-los ao crivo dos tribunais locais da *common law*, os quais consideravam hostis e ignorantes no que se refere a especialidade da matéria comercial³⁰⁶.

Essas normas e suas instituições e processos derivados, embora muito contestados, são reconhecidos como testemunhas, tanto da realidade quanto da viabilidade do direito

³⁰² CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 58

³⁰³ Ibidem

³⁰⁴ Ibidem, p. 141-142

³⁰⁵ Ibidem, p. 145-146

³⁰⁶ FIFOOT, C. English Law and its Background 105-32 (1932). Apud. HAYES, Louise H. A modern *lex mercatoria*: *political rhetoric or substantive progress?* 3 Brook. J. Int'l L. 210 1976-1977

transnacional “além do estado”³⁰⁷. Com efeito, pode-se dizer que a comunidade mercante medieval forneceu uma pista do que seria o direito privado com o desenvolvimento do capitalismo³⁰⁸.

The law merchant governed a special class of people (merchants) in special places (fairs, markets, and seaports). It was distinct from local, feudal, royal, and ecclesiastical law. Its special characteristics were that 1) it was transnational; 2) its principal source was mercantile customs; 3) it was administered administered not by professional judges but by merchants themselves; 4) its procedures were speedy and informal; and 5) it stressed equity, in the medieval sense of fairness, as an overriding principle³⁰⁹.

O advento do *laissez-faire* e os valores do liberalismo econômico nos séculos XVIII e XIX e sua adoção pelos Estados mais poderosos deram um novo significado à ideia de autonomia mercantil no direito contratual (liberdade de contratar e *pacta sunt servanda*³¹⁰) que refletiu nas transições mais fundamentais na ordem mundial que vieram em seguida³¹¹. A liberdade de contratar propiciou a construção de uma esfera privada relacionada com a prática comercial privada, a qual era garantida pelos Estados que se obrigavam a dar cumprimento aos contratos³¹².

Historicamente, houve uma congruência entre a geografia dos mercados e o escopo das instituições de governança. Ambos foram, em sua maioria, organizados na unidade do Estado-nação. Essa coexistência de mercados e governança, muitas vezes contraposta, foi crucial para o sucesso do Estado industrial moderno. Sem sistemas de governança sólidos para facilitar as transações de mercado, os mercados não poderiam ter prosperado como prosperaram. Sem

³⁰⁷ ZUMBANSEN, Peer. Transnational Private Regulatory Governance: *Ambiguities of Public Authority and Private Power*. p. 1 Disponível em: < <http://lcp.law.duke.edu/>>. Acessado em 02 Jun 17.

³⁰⁸ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 111

³⁰⁹ HAROLD, Berman; KAUFMAN, Colin. *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, 1978 Harvard International Law Journal 19 (1): 221–78. P. 225 Apud Cutler, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy (Cambridge Studies in International Relations)* (p. 266). Cambridge University Press. Kindle Edition.

³¹⁰ A teoria da autonomia da vontade, a qual ressalta a importância da liberdade de contratar conforme as premissas acordadas pelas partes, foi substituída pela antiga e medieval noção de equidade dos contratos na *lex mercatoria* medieval. CUTLER, Claire A. Op. Cit. p. 151

³¹¹ Ibidem

³¹² Ibidem, 160

sistemas de governança sólidos para regulamentar e distribuir, as sociedades não tolerariam os livre-mercados³¹³.

1.3.1.3 A moderna *lex mercatoria* e o Direito Internacional Contemporâneo: a transnormatividade realocando os limites de Autoridade pública e privada

No período medieval, a autoridade privada da *lex mercatoria* operava em virtude da ausência de autoridades políticas desejosas ou capazes de disciplinar o comércio internacional, ao passo que no período contemporâneo a autoridade privada da *nova lex mercatoria* opera com o pleno apoio das autoridades estatais³¹⁴.

Conforme apontado, a autoridade privada não ocorre simplesmente onde os Estados escolhem não regular. Na atualidade, o Estado é um ator central na compreensão do funcionamento da regulação por meio de atores privados, sendo certo que a autoridade privada pode ser delegada pelo próprio Estado (autoridade delegada), ou ter natureza empresarial consubstanciada na necessidade dos atores privados complementarem ou expandirem a regulação estatal existente e, em alguns casos, formarem a base da regulação global (autoridade empresarial)³¹⁵.

O fato de o Estado enfrentar uma crise de identidade relacionada à sua posição no direito das gentes não significaria, no dizer de Raphael Vasconcelos, perda de espaço e de importância, eles continuam sendo principais atores da ordem internacional, passando apenas a compartilhar esse espaço com outros atores³¹⁶.

Nesse prisma, o próprio fato de a maioria dos contratos internacionais manterem a cláusula de escolha de lei aplicável demonstra que os atores privados, apesar de buscarem sua

³¹³ GEREFFI, Mayer. *Public and Private Governance: Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. P. 4

³¹⁴ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p1

³¹⁵ GREEN, Jessica F. *Private Rules, Public Goods*. Opinion. REGBLOG. IN: <<http://www.regblog.org/2014/02/17/17-green-private-authority/>> Publicado em 17 fev 2014. Consultado em: 01 Mar 2017

³¹⁶VASCONCELOS, Raphael Carvalho De. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*. 2016. Editora Arraes.p. 124.

autonomia regulatória, em certos aspectos, ainda se baseiam na lei estatal para resguardar a garantia em si da possibilidade de contratar³¹⁷.

The essential consequence of the finding that private powers do not try to operate in complete autonomy from national laws is that the issue of the reinstatement of the authority of nation states does not arise. The vast majority of private powers do not challenge the authority of nation states as lawmakers. To the contrary, they expressly recognize such authority by providing that the norms they produce remain governed by national laws. As already point out, an important reason for private parties to expressly provide for the application of a national law in international contracts is to benefit from the default rules produced by the relevant national lawmaker. But by providing that their contracts are governed by a national law, parties also recognize that the mandatory rules of the applicable national law apply. Mandatory rules are the tool which allows lawmakers to exercise their authority and control over private parties³¹⁸.

Os atores não estatais, mais especificamente os ligados às atividades comerciais, exerceram, ao longo do tempo, diversos graus de autoridade na gênese e aplicação das leis que regem as relações comerciais internacionais. Hoje, as forças da globalização estão deslocando a fronteira entre autoridade pública e privada nas relações comerciais internacionais e criando novas oportunidades para atores privados corporativos exercerem poder e influência³¹⁹.

Segundo Goldman, “*the Lex Mercatoria comprises rules the object of which is mainly, if not exclusively, transnational, and the origin is customary and thus spontaneous, notwithstanding the possible intervention of interstate and state authorities in their elaboration and/or implementation*”³²⁰. Esta posição postula que a Nova *Lex Mercatoria*³²¹³²² é um direito

³¹⁷ CUNIBERTI, Gilles. The Merchant who would not be King Unreasoned Fears about Private Lawmaking. Watt, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). Private International Law and Global Governance (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition.

³¹⁸ CUNIBERTI, Gilles. The Merchant who would not be King Unreasoned Fears about Private Lawmaking. Watt, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). Private International Law and Global Governance (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition

³¹⁹ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p1

³²⁰ HIGHET, K. *The Internationalization of Law and Legal Practice: The Enigma of the Lex Mercatoria*, 63 Tul. L. Rev. 613, 628 (1989), n.11.

³²¹ Critics of the concept of an autonomous *lex mercatoria* put forward the traditional view that commercial people producing business norms still act within the framework of the applicable law and that it would be more accurate to refer to this phenomenon as private norm or rule production, rather than private lawmaking. Ver em: Symeon Symeonides, Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't, Festschrift für K. Kerameus 1397 (2009).

³²² Proponents of the *lex mercatoria* argue that commercial people have largely achieved autonomy from nation states as arbitral awards solely based on non-state law will be enforced in many jurisdictions See e.g. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, ARCH. DE PHILOSOPHIE DU DROIT 177 (1964) ; EMMANUEL GAILLARD, LEGAL THEORY OF INTERNATIONAL ARBITRATION (2010).

transnacional, pois não é doméstica nem internacional, estando fora dessas definições rígidas³²³. Ou seja, o Direito Internacional positivista baseado no Estado e as noções “públicas” de autoridade estão sendo combinadas com - ou, em alguns casos, sendo substituídos pela lei não estatal - estruturas normativas informais e poder e autoridade econômica “privada”, como uma nova ordem jurídica transnacional³²⁴, uma vez que a globalização, na forma que assumiu nas últimas décadas, perturbou o equilíbrio entre os mercados e os sistemas de governança³²⁵, e criou uma incompatibilidade entre a escala global dos mercados e a eficiência dos sistemas de governança tradicionais, públicos e privados³²⁶.

As teorias liberais das Relações Internacionais e do Direito Internacional e as análises realistas centradas no Estado, em ambos os campos, tornam as atividades de atores e instituições privadas politicamente “invisíveis” à medida que as corporações transnacionais e suas leis foram consideradas parte do domínio “apolítico” e neutro, atinente à atividade econômica privada³²⁷.

One of the central goals of nineteenth century legal thought was to create a clear separation between constitutional, criminal, and regulatory law-public law and the law of private transactions-torts, contracts, property, and commercial law³²⁸.

O objetivo da distinção público privada era deixar as esferas privadas, livres do poder do Estado, e criar “*a neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning free*

³²³ FRISCHKORN, Michael. Definitions of the Lex Mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria's flexibility. 7 Eur. J.L. Reform 331 2005. P. 331

³²⁴ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p1

³²⁵ Segundo GEREFFI, da era da pré-globalização ao mundo parcialmente globalizado do início da década de 1990, as instituições de governança internacional destinadas a facilitar o funcionamento dos mercados globais cresceram com força, já que o GATT evoluiu para a OMC e o FMI se tornou uma força importante na disseminação da política econômica neoliberal. Mas não houve uma evolução semelhante na capacidade regulatória e redistributiva a nível global. Em suma, os aspectos facilitadores da governança que são a essência do regime neoliberal que estimulou as fases iniciais da globalização são excepcionalmente robustos e bem desenvolvidos, enquanto os aspectos regulatórios e redistributivos da governança permanecem relativamente fracos. GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. p. 5

³²⁶ GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. P. 4

³²⁷ CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 2

³²⁸ HORWITZ, Morton J.. The History of the Public/Private Distinction, 130 U. PA. L. REV. 1982. Pp. 1423-1424

from what was thought to be the dangerous and unstable redistributive tendencies of democratic politics”³²⁹.

Nesse sentido, tradicionalmente, o Direito do Comércio Internacional era confinado a sistemas legais e regulatórios locais e, quando as disputas envolviam transações comerciais entre partes de diferentes Estados, resolvidas através da aplicação de leis nacionais ou regras de conflito de leis, as regras do DIPr, que é o ramo do Direito que rege as relações privadas que contém elemento de estraneidade³³⁰.

A conceituação feita pelos autores clássicos brasileiros era no sentido de conferir ao DIPr o *status* de “*ciência que tem por objeto a regulação jurídica das Relações Internacionais de ordem privada*”³³¹ ou as “*relações de ordem privada da sociedade internacional*”³³². Autores mais contemporâneos apontam o DIPr como sendo o ramo do Direito que “*resolve, essencialmente, conflitos de leis no espaço referentes ao direito privado, ou seja, determina o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional*”³³³, ele é “*um ramo do direito interno que regula direta ou indiretamente, as relações privadas internacionais*”³³⁴.

Haroldo Valadão se filia a esta corrente mais abrangente do DIPr, pois, segundo ele a disciplina trata de leis de qualquer natureza, que abranjam conflitos de leis no espaço, ou seja, leis nacionais, estaduais, religiosas, comerciais, civis, penais, processuais, administrativas, trabalhistas e assim por diante³³⁵.

³²⁹ Ibidem. p. 1425

³³⁰ Ibidem, p 17

³³¹ Esta definição de FULGENCIO, Tito, *Synbthesis de Direito Internacional Privado*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937, p. 5 Apud MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas bormas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 150

³³² Esta a expressão de BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*, Ed. Histórica, Ed. Rio, 1988, p11. Apud, MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas bormas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 150

³³³ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 13 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.28

³³⁴ MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 324

³³⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional privado*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, v.1, p. 42.

Na mesma linha, Jacob Dolinger ressalta que o DIPr não se restringe a discussões acerca do direito privado, mas também do direito público, abrangendo questões fiscais, financeiras, penais e administrativas³³⁶.

O mencionado professor esclarece que existem várias concepções quanto ao seu objeto, sendo a mais ampla relativa à escola Francesa, a qual o Brasil estaria afiliado. A escola Francesa abrange quatro matérias de estudo: nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, conflito de leis e conflito de jurisdições³³⁷. Robert Wai aponta ainda que além desses múltiplos objetivos, a regulação e a governança são funções do DIPr em uma era de globalização³³⁸, uma vez que, quando formulados em sua acepção clássica, os fundamentos filosóficos do DIPr ainda tendiam a se basear no legado de Savigny de estudos privados dentro da lei romana e da tradição católica. Como tal, essa abordagem clássica do DIPr ainda estaria ligada à busca pela harmonia e previsibilidade internacionais, com pouca consideração pelas questões teóricas contemporâneas de uma “lei global” emergente além do Estado, para novas definições de comunidade e normatividade e para as questões distributivas urgentes que assombram a arena transnacional³³⁹, todas as questões observadas nos subcapítulos anteriores.

Deste modo, o “*DIPr pode contribuir no enfrentamento do poder privado informal ao reincorporar o global na disciplina e construir uma ponte com o local, conectando os standards universais às circunstâncias locais*”³⁴⁰.

Grande parte do problema do não aprofundamento do DIPr em questões de governança global, segundo Horatia Watt, pode ser atribuída às insuficiências e incertezas que afetam cada um dos componentes do nome dado ao campo por Joseph Story³⁴¹³⁴². Embora cunhado fora da tradição civil, sua dimensão “privada” foi entendida inicialmente como oposição à dimensão pública do DIP, relegando-o a permanecer fora das discussões de direito público. Na mesma

³³⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3

³³⁷ Ibidem. p. 1

³³⁸ WAI, Robert. Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society. *Harvard International Law Journal* / Vol. 46, Number 2, Summer 2005. p. 473

³³⁹ WATT, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). *Private International Law and Global Governance* (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition. P.170

³⁴⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR, Ely Caetano. Regulação dos Investimentos Estrangeiros e a Governança Global: Convergência das Dimensões Públicas e Privadas do Direito Internacional. p. 2-28 IN: *Governança Global*, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017. p. 19

³⁴¹ WATT, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). *Private International Law and Global Governance* (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition. P.170

³⁴² O nome da disciplina Direito Internacional Privado foi cunhado pela primeira vez por Joseph Story.

medida, seu alcance “internacional” refletiu a representação do Direito Internacional Público de um mundo de múltiplos Estados territoriais, de modo que tratou exclusivamente das consequências dos contatos entre as leis estatais, ignorando formas de normatividade transnacional além de um determinado território³⁴³. Ignorando, portanto, que o poder de autorregulação dos atores privados não mais se reduz à seara contratual tradicional, da determinação do direito aplicável ou do juiz competente, esse poder se expandiu para temas que antes lhe eram vedados, como o do estatuto pessoal³⁴⁴.

Estamos experimentando o desenvolvimento e aplicação de novas formas jurídicas e novas fontes de lei que contribuem de forma marcante para os arranjos de governança pluralistas e privados e que são adaptados especificamente para atender às demandas do comércio em condições de capitalismo avançado. Esses desenvolvimentos estão expandindo a regulação e a resolução de disputas privada, transformando as relações de poder e autoridade na economia política global³⁴⁵.

Horatia Watt afirma, por conseguinte, que pouco se tem feito no campo do DIPr para refletir as questões decorrentes de visões ou políticas mundiais, as tendências atuais da filosofia política ou da teoria social, ou para novo pensamento econômico, apesar da extensão das mudanças sociais, tecnológicas, econômicas e geopolíticas realizadas pela globalização. Tais atrasos prejudicaram seriamente a utilidade da doutrina e do método do DIPr como ponto de partida para pensar sobre o papel, a natureza e o conteúdo da lei além do Estado³⁴⁶.

Já Robert Wai aponta que o DIPr seria um ponto de partida interessante para se pensar os desafios do mundo globalizado, uma vez que as suas raízes, provenientes das interações locais internas dos Estados, não estariam demasiadamente vinculadas aos discursos de legitimidade e autoridade próprios do DIP, o que torna possível agregar ao DIPr novos temas como a regulação transnacional sob o amparo do direito privado e conflitual, o que não seria tão viável ao DIP³⁴⁷.

³⁴³ WATT, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). Private International Law and Global Governance (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition. p.179

³⁴⁴ ARROYO, Diego P. Fernández. *El Derecho Internacional Privado en el Inicio Del Siglo XXI*. In MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-109, 2005, p. 105-109.

³⁴⁵ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 2

³⁴⁶ Watt, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). Private International Law and Global Governance (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition. P.188

³⁴⁷ WAI, Robert. *Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society*. Harvard International Law Journal / Vol. 46, Number 2, Summer 2005. p. 473

Transnational private law is viewed as one alternative among many regimes of global order and is understood to perform a social—indeed, “public”—function in the embedding of private behavior and relationships within a broader social order³⁴⁸.

In serving these regulatory and ideational functions, transnational private law offers a different vision of global public order in which the task for state law is not command and control to eliminate conflict either within or across systems, but rather governance within and between social systems, including through allowing and sometimes facilitating conflict and contestation³⁴⁹.

Ralf Michaelis destaca que a crise de governabilidade se projeta a partir de ideias tradicionais sobre regulação, que são focadas na regulação direta estatal. Assim sendo, defende-se uma *governança além do Estado*, numa tentativa de transcender a dicotomia público privada, também disposta no próprio termo governança³⁵⁰.

O DIP, por sua vez, em sua superada conceituação, seria um “*direito de coexistência que regula as rivalidades e os conflitos de poder com uma sanção que é a guerra*”³⁵¹, ou ainda “*o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres respectivos dos Estados nas suas relações mútuas*”³⁵².

Verifica-se, portanto, que a definição já superada deixava de fora novos atores do cenário internacional, como as transnacionais, e mais do que isso, limita a abrangência do DIP aos conflitos armados, esquecendo-se da importância contemporânea das relações econômicas.

Segundo Celso Mello, uma melhor e mais moderna definição para o DIP seria: “*o conjunto de regras e de instituições jurídicas que regem a sociedade internacional e que visam estabelecer a paz e a justiça e a promover o desenvolvimento*”³⁵³³⁵⁴.

³⁴⁸ Ibidem. p. 471

³⁴⁹ Ibidem. p. 471

³⁵⁰ MICHAELIS, Ralf. The mirage of non-state governance. *Utah Law Review*, North America. 2010. 9 07 2019. p. 34

³⁵¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 58

³⁵² FAUCHILLE, Apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71

³⁵³ JEAN Touscoz. Apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71

³⁵⁴ Segundo Celso Mello o DIP tem sido alvo de diversos doutrinadores que negam a existência de qualquer norma regulamentando a vida internacional (Espinosa, Lasson, Gumpowicz, Lundstedt, etc.), todavia, segundo o Autor o assunto possui interesse meramente doutrinário e didático, uma vez que nos dias atuais a impugnação do DI não tem qualquer valor e a crescente institucionalização da vida internacional tem respondido a diversas objeções dos negadores. Ver: MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107

Nesse esteio, a relação entre o DIP e o DIPr tem sido objeto de muita reflexão. Alguns doutrinadores sustentam se tratar de disciplinas autônomas³⁵⁵, outros que grandes princípios do DIPr emanam do DIP³⁵⁶. A distinção público-privada se reforça, em parte, sob o amparo de uma poderosa mitologia liberal³⁵⁷ a qual defende a natureza neutra e apolítica da esfera privada. Segundo Cutler, o liberalismo molda o mundo em uma série de dicotomias. A exemplo da dicotomia doméstico-internacional e apúblico-privado, constituindo uma divisão central de autoridade, onde as relações privadas estão associadas ao domínio de processos econômicos neutros, enquanto as relações públicas estão relacionadas ao domínio da política³⁵⁸.

Tais mitos funcionam ideológica³⁵⁹ e normativamente para apoiar o valor e a superioridade do liberalismo econômico, obscurecendo os fundamentos distributivos e até coercitivos do comércio privado³⁶⁰. Atualmente, os mitos estão contribuindo para a superação do neoliberalismo após as crises financeiras e contribuindo para a emergência da aceitação e legitimação de uma transnormatividade e de um direito transnacional, onde se tem maior atenção com a interação entre o Direito Internacional Público e o Privado³⁶¹.

³⁵⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, p 125. e OTAVIO, Rodrigo. *Direito Internacional privado*, pp. 204/5. Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.12

³⁵⁶ KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Pp. 380/1. Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p 11.

³⁵⁷ CUTLER aponta para a existência de quatro mitos do liberalismo que reforçam a dicotomia público privada: (i) o ordenamento privado das relações econômicas é consistente com processos econômicos naturais. O Direito Internacional do comércio trata da atividade natural (contratos, comércio e normas conflituais), enquanto o Direito Internacional público trata do comportamento desviante e não natural (dumping, carteiss, subsídios); (ii) o público/privado constituindo uma divisão central de autoridade e a outra doméstica/internacional; (iii) a natureza consensual e não coercitiva das relações de comércio privadas; e (iv) a eficiência inerente à regulação privada das relações comerciais. O direito à liberdade de contratar torna-se o equivalente legal dos princípios liberais da liberdade de comércio. CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 54-56

³⁵⁸ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 54

³⁵⁹ “Thus it is asserted [under liberalism] that economic activity belongs to civil society, and that the State must not intervene to regulate it. But since in actual reality civil society and the State are one and the same, it must be clear that *laissez-faire* too is a form of State “regulation,” introduced and maintained by legislative and coercive means. It is a deliberate policy, conscious of its own ends, and not the spontaneous, automatic expression of economic facts. Consequently, *laissez-faire* liberalism is a political programme, designed to change – in so far as it is victorious – a state’s leading personnel, and to change the economic programme of the State itself – in other words the distribution of the national income.” Antonio Gramsci (1971: 160) Apud CUTLER, Claire A. Id, p. 69

³⁶⁰ *Ibidem*. P. 69

³⁶¹ Jacob Dolinger aponta que não há necessidade de seguir uma ou outra corrente doutrinária, pois é evidente a existência de uma afinidade entre ambas as disciplinas, sendo certo que a doutrina mais moderna tem se preocupado muito mais com as interações entre o DIP e o DIPr. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13

Essa relação transnormativa se caracteriza por vários fatores de alocação de uma nova realidade internacional que, através de seus instrumentos normativos produzidos no plano internacional, dissolvem as fronteiras e possibilitam uma interpretação de normas jurídicas entre o local e o global em um mesmo espaço de soberania e competência normativa. Elementos de fundamentação da construção normativa, como as fontes de direito, incluindo as *soft law*; o direito comunitário e seus mecanismos específicos para regulamentação intra-bloco; as regras de direitos humanos que passam de uma simples resolução e adotam cada vez o caráter de *ius cogens*, um direito imperativo que deve ser respeitado e observado por todos os povos; as organizações internacionais, seus foros e sua atividade pseudo-legislativa; a transnacionalização da ordem econômica que envolve um número maior de temas e opera entre fronteiras, não só através do seu principal objeto, que é o capital, mas também por sujeitos operacionais, como as empresas transnacionais.³⁶²

A idéia de uma *Transnational Law*, termo consagrado por Philip Jessup, manifesta a ruptura com a concepção tradicional das relações interestatais, e assinala a existência de uma miríade de formas de relações transfronteiriças entre atores estatais e não estatais.

“Nevertheless I shall use, instead of ‘*international law*’, the term ‘*transnational law*’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories. (...)”

Transnational situations, then, may involve individuals, corporations, states, organizations of states, or other groups.”³⁶³

Assim, o conceito de Philip Jessup esclarece que a bidimensionalidade clássica que contrapõe o Direito Internacional em ramos do DIP e do DIPr não é suficiente para compreender a complexidade das relações jurídicas no cenário mundial³⁶⁴. *Era preciso superar o hiato hermenêutico e epistemológico estabelecido entre os ramos do Direito Internacional, sugerindo que se empregasse – como mecanismo de superação – a expressão Direito Transnacional*³⁶⁵.

³⁶² MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Editora Unijui, 2005. P. 204

³⁶³ JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven, CT, Yale University Press: 1956. p. 2.

³⁶⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo Do Direito Internacional Privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011. p.10.

³⁶⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR, Ely Caetano. Regulação dos Investimentos Estrangeiros e a Governança Global: Convergência das Dimensões Públicas e Privadas do Direito Internacional. p. 2-28 IN: *Governança Global, Vol I*, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017. p. 3

A *Transnational Law* une o Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado com novos temas do direito, tais como: Direito Administrativo Internacional, o Direito do Desenvolvimento Econômico, Direitos Humanos e as regras aplicáveis às empresas multinacionais³⁶⁶, o Direito do Comércio Internacional. Ademais, o reconhecimento da existência de outros atores³⁶⁷ na esfera internacional como sujeitos de direito significou, no dizer de Marilda Rosado, uma *democratização* do Direito Internacional como ramo jurídico, que passou a atingir indivíduos, organizações e negócios³⁶⁸. A norma jurídica internacional, nestes termos, e segundo o professor Celso Mello, “*deve surgir da convivência social internacional levando em consideração o maior número de Estados e indivíduos aí existentes*”³⁶⁹.

Ou seja, a *Transnational Law* “*se retroalimenta da crescente interação entre o interno e o internacional operando em diversos setores para promover a conjugação dos chamados ‘novos atores’ do Sistema Internacional e assim alcançar objetivos em comum*”³⁷⁰, à luz do conceito da interdependência.

Andreas F. Lowenfeld, no curso da Academia de Direito Internacional da Haia de 1979, já ressaltava a interação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público³⁷¹.

No mesmo sentido, o chamado Direito Cosmopolita leva em consideração a interdependência deflagrada no mundo atual, e pode ser conceituado como um conjunto de

³⁶⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13

³⁶⁷ Brenda-Beckmann aponta ainda que a lei proveniente do Estado não é a única fonte legal de poder. Para ela, a transnacionalização das leis para além das fronteiras nacionais não é domínio exclusivo dos poderosos atores internacionais e das chamadas transnacionais, como iremos analisar nos capítulos seguintes, há ainda que se considerar, apesar de não serem objeto deste trabalho, os migrantes comuns, empresários e comerciantes, que não pertencem à elite política e intelectual, os quais também são atores importantes no processo de globalização das leis pois eles interpretam as normas, dando sentido às mesmas.. BRENDA-BECKMANN, Franz von; BRENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. p. 14-15. IN: *Mobile People, Mobile Law Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Germany and University of Edinburgh. UK

³⁶⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo Do Direito Internacional Privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011. p.1.

³⁶⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 55.

³⁷⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo Do Direito Internacional Privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011. p.8.

³⁷¹ LOWENFELD, Andreas F. Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction. *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haya*, Leiden, Holanda, NL, v.163, pp. 311-436, 1979, p. 315.

“*princípios e regras sobre as relações entre os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas no espaço supranacional e não-estatal*”³⁷².

Verifica-se, portanto, que as transformações no cenário internacional foram seguidas pelo Direito Internacional, que se amoldou, alargando-se e modificando-se, para tratar de temas como Direitos Humanos, economia, desenvolvimento social e cultural, e direitos ambientais³⁷³.

De fato, tal convergência já é realidade para muitos doutrinadores³⁷⁴, uma vez que a clássica e estanque dicotomia da disciplina não é capaz de propiciar as respostas almejadas pela sociedade contemporânea.

My thesis is that public international law has been too rigid, too rule-orientated, and therefore too abstract, in part because it has been insulated from the more flexible, approach-oriented developments of private international law. On the other hand, while modern private international law (or conflict of laws), has applied increased sophistication to the solution of wholly private disputes, it has shied away behind ancient slogans reflecting a hostility to or fear of governmental action that seems quite out of place in the second half of the twentieth century³⁷⁵.

Dessa forma, pode-se dizer que “*o sistema legal internacional está em constante evolução, não sendo reduto exclusivo de juristas, mas abrigo a política e a economia*”³⁷⁶.

³⁷² TORRE, Ricardo Lobo. A Afirmação do Direito Cosmopolita. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello* / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.924

³⁷³ Segundo Marilda Rosado, o “*Direito Internacional Privado tem sofrido impactos dos novos conceitos emergentes das transformações do Direito Internacional Público e da candente influência dos princípios de proteção da pessoa humana*”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo – as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 20.

³⁷⁴ O conjunto dessas transformações vivenciadas pelo Direito Internacional nas últimas décadas foi consagrada pelo professor Erik Jaime como “*Direito Internacional pós-moderno*”, o qual busca o sentido da ordem pública a partir da proteção dos Direitos Humanos. A expressão cunhada por este autor nos remete a um direito que tem como característica a sua “*dimensão multicultural que distingue os novos valores considerados atualmente em relação ao direito precedente*” MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da Ordem Pública e os direitos humanos. Elementos para um Direito Internacional pós-moderno. p. 312 e 348. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme* / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁷⁵ LOWENFELD, Andreas F. Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and some suggestions for their interaction. Haia: Alphen Van Den Rijn – Sitjtholf M. Noodhroff Editores, 1980, p. 321-322

³⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da Ordem Pública e os direitos humanos. Elementos para um Direito Internacional pós-moderno. p. 312 e 348. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme* / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Para Celso Mello, “*a política é a constante do mundo internacional*”³⁷⁷, e a economia é o fator mais importante, sendo a razão de existir da expressão *segurança econômica coletiva*³⁷⁸.

Segundo Bruno Miragem, na lógica anterior havia o preceito e a sanção, conforme descrito nas clássicas conceituações de DIP, hipótese e consequência, isso restou ultrapassado pela força dos fatos e o conceito de decisão correta o qual busca aproximar forma e conteúdo, de modo a garantir a legitimidade das decisões jurídicas³⁷⁹.

Andreas Lowenfeld ressalta que o Direito Internacional não é monolítico³⁸⁰, mas sim composto por uma grande variedade de normas, que diferem em forma, eficácia e extensão³⁸¹. Nesse sentido, busca alcançar novas formas de determinar a aceitação e compreensão das soluções indicadas pelo Direito³⁸².

Nesse contexto, o Direito Internacional é um mecanismo de governança³⁸³.

Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart observam que padrões de governança global estão sendo construídos por um incipiente Direito Administrativo Global³⁸⁴. Nesse sentido, o Direito Administrativo Global, como Direito Internacional alargado que contempla novas ramificações, surge da percepção de que os sistemas de governança global³⁸⁵³⁸⁶ podem ser entendidos, em grande escala, como um sistema administrativo, cujas

³⁷⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

³⁷⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 71.

³⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 319

³⁸⁰ LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. New York : Oxford, 2002, p. 493.

³⁸¹ XAVIER JUNIOR, E. C. *Investimentos estrangeiros e arbitragem internacional: perspectivas de globalização do Direito Administrativo*. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 22.

³⁸² MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da Ordem Pública e os direitos humanos. Elementos para um Direito Internacional pós-moderno. p. 308. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁸³ SIMMONS, Beth. International Law as a Mechanism of Global Governance: Empirical Evidence and Normative Implications. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/normative/papers/Session6_Simmons.pdf>. Acessado em 20 Nov 2017, p. 1

³⁸⁴ O Direito Administrativo Global como ramo do direito não se encontra ainda unificado, nem organizado sob uma disciplina jurídica ou prática. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B., *The Emergence of Global Administrative Law*, Research Project on Global Administrative Law, NYU School of Law, Institute of International Law and Justice em conjunto com o Center on Environmental and Land Use Law, 2005, p. 15-18..

³⁸⁵ Kingsbury, ‘The Concept of “Law” in Global Administrative Law’, 20 *EJIL* (2009) 23, p 2.

³⁸⁶ A Governança Global serve, portanto, para gerenciar as atividades projetadas além das fronteiras estaduais de ambos os setores público e privado. STEPHAN, Paul B. The new international law: legitimacy, accountability, authority, and freedom in the new global order. *University of Colorado Law Review*, v. 70, p. 1555-1562, 1999, p. 1558.

funções são desenvolvidas globalmente através de uma rede de cooperação entre instituições de diferentes naturezas e níveis, que exercem a sua regulação através de uma variedade de instrumentos, embora não vinculativos. Devido à variedade de instituições/atores reguladores e entidades/atores regulados que se apresentam no espaço administrativo global os autores apontam para a necessidade de existência de um Direito Administrativo Global³⁸⁷³⁸⁸. O “global” reflete a integração da regulamentação nacional e extranacional em vários níveis - bilateral, regional e multilateral -, ao mesmo tempo que estabelece arranjos institucionais incompatíveis com as categorias tradicionalmente aceites³⁸⁹.

Global governance involves the exercise of power and authority by international organizations, private entities, and national government agencies reaching beyond a single state. Current and future legal regulation of these exercises of power, including through accountability requirements of transparency, participation, reason-giving, and liability (“global administrative law”)³⁹⁰.

A manifestação de um Direito Administrativo Global ganhou força no cenário internacional e nacional, também pela necessidade de dar um regramento a atores internacionais não estatais que acabam agindo no liame entre o interno e o internacional, em particular, o enfrentamento da corrupção - cujos efeitos danosos ultrapassam os desvios diretos de recursos e assumem dimensão ainda maior, ao tornar o ambiente internacional instável e ao difundir insegurança - depende de uma atuação concertada dos diversos atores³⁹¹.

³⁸⁷ Although many examples of regulatory systems have emerged in the economic sector, global governance has a broader spectrum, not only by the variety of regulated but also by the different levels of regulation sectors. In this sense, cf. CASSESE, Sabino. *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009.

³⁸⁸ Numa perspectiva pragmática, pode-se dizer que é um Direito Administrativo porque reúne as funções típicas de administração, que, segundo a visão clássica, são determinadas pela exclusão das funções legislativas e judiciais. Ver, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4. The administrative role encompasses materially, as the German doctrine, aspects of administrative intervention (*Eingriffsverwaltung*), Performance Management (*Leistungsverwaltung*) and administration of guarantees (*Gewährleistungsverwaltung*). SCHMIDT, Rolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verfahrens und Staatshaftungsrecht*. 14. Aufl. Bremen: Rolf Schmidt, 2010, p. 6-8.

³⁸⁹ CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The challenge of global regulation. *International Law and Politics*, v. 37, p. 663-694, 2005, p. 669-670.

³⁹⁰ Chimni, B.S. Chimni, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, February 6 *Economic and Political Weekly* 337 (1999); B.S. Chimni, *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*, 15 *European Journal of International Law*, 1 (2004), 1-39; Kingsbury, Krisch, and Stewart, *Op. Cit.*, pp. 21-22

³⁹¹ PIZOIRO, Carolina Araújo de Azevedo. *Soft Law e Compliance no Ambiente Empresarial: Respostas à Corrupção Transnacional*. Congresso de Direito Internacional. Agosto 2017.

O objetivo do Direito Administrativo Global é reunir factualmente funções administrativas do espaço administrativo global como parte de uma tendência comum e crescente para a criação de mecanismos de lei administrativa para garantir a prestação de contas da governança reguladora global³⁹². Na legislação interna dos países, esses organismos privados são tipicamente tratados como “associações” e não como ente administrativo, a menos que exerçam poder público por delegação explícita. Mas na esfera global, devido à falta de instituições públicas internacionais, muitas vezes esses entes de natureza puramente privada têm maior poder e importância. Seus atos podem não ser muito diferentes dos atos não vinculantes emanados por entes públicos intergovernamentais, mas muitas vezes podem ser mais eficazes. Os Códigos de Conduta das TNCs e a ISO oferecem um bom exemplo para análise, uma vez que suas decisões têm impactos econômicos importantes, como também tem suas decisões sendo usadas em decisões regulatórias emanadas por organismos internacionais tais como a OMC³⁹³.

Scholars of globalization and international and transnational governance are putting forth a growing number of conceptual frameworks to examine and address issues of law and global governance. These frameworks include constitutional, contract, and (now) global administrative law constructs³⁹⁴.

Verifica-se, portanto, que o direito comercial transnacional ou a nova *lex mercatoria*³⁹⁵ é um componente integral dessa ordem jurídica transnacional emergente³⁹⁶. Importante apontar que foi exatamente a partir do declínio da *lex mercatoria medieval*, que houve a readaptação à nova realidade socioeconômica global, “*em que a velocidade e a relevância das práticas comerciais contemporâneas não estavam mais sendo abarcadas pela normatização autônoma*

³⁹² PIZOEIRO, Carolina Araújo de Azevedo. A ISO 37001:2016: *Desdobramentos do Direito Administrativo Global no Combate à corrupção*. IN: IN Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017. p. 218

³⁹³ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global Administrative law. *Law and contemporary problems* [Vol. 68:15]. p. 23

³⁹⁴ NICOLAIDIS, Kalypso; SHAFFER, Gregory. Transnational Mutual Recognition Regimes: *governance without global government*. 68 *Law & Contemp. Probs.* 263 2004-2005. p. 264

³⁹⁵ A nova *lex mercatoria* também é denominada de transnational economic law (Horn and Schmitthoff, 1982), de law of private international trade (Schmitthoff, 1964a), e international business law (Schmitthoff, 1961). Apud CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p1

³⁹⁶ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p1

*de cada país, o que obrigatoriamente fez com que se adotassem práticas homogêneas no comércio internacional, fazendo surgir a nova lex mercatoria*³⁹⁷.

Hoje, a *nova lex mercatoria* está sendo reconfigurada e reconstituída para servir ao capitalismo transnacional³⁹⁸, ou uma “*transnacionalização do campo jurídico*”³⁹⁹, com a formação de uma “zona cinzenta” no Direito Internacional⁴⁰⁰.

A *nova lex mercatoria* transnacional está presente em três grandes tendências de governança. Essas tendências são, por sua vez, ligadas a transformações mais profundas nas economias políticas locais e globais e desafiam os entendimentos convencionais da ordem mundial. A primeira tendência é a jurisdição da vida política, social e econômica, uma vez que a lei é utilizada para legitimar reivindicações cada vez mais variadas de autoridade. A segunda é a crescente heterogeneidade e pluralismo nas formas de regulação e governança, enquanto a terceira é a maior significância dos acordos de governança privados⁴⁰¹.

São consideradas fontes da *nova lex mercatoria*, resultantes da intensificação da dinâmica do comércio internacional: (i) contratos internacionais (contratos-tipo); (ii) usos e costumes do comércio internacional que vêm sendo sistematizados e readaptados, exemplo ICC n 500; (iii) condições gerais de contratação e *standards forms*, exemplo ICC n 458; (iv) regras das associações profissionais e das *guidelines*, exemplo ICC n 441; (v) princípios gerais do comércio internacional, exemplo UNIDROIT; (vi) códigos de conduta, convenções internacionais não-vigentes e leis modelo, exemplo UNCITRAL, *The United Nation Code of Conduct on Transnational Corporation* e do *The Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises*; e (vii) laudos arbitrais⁴⁰².

A *lex mercatoria* fornece as normas básicas que regem a propriedade, contrato e resolução de conflitos, funcionando muito bem em termos de distribuição, como os

³⁹⁷ AZEVEDO, Pedro Pontes de. *A lex mercatoria e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. Prima facie, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006. P. 96

³⁹⁸ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 62

³⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. 1995. *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in the Paradigmatic Transition*. London and New York: Routledge. p. 268 Apud Cutler, Op. Cit 2003. .62

⁴⁰⁰ BOWETT, Derek W. 1986, “Claims Between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law,” *Catholic University Law Review* 35 (4): 929–60. Apud CUTLER, A. Claire. Op. Cit 2003.

⁴⁰¹ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 2

⁴⁰² VIDIGAI, Erick. *A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil*. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf?sequence=1>>. Consultado em 01 jul 17. p. 180-182

fundamentos jurídicos do capitalismo global. Além disso, fornece normas, práticas e uma linguagem comum que liga e unifica uma elite corporativa global, a que Cluter chama de “mercatoracia”. Derivada da referência medieval a lei do comerciante, a *lex mercatoria*, a mercatoracia é composta por comerciantes transnacionais, advogados privados internacionais e outros profissionais e suas associações, funcionários governamentais e representantes de organizações internacionais⁴⁰³.

A mercatoracia opera a nível mundial e local para desenvolver novas leis comerciais que regem o comércio internacional e a resolução de conflitos comerciais internacionais e universalizar as leis através da unificação e harmonização de ordens jurídicas comerciais nacionais. Como uma mistura complexa de autoridade pública e privada, a mercatoracia desfigura a distinção entre atores comerciais públicos e privados⁴⁰⁴.

1.4 Conclusões do capítulo

Verificamos que o na fase atual do movimento de globalização da economia mundial houve mudança qualitativa propiciada pelo aumento na densidade dos fluxos e padrões de interação ou interligação entre os Estados, indivíduos e empresas que constituem a comunidade do mundo contemporâneo⁴⁰⁵. Essa mudança difere das evoluções anteriores do capitalismo, principalmente em virtude da emergência de uma economia digital⁴⁰⁶.

A globalização regulatória (*regulatory globalization*) centra-se nos complexos processos sociais que levaram à regulação dos mercados de bens, mão-de-obra, capital e serviços em novos níveis. Níveis estes que exigem cooperação interestatal formalizada através

⁴⁰³ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). P 4

⁴⁰⁴ Ibidem

⁴⁰⁵ MCGREW, A. G. *Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization*, 1998, p. 325. In: GRESSER, V.; BUDAK, A.C. (eds), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of the Law*, Aldersshot and Brookfield: Ashgate and Dartmouth, pp. 325-345 Apud BRENDA-BECKMANN, Franz von; BRENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. p. 1 In: *Mobile People, Mobile Law Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Germany and University of Edinburgh. UK

⁴⁰⁶ Economia digital se refere à aplicação de tecnologias digitais baseadas na internet para a produção e comércio de bens e serviços, e que está se tornando uma parte cada vez mais importante da economia global. UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy*, p. iv.

de novos e poderosos regimes internacionais. A globalização regulatória também deu ensejo ao surgimento de uma governança privada.

Conforme destacado, a governança exercida por uma autoridade privada é outra abordagem possível, uma potencial resposta institucional, para resolver problemas de cooperação no sistema internacional, principalmente após a última crise financeira mundial. Isso porque a resolução bem sucedida de tais problemas de cooperação requer o ajuste mútuo do comportamento dos diversos atores. A autoridade privada emerge como uma resposta à “*demanda por ordem e regras dos atores*”⁴⁰⁷, diante de uma economia altamente globalizada, a qual funcionou como agente catalizador.

A autoridade está moldada na relação entre as noções de poder e legitimidade. Haverá autoridade privada tão somente quando os atores não estatais regulam, de forma estável ao longo do tempo e do espaço, por meio de regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a conduta dos regulados por sua autoridade legitimamente reconhecida por eles.

As relações de autoridade são aquelas nas quais um ator ou instituição, seja sob a forma de governança pública ou de governança privada, faz uma reivindicação de que tem o direito de governar ou o direito de regular, e os demais atores obedecem. Esse direito de regular decorre de um poder.

A nova *lex mercatoria* emerge dessa mais recenterealidade econômico social, na qual empresas transnacionais operam de forma profundamente integrada, e organizada dentro de redes de produção globais geograficamente extensas e complexas, operadas por meio de uma variedade de mecanismos. Há, portanto, múltiplas formas de relações intra e interorganizacionais que precisam ser consideradas.

O movimento em direção ao estabelecimento de uma governança privada, por meio de regulação, seja essa autoridade exercida por uma TNCs, é melhor visto como uma resposta às pressões sociais e crises econômicas geradas pela globalização econômica e pela inadequação e morosidade das instituições de governança pública em abordá-las.

A nova *lex mercatoria* é tida como alicerce de uma comunidade de legislação transnacional emergente⁴⁰⁸ e como parte da “transnacionalização do campo jurídico”. Ela apresenta desafios analíticos e teóricos ao Direito Internacional por ser uma zona cinzenta. Todavia, há necessidade de abandonar a tradição dual público-privada da disciplina, ante a sua

⁴⁰⁷ CUTLER, Claire; HAUFLE, Virginia; PORTER, Tony. *Private Authority and International Affairs*. Edited by Albany: State University of New York Press, 1999. 398 pgs. p. 8.

⁴⁰⁸ TEUBNER, Gunther (ed.) 1997 b. “‘Global Bukowina:’ Legal Pluralism in the World Society,” in Teubner (ed.), 1997 a, pp.3–30.

insuficiência em dar as respostas necessárias às crises sistêmicas do mundo contemporâneo, e adotar um novo Direito Internacional contemporâneo, uma *transnacional law*.

Feitas essas ponderações, no próximo capítulo abordar-se-á as transnacionais como autoridade privada em ascensão e a forma de exercício de autoridade privada por esses atores internacionais.

2. AUTORIDADE PRIVADA EM ASCENSÃO: EMPRESAS TRANSNACIONAIS

O estudo das transnacionais se insere em uma conjuntura mais ampla da análise dos padrões de evolução do Direito Internacional⁴⁰⁹ e da nova *lex mercatoria*.

Conforme destacado, a globalização da economia mundial nos últimos cinquenta anos se desenvolveu e se intensificou de forma qualitativamente diferente da que ocorreu em períodos anteriores. Antes de 1914 – e até poucas décadas atrás –, embora quantitativamente significativa⁴¹⁰ em termos do volume de comércio de bens e serviços entre empresas independentes e de movimentos internacionais de capital de portfólio e investimentos diretos da época, tal integração era essencialmente superficial. Hoje, o mundo é profundamente integrado, e organizado dentro de redes de produção global geograficamente extensas e complexas, operadas por meio de uma variedade de mecanismos⁴¹¹, e que respondem por 80% do comércio internacional, cerca de \$20 trilhões de dólares por ano⁴¹².

Nesse processo de mudança, muitas das coisas usadas no cotidiano provêm de uma escala mundial de produção, distribuição, e consumo, cada vez mais complexa e intrincada⁴¹³. De fato, a produção da maioria dos produtos desenvolveu uma geografia tão complexa – com peças feitas em diferentes países e depois reunidas em outro lugar – que os rótulos de origem começaram a perder o significado⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.457*

⁴¹⁰ Uma posição mais cética argumenta que a economia mundial estava realmente mais aberta e mais integrada no meio século antes da Primeira Guerra Mundial (1870-1913) do que é hoje. A evidência empírica utilizada para justificar esta posição é quantitativa e agregada, com base em Estados Nacionais como unidades estatísticas. Tais dados revelam um mundo em que o comércio, o investimento e, especialmente, a migração populacional, fluíram em volumes cada vez maiores entre países. Na verdade, esses níveis de comércio internacional e investimento não foram novamente alcançados (após a depressão mundial da década de 1930 e da Segunda Guerra Mundial) até as últimas décadas do século XX. Os níveis de migração populacional da mesma forma não chega aos níveis proporcionais daqueles atingidos nas décadas anteriores a 1930. DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 712-716). SAGE Publications. Kindle Edition

⁴¹¹ DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 712-716). SAGE Publications. Kindle Edition

⁴¹² UNCTAD. Press Release. 27 Fev 2013. Disponível em:

<<http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=113>> Acessado em 18 Nov 2017.

⁴¹³ WEEDE, Erich. *Dicionário de Ética Econômica*. Organizado por Georges Enderle “et alli”. 1997. Apud: MELLO, Celso. Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 60.

⁴¹⁴ DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 594-595). SAGE Publications. Kindle Edition

O presente estágio de evolução das TNCs aponta para o uso cada vez maior do comércio digital. O relatório *World Investment Report* do UNCTAD 2017 destaca que a economia digital - ou seja, a aplicação de tecnologias digitais baseadas na internet para a produção e comércio de bens e serviços - está se tornando uma parte cada vez mais importante da economia global⁴¹⁵. Segundo o relatório a economia digital está mudando fundamentalmente a forma como as TNCs produzem e comercializam bens e serviços através das fronteiras. As TNCs digitais podem se comunicar e vender para clientes no exterior sem a necessidade de muito investimento direto em mercados estrangeiros. O seu impacto econômico nos países hospedeiros é, portanto, mais volátil e menos visível na geração direta de capacidade produtiva e na criação de emprego. Nesse sentido, o mencionado relatório destaca ainda que a economia digital não é apenas uma discussão adstrita ao setor de tecnologia e empresas digitais, mas sim a uma digitalização das cadeias de suprimentos em todos os setores da economia global⁴¹⁶.

Nesse sentido, as TNCs vêm aumentando progressivamente a sua atuação no cenário econômico mundial, extravasando as fronteiras nacionais de seus países sede. Uma miríade de mecanismos está relacionada a esta expansão e a torna possível⁴¹⁷.

Essa descentralização permite que as TNCs façam uso de recursos localizados em diversos pontos do globo, podendo transferi-los, adequando-os às suas necessidades de produção. Isso lhes dá a possibilidade de suportar adversidades do tempo e do espaço, bem como permite a coordenação rápida das decisões sobre sua rede de subsidiárias⁴¹⁸.

The crucial diagnostic characteristic of a ‘global economy’, therefore, is the qualitative transformation of economic relationships across geographical space, not their mere quantitative geographical spread. This involves ‘not a single, unified phenomenon, but a syndrome of processes and activities’⁴¹⁹. There is not one ‘driver’ of such transformative processes – certainly not the technological determinism so central in much of the popular globalization

⁴¹⁵ UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy*, p. iv.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ MCLEAY, Fiona. *Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, Studies in International Law. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 219

⁴¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos. *Empresa Multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo*. In: *Revista de Direito Mercantil*, n. XIV, ano XIII, p. 75 Apud ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (org.) *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 44.

⁴¹⁹ MITTELMAN, J.H. (2000) *The Globalization Syndrome: Transformation and Resistance*. Princeton, NJ: Princeton University Press. Apud DICKEN, Peter. *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy*. SAGE Publications. Kindle Edition. P. 241

literature⁴²⁰. In other words, ‘globalization is a ... supercomplex series of multicentric, multiscalar, multitemporal, multiform and multicausal processes’⁴²¹.

Nas economias de mercado, as redes de produção são coordenadas e reguladas principalmente pelas TNCs, através das múltiplas formas de relações intra e interorganizacionais que constituem um sistema econômico. Tais redes são, na realidade, estruturas extremamente complexas com links intrincados – estruturas horizontais, verticais, diagonais, multidimensionais, em várias camadas de atividade econômica. Elas variam consideravelmente dentro e entre diferentes setores econômicos⁴²².

Esses mecanismos de regulação de origem consuetudinária e espontânea fazem parte da governança privada que tem como base uma nova *lex mercatoria*, um direito transnacional, pois não é doméstico nem internacional, estando fora dessas definições rígidas⁴²³. São consideradas fontes da nova *lex mercatoria*, resultantes da intensificação da dinâmica do comércio internacional: (i) contratos internacionais (contratos-tipo); (ii) usos e costumes do comércio internacional que vêm sendo sistematizados e readaptados; (iii) condições gerais de contratação e *standards forms*; (iv) regras das associações profissionais e das *guidelines*; (v) princípios gerais do comércio internacional; (vi) códigos de conduta, convenções internacionais não-vigentes e leis modelo; e (vii) laudos arbitrais⁴²⁴.

A nova *lex mercatoria* fornece as normas básicas que regem a propriedade, contrato e resolução de conflitos.

Nesse capítulo, analisar-se-á as TNCs no desempenho da governança privada através da regulação.

⁴²⁰ DICKEN, Peter (2014-12-17). Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy (Kindle Locations 726-728). SAGE Publications. Kindle Edition

⁴²¹ JESSOP, R. (2002) The Future of the Capitalist State. Cambridge: Polity Press.. Apud DICKEN, Peter (2014-12-17). Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy (Kindle Location 726-728). SAGE Publications. Kindle Edition.p 113– 14

⁴²² DICKEN, Peter (2014-12-17). Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy (Kindle Locations 1546). SAGE Publications. Kindle Edition

⁴²³ FRISCHKORN, Michael. Definitions of the Lex Mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria’s flexibility. 7 Eur. J.L. Reform 331 2005. P. 331

⁴²⁴ VIDIGAI, Erick. A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf?sequence=1>>. Consultado em 01 jul 17. p. 180-182

2.1 Conceito de empresa transnacional

Não há uma definição unânime para o termo transnacional⁴²⁵.

Uma empresa transnacional possui as seguintes características: (i) são capazes de influenciar a economia de diversos países ao exercerem suas atividades; (ii) o poder de decisão está disperso nas suas subsidiárias; (iii) tem atuação no exterior por meio de subsidiárias ou filiais; (iv) possui grande porte com significativo potencial financeiro; (v) possui patrimônio científico-tecnológico; (vi) dispõe de administração internacionalizada; (vii) possui unidade econômica e diversidade jurídica, através de subsidiárias ou filiais que têm diferentes nacionalidades⁴²⁶.

As TNCs tem uma organização interna fortemente hierarquizada com “*capacidade de orientar centralizadamente, as suas operações em diversos pontos do mundo*”⁴²⁷,

com a configuração de uma empresa matriz e suas distantes empresas filiais organicamente dependentes da empresa-mãe, adquirindo formas comerciais complexas – *holdings* – e também de outros vínculos jurídicos, financeiros, tecnológicos, etc.; o que confere efetividade plurinacional à estrutura dessas empresas *sui generis*, contrastando literalmente com os demais atores internacionais, debilitando-os sobremodo, principalmente no âmbito econômico, como no caso das unidades estatais⁴²⁸.

Segundo Luiz Olavo Baptista, a principal característica das empresas transnacionais é ter seu planejamento desenvolvido a nível global, incluindo programas de pesquisa e de desenvolvimento, metas financeiras, com vistas a mitigar custos e aumentar sua influência, além de expandir seus mercados consumidores⁴²⁹. Com vistas à tomada de decisão, as TNCs levam em consideração a existência de um mercado mundial onde elas podem operar em várias localidades, de modo que os mercados nacionais são considerados como sendo de menor

⁴²⁵ ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (org.) *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 213.

⁴²⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 104.

⁴²⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p.25

⁴²⁸ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. 2ª ed, 2004, 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 251. XAVIER, Mônica Antão. *Grupo Transnacional: unicidade ou pluralidade de entes?* 2008. 129 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008, p. 16

⁴²⁹ *Ibidem*, p.25

importância⁴³⁰. Com efeito, o controle das filiais ou subsidiárias, em todos os aspectos, é um pressuposto da coordenação dos seus objetivos globais⁴³¹.

Vale ainda destacar, a distinção entre o conceito de multinacionais, transnacionais e empresas internacionais⁴³².

A empresa internacional consiste em uma entidade nacional que possui algumas atividades em outros países, sem que as mesmas tenham influência significativa na vida da empresa⁴³³.

A multinacional seria aquela que dispersa vários interesses, por várias nacionalidades, na produção, na comercialização e até na estrutura de propriedade, embora se possa reconhecer um centro de decisões em determinado país de origem. Genericamente, o termo multinacional se aplica a empresas cujas operações internacionais são relativamente extensas e abrangem a movimentação internacional de bens e recursos financeiros, tecnologia e *management*⁴³⁴.

O termo multinacional tem sido atribuído a David E. Lilienthal que, em abril de 1960, escreveu um artigo para a *Carnegie Institute of Technology* em “*Management and Corporations 1985*”, mais tarde publicado sob o título “*The Multinational Corporation (MNC)*”. Lilienthal definiu as empresas multinacionais como “*corporations... which have their home in one country but which operate and live under the laws and customs of other countries as well*”⁴³⁵.

Dunning conceitua a empresa multinacional como sendo uma sociedade matriz, que controla um grande grupo de outras empresas de diferentes nacionalidades, com acesso a uma fonte comum de recursos humanos, técnicos e financeiros, agindo segundo uma estratégia coordenada⁴³⁶. Esse tipo de empresa se dedica ao investimento direto, fora do seu país de origem.

⁴³⁰ Ibidem, p.28-29

⁴³¹ Ibidem, 1987, p.26

⁴³² ROBINSON, R.D. *The Developing Countries, Development and the Multinational Corporation*. The American Academy of Political and Social Sciences, 1972, Apud DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975, p. 8-9.

⁴³³ SCHNEIDER, Tomaz; DOELLINGER, Carlos von, *Algumas Considerações sobre o Comportamento das Empresas Multinacionais*. In Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 4, nº 2, 1974, p. 434 Apud DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975, p.9.

⁴³⁴ Ibidem.

⁴³⁵ FIELDHOUSE, D.K. *The multinational: a critique of a concept*. In A.Teichova et.al.(Eds) *Multinational Enterprise in Historical Perspective* (1986) pp.9-10.

⁴³⁶ DUNNING, J.H. *The Multinational Enterprise*. Londres: Allen e Unwin, 1971. p. 16 Apud DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*. Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975, p. 8.

Ademais, o termo “empresa” é favorecido em detrimento do termo “corporação”, pois evita restringir o objeto de estudo a entidades empresariais e a grupos corporativos fundamentados apenas em relações de subsidiariedade. A produção internacional pode assumir várias formas jurídicas, mas de uma perspectiva econômica à forma jurídica não é crucial para a classificação de uma empresa como “multinacional”⁴³⁷.

Behrman distingue a multinacional como sendo uma única empresa que possui filiais situadas em mercados separados por fronteiras nacionais sob jurisdição de diversos governos. A sua característica principal é a unidade⁴³⁸.

A ONU até 1974 fazia uso do termo multinacional, após a inauguração da Comissão das Nações Unidas para as Empresas Transnacionais, passou a adotar o termo “transnacional”⁴³⁹.

Com efeito, verifica-se ainda que as Nações Unidas preferiram se afastar da simples fórmula que distingue “*multinational corporations*” (MNC) e “*transnational corporations*” (TNC), onde as últimas são empresas pertencentes e controladas por entidades ou pessoas de um único país, mas operando além das fronteiras nacionais e as primeiras são aquelas pertencentes e controladas por entidades ou pessoas de mais de um país – “multinacional”⁴⁴⁰.

The term “transnational corporation” refers to an economic entity operating in more than one country or a cluster of economic entities operating in two or more countries - whatever their legal form, whether in their home country or country of activity, and whether taken individually or collectively⁴⁴¹.

Já a OCDE continua utilizando a terminologia multinacional⁴⁴².

⁴³⁷AZEVEDO, Carolina Araújo de. Op. Cit. 2012. p. 34.

⁴³⁸ BEHRMAN, J.N. *Some Patterns in the Rise on the Multinational Enterprise*. Chapel Hill N.C.: Sochool of Business Research Paper nº 18, 1969, p. 62 Apud DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975, p. 8.

⁴³⁹ ALMEIDA, Betyna. *A regulamentação das corporações transnacionais nos planos interno e internacional*. 2003. 143 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 26

⁴⁴⁰ WALLACE C.D. *Control of the Multinational Enterprise - National Legal Control Techniques of Industrialized Host States and the Prospects for International Controls*, University of Cambridge, 1983, p.1013

⁴⁴¹ ONU. *Economic, Social And Cultural Rights. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En>> . Acesso em: 29mar 2017.

⁴⁴² Vide OCDE, disponível em: <<http://www.oecd.org>>

usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may coordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, state or mixed⁴⁴³.

De acordo com esta definição, a característica essencial de uma MNC é a capacidade de coordenar atividades entre as empresas em mais de um país, não levando em consideração outros fatores. A definição é, portanto, suficientemente ampla para abranger tanto aquela baseada em investimento direto, como as que não são baseadas no IED, independentemente da forma jurídica, ou da forma de propriedade⁴⁴⁴.

Nesse estudo optamos pela expressão transnacional (TNC), adotada por Celso Mello⁴⁴⁵ e, segundo ele, mais apropriada, pois haveria uma nacionalidade da matriz, que atua além das fronteiras estatais, além de ser a terminologia consagrada pela ONU⁴⁴⁶.

2.1.1 Nacionalidade e personalidade jurídica das Transnacionais

Conforme ressaltado, até as primeiras décadas do século XX, o Direito Internacional tinha seu foco exclusivamente nos Estados e em suas relações uns com os outros⁴⁴⁷. Entretanto, contemporaneamente, apesar de os Estados não serem os únicos sujeitos do Direito Internacional, eis que resta amplamente aceita a inclusão do indivíduo e das organizações internacionais como sujeitos de Direito Internacional, não há unanimidade quanto às TNCs⁴⁴⁸.

⁴⁴³ OECD. *Guidelines For Multinational Enterprises* 27 June 2000 I Concepts and Principles. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetext.htm> at p.3>. Acesso em: 29mar 2017.

⁴⁴⁴ AZEVEDO, Carolina Araújo de. Op. Cit. 2012. p. 36

⁴⁴⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar 1993. p. 105.

⁴⁴⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.465

⁴⁴⁷ DURUIGBO, Emeka. Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 6, n. 2, abr. 2008. Northwestern University School of Law. p. 231. Disponível em: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v6/n2/2/Duruigbo.pdf>> Acesso em: 21 fev 2012:

⁴⁴⁸ XAVIER, Mônica Antão. *Grupo Transnacional: unicidade ou pluralidade de entes?* 2008. 129 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008, p. 22

Antônio Celso não considera que as TNCs sejam sujeitos de DI, mas apenas importantes atores políticos internacionais⁴⁴⁹. As TNCs são consideradas como atores do sistema internacional, “na medida em que participam efetivamente das Relações Internacionais, interagindo com os demais atores, embora ainda não receba o mesmo tratamento jurídico que muitos destes”⁴⁵⁰.

A *contrario sensu*, Celso Mello considera que as TNCs são sujeitos de Direito Internacional, mas tal condição não se confunde com capacidade plena de agir, esta sim, e não aquela, permitiria a prática de atos válidos no plano jurídico internacional, atos internacionais. A capacidade seria restrita aos Estados conforme aceção clássica do DI, de forma que as TNCs necessitam de seus Estados para agir no plano internacional⁴⁵¹.

A pessoa jurídica nasce por via de ato jurídico, contrato social e demais formalidades de constituição. A sua personalidade jurídica dependerá dos requisitos dispostos em lei, os quais não guardam semelhança de um país para o outro. Ou seja, seu reconhecimento depende do lhe foi conferido pelo país onde se formou, onde adquiriu personalidade jurídica⁴⁵².

Os termos “personalidade jurídica” ou “pessoa jurídica internacional” são usualmente empregados em referência às entidades que são capazes de contrair direitos e obrigações

⁴⁴⁹ PEREIRA, Antônio Celso. *Anotações da disciplina Teoria das Relações Internacionais, ministrada no primeiro semestre de 2006, no âmbito do programa de mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica da Faculdade de Direito da UERJ* Apud PEDROSO JUNIOR, Jorge. *A internacionalização das National Oil Companies e o Direito Internacional*. 2008. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ: Rio de Janeiro, 2008, p. 26

⁴⁵⁰ XAVIER, Mônica Antão. *Grupo Transnacional: unicidade ou pluralidade de entes?* 2008. Op. Cit. p. 22

⁴⁵¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993 pp. 103-104. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. IN: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp.455-456.

⁴⁵² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado, parte geral*. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 495-496

internacionais e dotadas de capacidade de agir no plano internacional⁴⁵³⁴⁵⁴. São também chamados de sujeitos de direito internacional⁴⁵⁵.

Nesse esteio, Jacob Dolinger aponta para a existência de três principais critérios para a determinação da nacionalidade da pessoa jurídica: (i) critério da incorporação; (ii) critério da sede social; e (iii) critério do controle⁴⁵⁶⁴⁵⁷.

Segundo o critério da incorporação, a nacionalidade da pessoa jurídica está relacionada com o local em que ela se constituiu, enquanto o critério da sede social leva em consideração, como o próprio nome já revela, o local em que a pessoa jurídica tem a sua sede social. Para os adeptos dessa última corrente, a adoção do critério da sede social serviria ao propósito de evitar fraudes, já que, para eles, a personalidade jurídica e a capacidade se afirmam no dizer de Jacob Dolinger “*através de suas atividades jurídicas, ligando-a ao país de sua sede social*”⁴⁵⁸.

O critério do controle defende que a nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pela origem do capital que a compõe, ou seja, a nacionalidade depende dos interesses nacionais que estão por trás do empreendimento⁴⁵⁹.

⁴⁵³ CIJ 3. The Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd Case (Belgium versus Spain). 1970. ICJ 3, p. 33.

⁴⁵⁴ Finalmente, foi no caso Barcelona Traction, Light and Power Co. que a personalidade jurídica das TNCs foi confirmada a semelhança da dos indivíduos, bem como sua nacionalidade foi definida conforme a teoria da incorporação. O Caso *Barcelona Traction* foi uma disputa internacional entre Bélgica e Espanha. A *Barcelona Traction, Light and Power Co.* era uma concessionária de energia da Espanha, incorporada em Toronto, no Canadá. Ela operava na Espanha, mas os sócios belgas detinham a maioria das ações. O governo da Espanha da década de 1960 aumentou as dificuldades para a operação de empresas estrangeiras na Espanha, o que acarretou em perdas financeiras para os acionistas da empresa (nacionais belgas), desencadeando uma reclamação belga do Estado espanhol perante a Corte Internacional de Justiça. A CIJ decidiu em favor do Estado espanhol, afirmando que somente o Estado sob o qual a empresa estava incorporada, nesse caso o Canadá, tinha legitimidade para processar. O caso é um importante precedente no Direito Internacional, pois conforme determinado a nacionalidade formal de uma empresa efetivamente tinha precedência na determinação de sua nacionalidade, sobre a nacionalidade efetiva (*siège social*), ou seja, aquele que leva em consideração o critério de controle. O caso também é importante porque equiparou a corporação a um indivíduo, na medida em que lhe concedeu a proteção diplomática de um Estado de Direito Internacional Público.

⁴⁵⁵ DAMROSCH, Lori F.. *International law: cases and materials* 249 (4th ed. 2001). Apud DURUIGBO, Emeke. Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges. 2008 by Northwestern University School of Law, Northwestern Journal of International Human Rights Volume 6, Issue 2 (Spring 2008). P. 225. Acesso em: 21 fev 2012: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v6/n2/2/Duruigbo.pdf>>

⁴⁵⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 498-499

⁴⁵⁷ Segundo João Grandino Rodas. Existem outros critérios para definição da nacionalidade das transnacionais tais como: autonomia da vontade, teoria da autorização, constituição e incorporação, lei da constituição, nacionalidade dos sócios ou acionistas, sede ou domicílio e centro da exploração. RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.418

⁴⁵⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 498

⁴⁵⁹ *Ibidem*. p. 499

Com relação à formação das TNCs, é mais comum que as transnacionais se instalem no exterior através de subsidiárias, pessoas jurídicas com capital próprio e autonomia financeira, sempre com responsabilidade limitada ao capital subscrito, a fim de evitar contaminação e socialização dos prejuízos de um eventual insucesso⁴⁶⁰. Nesse sentido, é verdade que cada empresa transnacional está sujeita a diversas jurisdições nacionais, com a concessão de direitos, expectativa de lealdade e deveres de proteção diplomática diversas⁴⁶¹, mas a nacionalidade da matriz do grupo transnacional tem relevância porque, conforme apontado, uma das características das TNCs é a sua hierarquização, com capacidade de orientar centralizadamente suas decisões⁴⁶².

Ocorre que a forma de coordenação usada pelas TNCs hoje, a qual diminui o controle dos Estados sobre o comércio internacional, enfraqueceu os laços entre empresas transnacionais e os Estados. O Estado de incorporação pode ser nada mais do que um local convenientemente escolhido devido a questões tributárias ou outras vantagens regulatórias⁴⁶³, o que remete aos desafios da regulação das TNCs.

⁴⁶⁰ COSTA, Carlos Jorge Sampaio. *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 39-39. XAVIER, Mônica Antão. *Grupo Transnacional: unicidade ou pluralidade de entes?* 2008. 129 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008, p. 20

⁴⁶¹ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.30

⁴⁶² Ibidem. p.25

⁴⁶³FLEUR, Johns. The Invisibility of the Transnational Corporation: *An Analysis of International Law and Legal Theory*, 19 MELBOURNE UNIV. L. REV. 893, 895-96 (1994).

2.2. Desafios do Direito Internacional na regulação da conduta das Transnacionais

Um dos principais desafios relativos ao tema da regulação da conduta das Transnacionais tem sido o desenvolvimento de um sistema coerente que preserve a natureza jurídica da empresa como uma entidade jurídica independente, ao mesmo tempo em que evita abusos decorrentes da responsabilidade limitada dos sócios⁴⁶⁴.

Some-se a isso o fato de que esses atores transnacionais não estão mais sujeitos a um sistema jurídico predeterminado, submetidos às restrições e, se necessário, às sanções desse único sistema. Em vez disso, eles são colocados diante de uma paisagem fragmentada, um mosaico de sistemas legais⁴⁶⁵.

Todavia, as estruturas legais que governam essas transnacionais modernas estão totalmente ultrapassadas, uma vez que nesse caso, o ator econômico é, tipicamente, o grupo corporativo – a cadeia de produção. No entanto, a lei continua se concentrando em cada empresa da cadeia, como entidade jurídica independente com responsabilidade limitada dos sócios ao valor do investimento realizado, e não no grupo, como sendo o principal e mais importante ator jurídico⁴⁶⁶.

The modern multinational corporation has evolved over centuries, reaching its current form over the course of the past hundred years. The legal structures governing this modern entity, however, still reflect, to a large degree, the outmoded single-nation structure of the nineteenth century corporation. **Corporations are multinational while legal systems are still largely national, creating a disconnect between international corporate structures and the law**⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ A característica fundamental de uma sociedade empresarial é que a responsabilidade de seus proprietários é restrita à extensão do investimento. Muitas vezes, o sócio controlador é outra sociedade empresarial. Nessa situação, a aplicação estrita de responsabilidade limitada permite a uma única organização construir compartimentos estanques *intra corporis*, protegendo o todo dos passivos de suas subsidiárias. Blumberg aponta que historicamente tanto a possibilidade de controle por outras sociedades empresárias como a responsabilidade limitada dos sócios foram decisões políticas realizadas ao longo da evolução das transnacionais com o objetivo de incentivar os investidores menores a fornecer o capital necessário para grandes projetos. BLUMBERG, Phillip I. *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1993, 316 pp. p 276

⁴⁶⁵ *Ibidem*

⁴⁶⁶ BLUMBERG, Phillip I. *The Multinational Challenge to Corporation Law: The search for a new corporate personality*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1993, 316 pp., p. 205

⁴⁶⁷ STEPHENS, Beth. *The Amoralty of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*. *Berkeley Journal of International Law*. 2002, Volume 20, Issue 1 Article 3. p. . Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol20/iss1/3>>. Acessado em 22 Nov 2017. p. 54

As TNCs ultrapassaram as antigas práticas de lobby político doméstico, e agora estão envolvidas na criação da regulação econômica global por meio de lobby a nível global, ou mesmo por meio da regulação privada.

MNCs have transcended their traditional limitation for lobbying on the national level, and have begun to involve themselves directly within global economic regulations, either by acting as transnational lobbies or by setting up rules themselves.⁴⁶⁸

O Estado, nesse sentido, não é mais o centro único de poder e da proteção da pessoa humana⁴⁶⁹, a cadeia de produção serve, cada vez mais, como base para uma governança coletiva⁴⁷⁰ que mistura regulação pública e privada, internacional e nacional.

A irreversibilidade da globalização no mundo atual traz consigo preocupações concernentes a temas afetos a proteção dos Direitos Humanos⁴⁷¹⁴⁷², meio ambiente, concorrência⁴⁷³ e ao combate à corrupção, para citar alguns.

Dessa forma, a discussão quanto aos desafios da regulação da conduta das Transnacionais não deve se restringir ao uso da lei nacional para regular, uma vez que esses

⁴⁶⁸NÖLKE, Andreas. Non-Triad Multinational Enterprises and Global Economic Institutions. In *Governing the Global Economy: Politics, Institutions, and Economic Development*, ed. Dag Harald Claes and Carl Henrik Knutsen. Abingdon, UK: Routledge, 2011, 277–91, p. 279.

⁴⁶⁹ STRANGE, Veja S.; HUMMER, W.; GIRSBERGER, D.; BOELE-WOELKI, K; ENGEL, Ch, FROWEIN, J. “*Volkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System- Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*”, Bericht der Deutschen Gesselchaft fur Volkerrecht, vol. 39, Heidelberg, 2000. Apud JAYME, Erik O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, p. 4. In O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁷⁰ BACKER, Larry Catá. Regulating Multinational Corporations: *Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.1

⁴⁷¹ No que se refere à regulação das Transnacionais, muito se avançou em relação ao estabelecimento de regras para o comportamento econômico das transnacionais em áreas como o comércio, patentes, investimento e financiamento. Esses regimes internacionais possuem mecanismos relativamente desenvolvidos de cumprimento. A mesma atenção não foi dada as consequências do desrespeito aos direitos humanos das transnacionais, apesar de as transnacionais terem um impacto contínuo e às vezes devastador nos Direitos Humanos em todo o mundo. STEPHENS, Beth. The Amoralty of Profit: Transnational Corporations and Human Rights. Berkeley Journal of International Law. 2002, Volume 20, Issue 1 Article 3. p. . Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol20/iss1/3>>. Acessado em 22 Nov 2017. p. 82

⁴⁷² JAYME, Erik O *Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, p. 3. IN O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁷³ WAELDE, Thomas. *Changing Directions for International Investment Law in Global Economy an Overview of Selected Issues*. In CEPMLP Internet Journal, vol. 4, 1999. Disponível em: <www.dundee.ac.uk/cepmlp>. Acesso em: 01 mar. 2012

atores internacionais possuem operações que se estendem além do alcance de qualquer Estado ou das estruturas do Direito Internacional clássico⁴⁷⁴.

[G]lobalization has posed challenges to the effectiveness of this territorially-based system. Increasingly, governments recognize that, in some areas, effective regulation of activities within their territories demands some degree of control over private activities beyond their borders. Moreover, globalizing factors – such as international trade and travel, foreign investment, and modern communications technologies – have all greatly increased the potential for overlapping jurisdictional claims⁴⁷⁵.

Nesse contexto, por vezes, principalmente nas economias em desenvolvimento, as transnacionais são orientadas pelo lucro e procuram reformar a lei local ao seu gosto e aplicar seus próprios padrões às suas operações independentemente da localização⁴⁷⁶. As transnacionais podem ainda escolher entre os diferentes sistemas jurídicos nacionais, situação quase permanente de “*forum shopping*”, ou seja, numa verdadeira *race to the bottom*⁴⁷⁷⁴⁷⁸⁴⁷⁹.

A review of the history and focus of the transnational enterprise demonstrates that the multilayered, multinational division of labor and responsibility of the

⁴⁷⁴ BACKER, Larry Catá. *Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.3

⁴⁷⁵ ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG’s Special Representative on Business and Human Rights. Working Paper No. 59. Junho 2010. p. 5. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.

⁴⁷⁶ BACKER, Larry Catá. *Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.3

⁴⁷⁷ Um estado de concorrência onde empresas, estados ou nações tentam minimizar os preços da concorrência, sacrificando padrões, segurança, regulamentos, salários e assim por diante. Uma corrida para o fundo também pode ocorrer entre nações e regiões. Na tentativa de atrair investimentos como uma nova fábrica ou escritório corporativo, uma jurisdição pode diminuir a regulamentação, reduzir a supervisão ou comprometer o bem público para que uma empresa se estabeleça ali. Existem maneiras legítimas de competir por negócios e investimentos - uma corrida para o fundo (*race to the bottom*) é usada para caracterizar a concorrência que passou da linha ética e pode ser destrutiva para a maioria das partes envolvidas. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/r/race-bottom.asp>>. Consultado em 23 Jun 2017.

⁴⁷⁸ B. Frydman, *A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012*. p. 6

⁴⁷⁹ No que se refere à regulação do meio ambiente, grandes TNCs tiveram sucesso na imposição de padrões aos seus fornecedores, os quais excederam os existentes em sistemas jurídicos locais, sugerindo que os contratos estão tendo uma influência importante sobre o comportamento ambiental das empresas exportadoras além da influência dos requisitos regulamentares públicos existentes. Esses dados sugerem que a regulamentação contratual privada, ao invés de causar uma “*race to the bottom*”, como muitos críticos da regulação privada, pode, de fato, ir além das autoridades públicas para alcançar o que geralmente são considerados como objetivos “públicos”. Cutler, A. Claire; Dietz, Thomas. Op. Cit. p.86

modern corporation, its singled-minded focus on economic gain, and its economic and political power all render multinational corporations a difficult regulatory target. Multinational corporations have long outgrown the legal structures that govern them, reaching a level of transnationality and economic power that exceeds domestic law's ability to impose basic human rights norms⁴⁸⁰.

Estudos⁴⁸¹ do final da década de oitenta já apontavam para a ausência de um ordenamento jurídico internacional apropriado, que leva às tensões que tornam cada vez mais difícil o relacionamento entre as empresas transnacionais e os governos dos Estados hospedeiros, bem como entre os Estados entre si⁴⁸². É na verdade uma “síndrome do amor e ódio”⁴⁸³, já que cada Estado hospedeiro possui a sua política econômica ou social diferenciada, com metas e objetivos que nem sempre coincidem com os das Transnacionais, as quais não buscam o desenvolvimento do país, mas a consecução dos seus próprios interesses⁴⁸⁴. Isso afeta a soberania dos Estados hospedeiros, mas, por outro lado, é impossível ignorar a patente da necessidade de atração de tais investimentos.

Como forma de aliviar essa tensão e delimitar a responsabilidade das Transnacionais acerca da proteção dos Direitos Humanos, uma série de propostas foi feita nas últimas três décadas, com destaque para: o desenvolvimento de legislação apropriada no país hospedeiro e no país da matriz, o estabelecimento de tratados internacionais e regionais sobre o tema ou simplesmente a elaboração de diretrizes a serem seguidas pelas transnacionais⁴⁸⁵. Todavia, o que efetivamente impulsionou a regulação das Transnacionais foram, até certo ponto, os escândalos da década de 1970 em que as multinacionais eram cúmplices nas mudanças de regime na América Latina, bem como o uso estratégico da personalidade jurídica corporativa

⁴⁸⁰STEPHENS, Beth. The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights. *Berkeley Journal of International Law*. 2002, Volume 20, Issue 1 Article 3. P. 54

⁴⁸¹ As preocupações com o poder econômico corporativo não são novas, estudos informam que já haviam críticas ao crescente poder corporativo desde a empresa holandesa Companhia das Índias Ocidentais (*East India Corporation*), como fonte de tirania, despotismo, corrupção e suborno. FROHNEN, Bruce P.; REID, Charles J., Jr. Diversity in Western Constitutionalism: Chartered Rights, Federated Structure, and Natural-law Reasoning in Burke's Theory of Empire, 29 *McGEORGE L. REV.* 27, 34-46, 1997.

⁴⁸² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.35

⁴⁸³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito*, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.468

⁴⁸⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.36

⁴⁸⁵ MCLEAY, Fiona. *Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, *Studies in International Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 220.

para proteger os ativos das empresas em consequência de desastres na década de 1980, como o de Bhopal, na Índia⁴⁸⁶⁴⁸⁷.

Ocorre que grande parte das propostas ainda está baseada na responsabilização através de meios tradicionais: a modificação das ordens jurídicas domésticas dos Estados com base em um tratado que cria uma obrigação legal para que os Estados façam e harmonizem essas mudanças⁴⁸⁸. Ou através de meios voluntários e não vinculantes, tais como convenções-quadro entre as transnacionais e os sindicatos e, os códigos de conduta das companhias⁴⁸⁹.

Despontam, portanto, no cenário jurídico, econômico e social, discussões acerca da responsabilidade social da empresa, ou seja, a sua *accountability* para com a sociedade em geral⁴⁹⁰. A responsabilidade das Transnacionais ou, sua *accountability*, é frequentemente definida como aplicável a situações em que um agente é obrigado a responder quanto ao seu desempenho no que se refere a alguma espécie de delegação de poderes⁴⁹¹ – “*an accountability*

⁴⁸⁶BACKER, Larry Catá. *Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.11

⁴⁸⁷ “O desastre de Bhopal em 1984 matou cerca de 2.500 pessoas e feriu muito mais em uma subsidiária da Union Carbide em Bhopal, na Índia. Na madrugada entre dois e três de dezembro de 1984, 40 toneladas de gases letais vazaram da fábrica de agrotóxicos da Union Carbide Corporation, em Bhopal, Índia. Foi o maior desastre químico da história. Gases tóxicos como o isocianato de metila e o hidrocianeto escaparam de um tanque durante operações de rotina. Os precários dispositivos de segurança que deveriam evitar desastres como esse apresentavam problemas ou estavam desligados. Estima-se que três dias após o desastre 8 mil pessoas já tinham morrido devido à exposição direta aos gases. A Union Carbide se negou a fornecer informações detalhadas sobre a natureza dos contaminantes, e, como consequência, os médicos não tiveram condições de tratar adequadamente os indivíduos expostos. Mesmo hoje os sobreviventes do desastre e as agências de saúde da Índia ainda não conseguiram obter da Union Carbide e de seu novo dono, a Dow Química, informações sobre a composição dos gases que vazaram e seus efeitos na saúde. Infelizmente, a noite do desastre foi apenas o início de uma longa tragédia, cujos efeitos se estendem até hoje. A Union Carbide, dona da fábrica de agrotóxicos na época do vazamento dos gases, abandonou a área, deixando para trás uma grande quantidade de venenos perigosos. A empresa tentou se livrar da responsabilidade pelas mortes provocadas pelo desastre, pagando ao governo da Índia uma indenização irrisória facea gravidade da contaminação. Hoje, bem mais de 150.000 sobreviventes com doenças crônicas ainda necessitam de cuidados médicos, e uma segunda geração de crianças continua a sofrer os efeitos da herança tóxica deixada pela indústria.” GREENPEACE. Disponível em: <http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf> . Acessado 22 Nov 17.

⁴⁸⁸BACKER, Larry Catá. *Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.3

⁴⁸⁹ HEPPLER, B. *The Importance of law, guidelines and codes of conduct in monitoring corporate behavior*. In R Blanpain (ed) *Bulletin of Comparative Labor Relations: Multinational Enterprises and Social Challenges of XXIst Century* (Kluwer Law International, 2000), at p. 37, Apud MCLEAY, Fiona, *Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, Studies in International Law. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 220

⁴⁹⁰ Esse ponto será tratado na subcapítulo referente à Regime Internacional Anticorrupção - *Corporate Social Responsibility*.

⁴⁹¹ ROMZEK Barbara S.; DUBNICK Melvin J.. *Accountability*, In SHAFRITZ, Jay M. (ed.), *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, Boulder, Westview Press, 1998. Apud BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*, Washington, DC, Brookings Institution, 2001, p. 4. Apud KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. *Transnational Corporations and Public Accountability. Government and Opposition an International Journal of Comparative Politics*, v. 39, n 2, p. 234–259, abr 2004. p. 236

*relationship is one in which an individual, group or other entity makes demands on an agent to report on his or her activities, and has the ability to impose costs on the agent*⁴⁹².

Não obstante, o cerne do problema pode não ser as Transnacionais *per se*, mas sim os efeitos das cadeias de produção, e a consideração de que estas podem ser entendidas como suas próprias ordens jurídicas transnacionais, das quais as Transnacionais fazem parte⁴⁹³. Ou seja, considerar o grupo, cadeia de produção, como sendo o principal e mais importante ator jurídico.

Na verdade, a incapacidade de compreensão clara quanto ao objeto da regulação, às Transnacionais ou às entidades pelas quais as cadeias de produção são operacionalizadas ou às próprias cadeias de produção, evidencia a dificuldade de aplicar soluções legais onde o objeto regulador é conceitualmente ambíguo, contra o qual as técnicas da lei estatal tradicional podem ser ineficazes⁴⁹⁴.

Dessa forma, uma regulação voltada não apenas para as Transnacionais, mas para o sistema como um todo, concentrando-se em regular as cadeias de produção de sistemas fora e dentro do Estado mostra-se mais adequada⁴⁹⁵. Há evidências de abordagens híbridas emergentes, onde Estados aparecem como elaboradores de normas que desenvolvem padrões e *soft-law* forjadas no espaço social (por exemplo, as Diretrizes da OCDE para Empresa Multinacional e suas estruturas para a apresentação de queixas contra MNEs que não estão em conformidade), projeções de normas legais através de investimentos privados e cláusulas contratuais referentes ao poder dos acionistas (por exemplo, a abordagem pioneira da Noruega através do seu fundo de riqueza soberana para usar seu poder de acionista para aplicar as normas internacionais às entidades em que possui ações)⁴⁹⁶.

A menos que haja uma abordagem internacional pragmática, que reconheça a realidade da interdependência econômica ao longo da cadeia de produção, ao invés de apenas se limitar ao conceito legal de empresa, o qual isola cada uma das sociedades componentes da cadeia em unidades independentes, as transnacionais continuarão a afastar a regulamentação dos sistemas

⁴⁹² KEOHANE, Robert O. 'Global Governance and Democratic Accountability', in David Held and Mathias Koenig-Archibugi (eds), *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, Cambridge, Polity Press, 2003, p 139. Apud KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. *Transnational Corporations and Public Accountability. Government and Opposition an International Journal of Comparative Politics*. v. 39, n. 2, p. 234–259, abr. 2004. p. 236

⁴⁹³ BACKER, Larry Catá. *Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities*. *Brown Journal of World Affairs*. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.3

⁴⁹⁴ BACKER, Larry Catá. *Regulating Multinational Corporations: Trends, Challenges, and Opportunities*. *Brown Journal of World Affairs*. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1. p.3

⁴⁹⁵ *Ibidem*

⁴⁹⁶ *Ibidem*. p. 14

jurídicos domésticos não desejáveis. A regulamentação e a execução internacionais são necessárias para regular uma transnacional. Contudo, para ser plenamente eficaz, o sistema de governança ou o regime internacional específico deve reconhecer os princípios formadores da empresa transnacional para que possa lidar com esse fenômeno global, o qual não é estanque aos limites territoriais dos Estados⁴⁹⁷.

2.3 A evolução da Autoridade Privada das Transnacionais: autorregulação e a governança por meio de contrato

As TNCs estão no centro de uma complexa distensão da governança exercida fora do Estado-nação. Por meio dessa emergente forma de governança no ambiente global as empresas buscam ordem na ausência de outras regras, especialmente se ocupam uma posição dominante na indústria⁴⁹⁸, ou mesmo como forma de antecipar o risco de regulação doméstica ou internacional ou ameaças de pressão de ONGs ativistas, ganhando pontos no que se refere a sua imagem e reputação⁴⁹⁹.

Na medida em que as TNCs, como atores privados, desenvolvem sistemas de governança autônomos para o gerenciamento de suas operações globais da cadeia de suprimentos, estão regulando, portanto, através de contratos. Cerca de 50% a 75% do comércio global ocorre entre TNCs ou dentro de suas cadeias de produção, o papel do Direito Privado e, mais especificamente, do contrato (pelo qual essas relações são moldadas e governadas) é um aspecto importante de qualquer análise da economia política global⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷STEPHENS, Beth. The Amoralty of Profit: Transnational Corporations and Human Rights. *Berkeley Journal of International Law*. 2002, Volume 20, Issue 1 Article 3. P. 89

⁴⁹⁸SPAR, Deborah. 1999. Lost in (Cyber) space: The Private Rules of Online Commerce. In *Private Authority and International Affairs*, edited by A. Claire Cutler, Virginia Haufler, and Tony Porter, 31– 52. Albany: SUNY Press.; FUCHS, Doris; KALFAGIANNI, Agni. 2010. The Causes and Consequences of Private Food Governance. *Business and Politics* 12 (3). Disponível em <<http://www.degruyter.com/view/j/bap.2010.12.3/bap.2010.12.3.1319/bap.2010.12.3.1319.xml?format=INT>>; Green, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance* (p. 38). Princeton University Press. Kindle Edition.

⁴⁹⁹ Garcia-Johnson, Ronie. 2000. *Exporting Environmentalism: US Multinational Chemical Corporations in Brazil and Mexico*. Cambridge, MA: MIT Press.; HAUFLEER, Virginia. 2001. *A Public Role for the Private Sector*. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace.; Prakash, Aseem, and Matthew Potoski. 2006. *The Voluntary Environmentalists: Green Clubs, ISO 14001, and Voluntary Environmental Regulations*. Cambridge: Cambridge University Press; Green, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance* (p. 38). Princeton University Press. Kindle Edition

⁵⁰⁰ CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. pp. 39-40.

Dentro dessa ótica, uma TNC pode harmonizar mais eficazmente as regras segundo as quais um grande grupo de pequenos fornecedores dispersos globalmente operam, do que qualquer outro esforço multilateral de direito público⁵⁰¹.

O fenômeno da atuação política internacional das empresas em temas de governança global, em especial na agenda anticorrupção foco desta tese, pode ser ilustrado pelos conceitos de regulação privada e governança privada⁵⁰², por autorregulação ou por meio de contrato (*governance by means of contract*).

O termo autorregulação (*self-regulation*) pode ser descrito como uma variedade de tentativas das empresas para estabelecer restrições baseadas em regras de comportamento sem a intervenção direta de Estados ou outros atores externos, cuja autoridade e legitimidade decorrem da aceitação dos regulados.

Na governança por meio de contrato (*governance by means of contract*), por sua vez, a atenção é direcionada ao papel que os contratos podem desempenhar na consecução de metas que não sejam de preocupação puramente privada entre as partes, mas que aumentam os interesses das políticas públicas e as questões fora da relação contratual⁵⁰³.

Governance through contract directs attention to the role of contract as a regulatory device that orders the rights and relationship of the parties to the contract, as in the case of two private commercial actors under an international commercial contract or between an investor and a host state under an investor-state contract. **In contrast, *governance by means of contract* alerts us to the role that contracts can play in the achievement of extracontractual regulatory goals ‘as an instrument for steering behavior and for achieving regulatory goals’⁵⁰⁴.**(grifos)

A governança contratual privada é definida como o modo de governança que coordena as relações sociais, econômicas, e políticas, através da negociação e dos acordos entre os atores (principalmente privados, mas não exclusivamente deles). A governança privada da cadeia de produção é um excelente exemplo de governança transnacional privada por meio de contrato, porque vinculam produtores, fornecedores, e consumidores locais e globais, de natureza pública e privada⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ BACKER, Larry Cata. Op. Cit. p. 756

⁵⁰² RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. Op. Cit. p. 7

⁵⁰³CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p. 20

⁵⁰⁴Ibidem

⁵⁰⁵Ibidem. p 79.

We might thus define private transnational contractual governance as a mode of governance that involves a hybrid of private and public international actors, institutions, and sources of law in the coordination of social, economic and political relations across borders through bargaining and agreements between mainly, but not exclusively, private actors⁵⁰⁶.

Nesse sentido, é suficiente identificar a nova *lex mercatoria* como a forma jurídica dominante para regular o capitalismo global e localizar, dentro deste corpo de leis, leis contratuais transnacionais, como fornecedoras da norma fundamental para regular as transações comerciais transnacionais⁵⁰⁷.

A regulação privada das transnacionais é entendida como uma forma específica de governança, ou seja, um conjunto de regras emanadas por uma autoridade⁵⁰⁸. A autoridade privada é limitada a instâncias em que as transnacionais criam regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a condutas outros⁵⁰⁹.

Nesse sentido, a governança privada das Transnacionais possui os três elementos constitutivos básicos, necessários para sua existência⁵¹⁰, são eles: (i) ela se concentra em regras eregulação, (ii) contém processos de institucionalização⁵¹¹ além da cooperação e (iii) potencialmente organiza espaços políticos equivalentes aos mecanismos de direção públicos.

⁵⁰⁶Ibidem. p 14

⁵⁰⁷Ibidem. pp. 84-85.

⁵⁰⁸ BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. 1998. A Reader on Regulation. Oxford University Press. Apud RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. Op. Cit. P. 8

⁵⁰⁹ GREEN, Jessica F.. Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance. Princeton University Press. Kindle Edition. P. 30

⁵¹⁰ Ibidem

⁵¹¹“A institucionalização é um processo que ocorre em uma organização ao longo do tempo e reflete sua própria história, as pessoas que a integram e seus interesses e a forma pela qual se adaptam ao ambiente. Uma instituição é, portanto, uma organização inculcada de valores distintos, próprios. O processo de institucionalização abrange os seguintes estágios: a habitualização, a objetificação e a sedimentação. A habitualização ocorre a partir de algum estímulo ambiental [legislação, mudanças tecnológicas, forças do mercado] que levam à necessidade de novos arranjos estruturais [que podem, por exemplo, ser copiados de outras instituições que passaram por situações semelhantes]. Na objetificação já se observa certo grau de consenso social e uma percepção dos benefícios das práticas e modelos adotados. Os resultados de mudanças implementadas vão se generalizando, a partir de uma avaliação positiva dessas soluções [no caso de soluções já disseminadas por outras instituições, a possibilidade de resistência é menor, e maior é a percepção como uma ‘escolha ótima’]. Isso lhes confere uma legitimidade cognitiva e normativa. Por fim, a sedimentação, que ocorre com a continuidade histórica da estrutura por um período de tempo relativamente longo, assim como pela transmissão das tipificações aos novos membros da instituição.” TOLBERT, Pamela S.; ZUCKER, Lynne G. A institucionalização da teoria institucional. In: CLEGG, Stewart R.; HARDY, Cynthia; NORD, Walter R (org. edição original); Apud THOMPSON, Ana Carolina Rolim Tucunduva da Fonseca, MENDES, Edson de Paula Rodrigues, THOMPSON, Carlos Eduardo Marques. Os Processos de Institucionalização como Mecanismo de Conversão do Conhecimento Individual em Conhecimento Organizacional: *contribuições da aprendizagem e da gestão do conhecimento*. XXXV Encontro da ANPAD 2011. Rio de Janeiro 4 a 7 setembro.

Dessa forma, as Transnacionais, sob a forma de governança privada, reivindica o direito de regular, e os demais atores da cadeia de produção obedecem. Esse direito de regular decorre de um poder, o qual pode ser entendido como direito de comando.

Esse direito de comando das Transnacionais, ou seja, a sua autoridade, por sua vez, implica que o consentimento é concedido por aqueles que são submetidos àquela regra, pouco importando o resultado, se o regulado vai cumprir ou não com as regras estabelecidas pela Transnacional, mas sim o mecanismo pelo qual o poder, ou autoridade, é exercido⁵¹².

Nesse caso, a autoridade é usada para se referir a formas institucionalizadas ou expressões de poder, que possuem legitimidade para o seu exercício ou reivindicação⁵¹³. Pelo viés do consentimento, quando os atores concordam em ficar vinculados por regras, eles criam autoridade.

Note-se que a autoridade da Transnacional não precisa ser legalmente vinculante para ganhar adeptos, ou seja, “regulados”. Caso a TNC consiga legitimar sua reivindicação de autoridade, os demais vão aderir voluntariamente. Nesse caso, ela ganha autoridade e passa a posição de regulador de fato. Ao contrário, caso a TNC não logre êxito nessa adesão, não há autoridade privada⁵¹⁴.

Essa legitimidade não precisa necessariamente ser anterior (*ex ante*), através da participação do processo de redação da norma, mas uma legitimidade posterior (*ex post*), na forma de um reconhecimento amplo e representativo dentro daquela determinada indústria⁵¹⁵.

Em muitos casos, o consentimento decorre da crença de que a fonte da autoridade é legítima e que suas ações são desejáveis, apropriadas e adequadas em algum sistema socialmente construído.

As TNCs têm o poder de conduzir com sucesso a governança das cadeias de produção em que estão localizadas, a fim de beneficiarem o máximo de sua localização na cadeia⁵¹⁶⁵¹⁷.

⁵¹²Ibidem, p. 28

⁵¹³ HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. The emergence of Private authority in global governance. Published by the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, UK, 2002. P. 4

⁵¹⁴ GREEN, Jessica F.. Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance . Princeton University Press. Kindle Edition. P. 30

⁵¹⁵ GLINSKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012, pg. 556

⁵¹⁶ GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17.

⁵¹⁷ Wal-Mart deixou a Alemanha depois que um tribunal local do trabalho decidiu que os padrões que regem as relações entre os funcionários, que foram anexados aos seus contracheques de pagamento, entraram em conflito com as leis e práticas trabalhistas locais. A previsão foi assim considerada inconstitucional. CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. pp. 88.

Sistemas flexíveis de produção e formas de governança *soft-law* permitem às TNCs ficarem um passo à frente da mudança da ordem espacial da economia global e das normas em constante evolução da sociedade civil global⁵¹⁸.

Nesse contexto, por vezes, principalmente nas economias em desenvolvimento, as transnacionais orientadas pelo lucro podem promover uma verdadeira “*race to the bottom*”⁵¹⁹, todavia, no que se refere à regulação do meio ambiente, grandes TNCs tiveram sucesso na imposição de padrões aos seus fornecedores, os quais excederam os existentes em sistemas jurídicos locais, sugerindo que os contratos estão tendo uma influência importante sobre o comportamento ambiental das empresas exportadoras, além da influência dos requisitos regulamentares públicos existentes. Esses dados indicam que a regulamentação contratual privada, ao invés de causar uma “*race to the bottom*”, como muitos críticos da regulação privada, pode, de fato, ir além das autoridades públicas para alcançar o que geralmente são considerados como objetivos “públicos”⁵²⁰. Semelhante comportamento foi encontrado no que se refere ao enfretamento à corrupção, o qual será analisado no capítulo 5.

⁵¹⁸ Cutler, A. Claire; Dietz, Thomas. Op. Cit. p.84

⁵¹⁹ Um estado de concorrência onde empresas, estados ou nações tentam minimizar os preços da concorrência, sacrificando padrões, segurança, regulamentos, salários e assim por diante. Uma corrida para o fundo também pode ocorrer entre nações e regiões. Na tentativa de atrair investimentos como uma nova fábrica ou escritório corporativo, uma jurisdição pode diminuir a regulamentação, reduzir a supervisão ou comprometer o bem público para que uma empresa se estabeleça ali. Existem maneiras legítimas de competir por negócios e investimentos - uma corrida para o fundo (*race to the bottom*) é usada para caracterizar a concorrência que passou da linha ética e pode ser destrutiva para a maioria das partes envolvidas. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/r/race-bottom.asp>>. Consultado em 23 Jun 2017.

⁵²⁰ CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p.86

3. CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL: PANORAMA

A corrupção atravessa séculos, culturas e sistemas políticos, por certo, mas nem por isso deixa de ter um aparente denominador comum em todas as manifestações. Faz-se necessária a qualificação de ‘aparente’ porque a história pode surpreender e fazer surgir um exemplo contradizendo o registro aqui realizado. Mas, com tal grau de cautela, é razoável anotar que hábitos de corrupção existem em todas as sociedades hospitaleiras ao fenômeno do lucro. Onde quer que a estratificação social dependa, pelo menos em parte, da acumulação de riqueza material, aí se descobrirá a incidência de transações ilícitas entre o público e o privado⁵²¹.

Nos últimos anos, e especialmente a partir do final século XX, um fenômeno amplamente conhecido tem atraído grande atenção, trata-se da corrupção. A corrupção em si não é fenômeno novo, existem vários indícios de que seja um problema milenar⁵²².

archives recovered from the administrative centre of Middle Kingdom Assyria (c 1,400 B C) refer to civil servants taking bribes, with senior officials and a close relative of the head of state implicated. There are also references to bribery in the Old Testament scriptures. (...) Corruption must be exposed for what it is, a form of organized crime and a serious abuse of human rights⁵²³.

Todavia, a expansão econômico-financeira do mercado, desencadeada ao longo das últimas décadas, tem aguçado o reconhecimento geral de que atividades sociais, políticas e econômicas adquirem facilmente uma dimensão global. Isso pode ser exemplificado pelas repercussões da crise econômica de 2008 na Europa, nos Estados Unidos e em outros centros de pujança financeira, e que, em parte, foram desencadeadas por atos de corrupção. As evidências históricas da crise deixaram patente o fato de que a corrupção não é apenas um problema que se circunscreve às nações em desenvolvimento, e sim uma questão que afeta todas as nações do mundo e o qual exige uma ação conjunta das várias partes envolvidas, tanto Estados, Organismos Internacionais, ONGs, empresas e sociedade.

⁵²¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Corrupção – Ensaio e Crítica*. Editora Humanitas

⁵²² IMF. TANZI, Vito. *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*. May 1998.

⁵²³ Tradução livre: Os arquivos recuperados do centro administrativo do Reino Médio da Assíria (c 1.400 B C) fazem referência a funcionários públicos que recebem subornos, com altos funcionários e um parente próximo do chefe de Estado envolvido. Há também referências ao suborno nas escrituras do Antigo Testamento. (...) A corrupção deve ser exposta pelo que é, uma forma de crime organizado e um grave abuso de direitos humanos. Bryan R. Evans, *The Cost of Corruption: A Discussion Paper on Corruption, Development and the Poor* 20–21 (Tearfund, Discussion Paper, 1999). Apud DIMANT, Eugen; SCHULTE, Thorben. *Corruption: An Interdisciplinary Perspective*. German Law Journal Vol. 17 No. 01. P. 53-72. p.

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish. This evil phenomenon is found in all countries (...)⁵²⁴.

Estudos recentes demonstram que o suborno e a corrupção são prejudiciais para as instituições democráticas e a governança das empresas, comprometendo substancialmente o fluxo de investimentos. Ou seja, além de desencorajar o investimento, eles distorcem as condições internacionais de competitividade.

Nesse sentido, segundo o relatório do Banco Mundial, “*o desvio de fundos através de práticas de corrupção mina as tentativas por parte dos cidadãos para atingir níveis mais elevados de bem-estar econômico, social e ambiental, e impede os esforços para reduzir a pobreza*”. Esse Organismo Internacional, assim como a ONU, o G-20 e a *Internacional Transparency*, para nomear alguns, concordam que as empresas tem um papel importante a desempenhar no combate a essas práticas⁵²⁵.

Com efeito, uma abordagem multidisciplinar do tema corrupção será feita, delimitando o conceito da corrupção transnacional para esta tese, os efeitos, a sua dimensão transnacional, a questão da mensuração da corrupção e do papel do índice de percepção da corrupção da *Transparency Internacional*.

⁵²⁴ NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em:

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁵²⁵ OECD. *Guidelines for Multinational Enterprises*. Recommendations for Responsible Business Conduct in a Global Context. OECD Ministerial Meeting 25 mai. 11. p. 46. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 05 set. 2017.

3.1 Conceito

O conceito de corrupção não é universal, podendo variar de uma língua para a outra, ou de tempos em tempos⁵²⁶, e ainda, podendo ser flexível frente a realidades extremas⁵²⁷⁵²⁸.

Definições formais de corrupção⁵²⁹ vão desde a decadência da própria sociedade à atribuição a um único ato⁵³⁰, por exemplo, o suborno⁵³¹. As definições internacionais de corrupção servem muito mais para orientação de política pública do que para a definição de um *standard* para a sua tipificação como crime⁵³².

A abordagem clássica e mais utilizada trata a corrupção como um desvio dos deveres formais associados a um cargo público, em função de benefícios privados⁵³³. A corrupção, segundo essa abordagem, além de ser um fenômeno da relação entre agentes privados e agentes estatais ou de organizações internacionais⁵³⁴, é também um fenômeno que contrasta o interesse

⁵²⁶ Pode ser que um conservador hoje não encare a participação da mulher no mercado de trabalho como um tabu, como era há 50 anos.

⁵²⁷ HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1970), 3. APUD <https://core.ac.uk/download/pdf/36692633.pdf>

⁵²⁸ Rose-Ackerman comenta que “*one does not condemn a Jew for bribing his way out of a concentration camp*”, uma vez que a noção de bem comum estava distorcida dos princípios de direitos humanos na época da Alemanha nazista. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: A Study in Political Economy*. Academic Press, Inc. A subsidiary of Harcourt Brace Jovanovich, Publishers. New York, 1978. p. 9

⁵²⁹ Não existe um conceito definido e padronizado de corrupção, sendo esse o motivo pelo qual os Estados, no âmbito das convenções internacionais, terem optado por elencar as condutas positivas e negativas que são consideradas como corrupção. PASSOS, Nikos. *Palestra proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da UERJ*, no dia 26 abr 2012, sobre A Convenção da ONU sobre Corrupção.

⁵³⁰ A corrupção assume muitas formas, incluindo o suborno, fraudes, pagamentos ilegais, lavagem de dinheiro, contrabando, extorsão e nepotismo. ZARB, Bert J. On Corruption and Accounting: No Panacea for a Modern Disease. *The CPA Journal online*. Dez 2005. Disponível em: <<http://www.nysscpa.org/cpajournal/2005/1205/perspectives/p6.htm>>. Acesso em: 16 abr 2017.

⁵³¹ COCKCROFT, Laurence. Op. Cit., p. 2

⁵³² OCDE. OECD Glossaries. Corruption: a glossary of international standard in criminal law. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm>> . acessado em 09 Jul 17.

⁵³³ NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, n. 61, 1967, p. 417-427. Apud: SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas, p. 7. In: Cadernos Adenauer, 2000, n 10. *Os Custos da Corrupção*. Fundação Konrad-Adenauer.

⁵³⁴ No domínio dos programas internacionais de ajuda humanitária e desenvolvimento, os vários esquemas de corrupção que foram criados por indivíduos e corporações em todo o mundo. Uma empresa alemã e suas controladas conspiraram para fixar o preço do contrato em vários projetos hídricos na África, e de forma eficaz privaram o governo comprador dos benefícios da concorrência e de preços mais baixos. Uma corporação norte-americana paga suborno a funcionários do governo em troca de contratos em projetos de desenvolvimento. Funcionários públicos em várias nações, usando sofisticados regimes de contratação e empresas offshore, desviam um alto percentual de fundos públicos destinados ao desenvolvimento para suas contas pessoais no exterior. Uma empreiteira europeia, responsável em um projeto de estradas, rouba o seu próprio projeto, a fim de pagar subornos a funcionários do governo para ter suas faturas pagas. No Oriente Médio, funcionários públicos

privado e o interesse público. A corrupção penetra e domina um corpo político quando os interesses particulares prevalecem sobre o interesse público, levando a uma lógica de desagregação⁵³⁵.

Em uma análise econômica, Leff define corrupção como uma instituição extralegal utilizada por indivíduos ou grupos econômicos para persuadir favoravelmente os atos da burocracia quando da elaboração e aplicação de políticas públicas⁵³⁶.

A definição de corrupção ou fraude segundo V. O. Key seria o abuso de controle sobre os recursos e o poder do governo, com finalidade de lucro pessoal ou para o favorecimento de um partido político. Esse lucro pode ser externado na forma de poder ou de organização dentro de partidos políticos ou, em forma de apoio político proveniente de vários indivíduos⁵³⁷.

Susan Rose-Ackerman conceitua corrupção como “*misuse of public power for private or political gain*”, ressaltando que o termo mal uso (*misuse*) deve possuir certos parâmetros⁵³⁸.

Shleifer e Vishny apontam que a corrupção é “*the sale by government officials of government property for personal gain*”⁵³⁹.

Para Zaffaroni a definição de corrupção seria

suele entenderse como la relación que se establece entre una persona con poder decisório estatal y otra que opera fuera deste poder, en virtud de lo cual se cambian ventajas, obteniendo ambas un incremento patrimonial, en función de un acto (u omisión) de la esfera de poder de la primera en beneficio de la segunda⁵⁴⁰.

celebram contratos com entidades nas quais têm interesse financeiro. Uma empresa que executa projetos financiados com verba pública em um projeto africano subcontrata empresas de fachada com sede nos Estados Unidos com a finalidade de efetuar o pagamento de suborno a funcionários públicos e membros de uma organização internacional. WARE, Glenn T.; NOONE, Gregory P. *The Anatomy of Transnational Corruption*. *International Affairs Review*. Volume 14, No. 2. Fall 2005. P. 29 e 30

⁵³⁵ Ibidem.

⁵³⁶ LEFF, N. H. Economic development through bureaucratic corruption. In: Heindenheimer, A. J. *Political corruption – readings in comparative analysis*. New York, Holt, Rineheart and Winston, 1970. p. 8.

⁵³⁷ GEDDES, Barbara; RIBEIRO NETO, Artur. *Institutional Source of Corruption in Brazil*. In: *Corruption and Political Reform in Brazil: The impact of Collor Impeachment*. Edited by Keith S. Rosenn and Richard Downes. North-south center press at the University of Miami, 1999. p.23

⁵³⁸ Tradução livre: “Uso indevido do poder público para ganho privado ou político” ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Challenge of poor governance and corruption*. Revista de Direito FGV. 2005. p. 207 – 266. p. 208

⁵³⁹ Tradução livre: “A venda por funcionários do governo de propriedade do governo para ganhos pessoais”. SHLEIFER, VISHNY. *Corruption*. *Quarterly Journal of Economics*, 1993, 108

⁵⁴⁰ Tradução livre: “geralmente entendido como a relação estabelecida entre uma pessoa com poder decisório estatal e outra pessoa operando fora desse poder decisório, em que os benefícios são alterados, obtendo-se tanto um aumento de capital, com base em um ato (ou omissão) da esfera poder das primeiras a beneficiar da segunda”. ZAFFARONI, E.R. *La corrupción; su perspectiva latinoamericana*. In: OLIVEIRA, E. (org.). *Criminologia crítica*. Belém, Edições Cejup, 1990, p.371.

De acordo com Joseph Nye

a corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de um cargo público em razão de vantagens pecuniárias ou de status oferecidas a seu titular, familiares ou amigos íntimos; ou que viola normas que impedem o exercício de certas modalidades de influência do interesse de particulares, tais como: a) suborno (uso de recompensa para pervertir o julgamento do ocupante de um cargo público); b) nepotismo (concessão de cargo público sem prévia avaliação do mérito do candidato); e c) peculato (apropriação ilegal de recursos públicos para uso particular)⁵⁴¹

Klitgaard afirma que o comportamento ilícito (corrupção) prospera quando os agentes (funcionários públicos) têm poder de monopólio sobre os clientes em virtude de grandes poderes discricionários que eles (funcionários públicos) detêm por ocuparem um cargo público. Por outro lado, a responsabilidade do agente (funcionário público) como agente do principal (povo - eleitores) é fraca. Em seu trabalho detalhou mecanismos de controle para a corrupção, ele definiu esses elementos em uma equação informal:

Corrupção = Monopólio + Discricionariade - *Accountability*⁵⁴².

A *Transparency International* apresenta a corrupção como abuso do poder confiado para fins privados, classificando a corrupção em grande, pequena e política, a depender do montante do dinheiro envolvido⁵⁴³. A grande corrupção envolve ocupantes de alto escalão do Estado, enquanto a pequena corrupção se restringe aos ocupantes de cargos de baixo ou médio escalão. A corrupção política abrange a manipulação de políticas, instituições e regras de procedimento na alocação de recursos e financiamento de políticos com poder decisório, que abusam de sua posição para sustentar seu poder, status e riqueza⁵⁴⁴.

Vale ressaltar que, um ato considerado corrupto pode se dar ora por transferência de dinheiro, ora por troca de influência (*power*), representando, respectivamente, a monetarização

⁵⁴¹ NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, n. 61, 1967, p. 417-427. Apud: BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 1, 1996. p. 69.

⁵⁴² KLITGAARD, Robert. Cleaning Up and Invigorating the Civil Service. World Bank Operations Evaluation Department, November 1996.

⁵⁴³ “Corruption is the abuse of entrusted power for private gain. It can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs.” TI. Disponível em < <https://www.transparency.org/what-is-corruption/> > . Acessado em: 09 Jul 17.

⁵⁴⁴ TI. Disponível em < <https://www.transparency.org/what-is-corruption/> > . Acessado em: 09 Jul 17.

(*monetary corruption*) ou a burocratização (*bureaucratic corruption*) das relações políticas⁵⁴⁵. Nesse sentido,

monetary corruption can be defined as that type of corruption in which the exchange relation is carried out by way of a successful transfer of the steering medium of money, in particular, a transfer of a sum of money in return for a service or commodity, which by-passes the legal procedure to acquire that service or commodity⁵⁴⁶.

Ao passo que “*bureaucratic corruption refers to that type of corruption in which the exchange relation is carried out by way of a successful transfer of the steering medium of power, in particular, a transfer of a position of power in return for power-supportive behavior*”⁵⁴⁷.

O Banco Mundial conceitua corrupção como “*the abuse of public office for private gain*”⁵⁴⁸. O cargo público é abusado para ganhos privados quando um funcionário aceita ou solicita um suborno ou extorque alguém para tanto. O cargo público também é abusado quando os agentes privados oferecem propositadamente suborno para contornar políticas e processos públicos a fim de obter vantagens e lucros competitivos. O cargo público também pode ser abusado para obter benefício pessoal, mesmo que não ocorra qualquer suborno, por meio do patrocínio e nepotismo, do roubo de ativos do Estado ou do desvio das receitas do Estado. Esta definição é simples e suficientemente ampla para cobrir a maior parte dos tipos de corrupção⁵⁴⁹. Por sua vez, o banco reconhece que a corrupção pode se manifestar de diferentes formas. Pode afetar a entrega do serviço, como quando os policiais pedem subornos para executar serviços de rotina. A corrupção pode determinar injustamente os vencedores de uma licitação, com

⁵⁴⁵ DEFLEM, Mathieu. Corruption, Law, and Justice: A Conceptual Clarification. *Journal of Criminal Justice*. Colorado. v. 23, n. 3, 1995. p. 247.

⁵⁴⁶ Tradução livre: “corrupção monetária pode ser definida como um tipo de corrupção em que a relação de troca é realizada por meio de uma transferência bem sucedida por meio de dinheiro, em particular a transferência de uma soma de dinheiro em troca de um serviço ou mercadoria, que by-passa o procedimento legal para adquirir esse serviço ou mercadoria”. DEFLEM, Mathieu. Op cit. p. 249

⁵⁴⁷ Tradução livre: “a corrupção burocrática refere-se a um tipo de corrupção na relação de troca que é realizada por meio de uma transferência bem sucedida de poder, em particular a transferência de uma posição de poder em troca de comportamento poder de apoio”. Ibidem.

⁵⁴⁸ Tradução livre: “*o abuso de cargo público para ganhos privados*”. WORLD BANK. Disponível em: < <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>> Acessado em: 09 Jul 17.

⁵⁴⁹ WORLD BANK. Disponível em: < <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>> Acessado em: 09 Jul 17.

prêmios que favorecem amigos ou familiares de funcionários públicos. Ou pode afetar questões mais fundamentais, tais como a forma como as instituições funcionam⁵⁵⁰⁵⁵¹.

A corrupção privada é elencada, segundo a Convenção da ONU de combate à corrupção⁵⁵², como: (i) suborno privado⁵⁵³; (ii) malversação ou peculato de bens no setor privado⁵⁵⁴; (iii) a lavagem do produto do delito⁵⁵⁵; (iv) encobrimento (concealment)⁵⁵⁶; (v) obstrução da justiça⁵⁵⁷.

Além das condutas elencadas como corrupção, a Convenção da ONU inova ao enumerar vários aspectos da corrupção no setor privado, na tentativa de fortalecer *standards* contábeis e de auditoria através do uso de códigos de conduta, prevenção de conflito de interesse, promoção de transparência e controles internos no setor privado. São consideradas ofensas contábeis: (i) criação de caixa dois (*off-the-books accounts*); (ii) lançamentos contábeis inadequados por meio de caixa dois; (iii) lançamento de despesas inexistentes; (iv) lançamento de passivos sem a

⁵⁵⁰ WORLD BANK. Disponível em: < <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>> . Acessado em 09 Jul 17.

⁵⁵¹ Apesar de admitir a existência de corrupção na esfera privada, o foco do Banco Mundial é o combate à corrupção na esfera pública, suborno por oferecimento ou por extorsão, uma vez que empresta principalmente aos governos e apoia políticas, programas e projetos governamentais. WORLD BANK. Disponível em: < <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>> Acessado em: 09 Jul 17.

⁵⁵² ONU. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf> Acessado em 09 Jul 17.

⁵⁵³ promessa, oferecimento ou concessão, ou a solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar

⁵⁵⁴ ato cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo

⁵⁵⁵ i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as conseqüências jurídicas de seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens o do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito; b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua receptação, de que se tratam de produto de delito; ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática.

⁵⁵⁶ quando cometido intencionalmente após a prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção mas sem haver participados deles, o encobrimento ou a retenção contínua de bens sabendo-se que tais bens são produtos de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

⁵⁵⁷ a) uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção; b) O uso da força física, ameaças ou intimidação para atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

devida correspondência com seus objetos; (v) uso de documentos falsos; (vi) destruição intencional de documentos contábeis antes do prazo prescrito em lei⁵⁵⁸. Apesar de tais condutas contábeis não serem exclusivas a companhias abertas, essas ofensas contábeis precisam, necessariamente, estar ligadas a uma das condutas listadas como corrupção pela Convenção da ONU anticorrupção.

Nesse sentido, o *General Counsel* do Banco Mundial, Ibrahim Shihata:

Corruption occurs when a function, whether official or private, requires the allocation of benefits or the provision of a good or service. . . . In all cases, a position of trust is being exploited to realize private gains beyond what the position holder is entitled to. Attempts to influence the position holder, through the payment of bribes or an exchange of benefits or favors, in order to receive a special gain or treatment not available to others is also a form of corruption, even if the gain involved is not illicit under applicable law. The absence of rules facilitates the process as much as the presence of cumbersome or excessive rules does. Corruption in this sense is not confined to the public sector and, in that sector, to administrative bureaucracies. It is not limited to the payment and receipt of bribes. It takes various forms and is practiced under all forms of government, including well-established democracies. It can be found in the legislative, judicial, and executive branches of government, as well as in all forms of private sector activities. It is not exclusively associated with any ethnic, racial, or religious group. However, its level, scope, and impact vary greatly from one country to another and may also vary, at least for a while, within the same country from one place to another. While corruption of some form or another may inhere in every human community, the system of governance has a great impact on its level and scope of practice. Systems can corrupt people as much as, if not more than, people are capable of corrupting systems⁵⁵⁹.

Pode-se perceber que, a maioria das definições de corrupção implica a necessidade de dois atores na ação, enquanto a fraude requer apenas um, geralmente, mas não sempre incluindo

⁵⁵⁸ ONU. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf> Acessado em 09 Jul 17.

⁵⁵⁹ Tradução livre: “A corrupção ocorre quando uma função, seja pública ou privada, exige a atribuição de benefícios ou a prestação de um bem ou serviço. . . . Em todos os casos, uma função de confiança está sendo usado para obter ganhos privados além do que o titular da função tem direito. As tentativas de influenciar o titular da função, mediante o pagamento de subornos ou a troca de benefícios ou favores, para receber um ganho ou tratamento especial não disponível para terceiros também é uma forma de corrupção, mesmo que o ganho envolvido não seja ilícito nos termos aplicáveis lei. A ausência de regras facilita o processo, tanto quanto a presença de regras pesadas ou excessivas. A corrupção neste sentido não se limita ao setor público e, nesse setor, a burocracias administrativas. Não se limita ao pagamento e ao recebimento de subornos. Ela assume diversas formas e é praticada sob todas as formas de governo, incluindo democracias bem estabelecidas. Pode ser encontrada nos poderes legislativo, judiciário e executivo do governo, bem como em todas as formas de atividades do setor privado. Não se associa exclusivamente a nenhum grupo étnico, racial ou religioso. No entanto, seu nível, alcance e impacto variam muito de um país para outro e também podem variar, pelo menos por um tempo, dentro do mesmo país de um lugar para outro. Embora a corrupção de alguma forma ou de outra possa existir em cada comunidade humana, o sistema de governança tem um grande impacto em seu nível e alcance de prática. Os sistemas podem corromper as pessoas tanto quanto, senão mais do que, as pessoas são capazes de corromper sistemas”. WORLD BANK. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>> Acessado em 09 Jul 17.

um funcionário público⁵⁶⁰. De regra, a fraude envolve falsa representação (*misrepresentation*), enquanto que a corrupção é um conluio para auferir vantagem⁵⁶¹.

Em que pesem as dificuldades de se chegar a um denominador comum a respeito do significado de corrupção, Zani Andrade Brei sugere que há um reconhecimento de que todos os indivíduos possuem um conceito interno sobre o que é corrupção, vinculado a um julgamento moral pessoal⁵⁶².

It is plausible that corruption in general, including institutional corruption, typically involves the despoiling of the moral character of persons and in particular, in the case of institutional corruption, the despoiling of the moral character of institutional role occupants qua institutional role occupants. To this extent institutional corruption involves personal corruption⁵⁶³.

Etimologicamente, corrupção vem do latim *rumpere*, romper, dividir; o qual gera o vocábulo *corrumpere*, que, por sua vez, significa deterioração, depravação, alteração⁵⁶⁴, afastamento do modelo considerado como desejável (ideal)⁵⁶⁵.

Nesse sentido, Pagotto aponta que surgem duas perspectivas: (i) corrupção enquanto afastamento de um modelo teórico em que existem dois tipos de governo, os bons (que agem de acordo com o interesse comum) e os corruptos; e (ii) corrupção enquanto afastamento de uma determinada visão da sociedade sobre si mesma, um desvio em relação a um modelo ideal

⁵⁶⁰ WORLD BANK. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>> Acessado em 09 Jul 17.

⁵⁶¹ EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017.

⁵⁶² BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 1, 1996. p. 65.

⁵⁶³ Tradução livre: “É plausível que a corrupção em geral, incluindo a corrupção institucional, envolva tipicamente o despojamento do caráter moral das pessoas e, em particular, no caso da corrupção institucional, o despojamento do caráter moral dos ocupantes dos cargos institucionais como ocupantes do papel institucional. Nessa medida, a corrupção institucional envolve corrupção pessoal”. ABED, George T. & GUPTA, Sanjeev (eds.). *Governance, Corruption, and Economic Performance*. Washington DC: International Monetary Fund, 2003, p.38. Diz ainda o autor que: “the close relationship between institutional roles on the one hand, and institutional processes and purposes on the other, explains why institutional corruption typically involves both the despoiling of institutional role occupants and the undermining of institutional processes and purposes.” Apud. LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos filosófico-políticos do fenômeno da corrupção: *Considerações preliminares*. IN Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Vol. VII, nº 1, ano 2012. ISSN 1678-5029.

⁵⁶⁴ GARCIA, Emerson. *A corrupção*. Uma visão jurídico-sociológica. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/a_corrupcao_uma_visao.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

⁵⁶⁵ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. O combate à corrupção: *a contribuição do direito econômico*. Tese de doutorado Direito Econômico e Financeiro. USP, São Paulo. 2010. p. 28

de sociedade, envolvendo uma questão valorativa com componente subjetivo e moral⁵⁶⁶. Somente essa última perspectiva é que abarcaria a possibilidade de se considerar práticas corruptas na esfera privada⁵⁶⁷, dessa forma *o poder econômico impõe ao seu titular o dever de se comportar de acordo com certos critérios estabelecidos constitucionalmente, de modo que a violação a esses critérios caracteriza o seu abuso ou, sob outra perspectiva, a sua corrupção*⁵⁶⁸. Vale dizer, existem condutas que quando praticadas na esfera pública são consideradas como sendo atos corruptos, mas se praticadas na esfera privada não são⁵⁶⁹.

Heidenheimer classifica a corrupção segundo as percepções dos atores sociais, classificando-as em: (i) corrupção preta, quando a lei e a norma social coincidem, ou seja, as percepções da sociedade conferem com a norma jurídica vigente; (ii) corrupção branca, quando a lei tipifica uma conduta como ilegal, mas há uma tolerância ou mesmo discordância quanto a isso pela sociedade; e, (iii) corrupção cinza, quando não há consenso de que determinado ato seja ou não considerado como depravado⁵⁷⁰.

Dessa forma, não basta o conceito universal-legalista, pois a norma autêntica não é apenas declarada, mas reconhecida pela sociedade⁵⁷¹. Ou seja, não é suficiente a simples posituação de uma determinada conduta, pois a sua eficácia depende do seu reconhecimento por parte da sociedade de que aquela norma será cumprida por todos. Segundo Larry Diamond,

se a confiança é baixa e as expectativas dos cidadãos uns para com os outros são sistematicamente céticas, as instituições passam a ser meras formalidades, desprovidas de respeito e eficácia, uma vez que as pessoas abandonam a obediência na expectativa de que os demais farão o mesmo.⁵⁷²

Concordamos, no entanto, com Klitgaard ao afirmar que a corrupção não guarda relação com a não moralidade dos indivíduos, na verdade ela ocorre porque simplesmente existem

⁵⁶⁶ Segundo Pagotto, é devido a esse componente fortemente subjetivo que um conservador enxergaria corrupção da sociedade em que prevalecesse a liberdade sexual ou a participação feminina no mercado de trabalho numa sociedade patriarcal. PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Op. Cit. P. 29

⁵⁶⁷ Ibidem.

⁵⁶⁸ Ibidem.

⁵⁶⁹ Ibidem.

⁵⁷⁰ HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1970)

⁵⁷¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, Editora Saraiva. p. 45

⁵⁷² DIAMOND, L. 1999. *Developing Democracy :Toward Consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press. P. 298. Apud GONZÁLEZ, Júlio; POWER, Timothy J.. Cultura política, capital social e percepções sobre corrupção: uma investigação quantitativa em nível mundial. Traduzido por Marília Gomide Mochel, *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 21, p. 51-69, nov. 2003. p. 53

incentivos para a prática⁵⁷³. Essa perspectiva retira o cunho pessoal e, muitas vezes, fatalista, do problema da corrupção e o transporta para uma questão de política pública. Dessa forma, a resposta estaria na reforma das instituições, que passariam a amparar um sistema de dissuasão e incentivos capaz de desestimular os atos corruptos ao máximo possível⁵⁷⁴, ou seja, as políticas anticorrupção devem se voltar para o “cliente” da relação corrupta, desestimulando empresas a participarem de esquemas de corrupção, financiando as fraudes⁵⁷⁵.

Como se viu, não existe um conceito definido, padronizado, e universal de corrupção, sendo esse o motivo pelo qual os Estados, no âmbito das convenções internacionais, terem optado por não definir um conceito fechado de corrupção⁵⁷⁶. A opção aceita foi enumerar as condutas positivas e negativas que são consideradas como corrupção⁵⁷⁷⁵⁷⁸, o que foi seguido pela governança privada. Na verdade, essa estratégia teve como objetivo não limitar ou atrapalhar esforços anticorrupção que já estavam sendo conduzidos pelos Estados, ou mesmo não congelar as convenções, permitindo que futuras ações estejam cobertas no escopo das mesmas.

Verifica-se, portanto, que a corrupção pode assumir muitas formas, incluindo o suborno, fraudes, pagamentos ilegais, lavagem de dinheiro, contrabando, falsificação, extorsão e nepotismo⁵⁷⁹. Ela pode se externar de diversas formas: social⁵⁸⁰, política, econômica,

⁵⁷³ KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 12

⁵⁷⁴ Sobre isso, entendemos que por mais eficaz e trabalhado o Sistema anticorrupção, sempre haverá a oportunidade de se cometer atos corruptos. No entanto, ao reforçar as instituições de controle diminuiria a oportunidade dos agentes, e a empresa, como coletivo de pessoas, estaria resguardada de efeitos maiores dos atos de corrupção, possibilitando inclusive a interrupção da prática.

⁵⁷⁵ KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 13

⁵⁷⁶ O único instrumento internacional que define o conceito de corrupção é o Protocolo contra a Corrupção da Comunidade da África Meridional para o Desenvolvimento, cujo artigo primeiro declara: a “Corrupção” significa qualquer ato a que se refere o artigo 03 e que inclui o suborno ou qualquer outro comportamento relacionado com as pessoas a quem se tenha delegado responsabilidades nos setores público e privado, que violem seus deveres enquanto servidores públicos, empregados privados, agentes independentes e outras relações desse tipo e que têm o fim de obter vantagem indevida ou qualquer outra forma para eles ou para outros.

⁵⁷⁷ PASSOS, Nikos. *Palestra proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da UERJ*, no dia 26 abr 2012, sobre A Convenção da ONU sobre Corrupção.

⁵⁷⁸ São exemplos de corrupção conforme Convenção da ONU contra a corrupção: Suborno de funcionários públicos nacionais; Suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas; Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público; Tráfico de influências; Abuso de funções; Enriquecimento ilícito; Suborno no setor privado; Malversação ou peculato de bens no setor privado; Lavagem de produto de delito.

⁵⁷⁹ ZARB, Bert J. On Corruption and Accounting: No Panacea for a Modern Disease. *The CPA Journal online*. Dez 2005. Disponível em: <<http://www.nysscpa.org/cpajournal/2005/1205/perspectives/p6.htm>>. Acesso em: 16 abr 2017

⁵⁸⁰ Na denominada corrupção paroquial, relações de parentesco e afeição ensejam favoritismo pelos detentores do poder. Vide BEZERRA, Marcos Otávio, *Corrupção – Um estudo sobre o poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará e Anpocs, 1995. p. 34.

jurídica⁵⁸¹, religiosa, etc., a depender do ambiente institucional, do agente e do conteúdo da ação⁵⁸².

3.2 A dimensão transnacional da corrupção

No subcapítulo anterior discutiu-se o conceito de corrupção. Todavia, a corrupção transnacional, objeto dessa tese, é um fenômeno significativamente mais limitado em seu escopo, de forma que não são consideradas nesse conceito as transações puramente domésticas, regidas inteiramente pela legislação nacional.

Por outro lado, estão incluídas no conceito de corrupção transnacional as organizações que operam em várias jurisdições e se envolvem em atividades comerciais. Portanto, o estudo da corrupção transnacional abriga, entre outros assuntos, as interações de empresas transnacionais com funcionários públicos estrangeiros ou mesmo as interações corruptas dentro do setor privado.

A globalização, a liberalização do comércio e as novas tecnologias emergentes facilitaram em grande medida operações criminosas transnacionais que operam sem apego as fronteiras estatais. A *“corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”*⁵⁸³.

Da mesma forma, autores como Glynn, Kobrin and Naím destacam que *“the end of Cold War and the emergence of a truly integrated international economy have also contributed to the widespread perception of corruption as a problem with inherently global ramifications”*⁵⁸⁴. Para eles, a sociedade internacional atual está ciente de que a segurança e a estabilidade não

⁵⁸¹ Obra especificamente sobre corrupção de natureza jurídica: MAIRAL, Héctor. *A las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción em lugar de combatirla*. Buenos Aires: RAP, 2007. Apud: SILVA, Rogério Augusto Reis; MACHADO, Sulamita Crespo Carrilho. Aspectos jurídicos da prevenção e do controle da corrupção. *Revista Eletrônica Newton Paiva*. p 1.

⁵⁸² Ibidem.

⁵⁸³ Preambulo Convenção da ONU contra corrupção. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf> . Acessado em 09 Jul 17.

⁵⁸⁴ Tradução livre: “O fim da Guerra Fria e o surgimento de uma economia internacional verdadeiramente integrada também contribuíram para a percepção generalizada da corrupção como um problema com ramificações inerentemente globais “. GLYNN, Patrick. KOBRIN, Stephen J. NAÍM, Moisés. *The Globalization of Corruption*. p. 9. Disponível em: <http://www.iie.com/publications/chapters_preview/12/1iie2334.pdf>. Acesso em: 26 fev. 17.

dependem simplesmente de exércitos, mas também de uma interação entre fatores econômicos e políticos⁵⁸⁵.

No âmbito da convenção da OCDE, os Estados reconhecem que o tema corrupção é um “*fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade.*”⁵⁸⁶

Com efeito, ao longo do século XX, houve um aumento na demanda por um sistema efetivo de direito global que permitisse aos negócios internacionais acesso a instrumentos legais que propiciem confiança. Os Estados, assim como as empresas, precisam organizar suas competências segundo a boa governança (‘good governance’)⁵⁸⁷, sob pena de não conseguir atrair investimento ou mesmo de sofrer com a fuga dos mesmos⁵⁸⁸ ou ter sua reputação atingida⁵⁸⁹⁵⁹⁰.

Todavia as noções de que a corrupção não pode ser combatida somente no âmbito interno dos países ou de que a corrupção não é inerente a apenas países em desenvolvimento são bem mais recentes, e decorrem do reconhecimento dos efeitos da globalização dentro de uma economia integrada mundialmente e as recentes crises financeiras.

Apesar de a corrupção ser punível dentro da jurisdição dos Estados, conforme seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, mesmo que ignorando a responsabilização da pessoa jurídica, o mesmo não ocorria quando a corrupção de funcionários públicos acontecia fora de seus limites territoriais ou mesmo a existência de corrupção dentro do setor privado. Nesse sentido, o pagamento de suborno e outros atos corruptos cometidos no exterior, principalmente no mundo em desenvolvimento, eram permitidos em vários países

⁵⁸⁵ Ibidem, p. 10.

⁵⁸⁶ MRE. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/corrupt.htm>>. Acesso em: 07 set. 2011.

⁵⁸⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. AZEVEDO, Carolina Araújo de. Uma Análise Da Nova Lei Brasileira Anticorrupção: *Impactos Nas Transnacionais E Nas Joint Ventures Do Petróleo E Gás*. Rio Oil and Gás 2014.

⁵⁸⁸ Estamos cientes, no entanto, que, a corrupção, no sentido de subornos, recompensas e *kickbacks*, é apenas um tipo de falha de boa governança. Os esforços para promover a boa governança devem ser mais amplos do que apenas as campanhas anticorrupção. ROSE-ACKERMAN, Susan. The Challenge of poor governance and corruption. Revista de Direito FGV. 2005. p. 207 – 266. p. 208

⁵⁸⁹ Exemplos Enron na Índia e Shell em Ogoni na Nigéria.

⁵⁹⁰ ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 Jan 17.

desenvolvidos⁵⁹¹, a exemplo da França e da Noruega⁵⁹², cujas legislações aceitavam, inclusive, dedução fiscal dos pagamentos feitos a título de corrupção no mundo em desenvolvimento, por considera-los custos dedicados à aquisição de novos mercados⁵⁹³. Existia, deste modo, um entendimento de que o pagamento de suborno nesses locais era inevitável, era a regra do jogo que precisava ser obrigatoriamente jogada pelas TNCs.

A despeito de haver uma legislação estadunidense de combate a corrupção transnacional das empresas norte-americanas, o *Foreign Corrupt Practice Act* promulgado em 1977, as nações européias provaram ser particularmente resistentes à aprovação de leis semelhantes⁵⁹⁴.

É importante notar que, o forte, difundido, e coordenado interesse internacional, no que se refere ao enfrentamento da corrupção, surgiu pela primeira vez na década de 1990, com foco específico na possível responsabilização por suborno transnacional desencadeado pelas TNCs, as quais pagavam suborno como forma de entrar ou manter negócios no estrangeiro, auferindo vantagens indevidas com essa conduta.

O Grupo de Trabalho da OCDE sobre Suborno, do ano de 1994, teve como principal bandeira acabar com a dedução fiscal de subornos⁵⁹⁵ e criminalizar a conduta corrupta das TNCs e seus agentes perante funcionários públicos estrangeiros⁵⁹⁶. Esse movimento acabou desencadeando uma série de tratados internacionais anticorrupção, especialmente a *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Transactions* de 1997 da

⁵⁹¹ O primeiro país que criminalizou a prática de suborno transnacional foram os Estados Unidos da América. O *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) é datado de 1977. A nova legislação foi promulgada na forma de uma emenda ao *Securities Exchange Act* de 1934, e teve como objetivo responder a uma série de investigações que revelaram o pagamento ilícito e generalizado de suborno por parte de empresas estadunidenses, a funcionários públicos estrangeiros – episódio que ficou conhecido como *the Watergate Scandal*, onde uma série de escândalos de corrupção que culminou com a renúncia do presidente americano da época Richard Nixon. Para mais informações, ver: <<http://www.washingtonpost.com/watergate>>. Acesso em: 8 abr. 2016.

⁵⁹² Demais países desenvolvidos passaram a não permitir a dedução fiscal do pagamento de suborno ocorrido no exterior somente após a ratificação da convenção da OCDE de 1997 sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, onde convencionou-se abolir tal prática.

⁵⁹³ PIGEAT, M. *La Corruption et les Contrats Publics Internationaux*. Mémoire pour l'obtention du grade de Master en Droit Public. Université de Paris 1. 2007. p. 23.

⁵⁹⁴ CARVER, Jeremy P. *Combating Corruption: the Emergence of New International Law*. *International Law FORUM du droit international* 5: p.119-123, 2003. p. 119

⁵⁹⁵ OCDE. Em 1996, foi adotada a Recomendação sobre a Dedutibilidade Fiscal de Subornos Pagos a Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais. A implementação desta recomendação enviou uma mensagem clara de que fiscalmente os subornos não seriam mais aceitos como custo da atividade e que o suborno constitui um crime sujeito a sanções graves.

⁵⁹⁶ As pesquisas sobre o risco de investimento se iniciaram a partir dos anos 80 quando empresas de avaliação de risco decidiram incluir em suas análises o fator corrupção. Para mais sobre o assunto ver: AZEVEDO, Carolina Araújo de. Op. Cit. 2012, p. 45 e ss.

OCDE, os quais serão abordados no capítulo 5 que tratará do regime internacional anticorrupção.

Por sua vez, o tema do combate à corrupção transnacional ganhou ainda mais força no início dos anos 2000, ante a dimensão global dos vários escândalos corporativos, como o caso Enron em 2001⁵⁹⁷ e da Worldcom em 2002⁵⁹⁸. Sob esse prisma, as autoridades mundiais passam a se preocupar com a conduta das empresas, ao lesar milhares de acionistas investidores⁵⁹⁹, o próprio fisco, e todos os *stakeholders* envolvidos, causando crises no sistema econômico mundial. Na verdade, a gênese do movimento em torno do combate à corrupção transnacional, apontada por muitos como sendo a promulgação do FCPA, está muito mais ligada a uma lógica de proteção dos mercados, do que propriamente uma questão ética.

A partir desses escândalos, reforçados pelo colapso do *subprime* dos Estados Unidos em 2007-2008⁶⁰⁰, mais e mais países deram início a reformas de governança corporativa para reforçar a proteção dos interesses dos investidores⁶⁰¹⁶⁰². As empresas vêm buscando na efetivação de medidas anticorrupção a proteção da reputação empresarial, bem como para proteger o melhor interesse de seus acionistas⁶⁰³, e demais *stakeholders*.

Roy tem uma opinião, com a qual concordamos, de que muito embora não existam estudos suficientes para estabelecer uma conexão entre a inclinação de uma empresa para

⁵⁹⁷No caso específico da Enron, a transferência de ativos que era feita de modo a não depreciar a própria Enron. A operação consistia em vender um ativo que apresentasse risco de prejudicar as informações divulgadas ao público para uma das suas Sociedades de Propósito Específico (SPE), recomprando-o após o encerramento das demonstrações contábeis daquele período. BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. 1ª ed. Editora Thomson, 2007, p.3.

⁵⁹⁸A WorldCom, presente em 65 países, admitiu ter inflado em cerca de US\$ 4 bilhões seus lucros entre janeiro de 2001 e março de 2002. A companhia já estava envolvida em outro escândalo, seu fundador e ex-presidente, Bernie Ebbers, renunciou ao cargo depois de ter pego 'emprestados' da empresa US\$ 360 milhões para comprar ações da própria WorldCom. Ebbers fez da companhia um império. Comprou mais de 75 empresas nos anos 90, entre elas a gigante MCI. ÉPOCA. < <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT344659-1663-1,00.html>> . Acesso em: 8 abr. 2016.

⁵⁹⁹A publicação do FCPA se deu muito mais devido a uma preocupação da *Securities and Exchange Commission* estadunidense (SEC) acerca da inaceitável volatilidade dos preços das ações de empresas cotadas em bolsa, que apesar de sua performance, obtinham contratos importantes induzidos por subornos. CARVER, Jeremy P. *Combating Corruption: the Emergence of New International Law*. *International Law FORUM du droit international* 5: p.119-123, 2003. p. 119

⁶⁰⁰Considerado o maior desde a grande depressão americana de 1929. HILSENATH, Jon; NG, Serena; PALETTA, Damian. Worst crisis since '30s, with no end yet in sight. *The Wall Street Journal*. 18 set. 08. Disponível em: < <http://online.wsj.com/article/SB122169431617549947.html>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁶⁰¹Após os escândalos corporativos da Enron, WorldCom e Tyco, mais e mais países iniciaram reformas de governança corporativa para reforçar a proteção dos interesses dos investidores.

⁶⁰²OCDE em 2009 publicou a Recomendação sobre Medidas Fiscais para Melhorar a Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais.

⁶⁰³ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://www.globalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/index.html>. Acesso em: 07 jun 2017.

cometer atos corruptos, mentir, e fraudar nos mercados financeiros, com a propensão da mesma para cometer danos ambientais e abusos de Direitos Humanos que envolveriam outros *stakeholders*, estudos de casos, como o da Enron na Índia⁶⁰⁴, demonstram que empresas com inclinações para violar questões de partes interessadas (*stakeholders*), como Direitos Humanos e questões de meio ambiente, logo cometerão fraude e corrupção nos mercados financeiros⁶⁰⁵.

De acordo com a ONG Human Rights Watch sobre o caso da Enron na Índia:

There can be little question that the company and the police have operated in tandem against the protestors. The Dabhol Power Corporation pays the state forces that committed human rights violations; it provided other material support to these forces; and it failed to act on credible allegations that its own contractors were engaged in criminal activity that rose to the level of human rights violation due to the failure of the state to investigate the crimes⁶⁰⁶.

Ou seja, o fator subjacente comum a ambas as inclinações é a ganância financeira auxiliada pela mão manipuladora da corrupção e do suborno⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Algumas fontes apontam que o colapso da Enron nos Estados Unidos pode ter começado com suas desventuras realizadas a meio mundo de distância, nas tranquilas aldeias costeiras de Dabhol, na Índia. Em 1992, a Enron Corp anunciou que iria construir uma usina de gás natural de US \$ 3 bilhões em Dabhol, no estado ocidental de Maharashtra. O projeto deveria ser o símbolo do neoliberalismo econômico naquele país – o maior investimento estrangeiro direto na história da Índia até então. Ao invés disso, a Enron na Índia foi um desastre econômico e um pesadelo para os direitos humanos. Evidências apontam que a Enron trabalhou lado a lado com políticos e burocratas indianos corruptos para apressar o projeto. Acusações apresentadas alegaram que a Enron e a Reliance, empresa indiana, subornaram o ministro de petróleo da Índia durante os anos de 1992-93 para garantir o contrato de produção e venda de petróleo e gás dos campos Panna e Mukta que se localizavam nas proximidades e serviriam para abastecer a usina. Além disso, várias violações de direitos humanos, como uso de força policial desmedida contra a população e ocultação de notificação formal dos moradores e outras entidades de direitos humanos contra a construção da usina e desapropriação das terras das mediações Ver: ROY, Achinto M. Enron's Dabhol power Project in India. *Int. J. Business and Globalisation*, Vol. 5, No. 2, 2010. P- 188 – 199. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/247834705_Enron%27s_Dabhol_power_project_in_India>. Acessado em 02 Jul 17.

⁶⁰⁵ ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. p. 88 Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 Jan 17.

⁶⁰⁶ Tradução livre: “Não há dúvida de que a empresa e a polícia operaram em conjunto contra os manifestantes. A Dabhol Power Corporation pagou as forças do Estado que cometeu violações de direitos humanos; Proporcionou suporte material a essas forças; E não conseguiu fornecer alegações credíveis de que seus próprios empreiteiros estavam envolvidos em atividades criminosas que subiam ao nível de violação dos direitos humanos devido ao fato de o Estado não investigar os crimes” Human Rights Watch Report 01 Jan 1999. The Enron Corporation: *Corporate Complicity in Human Rights Violations*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/1999/01/01/enron-corporation/corporate-complicity-human-rights-violations>>. Acessado em 08 Jul 17.

⁶⁰⁷ ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. p. 88 Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 Jan 17.

3.3 Efeitos da Corrupção

Segundo a Fundação Konrad-Adenauer a corrupção é o maior obstáculo ao desenvolvimento de uma sociedade, posto que:

aprofunda o fosso entre ricos e pobres, enquanto elites vorazes saqueiam o orçamento público. Causa distorções na concorrência, ao obrigar empresas a desviar importâncias cada vez maiores para obter novos contratos. Solapa a democracia, a confiança no Estado, a legitimidade dos governos, a moral pública. A experiência demonstra: a corrupção pode debilitar toda uma sociedade⁶⁰⁸.

Ou seja, além de desencorajar o investimento, as práticas corruptas distorcem as condições internacionais de competitividade. Nesse sentido, segundo o relatório do Banco Mundial, “*o desvio de fundos através de práticas de corrupção mina as tentativas por parte dos cidadãos para atingir níveis mais elevados de bem-estar econômico, social e ambiental, e impede os esforços para reduzir a pobreza*”.

O Parlamento Europeu aponta que a corrupção custa à economia do bloco algo entre €179 bilhões e de €990 bilhões a cada ano, incluídos custos indiretos da corrupção⁶⁰⁹. Estimativas do *Global Agenda Council on Anti-Corruption* do *World Economic Forum* demonstram que o custo da corrupção equivale a mais de 5% do PIB global (US\$ 2.6 trilhões), com mais de US\$ 1 trilhão pagos em subornos a cada ano. Além disso, estima-se que a redução em 1 (um) ponto de um país no Índice de Percepção da Corrupção (*Perceived Corruption Index*) poderia resultar em um aumento de 0.59% na taxa de crescimento do PIB per capita⁶¹⁰.

A título de exemplo concreto acerca dos prejuízos impostos pela corrupção, dados levantados pela FIESP⁶¹¹ apontam que as perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção são grandes. Nesse sentido, caso o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual a da média de países selecionados pela FIESP, ou seja, apresentasse uma

⁶⁰⁸ FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER. *Os custos da corrupção*. Cadernos Adenauer. São Paulo, n.10, 2000, p. 7. Apud: CHAIA, Vera. TEIXEIRA, Marco Antonio. Democracia e Escândalos Políticos. *Revista São Paulo em Perspectiva*. vol.15 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2001. p. 62

⁶⁰⁹ EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017.

⁶¹⁰ WORLD ECONOMIC FORUM. *Next steps*. p. 7. Disponível em <https://members.weforum.org/pdf/gac/next_steps.pdf>. Acesso em 26 fev. 2012.

⁶¹¹ FIESP é a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.

pontuação de 7,45 (sete vírgula quarenta e cinco), o produto per capita do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, o que ocasionaria um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivaleria a 1,36% ao ano). Isto significa dizer que o custo médio anual da corrupção está estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008)⁶¹².

O referido relatório da FIESP assinala ainda que caso o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, a estimativa de liberação de recursos da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegaria a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes 2,3% do PIB. Todavia, nessa hipótese, o referencial teórico se aplica no caso de o Brasil ter um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum país até então⁶¹³.

Esses dados mensuram o custo da corrupção, o qual é definido pelo “*montante de recursos que é desviado das atividades produtivas para as práticas corruptas. É um custo porque reduz a eficácia do investimento*”. É o dinheiro que poderia ser usado na compra de maquinário ou na inovação tecnológica, mas que é despendido em propinas, subornos e outras atividades corruptas ilegais⁶¹⁴.

Para os investidores estrangeiros a probabilidade de corrupção aumenta quanto maior for a sua interação com burocratas locais. O Investidor Estrangeiro Direto (“IED”) é mais propenso a ter repetidas interações com os funcionários públicos locais (permissões, impostos, inspeção sanitária, e assim por diante), se comparados a bancos internacionais ou investidores de portfólio. Dessa forma, é mais provável se esperar que a corrupção local seja mais prejudicial para o IED do que para outras formas de investimento e circulação de capital⁶¹⁵.

Na mesma linha de raciocínio, o investimento direto envolve mais custos irrecuperáveis que os empréstimos bancários ou investimento de portfólio. Uma vez concretizado o IED, os oficiais corruptos locais, sabendo que o investimento é mais vulnerável e ligado à localidade física, exigem suborno, sob ameaça de promover empecilhos ao negócio⁶¹⁶.

⁶¹² FIESP, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. DECOMTEC: Área de Competitividade. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Março de 2010. p. 4. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/competitividade/downloads/custo_economico_da_corrupcao_-_final.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017.

⁶¹³ Ibidem.

⁶¹⁴ WORLD ECONOMIC FORUM. *Next steps*. p. 22. Disponível em: <https://members.weforum.org/pdf/gac/next_steps.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2012.

⁶¹⁵ WEI, Shang-Jin. Local Corruption and Global Capital Flows. *Brookings Papers on Economic Activity*. 2000. p. 26

⁶¹⁶ WEI, Shang-Jin. Local Corruption and Global Capital Flows. *Brookings Papers on Economic Activity*. 2000. p. 26

O IED, portanto, encontra-se em uma posição mais vulnerável do que os investimentos de bancos internacionais ou investidores de portfólio no que se refere à negociação ou ainda na recusa em cometer atos ilícitos. Essa desvantagem tende a tornar o investidor direto mais cauteloso à corrupção que os investidores de portfólio⁶¹⁷. Dessa forma, países altamente corruptos tendem a ter que conceder maiores vantagens para conseguir atrair investimento, a lucratividade da empresa precisa ser bastante alta para cobrir as ineficiências decorrentes da corrupção.

Existem casos na Índia e Estados Unidos a respeito de companhias que se beneficiaram de atos de corrupção sob a escusa de ser uma prática de mercado amplamente utilizada por transnacionais:

For instance, CEOs in India acknowledged in 1993 that their companies constantly engaged in bribery and payoffs and they justified their actions on grounds of “extortion” (by the Indian government officials) as they were “forced to bribe”. Thus, these business managers did not see it as a matter of right or wrong but as a matter of their business environment that forces them to pay a bribe or take part in corruption. This argument was also offered in the infamous Lockheed case and by 500 US companies who confessed to overseas bribery (under amnesty) before the US Senate during the seventies⁶¹⁸.

Ou seja, a utilização em larga escala de meios escusos por várias empresas e pela alta administração acaba por contribuir para uma “naturalização” da corrupção. Em outras palavras, a lógica corporativa é marcada pelo pensamento coletivo de que a viabilização do negócio só será possível de uma maneira rápida se amparada em atos de corrupção.

A corrupção representa ainda uma ameaça substancial como ferramenta de crime organizado e grupos terroristas, porque muitas vezes eles utilizam a corrupção como forma de ganhar influência e manter suas operações. O *2013 Serious and Organised Crime Threat*

⁶¹⁷ Ibidem.

⁶¹⁸ Tradução livre: “Por exemplo, os CEOs da Índia reconheceram em 1993 que suas empresas constantemente se envolveram em subornos e ganhos e justificaram suas ações com base em “extorsão” (pelos funcionários do governo indiano), pois foram “forçados a subornar”. Assim, esses gerentes de negócios não o viram como uma questão de certo ou errado, mas como uma questão de seu ambiente de negócios que os obriga a pagar um suborno ou participar de corrupção. Este argumento também foi oferecido no infame caso Lockheed e por 500 empresas dos EUA que confessaram suborno no exterior (sob anistia) perante o Senado dos Estados Unidos nos anos setenta.” ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. 2006. 155f. Tese (Doutorado em Psicologia) – University of Canterbury, Canterbury. 2006. p. 39.

Assessment (SOCTA)⁶¹⁹ afirmou que o crime organizado usa a corrupção para se infiltrar tanto no setor público, como no setor privado⁶²⁰.

Os custos reais da corrupção provavelmente são maiores quando os efeitos indiretos são levados em consideração, uma vez que esses efeitos indiretos incluem mudanças no comportamento e incentivos de indivíduos e empresas à luz da corrupção generalizada, o que pode levar a uma menor produtividade do capital de trabalho, físico e humano. Os efeitos prejudiciais da corrupção na eficiência da alocação de recursos dentro de uma economia podem operar através de vários canais: (i) a corrupção enfraquece os mecanismos de mercado. Por exemplo, se o investimento está sujeito à regulamentação governamental, a corrupção atua como um imposto sobre os investimentos, se as empresas precisam pagar um suborno para obter seus pedidos concedidos. Isso torna as atividades de investimento mais dispendiosas para as empresas, reduzindo a rentabilidade e, portanto, reduzindo o nível geral de investimento; (ii) a corrupção tem um efeito prejudicial sobre a concorrência. Isso ocorre sob a forma de uma regulamentação mais fraca da regulação antitruste, além de dissuadir novas entradas de empresas nos mercados e tornar o empreendedorismo menos atraente. Isso importa, uma vez que a concorrência é considerada um importante motor de eficiência e inovação nas economias modernas; (iii) a corrupção pode afetar o desempenho econômico direcionando à composição e ao volume das despesas do governo. Por exemplo, o design do sistema tributário e sua implementação podem permitir que funcionários públicos e contribuintes se envolvam em atividades de corrupção e, portanto, reduzam as receitas fiscais gerais⁶²¹.

No que se refere à democracia, a corrupção independe dos seus efeitos econômicos ou fáticos, ou se houve benefício ou não, uma vez que o que se está em jogo são as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas – públicas e privadas⁶²².

⁶¹⁹ O *2013 Serious and Organised Crime Threat Assessment* (SOCTA) é o produto da análise sistemática das informações de aplicação da lei sobre atividades criminosas e grupos que afetam a União Européia. O SOCTA destina-se a auxiliar os decisores estratégicos na priorização das ameaças do crime organizado.

⁶²⁰ EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>.
Acesso em: 08 jun 2017.

⁶²¹ EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>.
Acesso em: 08 jun 2017

⁶²² If an employee of a private company is bribed by a contractor of the company, is this also a question of corruption? Most would still regard it as a corrupt act, but there exists a minority which holds that the term “corruption” is limited to acts that take place within the public sector”. Tradução livre: “Se um empregado de uma empresa privada é subornado por um contratado da empresa, isso também é uma questão de corrupção? A maioria ainda o consideraria como um ato corrupto, mas existe uma minoria que afirma que o termo “corrupção”

3.4 Mensuração dos níveis de corrupção

Tendo em vista o fato de que a corrupção é um fenômeno oculto existe uma grande dificuldade em mensurar sua extensão. Dessa forma, a mensuração da corrupção se dá por meio de seus efeitos aparentes e tem grande relevância nos estudos preocupados com investimentos.

Diversos estudos pretendem evidenciar os efeitos da corrupção transnacional por meio de considerações lógicas, explorando diversos fatores como: a má alocação de recursos financeiros e a fragilização institucional. No entanto, uma análise mais complexa se faz necessária para mensuração do risco aos quais estão expostos o investidor e o investimento estrangeiro.

O Professor Bruno Speck leciona que as pesquisas de identificação dos riscos de investimento⁶²³⁶²⁴ fazem parte de uma segunda geração de pesquisas, diferente daquelas realizadas nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália, as quais, em um primeiro momento histórico, focavam-se apenas na percepção dos indivíduos quanto à corrupção⁶²⁵.

As pesquisas sobre o risco de investimento⁶²⁶ se iniciaram a partir dos anos 80, quando empresas de avaliação de risco decidiram incluir em suas análises o fator corrupção. Essa atitude fez com que novos dados acerca da corrupção fossem examinados pelas partes interessadas, agora dentro de uma nova perspectiva, eis que levavam em conta instituições, normas, cultura, práticas políticas relevantes para o investimento, fragmentação do sistema partidário, conflitos religiosos ou étnicos, aceitação das normas constitucionais pelos vários atores políticos, direito de propriedade, normas para a repatriação de lucros, exigências

se limita aos atos que ocorrem no setor público”. BAKER, Raymond. *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System*. Indianapolis: Wiley, 2005, p.33.

⁶²³ Havia ainda autores revisionistas que já nos anos 60 elaboraram trabalhos sustentando o efeito benéfico da corrupção, tanto para as empresas como para a economia nacional. LEFF, Nathaniel H. *Economic development through bureaucratic corruption*. *American Behavioral Scientist*, 1964, p.8-14. Apud SPECK, Bruno Wilhelm. *Op.cit.* p. 18.

⁶²⁴ Speck informa que “antes que a disputa acadêmica sobre o impacto econômico da corrupção tivesse sido decidida”, ou seja se a corrupção é benéfica ou não, “os agentes econômicos do mercado global deixaram claro que, para eles, a corrupção representa, sim, um possível risco de investimento”. SPECK, Bruno Wilhelm. *Op.cit.*, p.18

⁶²⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*, p. 14. In: *Cadernos Adenauer*, 2000, n 10. Os Custos da Corrupção. Fundação Konrad-Adenauer

⁶²⁶ Exemplos: Standard and Poors —DRI, EUA; Economist Intelligence Unit, GB; Political Risk Service, USA; World Development Report, Banco Mundial e Universidade da Basiléia; Business Environment Risk Intelligence, Suíça; Wall Street Journal, Central European Economic Review; Freedom House, USA; World Economic Forum, Suíça; *Index of Economic Freedom: Heritage Foundation/Wall Street Journal*; Political Economic Risk Consultancy (Corruption in Asia 1998); World Competitiveness Yearbook, Suíça.

burocráticas para empreendedores, ingerência política em decisões burocráticas ou da justiça, existência de mercados negros, práticas de corrupção, e nepotismo ou fraude nos negócios entre Estado e iniciativa privada, só para citar alguns exemplos⁶²⁷.

No âmbito desse segundo momento de pesquisas, as quais são confeccionadas pelas empresas de avaliação de risco, existe o risco de ocorrer algumas falhas, pois a sua base empírica são as percepções subjetivas de especialistas, ou até mesmo de uma rede de analistas próprios, ou ainda, podem ter como fundamento a opinião dos jornalistas entrevistados. Além disso, “a validade dos dados dessas empresas de avaliação de risco não se baseia nos procedimentos da pesquisa, mas na confiança que os clientes depositam na confiabilidade da empresa e das suas fontes”⁶²⁸.

Um terceiro momento, e que hoje é largamente utilizado, tanto pelo setor privado como pelo público, é o Índice de Percepções da Corrupção (IPCorr). A estratégia abraçada pela *International Transparency* integrou as informações contidas em diferentes indicadores nesse único índice que avalia especificamente a questão da corrupção em vários países⁶²⁹. Ou seja, em um único índice se integram os diversos indicadores apurados pelas principais empresas de consultoria de risco de investimento que tratam de corrupção, além de outros dados coletados pela própria *International Transparency*.

Entre o final de 1998 e meados de 2000, o *World Bank Group* analisou empresas em 80 países para verificar as dificuldades para implementar um empreendimento ou projeto. A análise levou em consideração condições econômicas, políticas, de governança, regulatórias e financeiras. Os dados foram obtidos por meio de entrevistas com pessoas em cargos de administração ou diretoria. Pelo levantamento, classificou-se a corrupção como o principal empecilho para desenvolvimento de novos negócios em regiões em desenvolvimento, como no sul da Ásia, América Latina e África. Foi possível estabelecer um parâmetro de comparação internacional por meio de perguntas específicas sobre a percepção das empresas locais e transnacionais⁶³⁰.

⁶²⁷ SPECK, Bruno Wilhelm. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*. p. 14. In: Cadernos Adenauer, 2000, n. 10. *Os Custos da Corrupção*. Fundação Konrad-Adenauer.

⁶²⁸ Ibidem, p. 19.

⁶²⁹ SPECK, Bruno Wilhelm. Op.cit., p.18.

⁶³⁰ BATRA, Geeta. KAUFMANN, Daniel. STONE, Andrew. *The firms speak: What the World Business Environment Survey Tells Us about Constraints on Private Sector Development*. World Bank, 2003. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/profile/Daniel_Kaufmann1/publication/23748517_The_Firms_Speak_What_the_World_Business_Environment_Survey_Tells_Us_About_Constraints_on_Private_Sector_Development/links/564bf06208ae020ae9f85a2c/The-Firms-Speak-What-the-World-Business-Environment-Survey-Tells-Us-About-Constraints-on-Private-Sector-Development.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

3.4.1 O papel do índice de percepção da corrupção da Transparency International

Tendo em vista ser o meio mais difundido na atualidade para mensurar o fenômeno oculto da corrupção, o papel do Índice de percepção da corrupção da *Transparency International* deve ser destacado.

Os primeiros estudos que buscaram ampliar a mensuração dos efeitos da corrupção só se deram a partir de 1995, quando a Transparência Internacional desenvolveu o Índice de Percepções da Corrupção (IPCorr)⁶³¹.

Kaufmann, Kraay e Mastruzzi sugerem que a corrupção pode ser medida por três meios: (i) *by gathering the informed views of relevant stakeholders*, (ii) *by tracking countries' institutional features*, e (iii) *by careful audits of specific projects*⁶³².

Apesar de subjetivos, os relatos e a percepção dos indivíduos são de suma importância para a análise material da corrupção. Isto porque a corrupção não deixa registros facilmente verificáveis. Por esse motivo, relatos a respeito da percepção da corrupção são, muitas vezes, a única fonte de informação disponível. Ainda que essas análises se baseiem em relatos subjetivos, Kaufman, Kraay e Mastruzzi argumentam que quaisquer tentativas de mensuração da corrupção possuem uma carga indissociável de subjetividade, independentemente se são analisadas informações subjetivas ou por meio dados objetivos, pois sempre há uma certa discricionariedade do investigador para determinar o que é fruto de má gestão do projeto e o que foi efetivamente corrupção, quando da análise dos dados levantados⁶³³.

⁶³¹ LOPES, Marcos Felipe Mendes. Corrupção: estudo sobre as formas de mensuração, seus determinantes e perspectivas sobre as formas de combate. 2011. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. p. 22.

⁶³² Tradução livre: “(I) reunindo as visões informadas das partes interessadas relevantes, (ii) rastreando as características institucionais dos países, e (iii) através de auditorias cuidadas de projetos específicos.” KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. *Measuring Corruption: Myths and Realities*. World Bank paper, Washington DC, p. 2. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/Myths.pdf>> . Acesso em 14 jun. 2017. p. 2.

⁶³³ Ibidem. p. 2-3.

No entanto, não se pode desconsiderar que a subjetividade pode afetar o resultado da pesquisa, a depender da escolaridade⁶³⁴ e do nível de participação do entrevistado na sociedade⁶³⁵.

O IPCorr agrega informações de fontes de dados que extraem as percepções de profissionais e especialistas do país a respeito da corrupção no setor público. Primeiro, são selecionadas as fontes de dados, que devem: (i) quantificar percepções de corrupção no setor público; (ii) ter por base uma metodologia válida e confiável, que pontue e classifique múltiplos países na mesma escala; (iii) ser elaborada e realizada por uma instituição confiável e de forma regular, (iv) permitir variação suficiente de pontuações para distinguir os países. Os dados são, então, padronizados em uma escala de 0 (mais alto nível de corrupção) a 100 (mais baixo nível de corrupção)⁶³⁶.

Como se denota, o IPCorr também se baseia na percepção da corrupção, isto porque

[a] corrupção baseia-se, em geral, em atividades ilegais que são deliberadamente escondidas e só vêm à luz através de escândalos, investigações e processos judiciais. Não existe uma forma consistente de avaliar a corrupção em níveis absolutos, em países ou territórios, com base em dados empíricos concretos. As tentativas possíveis de fazê-lo, tais como a comparação dos subornos reportados, número de processos judiciais instaurados ou pelo estudo de casos em processos legais diretamente ligados a corrupção, não podem ser tomadas como indicadores definitivos dos níveis de corrupção. Pelo contrário, mostram a eficácia dos promotores públicos, tribunais ou da mídia na investigação e exposição da corrupção. A coleta das percepções daqueles que estão em posição de prestar avaliações da corrupção do setor público é o método mais confiável de comparação de níveis relativos de corrupção em diferentes países⁶³⁷

Por se basear em experiências e percepções individuais, a *International Transparency* recebe críticas que contestam o real valor dos seus resultados, uma vez que seria impossível retransmitir em um único número a escala e a profundidade de uma questão complexa, como a

⁶³⁴Para mais ver os estudos que demonstram que o nível de escolaridade influencia na capacidade de identificação de atos corruptos. EICHER, Theo; GARCÍA-PENALOSA, Cecilia; YPERSELE, Tanguy van. Education, corruption, and the distribution of income. *Journal of Economic Growth*, Washington, v. 14, n. 3, p. 206.

⁶³⁵ LOPES, Marcos Felipe Mendes. Op cit. p. 22.

⁶³⁶ Índice de Percepção da Corrupção 2016: Breve nota metodológica. International Transparency. Disponível em: < https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table>. Acesso em: 1 jul. 2017.

⁶³⁷ Índice de Percepção da Corrupção 2016: Perguntas frequentes. International Transparency. Disponível em: < https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table>. Acesso em: 1 jul. 2017.

corrupção⁶³⁸. Aqui se repete todas as críticas já comentadas sobre estudos fortemente baseados em percepções puramente empíricas, haja vista que os relatos dos entrevistados podem estar distorcidos da realidade, mas comungamos da opinião de que, por hora, é o método mais legítimo de mensuração disponível.

3.5 Delimitação do conceito de corrupção para essa tese

A corrupção é um fenômeno oculto que pode ter caráter doméstico ou transnacional⁶³⁹, onde no primeiro as ações corruptas são puramente domésticas, sem a presença de elemento de estraneidade e no segundo participam atores que desenvolvem atividades em múltiplas jurisdições. Na presente tese, dar-se-á atenção à corrupção transnacional.

Também nesse trabalho, preferiu-se adotar o conceito mais abrangente do termo corrupção, para contemplar atos que não necessariamente envolvem o poder público.

Nesse sentido, entende-se que a corrupção envolve aquisição de dinheiro, bens ou poder, que, por vezes, escapa à vista do público comum; é geralmente ilegal; e ocorre à custa da sociedade como um todo, quer a um nível chamado de “grande corrupção”⁶⁴⁰ ou naquela corrupção que ocorre no cotidiano do cidadão comum⁶⁴¹. O enriquecimento pessoal é quase sempre o objetivo principal, embora a corrupção possa se manifestar na forma de manipulação

⁶³⁸ Is Transparency International’s measure of corruption still valid?. The Guardian. Reino Unido, 3 dez, 2013. Disponível em: <[http:// https://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/03/transparency-international-measure-corruption-valid](https://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/03/transparency-international-measure-corruption-valid)>. Acesso em: 1 jul. 2017.

⁶³⁹ DELANEY, Patrick X. Transnational Corruption: Regulation Across Borders. Virginia Journal of International Law, Charlottesville, v. 47, p. 413-461, 2007. p. 418

⁶⁴⁰ Podem ser classificadas como corrupção política as ações cometidas na alta hierarquia do governo que distorcem políticas públicas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que esses líderes se beneficiem à custa do patrimônio público. Um Chefe de Estado que se beneficia de sua posição para extrair subornos em privatizações ou grandes projetos de infraestrutura enquadra-se no referido tipo. Essa modalidade de corrupção é comumente associada à ideia de “cleptocracia”, “quando líderes políticos, geralmente autocratas sem qualquer controle por um sistema de freios e contrapesos abertamente usam as instituições para enriquecerem de qualquer maneira possível”. FERREIRA, Luciano Vaz. Por uma nova estratégia para o controle da corrupção: *Construindo a responsabilidade empresarial pela prática do suborno*. IN: Cidadania, justiça e controle social [recurso eletrônico] / Gilmar Antonio Bedin, organizador – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. 198p. p.185

⁶⁴¹ A corrupção burocrática ou pequena corrupção nasce da interação entre servidores públicos de escalão inferior e os cidadãos em geral. É o caso de um médico de hospital público que cobra valores de consulta, ou o policial que extorque propina de uma pessoa para não aplicar penalidade. FERREIRA, Luciano Vaz. Op. Cit. p. 185

por parte de um grupo com a intenção de conseguir ou manter o poder político⁶⁴², de modo que esses motivos pessoal e coletivo possam se tornar intimamente entrelaçados⁶⁴³. As condutas, necessariamente, estão em detrimento da instituição que o agente representa, descumprindo assim as obrigações que lhe foram atribuídas.

Dessa maneira, o conceito de corrupção para essa tese pode ser definido como a utilização indevida do poder ou autoridade concedida a um indivíduo, com o objetivo de obter vantagens pessoais por meio de suborno, comissões, bens, poder, entre outras formas, em detrimento da instituição que o indivíduo representa.

Desta forma, a delimitação do conceito de corrupção no presente trabalho não retoma apenas à noção clássica que trata a corrupção como um desvio dos deveres formais associados a um cargo público⁶⁴⁴, em função de benefícios privados⁶⁴⁵. A corrupção, além de ser um fenômeno da relação entre agentes privados e agentes estatais ou daqueles com funcionários de organizações internacionais⁶⁴⁶, é também um fenômeno que contrasta tanto o interesse privado

⁶⁴² Empresários reunidos no *World Economic Forum* em 2003 declararam que o pagamento de doações ilegais a partidos políticos não era comum em somente 18% dos países, enquanto que em 40% era uma prática considerada comum. COCKCROFT, Laurence. Op. Cit. p. 6

⁶⁴³ COCKCROFT, Laurence. Op. Cit. p. 2

⁶⁴⁴ Concordamos com a visão de Juarez Guimarães da UFMG de que é necessário superar de vez a simplificação e a unilateralidade no tratamento do tema corrupção, que em geral e de modo amplamente dominante, em um viés liberal, é tratada como questão referida exclusivamente ao Estado e diz respeito aos funcionários públicos. Nesse estreitamento do foco, perde-se o principal e impõe-se um amplo repertório de agendas ligadas à ideologia de quanto menos Estado, melhor. Essa temática é facilmente derrubada a partir da constatação de que Estados de bem-estar social do norte da Europa, por exemplo, são reconhecidos internacionalmente pela presença estatal e por apresentar os menores índices de corrupção. GUIMARÃES, Juarez. PESQUISA: *um novo paradigma contra a corrupção. Teoria e Debate n° 79 - novembro/dezembro 2008, publicado em 24/06/2009. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-antiores/pesquisa-um-novo-paradigma-contra-corrupcao>>. Acesso em: 23 abr. 2016.*

⁶⁴⁵ NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, n. 61, 1967, p. 417-427. Apud: SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas, p. 7. In: Cadernos Adenauer, 2000, n 10. *Os Custos da Corrupção*. Fundação Konrad-Adenauer.

⁶⁴⁶ No domínio dos programas internacionais de ajuda humanitária e desenvolvimento, os vários esquemas de corrupção que foram criados por indivíduos e corporações em todo o mundo. Uma empresa alemã e suas controladas conspiraram para fixar o preço do contrato em vários projetos hídricos na África, e de forma eficaz privaram o governo comprador dos benefícios da concorrência e de preços mais baixos. Uma corporação norte-americana paga suborno a funcionários do governo em troca de contratos em projetos de desenvolvimento. Funcionários públicos em várias nações, usando sofisticados regimes de contratação e empresas offshore, desviam um alto percentual de fundos públicos destinados ao desenvolvimento para suas contas pessoais no exterior. Uma empreiteira europeia, responsável em um projeto de estradas, rouba o seu próprio projeto, a fim de pagar subornos a funcionários do governo para ter suas faturas pagas. No Oriente Médio, funcionários públicos celebram contratos com entidades nas quais têm interesse financeiro. Uma empresa que executa projetos financiados com verba pública em um projeto africano subcontrata empresas de fachada com sede nos Estados Unidos com a finalidade de efetuar o pagamento de suborno a funcionários públicos e membros de uma organização internacional. WARE, Glenn T.; NOONE, Gregory P. The Anatomy of Transnational Corruption. *International Affairs Review*. Volume 14, No. 2. Fall 2005. P. 29 e 30

e o interesse público⁶⁴⁷, ou o interesse de um particular e o da coletividade, que pode ser representada pelos diversos *stakeholders* de uma empresa. Da mesma forma, não nos importa tanto o dimensionamento econômico do prejuízo causado pelos atos corruptivos, isso porque, o próprio ato implica violação de direito.

Portanto, a corrupção que se pretende tratar aqui é mais complexa, de caráter transnacional, decorrente do processo contínuo de globalização sócio econômica do mundo pós-moderno⁶⁴⁸, e tem legalidade controvertida.

O recorte temático da corrupção nessa tese, portanto, é a corrupção transnacional, uma vez que tem como foco o estudo das transnacionais e seu comportamento no mundo globalizado,.

Conforme observou-se, algumas definições tentam reduzir o alcance da corrupção para somente àquelas condutas que são ilegais. Concordamos que o uso de um *standard* mais amplo como danos sociais, ofereceria a possibilidade de elencar comportamentos não éticos que podem não ser ilegais⁶⁴⁹. São exemplos de tal corrupção o ‘*mispricing*’ das exportações e importações, o qual pode não contrariar uma lei específica, mas viola normas *standards* contábeis, que exigem que produtos comercializados sejam vendidos conforme os preços do mercado mundial; ou os riscos assumidos no setor bancário em Wall Street e em outros lugares, os quais não eram, em princípio, ilegais, mas assim se tornaram, quando os riscos foram deliberadamente mal interpretados em hipotecas vendidas de um banco para outro⁶⁵⁰; ou como

⁶⁴⁷ GUIMARÃES, Juarez. Op. Cit.

⁶⁴⁸ Para Fabio Morosini o mundo moderno é caracterizado pela ideia de racionalidade, carregado com a ideologia iluminista compromissada com os ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e solidariedade, onde a razão lógica ocupa ponto central, a razão objetiva. Citando que para Erik Jayme há quatro elementos característicos da pós-modernidade no direito: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno aos sentimentos. O pluralismo nesse sentido seria a capacidade pós-moderna de tolerar o incomensurável, aceitação das diferenças culturais. A comunicação seria a rapidez da informação e a vontade de se comunicar com outras culturas, quebrando molduras tradicionais. A narração seria o surgimento de normas que não obrigam, mas que simplesmente descrevem valores, espera-se que o texto seja interpretado de acordo com a declaração de valores, da vontade do legislador. O quarto elemento, o retorno aos sentimentos, caracteriza-se pelo fato das fundamentações meramente legais não serem mais suficientes, porque elementos estranhos ao mundo jurídico aparecem com respostas inovadoras que reformulam o direito existente, escolha pelos direitos humanos. MOROSINI, Fabio. Globalização e Novas tendências em Filosofia do Direito Internacional: *a Dicotomia entre o Público e o Privado da Cláusula de Estabilização*, p. 552. In: O novo Direito Internacional – *estudos em homenagem a Erik Jayme* / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005

⁶⁴⁹ EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017

⁶⁵⁰ COCKCROFT, Laurence. Op. Cit. p. 3

muito bem noticiado pelo ICIJ⁶⁵¹, junto com o jornal alemão *Süddeutsche Zeitung* e mais de 100 outras organizações de notícia, o recente escândalo *Panama Papers*, que divulgou provas de movimentação monetária internacional na forma de elisão (*tax avoidance*)⁶⁵², evasão e sonegação fiscal, bem como outros comportamentos corruptos. Estes são apenas alguns exemplos de corrupção transnacional que ocorrem no mundo de forma massiva e sistêmica.

A conduta corrupta nesse viés mais complexo pode ser revertida de legalidade, no entanto, fere princípios constitucionais maiores, como os princípios de igualdade⁶⁵³ e isonomia⁶⁵⁴, justiça fiscal⁶⁵⁵, função social da propriedade, desenvolvimento sustentável, bem-estar coletivo, princípios estes de conteúdo moral⁶⁵⁶.

‘We’re not accusing you of being illegal, we’re accusing you of being immoral.’⁶⁵⁷

‘We hear every day that there is no money for development projects, for building schools and dispensaries. Yet people hear of billions of shillings lost in tax revenue. How do we explain this to people who we tell there is no money for basic services?’ John Cheyno, chairman, Parliamentary Public Accounts Committee, Tanzania⁶⁵⁸

⁶⁵¹ ICIJ - The International Consortium of Investigative Journalists. Não é uma autoridade legal e não é um agente do governo. Trata-se de uma organização de jornalismo independente, com o propósito de servir os nossos membros, a comunidade global jornalismo de investigação e o público.

⁶⁵² Curioso é que a elisão fiscal parece estar calcada no fato de que apesar de notória necessidade do pagamento de tributos por parte dos cidadãos e das empresas, estes parecem não estar convencidos da sua justificação moral, eis que tentam evadir poupança para paraísos fiscais, por vezes justificando tal conduta no elevado nível de tributação de seus países de origem. KLAUS, Vogel. The justification for taxation: *A forgotten question*. The American Journal Of Jurisprudence (1988), p. 22.

⁶⁵³ O princípio da igualdade de tributação aqui não quer dizer obter mais tributos possível, mas sim tributar a todos de forma igualitária para que se possa diminuir a carga de impostos sobre o todo. TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de Los Contribuyentes (Bestuerungsmoral und Steuermoral)*. Tradução Pedro M. Herrera Molina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 2002 Barcelona. p. 93

⁶⁵⁴ Os mais ricos podem fazer um planejamento tributário dito mais agressivo para deixar de pagar tributos (elisão fiscal).

⁶⁵⁵ Stein justifies taxation vis-h-vis “individual independence” by arguing that it is only through taxation that the community is placed in the position to provide individuals with “the economic conditions required for their development”. “In other words, through taxes individuals return to the community ‘a portion of the economic progress they derive therefrom.’” Stein does not hesitate to label this a “mutual” relationship. By this, however, he certainly does not intend to imply a strict *quid pro quo* relationship. KLAUS, Vogel. The justification for taxation: *A forgotten question*. The American Journal Of Jurisprudence (1988), p. 43

⁶⁵⁶ Os princípios que, por seu conteúdo, são morais, como se incorporaram ao direito, o juiz que fundamenta sua decisão com base neles decide sob base jurídica e não apenas morais.

⁶⁵⁷ “Não estamos acusando você de ser ilegal, estamos acusando você de ser imoral.” Margaret Hodge. Chair of the Public Accounts Committee. Em audiência no Parlamento Britânico, no dia 12 de novembro de 2013. Palavras dirigidas ao vice-presidente da Google na Europa, Matt Brittin, devido a discussão de evasão fiscal decorrente de planejamento tributário.

⁶⁵⁸ CHRISTIANAID. Tradução livre: “Todos os dias ouvimos que não há dinheiro para projetos de desenvolvimento, construção de escolas e hospitais. No entanto, as pessoas ouvem que bilhões de xelins são perdidos em receitas fiscais. Como podemos explicar isso para as pessoas ao mesmo tempo que dizemos a elas

‘Billions of dollars are also lost through legal tax avoidance by multinational companies and wealthy investors, also enabled to a large extent by the world’s tax havens. ‘This not only deprives developing countries of public revenues needed to fight poverty, but may also be hindering those countries’ domestic businesses from flourishing.’ Action Aid, How Tax Havens Plunder the Poor⁶⁵⁹

que não há dinheiro para os serviços básicos?” John Cheyno, presidente, Comissão Parlamentar de Contas Públicas, Tanzânia. In: <<http://www.christianaid.org.uk/images/Tax-Morality-Report-J2951.pdf>>

⁶⁵⁹ CHRISTIANAID. Tradução livre: “Bilhões de dólares são perdidos através de evasão fiscal legal de empresas multinacionais e investidores ricos, em grande parte devido à existência de paraísos fiscais no mundo. Isso não só priva os países em desenvolvimento de receitas públicas necessárias para lutar contra a pobreza, mas também pode estar impedindo que as empresas nacionais se desenvolvam. Action Aid, How Tax Havens Plunder the Poor. In: <<http://www.christianaid.org.uk/images/Tax-Morality-Report-J2951.pdf>>

4. O REGIME INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO

O *legal framework* internacional de combate à corrupção é uma mistura complexa de fontes nacionais e internacionais⁶⁶⁰, de natureza pública, híbrida e privada. Devem ser considerados os atos de corrupção descritos nas convenções internacionais, nas leis penais e administrativas dos Estados, e nos códigos de ética e disciplina das pessoas jurídicas⁶⁶¹.

Até a década de 1990, a legislação anticorrupção transnacional estava, em grande parte, limitada aos crimes praticados dentro das fronteiras do Estado regulador, com exceção da lei estadunidense anticorrupção com efeitos extraterritoriais, o Foreign Corrupt Practice Act de 1977⁶⁶². Entretanto, o cenário mudou a partir desse marco histórico, quando a comunidade internacional passou a se concentrar no desenvolvimento de regimes anticorrupção como forma principal de abordagem no seu enfrentamento.

Esses regimes internacionais assumiram a forma de convenções e protocolos, cujo o objetivo tem sido o de provocar a mudança e harmonização de regras de comportamento padrão dos Estados-membro para lidar com a corrupção. A nível mundial, a Convenção Anticorrupção das Nações Unidas representa essa abordagem e a Convenção da OCDE. No nível regional e subregional podemos destacar as Convenções da OEA, UE e do continente africano.

Outros regimes internacionais, estes baseados em *soft law*, surgiram também para responder as demandas relativas ao combate à corrupção de forma mais ágil, podemos destacar iniciativas como as da OCDE, Banco Mundial, atores de natureza híbrida como a ISO e as próprias TNCs através de Códigos de Conduta e de Contratos.

Nesse sentido, o presente capítulo tem como objetivo apresentar de forma mais detalhada esse *legal framework* anticorrupção aplicável às TNCs, deixando de lado outros aspectos também contemplados nas normas destacadas, mas que não são objeto da presente tese, para afirmar que atualmente temos um regime internacional anticorrupção.

Inicialmente, apresentar-se-á as fontes internacionais convencionais e não convencionais, as quais repercutem em compromissos no âmbito interno dos Estados.

⁶⁶⁰ ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper n. 59. p. 30. Disponível em <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf> Acesso em: 10 jul. 2017.

⁶⁶¹ OEA. Lei Modelo para Facilitar e Incentivar a Denúncia de Atos de Corrupção e proteger os seus Denunciantes e Testemunhas (Lei Modelo da OEA), 22 de março de 2013, artigo 02 (a).

⁶⁶² ZERK, Jennifer A. Op Cit. p. 30

Em seguida, destaque será dado às fontes domésticas, ou seja, às principais legislações nacionais que tratam do combate à corrupção transnacional. Para a delimitação de quais legislações seriam analisadas, foi considerado o critério de maior número de condenações de pessoas jurídicas por corrupção transnacional e países com maior expressão para a indústria do petróleo, aí já considerando o aspecto mais específico desta tese.

Esse enfoque faz-se necessário para que se tenha a real dimensão do regime internacional privado anticorrupção, no qual a autoridade privada das TNCs exerce sua autoridade, fazendo uso de todo esse *legal framework*, além de outras regras, para regular seu mercado, no que se refere ao combate à corrupção, por meio da governança corporativa, da *corporate social responsibility*, dos códigos de conduta e integridade e dos contratos.

4.1 Fontes Internacionais

4.1.1 Convencionais

Os tratados anticorrupção são fruto dessa mudança de paradigma no que se refere ao enfrentamento da corrupção transnacional, a partir dos anos 90. Os Estados, através da ratificação desses tratados assumiram compromissos de implementação de legislação interna.

O esforço internacional consubstanciado nos tratados de combate à corrupção destaca o fato de haver um reconhecimento da dimensão e dos efeitos globais, sendo, portanto, necessário o diálogo nos fóruns internacionais.

No discurso da anticorrupção vigente no mundo, há, frequentemente, uma maior ênfase ao setor público, o qual é muitas vezes taxado de inapto, corrupto e ineficiente, em contraposição ao setor privado, o qual é considerado o setor mais eficiente, confiável e, implicitamente, menos corrupto da economia. Tal pressuposto se encaixa perfeitamente no paradigma econômico neoliberal abordado anteriormente nessa tese, o qual privilegia o setor privado como o motor do progresso e desenvolvimento econômico. No entanto, esta suposição não é necessariamente correta. Segundo relatório do Comitê Econômico da ONU para a África, o setor privado também pode ser motor propulsor de corrupção e, em alguns casos, ainda pior do que o setor público. A recente crise econômica global foi desencadeada por agentes do setor privado, cuja má gestão financeira, corrupção, e manipulações estabeleceram uma cadeia de

eventos que virtualmente desmoronaram a economia global. O setor privado também frequentemente se liga ao setor público por meio de corrupção⁶⁶³.

Por conta desse viés, os tratados deram ênfase à necessidade de se adotar medidas preventivas no âmbito interno das empresas, tais como os códigos de ética e conduta, e ainda promover a melhoria das normas contábeis e de auditoria⁶⁶⁴. Nesse sentido, a adoção de práticas adequadas de governança corporativa⁶⁶⁵, as quais serão analisadas em capítulo a parte, também é um elemento essencial na ascensão de uma cultura de ética nas empresas⁶⁶⁶.

A Assembléia Geral das Nações Unidas abordou o tema da corrupção em transações comerciais internacionais, pela primeira vez, na Resolução nº 3.514, de 15 de dezembro de 1975⁶⁶⁷ e a primeira convenção contra a corrupção foi aprovada no ano de 1996, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção. A partir disso, foram aprovadas diversas convenções internacionais, no âmbito global e regional, as quais consagram em seus preâmbulos o fato de a corrupção ter deixado de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional, que afeta todas as sociedades e economias, o que justifica um esforço internacional no seu enfrentamento. São elas por ordem cronológica:

- Convenção Interamericana contra a corrupção (1996)⁶⁶⁸;

⁶⁶³ ONU. Combating Corruption, Improving Governance in Africa Regional Anti-Corruption Programme for Africa (2011 – 2016). United Nations Economic Commission For Africa e African Union Advisory Board on Corruption. p. 16 Disponível em: < <https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/combating-corruption-improving-governance-in-africa-2011-2016.pdf>> . Acessado em: 14 ago 17.

⁶⁶⁴ ONU. Convenção contra a corrupção. Art.12. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf> Acesso em: 10 jul. 2017

⁶⁶⁵ Conceito de Governança Corporativa segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa: *“Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade”*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=17>>. Acessado em: 07 ago. 2017

⁶⁶⁶ OCDE. *Guidelines for Multinational Enterprises*. Recommendations for Responsible Business Conduct in a Global Context. OECD Ministerial Meeting 25 mai. 11. p. 47. Disponível em: < <http://www.oecd.org/corporate/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁶⁶⁷ RAMINA. Larissa O. *Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: a convenção interamericana contra a corrupção da OEA e a Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. p. 201

⁶⁶⁸ OAS. Organization of Americans States. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/fightcur.html>> Acesso em: 10 jul. 2017.

- Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (1997)⁶⁶⁹;
- Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Européia (1995);
- Convenção da União Européia sobre a Luta contra a Corrupção envolvendo Oficiais Comunitários ou Oficiais de Estados-membros (1997);
- As Convenções Penal e Civil (1999) sobre a Corrupção, do Conselho Europeu;
- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000);
- Protocolo contra a Corrupção da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (2001);
- Protocolo da Comunidade para o Desenvolvimento Econômico dos Estados da África Ocidental (2001);
- Convenção sobre a Prevenção e Combate à Corrupção da União Africana (2003);
- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003); e
- A Convenção Árabe para Combater a Corrupção (2010).

Verifica-se, portanto, que a região da Ásia-Pacífico é uma das poucas regiões do mundo (junto com o sul da Ásia, Ásia Central e algumas outras poucas) que carece de algum tipo de convenção anticorrupção regional. Poderia-se pensar que isso se deve pois a maior parte dos esforços convencionais se deu antes da entrada em vigor da Convenção da ONU contra corrupção, instrumento global de maior legitimidade, todavia, tal fato não impediu a assinatura e ratificação da Convenção Árabe para Combater a Corrupção, datada de 2010.

O primeiro enfoque de combate, segundo essas convenções, seria a cooperação internacional, tanto na prevenção, quanto no combate à corrupção, fenômeno que também se vincula com outras espécies de crime, em especial o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/21/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>. Acessado: 10 jul. 2017.

⁶⁷⁰ ONU. Convenção contra a corrupção. Preâmbulo. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf> Acesso em: 10 jul. 2017

As convenções destacam a importância de os Estados criarem, no âmbito de suas jurisdições, um ou mais órgãos independentes encarregados da prevenção da corrupção, assim como a criação de uma autoridade central para fins de cooperação internacional⁶⁷¹. Ressaltam, de igual forma, a necessidade de promover a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público⁶⁷².

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

Em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico foi firmada pelos Estados membros da OCDE, aos quais se somaram Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e República Eslovaca. A Convenção entrou em vigor em 1999⁶⁷³.

A Convenção da OCDE é considerada um marco da cooperação internacional na área de prevenção e repressão ao delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais, uma vez que os Estados-Parte são obrigados a prestarem pronta e efetiva assistência jurídica em investigações e processos conduzidos por outros Estados-Parte⁶⁷⁴.

Trata-se da primeira vez em que países com representatividade mundial nas áreas de comércio e investimento se uniram para atuar de forma conjunta no controle de práticas de

⁶⁷¹ OEA. No âmbito da Convenção Interamericana contra a Corrupção o Brasil, em 21 abr. 06, designou o Ministério da Justiça de Brasil como autoridade central para efeitos de assistência e cooperação internacional nos termos do artigo XVIII da Convenção Interamericana contra. Fonte: <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-58.html>>. Acesso em 10 jul. 2017.

⁶⁷² ONU. Convenção contra a corrupção. Art 11. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf> Acesso em: 10 jul. 2017

⁶⁷³ OECD. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/21/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁶⁷⁴ OECD. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Art. 9º). Disponível em: <http://www.oecd.org/document/21/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

suborno a funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, adaptando suas legislações e implementando mecanismos de controle⁶⁷⁵.

O esforço internacional em torno dessa convenção é uma tentativa de adotar mecanismos para prevenir e reprimir, de maneira coordenada, a corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera das transações comerciais internacionais, além de estabelecer a prestação de assistência jurídica recíproca de forma efetiva e rápida entre os Estados-Parte⁶⁷⁶.

Nesse contexto, a prática de boa governança corporativa é tema importante para esta convenção⁶⁷⁷.

No âmbito da convenção da OCDE, os Estados reconhecem que o tema corrupção é um *“fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade.”*⁶⁷⁸

Segundo o artigo 1º da Convenção da OCDE, cada Estado Parte⁶⁷⁹ deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento, segundo suas leis, do crime de corrupção. Nesse sentido, cada Estado deverá tornar típica a conduta de oferecer, prometer ou dar intencionalmente qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, que por ação ou omissão deste, no desempenho de suas funções oficiais, tenha por finalidade, realizar ou facilitar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais⁶⁸⁰.

A convenção da OCDE se aplica a pagamentos monetários e não monetários, bem como a pagamentos efetuados através de intermediários. Ela também define que qualquer pessoa jurídica ou física que esteja cometendo atos de suborno a funcionário público estrangeiro, no

⁶⁷⁵ CGU. Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/perguntasFrequentes.asp>>. Acesso em 23 set. 2017.

⁶⁷⁶ Ibidem.

⁶⁷⁷ Em 17 de dezembro de 1997, a *"Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais"* foi firmada pelos Estados membros da OCDE, aos quais se somaram Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e República Eslovaca. A Convenção entrou em vigor em 1999. No Brasil, a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. O principal objetivo da Convenção é o de prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais.

⁶⁷⁸ Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁶⁷⁹ Ver no Anexo 2 lista dos Estados-Parte da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

⁶⁸⁰ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/21/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

território de um Estado signatário da convenção, está sujeito às suas proibições nela contidas, independentemente da sua cidadania.

Com relação às TNCs há disposição expressa no sentido de fazer com que cada Estado-Parte, de acordo com seus princípios jurídicos, tome todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro. Ela dispõe ainda que, caso a responsabilidade criminal da pessoa jurídica não esteja prevista em seu ordenamento jurídico, o Estado-Parte deve assegurar, portanto, que as pessoas jurídicas estejam sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras⁶⁸¹. Ou seja, responsabilidade não apenas do agente pessoa física, mas também da pessoa jurídica.

O artigo 8º da Convenção da OCDE, por sua vez, cita categoricamente a importância do regime da correta contabilidade.

Artigo 8º
Contabilidade

1. Para o combate efetivo da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias, no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, para proibir o estabelecimento de contas de caixa "dois", a realização de operações de caixa "dois" ou operações inadequadamente explicitadas, o registro de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações com explicitação inadequada de seu objeto, bem como o uso de documentos falsos por companhias sujeitas àquelas leis e regulamentos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.
2. Cada Parte deverá prover penas civis, administrativas e criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas pelas omissões e falsificações em livros e registros contábeis, contas e declarações financeiras de tais companhias.

Dessa forma, esta convenção, por ser voltada às transações comerciais internacionais, naturalmente tem como objeto principal as transnacionais, preocupando-se ainda com a questão da corrupção na contabilidade.

A convenção da OCDE é um dos tratados que explicitamente exige a tomada de jurisdição pelos Estados-Parte em relação aos delitos de suborno cometidos apenas de forma

⁶⁸¹ OCDE. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/21/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

parcial dentro de seus respectivos territórios⁶⁸². Ela abre caminho para o uso da jurisdição extraterritorial pelos Estados-Parte.

Esse tratado é complementado por um instrumento de *soft law* denominado “Comentários ao Tratado” (*Commentaries on the Convention*), que busca dar o suporte necessário a sua interpretação.

Existe também um programa de monitoramento para a implementação da convenção e dos demais instrumentos de *soft law* no âmbito da OCDE para anticorrupção. O Grupo Permanente Sobre Suborno em Negócios Internacionais (*Working Group*), o qual existe desde 1994, foi responsável pela elaboração do tratado em comento, administra o monitoramento do sistema e reúne-se pelo menos quatro vezes ao ano para discutir confidencialmente as políticas anticorrupção. Atualmente, encontra-se na quarta fase⁶⁸³ de monitoramento, cujos relatórios são considerados seriamente pelos membros de forma a buscar adaptar sua legislação e mecanismos internos a fim de dar efetividade à Convenção.

Por fim, um dos objetivos da convenção da OCDE é a eliminação da concorrência desleal gerada pela corrupção⁶⁸⁴.

No entanto, o relatório publicado em novembro de 2016 - *2015 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention* do *OECD Working Group on Bribery*⁶⁸⁵ destaca que 24 das 41 Partes na Convenção nunca sancionaram um indivíduo ou uma pessoa jurídica por suborno transnacional desde quando a Convenção entrou em vigor em 1999. Nesse sentido, embora cerca de 40 Estados tenham ratificado a Convenção da OCDE, apenas quatro levaram a cabo

⁶⁸² OCDE. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Artigo 4 (1).

⁶⁸³ A Primeira Fase (Phase 1) tinha como objetivo verificar se os textos legais dos países participantes estavam de acordo com os parâmetros estabelecidos na Convenção da OCDE; a Segunda Fase (Phase 2) tinha como objetivo de avaliação do desempenho das instituições domésticas cujas funções estavam ligadas ao combate à corrupção e em última análise a implementação da Convenção; a Terceira Fase (Phase 3) é na verdade uma repetição da segunda, mas focada nos problemas detectados durante a Segunda Fase; a Quarta Fase (Phase 4) está prevista para ocorrer entre dezembro de 2016 e Junho de 2024, e repetição da terceira, mas focada nos problemas detectados durante a Terceira Fase. OCDE. Disponível: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/>>. Acesso em 23 jun. 2017.

⁶⁸⁴ CGU. Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/perguntasFrequentes.asp>>. Acesso em 23 jun. 2017.

⁶⁸⁵ OCDE. *2015 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention* do *OECD Working Group on Bribery*. Disponível: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-Enforcement-Data-2015.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2017.

com “uma aplicação ativa”, enquanto mais de 20 têm realizado “pouca ou nenhuma aplicação”⁶⁸⁶.

4.1.1.2 A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional

Aprovada pela Assembléia-Geral da ONU de 15 de novembro de 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional entrou em vigor internacional no dia 29 de setembro de 2003⁶⁸⁷⁶⁸⁸.

Também conhecida como Convenção de Palermo, foi a primeira experiência traduzida em tratado internacional com previsão de obrigação para os Estados de introduzirem em seus ordenamentos jurídicos internos a tipificação da corrupção (*art. 8º Criminalization of corruption*), além da tipificação das condutas de participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça⁶⁸⁹.

O artigo 8º aponta que cada Estado-Parte adotará, ou seja, medida de caráter obrigatório, as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais, quando intencionalmente cometidos, os atos de prometer, oferecer ou conceder a um agente público ou o agente público pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais.

⁶⁸⁶ FRITZ HEIMANN & GILLIAN DELL, Transparency International, OECD Antibribery Convention Progress Report 2009, at 10 (2009), Disponível em: <<http://www.transparency-usa.org/news/documents/FinalOECDProgressReport2009.pdf>>

⁶⁸⁷ A Convenção é complementada por 3 protocolos que tratam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições. Para aderir aos referidos protocolos os países devem ratificar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

⁶⁸⁸ Congresso Nacional Brasileiro aprovou, por meio do Decreto Legislativo no 231, de 29 de maio de 2003, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000; O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU, em 29 de janeiro de 2004; Decreto nº 5.015, de 12 março de 2004 promulgou o texto da convenção no Brasil.

⁶⁸⁹ ONU. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/organised-crime/UNITED_NATIONS_CONVENTION_AGAINST_TRANSNATIONAL_ORGANIZED_CRIME_AND_THE_PROTOCOLS_THERE_TO.pdf> . Acesso em 19 ago 17.

A responsabilização das pessoas jurídicas na participação em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas na Convenção pode ter natureza penal, civil ou administrativa, conforme o ordenamento jurídico de cada Estado-Parte.

Há ainda disposição acerca da proteção às testemunhas (art. 24) e às vítimas dos crimes (art. 25).

Todavia, em relação à corrupção transnacional, ou seja, aquelas cujo agente público é estrangeiro ou um funcionário internacional, a convenção não é mandatória, uma vez que usa o termo “considerará a possibilidade de adotar” (art. 8º, 2).

Após a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, passou a ser esta a convenção mais importante e completa acerca do tema corrupção.

4.1.1.3 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), aprovada em 2003 pela Assembleia-Geral da ONU, é considerada o principal instrumento internacional sobre a corrupção⁶⁹⁰.

A inovação se deu na medida em que foi o primeiro instrumento jurídico anticorrupção que estabelece regras vinculantes aos países signatários. A Convenção da ONU possui três níveis de obrigação: (1) as mandatórias, usando o termo “adotará” (“shall adopt”); (2) as que se deve considerar, usando termos no futuro “considerará a possibilidade de adotar” (“shall consider adopting”) ou “procurará” ou “velará” (“shall endeavour to”); e (3) as opcionais, com o uso do termo “poderá adotar” (“may adopt”).

Ademais, por conta do âmbito global da organização das Nações Unidas, ao contrário de outras convenções que tem um alcance regional, ou no caso da OCDE de alguns países, a

⁶⁹⁰ UNDO

Convenção da ONU oferece um caminho para a criação de uma resposta global, a um problema global⁶⁹¹.

Justamente por ter grande abrangência territorial, a convenção entrou em vigor somente em 14 de dezembro de 2005, dois anos após ter sido assinada por mais de 120 países, na cidade mexicana de Mérida⁶⁹².

A finalidade da Convenção é:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;
- b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos⁶⁹³.

O conceito de corrupção dentro da convenção da ONU é amplo, e inclui as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas.

O artigo 16 da convenção dispõe acerca da necessidade de proibir a conduta de suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas.

Com relação ao setor privado, a convenção destaca que cada Estado-Parte deverá adotar (“shall take measures to”), em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, medidas de prevenção à corrupção, além de melhorar as suas normas contábeis e de auditoria, bem como, quando cabível, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionais e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas e responsabilização das pessoas jurídicas⁶⁹⁴.

Os Estados-Parte deverão ainda promover e salvaguardar a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e, as relações contratuais das empresas com o Estado; promover a transparência entre entidades privadas; velar para que as empresas privadas, tendo

⁶⁹¹ UNDOC. Ibidem.

⁶⁹² Ver no Anexo 3 os países signatários

⁶⁹³ ONU. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

⁶⁹⁴ Ibidem.

em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e as transações financeiras dessas empresas privadas estejam sujeitas a procedimentos apropriados de auditoria e certificação⁶⁹⁵.

A Convenção garante a criação e a independência de atuação de agências anticorrupção (art. 6º, 1), e possibilita aos Estados criarem mecanismos para a anulação de contratos ou revogação de concessões públicas que estejam envolvidas com atos corruptos (art. 34). Também existe disposição para proteção dos denunciadores de corrupção do setor público e do setor privado (art. 33), o artigo 37, 1 e 2 dispõe acerca dos acordos de leniência com o objetivo de redução de pena.

Da mesma forma que as demais convenções, a Convenção da ONU contra a corrupção também prevê um mecanismo de monitoramento (art. 63). O “Mecanismo para Revisão da Implementação da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção” foi implementado somente no ano de 2009, devido à resistência dos países, muitos preocupados com o custo dessa medida⁶⁹⁶. O monitoramento teve um primeiro ciclo de 2010 a 2015, e um segundo ciclo de 2015 a 2020. No primeiro o foco foi proibição do suborno e a cooperação jurídica internacional, no segundo ciclo o objetivo é a recuperação de ativos e medidas preventivas.

4.1.1.4 Convenções Regionais

4.1.1.4.1 A Convenção Interamericana Contra a Corrupção

O ano de 1996 é um marco para o esforço internacional anticorrupção. Foi nesse ano que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotaram o primeiro instrumento jurídico internacional anticorrupção⁶⁹⁷.

Segundo a OEA, a Convenção Interamericana contra a Corrupção foi “*o primeiro instrumento jurídico internacional nesta área que reconhece a transcendência internacional*”

⁶⁹⁵ Ibidem.

⁶⁹⁶ HEIDMAN, Fritz F. UNCAC: Anticorruption’s Expanding Fronteir. In: HEIMANN, Fritz; VINCKE, François (Org.). *Fighting Corruption: International Corporate Integrity Handbook*. Paris: ICC Publication, 2008, p. 23-36. p. 33 Apud FERREIRA, Luciano Vaz. Op. Cit. p.146

⁶⁹⁷ Ver no anexo I a tabela dos países que assinaram e ratificaram a convenção.

da corrupção e a necessidade de promover e facilitar a cooperação entre os Estados para combatê-la”⁶⁹⁸.

Os principais propósitos da Convenção são:

Promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção.

Promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações para prevenir, detectar, punir e erradicar os atos de corrupção no exercício das funções públicas e os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício⁶⁹⁹.

Verifica-se que o modelo inaugurado pela Convenção Interamericana contra a Corrupção se repetiu nos demais tratados, uma vez que dispõe acerca da obrigatoriedade dos Estados-Parte criminalizarem as condutas elencadas como corruptas⁷⁰⁰ e criarem mecanismos de controle e prevenção no âmbito de seu ordenamento jurídico doméstico.

Nesse sentido, as condutas elencadas na Convenção, principalmente o suborno feito por particular, aí incluídas as pessoas jurídicas, a um funcionário público (art. VI, 1, “b”) e o suborno ativo transnacional (art. VIII).

Verifica-se que a Convenção institui e se baseia em uma série de medidas preventivas, tais como:

⁶⁹⁸ OEA. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/corr_ante.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.

⁶⁹⁹ OEA. OAS - Organization of Americans States. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/fightcur.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁰⁰ São elencadas as seguintes condutas como corruptas (Artigo VI - Atos de corrupção): (a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

(b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas, vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

(c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerci funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de sua; funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

(d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e

(e) a participação, como autor seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, come dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial. OEA. OAS - Organization of Americans States. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em:

<<http://www.oas.org/juridico/english/fightcur.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017., co-autor, instigador, cúmplice, acobertado ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Artigo VIII - Suborno transnacional - Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de

- (i) Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas;
- (ii) Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta;
- (iii) Instruções ao pessoal dos órgãos públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades;
- (iv) sistemas para a declaração das receitas;
- (v) sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência;
- (vi) sistemas para arrecadação e controle da renda do Estado que impeçam a prática da corrupção;
- (vii) leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com violação dos dispositivos legais dos Estados Partes contra a corrupção;
- (viii) sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno;
- (ix) órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas;
- (x) medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção;
- (xi) mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção;
- (xii) O estudo de novas medidas de prevenção, que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público⁷⁰¹.

Foi no ano de 2002⁷⁰² que os Estados americanos implementaram o mecanismo que avalia seu cumprimento, o Mecanismo de Acompanhamento de sua implementação (MESICIC)⁷⁰³, com a finalidade de evitar a ineficiência da Convenção e promover, entre outras atividades, um processo de avaliação recíproca ou mútua entre os Estados que o integram, no âmbito de “rodadas” sucessivas, em que se analisa a maneira em que os Estados vêm implementando a Convenção.

⁷⁰¹ OAS. Organization of Americans States. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/fightcur.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁰² No dia 4 de junho de 2001, no marco da Assembleia Geral da OEA celebrada em São José, Costa Rica, aprovou-se o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC), nos termos previstos no denominado “Documento de Buenos Aires sobre o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção”, que começou a funcionar em Janeiro de 2002.

⁷⁰³ Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción

A Terceira Reunião da Conferência dos Estados Partes no MESICIC⁷⁰⁴, ocorrida em 2011, em sua recomendação número 15, destaca como tema de interesse coletivo, o que se relaciona às melhores práticas, inclusive aquelas referentes à promoção da ética no setor privado e à cooperação entre os setores público e privado na prevenção e combate à corrupção. Espera-se que, caso seja considerado adequado, seja adotada uma metodologia para a consideração da “*A responsabilidade do setor privado na prevenção e combate da corrupção*”, a qual ainda aguarda desdobramentos.

A convenção da OEA faz referência expressa à necessidade de haver mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações, aí incluídas as TNCs, mantenham registros com razoável nível de detalhamento e, que reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos, mantendo controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectar a ocorrência de atos de corrupção.

Outra medida de destaque no âmbito da Convenção foi a aprovação, em 2013, da “Lei Modelo para Facilitar e Incentivar a Denúncia de Atos de Corrupção e Proteger os Denunciantes e Testemunhas”. Nesse sentido, a proteção de denunciantes⁷⁰⁵ e testemunhas⁷⁰⁶ da corrupção abarca tanto a luta contra a corrupção como também o arcabouço de proteção interamericano de Direitos Humanos (o Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH), de forma a complementar e amparar os regramentos nacionais sobre a proteção dos denunciantes. Dessa forma, no âmbito da OEA, qualquer indivíduo (incluídos empregados de empresas privadas), grupo de pessoas ou ONG reconhecida legalmente por um ou mais Estados da OEA tem legitimidade para apresentar denúncia, mesmo não sendo vítima e sem necessidade do consentimento desta à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, após esgotadas as instâncias domésticas.

Dessa forma, a Convenção, juntamente com o MESICIC, constituem os principais instrumentos de cooperação internacional para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção nas Américas⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ As Recomendações da Terceira Reunião da Conferência dos Estados Partes no MESICIC (MESICIC/CEPIII/doc.4/10 rev. 1) podem ser consultadas em: <www.oas.org/juridico/portuguese/cepIII_recom_por.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁷⁰⁵ Denunciante é toda pessoa que, de boa-fé, denuncia às autoridades competentes feitos relacionados com qualquer dos atos de corrupção. Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, artigo 33; Lei Modelo da OEA, artigo 2 (c).

⁷⁰⁶ Toda pessoa que declara, diante de um tribunal, sobre acontecimentos que conhece e que sejam relevantes para a solução de uma ação penal ou investigação administrativa. OEA, Documento Explicativo da Lei Modelo, págs. 6 e 9

⁷⁰⁷ OEA. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/corr_ante.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.

4.1.1.4.2 Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Européia

A Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Européia⁷⁰⁸ data do ano de 1995 e é o primeiro tratado sobre corrupção no âmbito da União Européia.

A convenção entrou em vigor em 17 de outubro de 2002, em conjunto com o seu primeiro protocolo e com o protocolo relacionado com a interpretação do Tribunal de Justiça. O segundo protocolo, datado de 1997, entrou em vigor em 19 de maio de 2009. O conjunto visa proteger, ao amparo do direito penal, os interesses financeiros da União Europeia (UE) e dos seus contribuintes. A fraude⁷⁰⁹ lesiva a UE é caracterizada pelo desvio de fundos da instituição comunitária para fins diversos daqueles em que foram inicialmente concedidos⁷¹⁰. A apropriação é tratada como espécie de corrupção, além da proibição de suborno de funcionário comunitário ou de Estado-membro, ou seja, a infração praticada por um funcionário público que atribui ou promete um suborno (corrupção ativa) e a corrupção passiva, que ocorre quando a infração é praticada por um funcionário que recebe um suborno⁷¹¹.

A fraude quando reputada como grave é passível de penas privativas de liberdade não inferiores a um ano, suscetíveis de implicar a extradição em determinados casos.

⁷⁰⁸ European Union Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests (EU Convention on Financial Interests)

⁷⁰⁹ Exemplos de fraude em matéria de despesas incluem qualquer ato ou omissão intencional, como: (i) a utilização ou apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito o recebimento ou a retenção indevida de fundos provenientes do orçamento da UE; (ii) a não comunicação de uma informação em violação de uma obrigação específica, com o mesmo efeito; ou (iii) o desvio desses fundos para fins diferentes daqueles a que se destinavam inicialmente. Exemplos de fraude em matéria de receitas incluem qualquer ato ou omissão intencional, como: (iv) a utilização ou apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha como efeito a diminuição ilegal dos recursos do orçamento da UE; (v) a não comunicação de uma informação em violação de uma obrigação específica, com o mesmo efeito; ou (vi) o desvio de um benefício legalmente obtido (por exemplo, o desvio de pagamentos de impostos legalmente obtidos), que produza o mesmo efeito. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:133019>>. Acesso em 13 ago 17.

⁷¹⁰ UE. Art 1o , “b” da Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Européia

⁷¹¹ O primeiro protocolo da Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Européia, adotado em 1996, estabelece a distinção entre a corrupção “ativa” e “passiva” dos funcionários públicos. Define, além disso, o termo “funcionário” (quer a nível nacional quer da UE) e harmoniza as sanções por delitos de corrupção. EU. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:133019>>. Acesso em 13 ago 17.

Quanto a responsabilidade das pessoas jurídicas, a convenção estabelece que cabe a cada país da UE aprovar legislação para permitir que os administradores de empresas ou quaisquer outras pessoas que exerçam poder de decisão ou de controle em uma empresa possam ser responsabilizadas penalmente. O segundo protocolo também contribuiu para esclarecer melhor sobre questões relacionadas à responsabilidade das pessoas jurídicas, a apreensão e a lavagem de dinheiro.

4.1.1.4.3 Convenção da União Européia sobre a Luta contra a Corrupção envolvendo Oficiais Comunitários ou Oficiais de Estados-membros

A Convenção da UE contra a Corrupção⁷¹², assinada em 26 de maio de 1997 e em vigor a partir de 28 de setembro de 2005, visa combater a corrupção envolvendo funcionários da UE ou de Estados-membros. Os Estados-membros devem garantir que a corrupção passiva ou ativa por funcionários seja uma infração penal. Os administradores e diretores das empresas devem ser declarados penalmente responsáveis pela corrupção ativa por uma pessoa sob sua autoridade agindo em nome da empresa.

A Convenção da UE contra a Corrupção é bastante semelhante ao Primeiro Protocolo da Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros da Comunidade Européia, o qual inseriu a definição de suborno o ativo e passivo, mas é mais ampla define a corrupção passiva e ativa para aferir qualquer vantagem indevida sem se restringir a aspectos de fraude e aos interesses financeiros da UE.

O estabelecimento de um mecanismo de avaliação dos esforços de combate à corrupção nos Estados membros da UE está atualmente em debate.

4.1.1.4.4 As Convenções Penal e Civil sobre a Corrupção, do Conselho Europeu

⁷¹² European Union Convention against Corruption Involving Officials (EU Convention against Corruption)

O Conselho Europeu adotou duas convenções anticorrupção: a Convenção Penal sobre a Corrupção⁷¹³, no ano de 1998, e a Convenção Civil sobre a Corrupção, no ano de 2003⁷¹⁴.

No âmbito da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho Europeu, o suborno é definido como: “*the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting.*”⁷¹⁵

A Convenção Penal obriga que seus Estados parte criminalizem o suborno ativo e o passivo de funcionários nacionais e estrangeiros, e de organizações internacionais (incluindo Tribunais Internacionais e dos órgãos legislativos internacionais), tráfico de influência, lavagem de dinheiro e, ainda, o mal mais comentado da última década, crimes contábeis conectados à corrupção⁷¹⁶. Não importa que as condutas corruptas envolvam/tenham envolvido governo estrangeiro que não seja Estado-membro da UE.

O artigo 18 da Convenção Penal prevê a responsabilização de pessoas jurídicas em atos reputados como corruptos.

Por sua vez, a Convenção Civil sobre a Corrupção é menos extensiva no que se refere à conceituação da corrupção na medida em que define essa prática como sendo “*requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behavior required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof.*” O objetivo da Convenção Civil é desenvolver legislação doméstica para possibilitar a recuperação e indenização em face aos prejuízos dos atos corruptos por parte dos nacionais.

A Convenção Civil impõe o estabelecimento de remédios jurídicos, tais como indenização por danos, para aqueles que tiveram prejuízos com a corrupção, além de estabelecer a cooperação jurídica entre os Estados-Parte como forma de implementação da convenção⁷¹⁷.

⁷¹³ Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/173.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷¹⁴ Council of Europe Civil Law Convention on Corruption. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/174.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2017

⁷¹⁵ Ibidem.

⁷¹⁶ Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption. Ch.II,Arts. 12 a 14. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/173.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷¹⁷ A Convenção Penal contra a Corrupção, do Conselho Europeu, também estabelece como base a cooperação jurídica entre os Estados parte.

O artigo 8º da Convenção Civil prevê que os contratos originados de atos de corrupção devem ser considerados nulos e o artigo 9º dispõe acerca da proteção aos empregados denunciantes.

Como mecanismo de controle, ambas as convenções dispõem de que os Estados-Parte se obrigam a permitir que o *Group of States Against Corruption* (GRECO) monitore a implementação das convenções.

A Comissão Europeia, ciente de que muitos países ainda não implementaram de forma contundente a legislação anticorrupção, lançaram um relatório intitulado *UE Anti-Corruption Report*. Publicado de dois em dois anos, sendo o primeiro previsto para 2013. Este relatório terá o objetivo de monitorar e avaliar os esforços dos Estados-membros contra a corrupção e, conseqüentemente, incentivar um maior engajamento político entre os membros⁷¹⁸.

O *UE Anti-Corruption Report* pretende identificar as tendências e pontos fracos que precisam ser abordados, bem como estimular a aprendizagem e troca de melhores práticas entre os países. Este mecanismo funcionará paralelamente ao Grupo de Estados contra a Corrupção do Conselho Europeu (GRECO)⁷¹⁹.

4.1.1.4.5 Protocolo contra a Corrupção da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral

O Protocolo da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral⁷²⁰ é o primeiro tratado sub-regional para combater a corrupção na África, assinado em 14 de agosto de 2001.

Semelhante à posterior Convenção da União Africana, o Protocolo da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral visa promover e fortalecer o desenvolvimento, em cada Estado-membro, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no setor público e privado, obrigando os Estados-Parte da SADC a estabelecerem

⁷¹⁸ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Fighting Corruption in the EU*. Brussels, 06 Jun 11. COM (2011) 308 final.

⁷¹⁹ Ibidem.

⁷²⁰ South African Development Community Protocol (SADAC) conta com 15 países da África Austral (região sul do continente) África do Sul; Botswana; República Democrática do Congo; Lesoto; Madagascar; Malawi; Maurícia; Moçambique; Namíbia; Seychelles; Suazilândia; Tanzânia; Zâmbia; e Zimbábwe.

vários mecanismos – leis, políticas e instituições – para “prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção” cometida por indivíduos ou por pessoas jurídicas e cooperar internacionalmente.

O artigo 6º prevê expressamente a proibição do suborno transnacional por empresas e há disposição para proteção de denunciante (art. 4º, 1, “e”). As condutas elencadas como corrupção fazem menção expressa de que as pessoas jurídicas devem manter controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectar a ocorrência de atos de corrupção (*Books and Records*) (art. 4º, 1, “h”).

Também estabelece um comitê composto por EstadosPartes para supervisionar a implementação do protocolo. Poucos avanços foram realizados na implementação, uma vez que o Protocolo entrou em vigor em 2003.

Recentemente, em março de 2017, os resultados de um estudo sobre órgãos anticorrupção na região da África Austral foram divulgados. Entitulado Efetividade das Agências Anti-Corrupção na África Austral (*Effectiveness of Anti-Corruption Agencies in Southern Africa*): Angola, Botswana, RDC, Lesoto, Malawi, Moçambique, Namíbia, África do Sul, Suazilândia, Zâmbia e Zimbábue⁷²¹, encomendado pela *Open Society Initiative for Southern Africa* (Osisa), aponta que ainda existem muitos desafios para serem implementados pelos países membros da SADC em relação ao combate à corrupção, além de apontar para o fato de que mais de 15 anos após a entrada em vigor da Convenção poucos avanços foram sentidos, sendo certo que a percepção acerca da corrupção aumentou.

4.1.1.4.6 Protocolo contra a Corrupção da Comunidade para o Desenvolvimento Econômico da África Ocidental

O Protocolo da Comunidade para o Desenvolvimento Econômico dos Estados da África Ocidental⁷²² é um tratado sub-regional para reforçar a luta contra a corrupção⁷²³ na África

⁷²¹ OSISA. *Effectiveness of Anti-Corruption Agencies in Southern Africa* Angola, Botswana, DRC, Lesotho, Malawi, Mozambique, Namibia, South Africa, Swaziland, Zambia, Zimbabwe. Disponível em: <http://www.osisa.org/sites/default/files/publications/osisa_acc_text_29mar1130_web.pdf>. Acesso em 13 ago 17.

⁷²² Economic Community of West African States (ECOWAS) conta com 15 membros: Benim, Burkina Faso, Cabo Verde, Côté de Marrocos, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Níger, Nigéria, Senegal, Serra Leoa e Togo.

⁷²³ A primeira tentativa de colocar medidas anticorrupção na agenda política da África foi feito pelo ECOWAS através do *ECOWAS Protocol relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peacekeeping and Security* os artigos 48 e 49 do protocolo apelam aos Estados-membro da ECOWAS para que

Ocidental⁷²⁴. Assinado em 2001, ainda não entrou em vigor devido à falta de ratificações, já que apenas 8 países ratificaram e o Protocolo exige 9 ratificações, dificultando a luta coletiva contra a corrupção na região⁷²⁵.

O protocolo tem como objetivo (i) promover e fortalecer o desenvolvimento em cada um dos Estados-Parte de mecanismos efetivos para prevenir, reprimir e erradicar a corrupção; (ii) intensificar e revitalizar a cooperação entre os Estados-Parte, com vistas a tornar as medidas anticorrupção mais efetivas; (iii) promover a harmonização e coordenação das leis e políticas nacionais de combate à corrupção. Verifica-se que não há menção nos objetivos acerca da punição para os atos corruptos como ocorre no Protocolo da SADC, o que não desabona o Protocolo em termo de sanção, uma vez que o Protocolo da ECOWAS mostra-se mais abrangente no todo, abarcando todos os atos de corrupção cometidos ou que produzam algum efeito em um Estado-Parte (art. 3º, 1).

O Protocolo exige a criminalização de uma ampla gama de infrações, incluindo tráfico de influência e enriquecimento ilícito no seu Artigo 6. Além disso, inclui infrações relacionadas tanto com a corrupção do setor público quanto com a corrupção do setor privado (private to private). Também exige a responsabilidade das pessoas jurídicas, o Artigo 11 prevê expressamente a responsabilidade das pessoas jurídicas pela participação em infrações estabelecidas no Protocolo. Sob reserva dos princípios legais do Estado-Parte, a responsabilidade das pessoas jurídica pode ser penal, civil ou administrativa.

A corrupção transnacional e a possibilidade de punir atos corruptos cometidos no exterior ficou estabelecida no Artigo 12, uma vez que cada Estado-Parte deve proibir e punir o ato de oferecer ou dar a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente, qualquer objeto de valor patrimonial, como presentes, promessas ou favores, para compensar o funcionário público por um ato ou omissão no exercício de suas funções oficiais. Obriga, ainda, que os Estados-Parte que tenham promulgado leis que façam corrupção transnacional como delito, para efeitos do presente Protocolo, a considerar tal ato como um ato de corrupção, enquanto os Estados-Parte que não aprovaram tais leis devem fornecer a assistência e a cooperação necessárias estabelecidas no protocolo.

erradiquem a corrupção e adotem medidas para combater a lavagem de dinheiro e promovam a transparência, a prestação de contas e a boa governança nos seus territórios.

⁷²⁴ ECOWAS. Economic Community of West African States Protocol on the Fight against Corruption. Disponível em: <https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/406/ECOWAS_Protocol_on_Corruption.pdf>. Acesso em: 13 ago 17.

⁷²⁵ The point for Freedom and Democracy. Corruption biggest challenge to development: UN Rep. Notícia de terça-feira, 08 ago 17. Disponível em: <<http://thepoint.gm/africa/gambia/article/corruption-biggest-challenge-to-development-un-rep>>. Acesso em 14 ago 17.

4.1.1.4.7 Convenção sobre a Prevenção e Combate à Corrupção da União Africana

A negociação subsequente aos protocolos de nível sub-regional, que culminou na assinatura da Convenção sobre a Prevenção e Combate à Corrupção da União Africana⁷²⁶, no ano de 2003, e entrada em vigor em 2005⁷²⁷, implicou na cristalização das prioridades e padrões comuns da África no que se refere ao combate à corrupção e provoca um aumento potencial do grau de harmonização acerca do tema em toda a região.

A Convenção de nível regional africana chama os Estados-membro a estabelecerem ou considerarem em suas legislações internas a existência de determinadas infrações criminais no que se refere às condutas corruptas. Especificamente, suborno de funcionários públicos nacionais; suborno de funcionários públicos estrangeiros; suborno de diretores no setor privado; enriquecimento ilícito do funcionário público; fraude, apropriação indébita ou outro desvio usando a função pública que lhe foi confiada; fraude por pessoas que trabalham em entidades do setor privado; tráfico de influência; e abuso de poder.

Além da tipificação das condutas criminais descritas acima, são associados a elas: a lavagem de dinheiro decorrente de atos de corrupção – parte importante do esquema de corrupção; ocultação de fundos decorrente de atos de corrupção; auxílio ou facilitação à corrupção; obstrução à justiça.

A convenção da UA possui extensas provisões sobre medidas preventivas nos setores público e privado, incluindo a necessidade de declarações de bens e o estabelecimento de códigos de conduta. Também incluiu os requisitos de acesso à informação, proteção de denunciadores, normas de compras, normas contábeis, transparência no financiamento de partidos políticos e participação da sociedade civil. Isso exige que os Estados-Parte estabeleçam, mantenham e fortaleçam autoridades anticorrupção nacionais e independentes.

O dispositivo do artigo 5 (2) define que os Estados-membros devem reforçar a nível nacional o controle para garantir que uma TNC uma vez estabelecida no respectivo território do Estado-membro esteja submetida a legislação em vigor. Já o artigo 11 (2) encoraja ações anticorrupção por parte do setor privado.

⁷²⁶ UA. African Union Convention on Preventing and Combating Corruption. Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/treaties/7786-file-african_union_convention_preventing_combating_corruption.pdf> . Acesso em 14 ago 17.

⁷²⁷ UA. Total de países da UA: 55; assinaturas: 49; ratificações: 37; depósitos: 37. Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/treaties/7786-sl-african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_9.pdf> . Acesso em 14 ago 17.

Todavia, não há menção expressa à responsabilização de pessoas jurídicas e o estabelecimento da possibilidade de punição para a corrupção transnacional.

4.1.1.4.8 Convenção Árabe Anticorrupção

A Liga dos Estados Árabes aprovou o primeiro instrumento oficial anticorrupção panárabe no dia 21 de dezembro de 2010. A Convenção Árabe Anticorrupção (*Arab Anti-Corruption Convention*⁷²⁸) foi assinada por 21 países árabes (com exceção da Somália).

A convenção baseia-se nos princípios religiosos e morais das religiões monoteístas, incluindo os consagrados na sharia islâmica, nos objetivos da Carta da Liga dos Estados Árabes⁷²⁹ e da Carta das Nações Unidas, bem como nos tratados árabes, regionais e internacionais nos campos da cooperação judiciária e de segurança, para prevenir e combater a criminalidade relacionada à corrupção.

A convenção prevê que os Estados adotem medidas para criminalizar a corrupção a funcionário público; suborno em empresas do setor público, sociedades anônimas, associações e instituições de natureza de interesse público; suborno no setor privado; suborno de funcionários públicos estrangeiros e funcionários de organizações internacionais públicas em conexão com o comércio internacional dentro de um Estado-membro; abuso de poder público; enriquecimento ilícito; lavagem de dinheiro; obstrução da justiça; apropriação indevida dos bens das sociedades anônimas, das associações privadas de interesse público e do setor privado, entre outras (art. 4º).

Os Estados-membro devem também adotar de forma mandatária as medidas necessárias para a responsabilização da pessoa jurídica penal, civil, ou administrativamente, de acordo com sua legislação nacional, sem prejuízo da responsabilidade criminal das pessoas físicas (art. 5º).

Há, ainda, menção às medidas de prevenção e luta contra a corrupção (art. 10), com destaque para envidar esforços para adotar legislação concernente à manutenção de registros

⁷²⁸ Disponível em: < <https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/Arab-Convention-Against-Corruption.pdf> > . Acesso em 19 ago 17.

⁷²⁹ São Estados da Liga Árabe: os países-membros originais eram Líbano, Egito, Iraque, Síria, Emirado da Transjordânia (atual Jordânia), Arábia Saudita, Iêmen e representantes dos árabes palestinos. Posteriormente juntaram-se Sudão, Líbia, Tunísia, Marrocos, Kuwait, Argélia, Iêmen do Sul, Bahrein, Qatar, Omã, Emirados Árabes Unidos, Mauritânia, Somália, e Djibuti. Em Janeiro de 2003 a Eritreia aderiu à Liga Árabe na qualidade de observador.

(*record-keeping*) e criação de códigos de conduta para a execução correta, honrosa e segura do cargo público; a criação de mecanismos que possibilitem a denúncia de atos de corrupção e proteção dos denunciantes. Com o objetivo de prevenir a corrupção no setor privado, deve-se tomar as medidas necessárias, de acordo com a legislação e regulamentação nacional que regem a manutenção de registros, divulgação de informações financeiras, normas de auditoria e revisão de contas, para evitar o uso de caixa dois, a fraude nas despesas (*fabricated expenditure*); o uso de documentos falsificados; a destruição deliberada de documentos contábeis antes do lapso do tempo permitido na lei.

O preâmbulo da Convenção Árabe afirma que a luta contra a corrupção não está restrita a atuação das autoridades oficiais, mas também engloba, necessariamente, as pessoas e a sociedade civil, cujo papel a desempenhar é crucial para o sucesso do esforço anticorrupção. São encorajadas ações por parte da sociedade civil (art. 11) no sentido de sensibilizar a sociedade para a luta contra a corrupção, as causas e a sua gravidade, bem como a ameaça que representa para os interesses da sociedade em geral; a realização de campanhas na mídia contra a corrupção, bem como programas de conscientização, incluindo a inserção nos currículos escolares e universitários.

4.1.2 Principais Fontes Internacionais Não-Convencionais

4.1.2.1 Normas do World Bank

O Banco Mundial⁷³⁰, organismo internacional que concede empréstimos às nações, para fins diversos, também condiciona a concessão de valores ao compromisso dos Estados no combate à corrupção, uma vez que *práticas corruptas claramente interferem no uso eficiente dos recursos, influenciando negativamente as atividades da organização*⁷³¹.

Desde o ano de 1996, o Banco Mundial se utiliza do *Guia de Aquisições* e do *Guia dos Consultores* para aplicar sanções às empresas e pessoas que cometem atos fraudulentos ou

⁷³⁰ O World Bank Group consistente de 5 organizações distintas mas complementares: (1) International Bank for Reconstruction and Development (IBRD); (2) International Development Association (IDA); (3) International Finance Corporation (IFC); (4) Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA); (5) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

⁷³¹ VAZ, Luciano Ferreira. Op. Cit. p. 154

corruptos no contexto da aquisição de bens e serviços, da seleção de consultores ou da execução de qualquer contrato resultante de recursos do banco⁷³².

A partir do ano de 2006, o Banco Mundial iniciou uma série de reformas com a finalidade de uniformizar o padrão ético exigido pelo Banco. Tais reformas deram origem a Diretrizes para os Estados Mutuários acerca da Prevenção e Combate à Corrupção (*Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption*) em projetos por ele financiados. Esse esforço foi dado a partir da verificação de que o desvio de fundos de projetos de desenvolvimento mediante fraude, corrupção, conluio e coerção ou obstrução debilitavam a capacidade dos agentes governamentais, dos doadores e do próprio banco no que se refere às suas metas de redução da pobreza, atração de investimentos e incentivo à boa governança⁷³³.

Com fundamento no slogan “*Governance & Anti-Corruption is everyone's business*”⁷³⁴, o Banco Mundial pode aplicar sanções à empresas e pessoas quando constatado terem elas perpetrado fraude e corrupção no contexto da aquisição de bens e serviços, da seleção de consultores ou na execução de qualquer contrato no âmbito dos empréstimos feitos pelo

⁷³² Desde 1999, mais de 330 firmas e indivíduos sofreram sanções do Banco Mundial por prática de fraude e corrupção em projetos por ele financiados. BANCO MUNDIAL. *Folheto de Diretrizes do Banco Mundial sobre Prevenção e Combate à Corrupção em Projetos financiados com empréstimos do BIRD e Créditos e Doações da IDA (Diretrizes Anticorrupção)*. p. 1-3. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/AntiCorruptionGuide_BrazilianPortugues e.pdf>. Acesso em 10 jul. 2017.

⁷³³ BANCO MUNDIAL. *Folheto de Diretrizes do Banco Mundial sobre Prevenção e Combate à Corrupção em Projetos financiados com empréstimos do BIRD e Créditos e Doações da IDA (Diretrizes Anticorrupção)*. p. 1-3. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/AntiCorruptionGuide_BrazilianPortugues e.pdf>. Acesso em 10 jul. 2017.

⁷³⁴ BANCO MUNDIAL. “*Governança e Anti-Corrupção é assunto de todos*”. Frase declarada pelo Presidente do Banco Mundial, Robert Zoellick, em 06 de dezembro de 2007. Fonte: <<http://info.worldbank.org/etools/antic/index.asp>>

Banco⁷³⁵⁻⁷³⁶⁻⁷³⁷. As sanções são direcionadas apenas para empresas privadas, não havendo punições para membros do governo estatal e demais funcionários públicos⁷³⁸.

4.1.2.2 Recomendações da OCDE

Em 1975, o Comitê para Investimentos Internacionais e Empreendimentos Multinacionais foi instituído com vistas a avaliar a possibilidade de estabelecer códigos de conduta para TNCs^{739/740}.

Em um primeiro momento, a OCDE buscava proteger os investidores das expropriações realizadas pelos países hospedeiros⁷⁴¹. Isso justifica o fato dessa organização fazer uso de um conceito mais amplo no que se refere às multinacionais, conforme verificamos em capítulo anterior⁷⁴².

⁷³⁵ BANCO MUNDIAL. *Folheto de Diretrizes do Banco Mundial sobre Prevenção e Combate à Corrupção em Projetos financiados com empréstimos do BIRD e Créditos e Doações da IDA (Diretrizes Anticorrupção)*. p. 3. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/AntiCorruptionGuide_BrazilianPortuguese.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷³⁶ Para acessar mais informações acerca das sanções verificar: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/0,,contentMDK:21254834~pagePK:41367~piPK:51533~theSitePK:40941,00.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷³⁷ Outros bancos multilaterais de desenvolvimento, a exemplo do Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento; o Banco Asiático de Desenvolvimento; o Banco Interamericano de Desenvolvimento adotam procedimentos similares ao Banco Mundial. E em 2010, diversas instituições assinaram um acordo denominado “sistema de reconhecimento mútuo de decisões de suspensão”, como forma de cooperação e mecanismo de impedimento para que uma empresa considerada corrupta possa se utilizar de recursos internacionais pleiteados junto a outro banco de desenvolvimento. VAZ, Luciano. Op. Cit. p. 155

⁷³⁸ DEMING, Stuart H. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*. Chicago: ABA Publishing. 2010, p. 348 Apud VAZ, Luciano. Op. Cit. p. 155

⁷³⁹ Dentre outros motivos, os países desenvolvidos buscaram a OCDE para o projeto de código de conduta das TNCs, mas também para contrabalancear a onda de nacionalizações das transnacionais pelos países em desenvolvimento. MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the law*, 2 ed., Oxford: Oxford, 2007, nota 378, p. 659

⁷⁴⁰ SALZMAN, J. 2005. *Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development. Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3 & 4, p. 189. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=lcp>. Último acesso em: 10 jul. 2017. Apud FEENEY, Patricia. Op. Cit. p. 176.

⁷⁴¹ SALZMAN, J. Op. Cit. p. 189. Apud FEENEY, Patricia. Op. Cit. p. 176

⁷⁴² A definição de multinacionais para o OECD é: *usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may coordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, state or mixed.*

Nesse diapasão, surgiram, em 1976, as Diretrizes da OCDE para Empreendimentos Multinacionais como parte da “*Declaração e Decisões sobre Investimento Internacional e Empreendimentos Multinacionais*”. Como anexos à Declaração, (i) as *Recomendações para as Empresas Multinacionais* (Recomendações), (ii) o Instrumento de Tratamento Nacional, (iii) o Instrumento sobre Requerimentos Conflitantes e (iv) o Instrumento sobre Incentivos e Desincentivos ao Investimento Internacional, os quais em conjunto formam o mais completo sistema de regulamentação entre sociedades e Estados hospedeiros estabelecido por uma organização internacional⁷⁴³⁷⁴⁴.

Para fins de normas anticorrupção, dentre esses instrumentos, o destaque maior se dá em relação às Recomendações, que são consideradas uma espécie de Código de Conduta com natureza jurídica de *soft-law*, com um capítulo (VII) dedicado ao combate à corrupção nas TNCs⁷⁴⁵.

A OCDE define as Recomendações como sendo endereçadas pelos governos às multinacionais. O seu objetivo é assegurar que as operações das multinacionais estejam em harmonia com a lei interna dos países em que atuam, reforçando as bases mútuas de confiança, bem como melhorando o nível de investimento estrangeiro e garantindo o desenvolvimento sustentável por meio da atuação das MNE. Além disso, as Recomendações são uma fonte de princípios voluntários, mas que, se aderidos pelos países, passam a ter natureza mandamental.

The Guidelines provide voluntary principles and standards for responsible business conduct consistent with applicable laws and internationally recognized standards. However, the countries adhering to the Guidelines make a binding commitment to implement them in accordance with the Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Furthermore, matters covered by the Guidelines may also be the subject of national law and international commitments⁷⁴⁶.

⁷⁴³ ALMEIDA, Betyna. Op. Cit., p 36-37, Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 56

⁷⁴⁴ Revisões em 1979, 1982, 1984, 1991, 2000 e 2011.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 56-57

⁷⁴⁶ OCDE. *Guidelines for Multinational Enterprises: Recommendations for Responsible Business Conduct in a Global Context*. Disponível em: <
<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=241&Lang=en&Book=False>>.
Acesso em: 10 jul. 2017.

A primeira diretriz constante nas Recomendações, relacionada ao tema da corrupção nas transnacionais, é a obediência às leis domésticas (*compliance*). Nesse sentido, as Recomendações não são um substituto para as leis domésticas, e muito menos devem ser consideradas para tanto⁷⁴⁷. Da mesma forma, elas não têm por objetivo introduzir diferenças de tratamento entre empresas multinacionais e nacionais, mas sim de inserir práticas de boa governança para todas as empresas⁷⁴⁸.

Nesse sentido, as Recomendações deixam claro que entre os objetivos das TNCs estão: “*Support and uphold good corporate governance principles and develop and apply good corporate governance practices, including throughout enterprise groups*”⁷⁴⁹.

A partir dos anos 90, ante as muitas denúncias de violação de Direitos Humanos pelas TNCs, houve uma nova demanda por padrões globais que pudessem ser estabelecidos, por meio de um parâmetro comum, para a conduta das TNCs, em relação a esta classe de direitos⁷⁵⁰.

Disso, culminou, em 1998, no abandono dos planos dos Estados membros da OCDE em adotar um Acordo Multilateral sobre Investimento, e o início de uma revisão ampla das Recomendações da OCDE para Empreendimentos Multinacionais, que contou, pela primeira vez, com a participação de ONGs⁷⁵¹, o que já reflete uma postura mais adequada diante da Novíssima Ordem Internacional.

Esse novo texto veio a público em junho de 2000 com menção expressa à necessidade de respeito à Declaração Universal de Direitos Humanos. Além disso, foram estipulados novos mecanismos de implementação destas Recomendações para incluir a possibilidade de apresentação de denúncias por abusos empresariais aos países de origem destas empresas, inclusive em relação a fatos ocorridos fora do território dos países pertencentes à OECD por parte das ONGs e outros agentes⁷⁵².

Há, ainda, disposição especial acerca do combate ao pagamento de suborno, extorsão e outras formas de corrupção, além da obrigação de manutenção de registros contábeis corretos.

⁷⁴⁷ OCDE. GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES. Concepts and Principles, 2. Disponível em: < <http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁴⁸ OCDE. GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES. Concepts and Principles, 5. Disponível em: < <http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁴⁹ Ibidem

⁷⁵⁰ FEENEY, Patricia. A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy. *SUR - revista internacional de direitos Humanos*. v. 6, n. 11, dez. 2009, pp. 175-191. p. 179

⁷⁵¹ Ibidem.

⁷⁵² FEENEY, Patricia. Op.cit. p. 179.

A OCDE destaca o papel fundamental das TNCs no combate à corrupção através de práticas de boa governança⁷⁵³. Essa organização lançou a *2009 Anti-Bribery Recommendation*, constante no Anexo II da *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*, que visa desenvolver e adotar adequados controles internos, programas de ética e conformidade com regras, medidas de prevenção e detecção de suborno ocorridos em terras estrangeiras⁷⁵⁴.

Foi a partir da ratificação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico da OCDE e da adesão às Recomendações que países como a França deixaram de permitir que as suas transnacionais deduzissem “*despesas com corrupção*” realizadas em países estrangeiros em suas demonstrações contábeis para fins de impostos devidos⁷⁵⁵ (Recomendação 7 da OCDE).

Por fim, vale destacar que o programa de monitoramento contínuo de implementação da convenção anticorrupção da OCDE abarca também o monitoramento das suas Recomendações.

4.1.2.3 Esforço das Nações Unidas

Durante Fórum Econômico Mundial, ocorrido em janeiro de 1999, na cidade de Davos, o secretário-geral das Nações Unidas, Kofi A. Annan, desafiou os líderes empresariais do mundo a “apoiar e adotar” o *Global Compact – Pacto Global* –, tanto em suas práticas corporativas individuais, quanto no apoio a políticas públicas apropriadas⁷⁵⁶.

O Pacto Global da Organização das Nações Unidas é uma iniciativa planejada para empresas comprometidas em alinhar suas operações e estratégias com os dez princípios

⁷⁵³ OCDE. GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES. Concepts and Principles, 2. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 48.

⁷⁵⁴ OCDE. GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES. Concepts and Principles, 2. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. P 48-49

⁷⁵⁵ G1. Alstom é investigada por suspeita de corrupção envolvendo metrô de SP. 06 Mai 08. Disponível em:<http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL454662-9356,00.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁵⁶ INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>> Acesso em: 25 mai 2017.

universalmente aceitos nas áreas de Direitos Humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção⁷⁵⁷.

Essa iniciativa considera que as TNCs são os principais agentes da globalização, e podem ajudar a garantir que organizações de mercado, comércio, tecnologia e finanças progridam de maneira a beneficiar as economias e sociedades em todos os lugares⁷⁵⁸.

Foi no ano 2000 que o Secretariado Geral da ONU lançou o chamado Pacto Global. O mencionado diploma abarca dez princípios internacionalmente validados nas áreas de Direitos Humanos, meio ambiente, relações de trabalho e combate à corrupção, com o objetivo de que a comunidade empresarial firme um compromisso para a adoção desses valores fundamentais em suas práticas de negócio⁷⁵⁹.

O 10º princípio trata do combate à corrupção (“*Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery*”). Ele foi incluído durante a *UN Global Compact Leaders Summit*, ocorrida em 24 de junho de 2004, e resultou da concepção mundial de que o setor privado partilha responsabilidade no que se refere aos desafios da eliminação da corrupção⁷⁶⁰.

Trata-se, portanto, da maior iniciativa de responsabilidade corporativa voluntária do mundo, com mais de 8.700 empresas participantes e partes interessadas – *stakeholders*⁷⁶¹ – em mais de 140 países⁷⁶².

O Pacto Global tem os seguintes objetivos:

- (i) integrar os dez princípios nas atividades empresariais ao redor do mundo;

⁷⁵⁷ ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/portuguese/index.html>>. Acesso em: 15 mai 2017.

⁷⁵⁸ Ibidem.

⁷⁵⁹ Ibidem.

⁷⁶⁰ ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/portuguese/index.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁷⁶¹ O termo “stakeholder” inclui acionistas, outros proprietários, trabalhadores e seus representantes, bem como qualquer outro indivíduo ou grupo que é afetado pelas atividades das corporações transnacionais e outras empresas privadas. A “parte interessada” deve ser interpretada funcionalmente à luz dos objetivos dessas Normas e incluem os interessados indiretos quando os seus interesses sejam ou venham a ser substancialmente afetados pelas atividades da corporação transnacional ou empresa. Além das partes diretamente afetadas pelas atividades das empresas comerciais, as partes interessadas podem incluir partes que são indiretamente afetados pelas atividades das corporações transnacionais e outras empresas de negócios, tais como grupos de consumidores, clientes, governos, comunidades vizinhas, povos e comunidades indígenas, governamentais e sem organizações, instituições financeiras públicas e privadas, fornecedores, associações comerciais, entre outros. Definição conforme as Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados da ONU. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/links/norms-Aug2003.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁷⁶² ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em: <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/portuguese/index.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

(ii) catalisar ações em apoio aos mais amplos objetivos de desenvolvimento da ONU, incluindo, por exemplo, as Metas de Desenvolvimento do Milênio⁷⁶³⁷⁶⁴.

Internal: As a first and basic step, introduce anti-corruption policies and programs within their organizations and their business operations;

External: Report on the work against corruption in the annual Communication on Progress; and share experiences and best practices through the submission of examples and case stories;

Collective: Join forces with industry peers and with other stakeholders⁷⁶⁵.

Verifica-se, portanto, que o Pacto Global não é um instrumento regulatório, um código de conduta legalmente obrigatório ou um fórum para policiar as políticas e práticas gerenciais. Todavia, as empresas participantes devem demonstrar seu real envolvimento e seus resultados. Na verdade, é uma iniciativa voluntária que busca fornecer um arcabouço global para a

⁷⁶³ PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são (1) acabar com a extrema pobreza e a fome; (2) atingir o ensino básico universal; (3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; (4) reduzir a mortalidade na infância; (5) melhorar a saúde materna; (6) combater o HIV, malária e outras doenças que matam milhões; (7) garantir a sustentabilidade ambiental; (8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. São, portanto, oito objetivos da ONU apresentados na Declaração do Milênio, e que se pretendiam alcançar até 2015. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) surgem da Declaração do Milênio das Nações Unidas, adotada pelos 191 estados membros no dia 8 de setembro de 2000. Criada em um esforço para sintetizar acordos internacionais alcançados em várias cúpulas mundiais ao longo dos anos 90 (sobre meio-ambiente e desenvolvimento, direitos das mulheres, desenvolvimento social, racismo, etc.), a Declaração trouxe uma série de compromissos concretos que, se cumpridos nos prazos fixados, segundo os indicadores quantitativos que os acompanham, deverão melhorar o destino da humanidade neste século. Concretas e mensuráveis, os 8 Objetivos – com suas 22 metas (24 no Brasil) e 48 indicadores – podem ser acompanhadas por todos em cada país; os avanços podem ser comparados e avaliados em escalas nacional, regional e global; e os resultados podem ser cobrados pelos povos de seus representantes, sendo que ambos devem colaborar para alcançar os compromissos assumidos em 2000. Também servem de exemplo e alavanca para a elaboração de formas complementares, mais amplas e até sistêmicas, para a busca de soluções adaptadas às condições e potencialidades de cada sociedade. Entre 2000 e 2015, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) forneceram uma importante estrutura para o desenvolvimento e obtiveram sucesso em diversas áreas, tais como a redução da pobreza e a melhoria da saúde e da educação nos países em desenvolvimento. UN GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://sdgcompass.org/wp-content/uploads/2016/04/SDG_Compass_Portuguese.pdf>. Acessado em 19 set 17.

⁷⁶⁴ Em setembro de 2015, todos os 193 Estados-Membros das Nações Unidas adotaram um novo plano para alcançar um futuro melhor para todos. Metas para os próximos 15 anos para acabar com a pobreza extrema, lutar contra a desigualdade e a injustiça, e proteger o planeta. No coração da “Agenda 2030” são os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (DPSs). Os novos objetivos de desenvolvimento sustentável são: (1) erradicação da pobreza; (2) fome zero e agricultura sustentável; (3) saúde e bem estar; (4) educação de qualidade; (5) igualdade de gênero; (6) água potável e saneamento; (7) energia limpa e acessível; (8) trabalho decente e crescimento econômico; (9) indústria, inovação e infraestrutura; (10) redução das desigualdades; (11) cidades e comunidades sustentáveis; (12) consumo e produção responsáveis; (13) ação contra a mudança global do clima; (14) vida na água; (15) vida terrestre; (16) paz, justiça e instituições eficazes; (17) parcerias e meios de implementação. UN GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://sdgcompass.org/wp-content/uploads/2016/04/SDG_Compass_Portuguese.pdf>. Acessado em 19 set 17.

⁷⁶⁵ ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em:

<<http://www.unglobalcompact.org/aboutthegc/thetenprinciples/principle10.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

promoção do crescimento sustentável e da cidadania, através de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras⁷⁶⁶.

A Subcomissão da ONU sobre a Promoção e Proteção de Direitos Humanos⁷⁶⁷, sob a influência de demandas cada vez mais fortes no sentido de limitar práticas corporativas abusivas por parte das TNCs, elaborou um projeto internacional, fulcrado em normas de Direitos Humanos, com o objetivo de consolidar a responsabilidade das TNCs no que se refere ao tema⁷⁶⁸.

Nesse sentido, em 2003, após quatro anos de debates e consultas, a Subcomissão aprovou as “*Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*” (Normas).

Com efeito, as corporações transnacionais e outras empresas devem reconhecer e respeitar as normas aplicáveis do Direito Internacional, leis e regulamentos nacionais, bem como práticas administrativas, o Estado de Direito, o interesse público, os objetivos de desenvolvimento, políticas sociais, econômicas e culturais, incluindo transparência, responsabilidade e proibição de corrupção, bem como a autoridade dos países em que as empresas operam.

No item “E” das Normas é tratado o respeito à soberania nacional e Direitos Humanos, com menção ao tema da corrupção, pois, segundo as Normas, as TNCs e outras empresas devem reconhecer e respeitar as normas e práticas administrativas, incluindo transparência, responsabilidade e proibição de corrupção⁷⁶⁹. Não poderão se beneficiar, oferecer, prometer, dar, aceitar, perdoar, ou exigir suborno ou outra vantagem indevida.

UNODC, em parceria com o Banco Mundial, estabeleceu em 2007 o *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR). StAR cujo foco é acabar com paraísos fiscais para fundos corruptos através de compromissos nacionais, desenvolvimento de conhecimento, contribuições políticas, parcerias e comunicações. Na Cúpula Anti-Corrupção do Reino Unido, realizada em maio de 2016, foi reafirmada a importância crucial da recuperação de ativos⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁷⁶⁷ A Subcomissão da ONU sobre a Promoção e Proteção de Direitos Humanos é um órgão consultivo formado por especialistas e ligado à antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (substituída posteriormente pelo Conselho de Direitos Humanos)

⁷⁶⁸ ONU. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/links/norms-Aug2003.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁷⁶⁹ ONU. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/links/norms-Aug2003.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁷⁷⁰ IMF Policy Paper The role of the Fund in governance issues – review of the guidance note – preliminary considerations – background notes. A Staff Supplement. August 2017.

4.1.2.4 O Papel do Fundo Monetário Internacional - FMI

O FMI⁷⁷¹ define corrupção como sendo “*abuse of public office for private gain*”. O organismo busca auxiliar os Estados no enfrentamento à corrupção, bem como está ciente de que os atores privados transnacionais influenciam os funcionários públicos para cometer atos de corrupção⁷⁷².

O engajamento do organismo na luta contra a corrupção está no fato de que existe um crescente consenso entre os seus membros de que a corrupção é uma questão macrocrítica em muitos países⁷⁷³. Seu mandato está limitado à governança em seus aspectos econômicos⁷⁷⁴, que é o uso de instituições econômicas para orientar o comportamento econômico com a finalidade de atingir os objetivos sociais e econômicos de um país⁷⁷⁵.

Em 1997, o Fundo adotou uma política de governança que fornece orientação em circunstâncias em que as questões de governança, incluindo a corrupção, são julgadas como tendo um impacto macroeconômico significativo⁷⁷⁶.

O FMI atua na promoção da boa governança em duas áreas principais: i) gestão dos recursos públicos através de reformas que abrangem as instituições do setor público; e ii) o desenvolvimento e manutenção de um ambiente econômico e regulatório transparente e estável,

⁷⁷¹ O FMI foi concebido na conferência da ONU em Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, em julho de 1944. Os 44 países dessa conferência procuraram construir um quadro de cooperação econômica para evitar a repetição de desvalorizações concorrenciais que contribuíram para a Grande Depressão da década de 1930. O principal objetivo do FMI é assegurar a estabilidade do sistema monetário internacional - o sistema de taxas de câmbio e os pagamentos internacionais que permitem aos países (e seus cidadãos) negociar uns com os outros. O mandato do Fundo foi atualizado em 2012 para incluir todas as questões do setor macroeconômico e financeiro que influenciam a estabilidade global. IMF. Disponível em: <<http://www.imf.org/en/About>> Acessado em 19 set 17.

⁷⁷² IMF. Christine Lagarde, IMF Managing Director. Brookings Institution, Washington, DC, September 18, 2017. Disponível em: <<http://www.imf.org/en/news/articles/2017/09/18/sp091817-addressing-corruption-with-clarity>> Acessado em 19 set 17.

⁷⁷³ Ibidem.

⁷⁷⁴ Esses aspectos econômicos da boa governança incluem eficiência administrativa e eficácia da política. Eles também podem, no entanto, incluir justiça e equidade, uma vez que graves deficiências na justiça quando da implementação de um regime de governança pode ter um impacto corrosivo sobre a confiança e o cumprimento de instituições, leis e políticas em detrimento dos objetivos econômicos no médio a longo prazos. IMF. IMF Policy Paper The role of the Fund in governance issues – review of the guidance note – preliminary considerations – background notes. A Staff Supplement. August 2017.

⁷⁷⁵ IMF. Staff Guidance Note 1997, para. 5: “*The Fund is primarily concerned with macroeconomic stability, external viability, and orderly economic growth in member countries. Therefore, the Fund’s involvement in governance should be limited to economic aspects of governance.*”

⁷⁷⁶ LAGARDE. Christine. 13 - Christine Lagarde: Addressing corruption – openly. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/against-corruption-a-collection-of-essays/against-corruption-a-collection-of-essays#christine-lagarde-addressing-corruption--openly>> Acessado em 19 set 17.

propício às atividades do setor privado. Várias iniciativas envolvem uma estreita colaboração com o Banco Mundial e outras organizações⁷⁷⁷.

Em especial para países ricos em recursos naturais, o Fundo emitiu seu *Guide on Resource Revenue Transparency*. O *Topical Trust Fund*, lançado em 2011, permitiu ao FMI aumentar consideravelmente a assistência técnica na gestão da riqueza de recursos naturais.

5.1.2.5 O Grupo de Trabalho Anticorrupção do G-20

A redução da corrupção continua sendo uma prioridade para o G-20⁷⁷⁸, uma vez que a corrupção é um grave impedimento para o crescimento econômico e um desafio significativo para os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Como principais nações comerciais, os membros do G-20 tem uma responsabilidade especial para prevenir e enfrentar a corrupção, estabelecer estruturas legais e políticas que promovam um ambiente comercial limpo de corrupção⁷⁷⁹.

Desde o ano de 2010, o Grupo de Trabalho Anticorrupção do G-20 (ACWG) se orienta por meio de planos bianuais. Até o momento, o G-20 emitiu os seguintes princípios acerca do tema: *Denial of Safe Haven* (2012), *Asset Disclosure by Public Officials* (2012), *Combatting Solicitation* (2013), *Mutual Legal Assistance* (2013), *Enforcement of the Foreign Bribery Offence* (2013), *Beneficial Ownership Transparency* (2014), *Corruption and Growth* (2014), *Private Sector Transparency and Integrity* (2015), *Open Data* (2015), *Integrity in Public Procurement* (2015), e *Cooperation on Persons Sought for Corruption and Asset Recovery* (2016)⁷⁸⁰.

O plano de trabalho Anticorrupção do G-20 para o biênio 2017–2018 concentre-se especificamente nas seguintes áreas: (i) Cooperação prática; (ii) Beneficial Ownership; (iii) Integridade e transparência do setor privado; (iv) Suborno; (v) Integridade e transparência do

⁷⁷⁷ IMF. Disponível em: < <http://www.imf.org/en/About/Factsheets/The-IMF-and-Good-Governance> > Acessado em 19 set 17.

⁷⁷⁸ Grupo dos vinte, criado em 1999, o Grupo dos 20 (G20) é um fórum que reúne os principais países industrializados e emergentes do planeta.. Fórum informal que promove debate aberto e construtivo

⁷⁷⁹ IMF Policy Paper The role of the Fund in governance issues – review of the guidance note – preliminary considerations – background notes. A Staff Supplement. August 2017.

⁷⁸⁰ IMF Policy Paper The role of the Fund in governance issues – review of the guidance note – preliminary considerations – background notes. A Staff Supplement. August 2017.

setor público; (vi) setores vulneráveis; (vii) Organizações internacionais; e (viii) Capacitação⁷⁸¹.

4.1.2.6 Padrões Técnicos da International Standard Organization - ISO

A *International Standard Organization* é reconhecida como um ator de natureza híbrida dentro do sistema de governança global⁷⁸², a ISO⁷⁸³ fornece padronização tanto para órgãos governamentais como privados a nível doméstico⁷⁸⁴.

A finalidade da ISO é adotar padrões técnicos globais em todos os campos à exceção da engenharia eletrônica e da telecomunicação. A jurisdição da ISO está se expandindo e, com o tempo, adotou padrões relacionados à proteção ambiental (ISO 14000) e responsabilidade social corporativa (a série ISO 26000, lançada em 2010) e o sistema de gerenciamento anticorrupção (ISO 37001, lançado em outubro de 2016)⁷⁸⁵⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ Ibidem

⁷⁸² Trata-se de uma federação de organismos nacionais de normatização que podem diferir consideravelmente em termos de estrutura. Enquanto algumas delas são agências governamentais (por exemplo, a Associação Francesa de Normalização “AFNOR”), outras são entidades privadas (como a British Standard Association, ou o US American National Standards Institute, uma organização privada composta por membros privados e funcionários das agências federais). Os membros podem candidatar-se à adesão plena ou à adesão correspondente, o que lhes confere o estatuto de observador durante as sessões dos Comitês Técnicos.

⁷⁸³ Somente os membros da ISO estão envolvidos na tomada de decisões e participam de todas as fases do processo de definição de normas (recebimento de rascunhos, comentários, votação para a adoção); Organizações não governamentais (ONGs), em contrapartida, só podem servir como organizações observadoras, tendo um estatuto que lhes permite observar e comentar o trabalho dos Comitês. N Roht-Arriaza, ‘Soft Law’ in a ‘Hybrid’ organization: The International Organization for Standardization’ in D Shelton (ed), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (OUP 2000), p. 265

⁷⁸⁴ A natureza híbrida, o modelo associativo e a natureza voluntária das normas adotadas tornam possível considerar a ISO um regime híbrido, ou mesmo um regime privado. Veja por exemplo: J Clapp, ‘The Privatization of Global Environmental Governance: ISO 14000 and the Developing World’ (1998) 4 *Global Governance* 295, 301 (ISO como tendo natureza híbrida); F Cafaggi, *The Architecture of Transnational Private Regulation* (EUI Working Paper 2011/12) 9 (ISO como regulador privado).

⁷⁸⁵ E Shamir-Borer, *The Evolution of Administrative Law-Type Principles, Mechanisms and Practices in the International Organization for Standardization (ISO)* (Paper NYU Global Hauser Colloquium 2006) p. 21

⁷⁸⁶ A edição da ISO 37001 no mês de outubro de 2016 tem como objetivo principal ajudar as empresas a implementar o que se chama de “sistemas de gerenciamento anti-propina” (anti-bribery management systems – “ABMS”), segundo um padrão que reflita as boas práticas internacionais (levando em conta as leis relevantes, incluindo a FCPA e UK Bribery Act) e pode ser aplicado em todas as jurisdições e organizações de todos os tamanhos e setores. As empresas podem buscar a certificação conforme sua conveniência junto à ISO se desejarem, mas nada impede que a certificação seja realizada por um organismo de certificação independente, que realizaria uma auditoria, em seguida, emita um certificado que verificasse o cumprimento da norma. A empresa pode então afirmar que seu ABMS é “certificado ISO 37001”, ou similar.

A ISO 37001:2016 é aplicável apenas ao suborno⁷⁸⁷⁷⁸⁸, estabelece requisitos e fornece orientações para um sistema de gestão concebido para ajudar uma empresa a prevenir, detectar e responder a/por/aos subornos e cumprir leis anti-suborno e compromissos voluntários aplicáveis às suas atividades⁷⁸⁹.

Trata-se de elaboração de padrões voluntários, cabendo aos Estados-membros decidir como implementá-los internamente. No entanto, o método de certificação torna as normas ISO eficazes e atraentes para as empresas privadas, independentemente da implementação nacional específica ou incorporação na lei estadual, as empresas podem decidir seguir⁷⁹⁰.

Dessa forma, a partir do momento em que as empresas comprem a ISO elas estão obrigadas a cumprir com os *standards*, bem como a implementá-los⁷⁹¹. Nesse sentido, as normas ISO têm uma importante função para o mercado, pois atuam como uma garantia de qualidade para os consumidores e varejistas.

4.1.2.7 O Protagonista da International Chamber of Commerce – ICC

Já em 1977 a Câmara Internacional de Comércio (ICC, *International Chamber of Commerce*)⁷⁹² confeccionou a *ICC Rules of Conduct and Recommendations for Combating Extortion and Bribery*. Seu principal objetivo é incentivar a auto-regulamentação por parte das

⁷⁸⁷ Suborno nos setores público, privado e sem fins lucrativos; Suborno através da empresa; Suborno por parte dos empregados da empresa agindo em nome da empresa ou em seu benefício; Suborno pelos associados da empresa agindo em nome da empresa ou em seu benefício; Suborno da empresa; Suborno do pessoal da organização em relação às atividades da empresa; Suborno dos sócios da empresa em relação às atividades da empresa; Suborno direto e indireto (por exemplo, um suborno oferecido ou aceito por ou por um terceiro).

⁷⁸⁸ Bribery pode ser definido como offering, promising, giving, accepting or soliciting of an undue advantage of any value (which could be financial or non-financial), directly or indirectly, and irrespective of location(s), in violation of applicable law, as an inducement or reward for a person acting or refraining from acting in relation to the performance (3.16) of that person's duties

⁷⁸⁹ISO. International Organization for Standardization. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=65034> . Acesso em: 21 jul. 2017.

⁷⁹⁰ FONTANELLI, Filippo. ISO and Codex Standards and International Trade Law: WHAT GETS SAID IS NOT WHAT'S HEARD. *International and Comparative Law Quarterly*. P. 900

⁷⁹¹ Ibidem. y. P. 904

⁷⁹² A ICC foi fundada em 1919. Hoje, ela agrupa centenas de milhares de empresas e associações de mais de 120 países. Comitês nacionais trabalham com os membros da ICC em seus países para abordar suas preocupações e transmitir aos seus governos os pontos de vista de negócios formulados pelo ICC. ICC trabalha em estreita colaboração com as Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio e fóruns intergovernamentais, incluindo o G20. ICC possui três atividades principais: formulação de regras, resolução de litígios, e advocacia política.

empresas no enfrentamento da questão de extorsão e suborno, e também para contribuir com o setor empresarial no que se refere às iniciativas internacionais no combater à corrupção⁷⁹³.

Com a finalidade de consolidar os progressos realizados pelo mundo dos negócios em sua prática corporativa, as Regras anticorrupção da ICC foram reescritas em 2011 e podem ser aplicadas por empresas de qualquer tamanho, sejam grandes, médias ou pequenas.

A ICC também confeccionou uma cláusula padrão anticorrupção no ano de 2012 (*ICC Anti-corruption Clause*), cuja intenção é alcançar um equilíbrio entre o interesse das partes para evitar corrupção e sua necessidade para garantir a consecução dos objetivos do contrato. A Cláusula baseia-se na doutrina da boa fé, na presunção de inocência, na boa cooperação entre as partes e na ideia de que muitas práticas ilícitas possam ser resolvidas sem acabar com a relação contratual⁷⁹⁴. Nesse sentido, segundo manual explicativo da cláusula padrão da ICC, a parte alegadamente descumpridora será autorizada a remediar a situação na medida do possível, com ações corretivas necessárias, incluindo realização de auditoria externa para verificação do incidente, emissão de avisos, reorganização do trabalho, rescisão de subcontratos ou contratos de trabalho com pessoas ou funcionários envolvidos em corrupção, correção do prejuízo econômico na outra parte por qualquer incumprimento comprovado, por exemplo, ajustando o valor do preço do contrato⁷⁹⁵.

A ICC também encoraja as partes a manterem um programa de *compliance* efetivo durante a vigência de um contrato, como forma de, durante esse período de tempo, criar uma atmosfera de confiança entre as partes⁷⁹⁶.

⁷⁹³ ICC. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-rules-of-conduct-and-recommendations-to-combat-extortion-and-bribery-2005-edition/>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁷⁹⁴ ICC. ICC Anti-corruption Clause. Disponível em: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2012/10/ICC-Anti-corruption-Clause.pdf>>. Acesso em 25 set. 2017.

⁷⁹⁵ Ibidem.

⁷⁹⁶ Ibidem.

4.1.2.8 Associações profissionais internacionais e a inserção de cláusulas anticorrupção nos contratos-tipo

A formulação de Contratos-Tipo permite maior eficiência e segurança jurídica ante a intensificação dos fluxos mercantis internacionais nas últimas décadas. Essa standardização de contratos já era observada há, pelo menos, um século⁷⁹⁷, especialmente em sociedades mercantis que atuavam em setores altamente concentrados, como o ferroviário⁷⁹⁸. Trata-se, portanto, do reconhecimento de regras já praticadas no comércio internacional que, mediante a sua positivação, estabilizam a matéria. Nessa dimensão, a estandardização contratual privada da *lex mercatoria*⁷⁹⁹.

Standards contratuais não se confundem com contratos de adesão. Nestes, uma das partes impõe um conjunto de cláusulas, limitando-se a vontade da outra parte a aderir àquele arranjo contratual⁸⁰⁰. Por outro lado, nas minutas-padrão há uma tentativa de equilíbrio dos múltiplos interesses das partes envolvidas naquele determinado setor ou indústria. O *standard*

⁷⁹⁷ Tradução livre do autor: “Esses documentos não são, em si próprios, uma novidade: um advogado típico da época vitoriana se deparava com a batalha de ajustar disposições contratuais simples com poderosas instituições, como as empresas ferroviárias.” Nesse sentido, o fenômeno de standardização de outrora assumia contornos distintos dos de hoje, antes, o processo fomentava-se pela tentativa de impor, não um padrão temático, mas o modelo de dada companhia. *Idem*. p. 21.

⁷⁹⁸ FURMSTON, Michael. *Law of Contracts*. p 21.

⁷⁹⁹ "In any democratic society, the freedom of the individual to contract has been deemed the supreme facet of freedom since the beginning of social intercourse. The extensive growth of commercial activities in the nineteenth and twentieth century's produced some abuse of this freedom, necessitating intervention by the State in the form of legislation to prevent monopoly and its harmful effects on society. This intervention, however, has not always been by way of legislation. In some cases, it has been initiated by specific groups of people interested in preserving the concept of fair play in a certain commercial activity. Others have done the same to prevent one-sided agreement in which the strong might impose their will on the weak. The result was the *standard forms of contract* consisting of a standardized set of conditions presented in an already printed form best suited for the particular use for which it was envisaged. In construction contracts, where the obligations and responsibilities of the contracting parties can be extremely complex but to a large extent remain unchanged from one project to another, the *standard forms* were developed by the relevant professional institutions in order to help make the contracts fair, just and equitable. This development was extremely suitable for the tendering system usually adopted in construction contracts as it ensured a common basis for the comparison and evaluation of tenders." BUNNI, Nael G. *Risk and Insurance in Complex Contracts*. p. 8.

⁸⁰⁰ Sobre a natureza do contrato de adesão, recorremos a Álvaro Villaça de Azevedo. "No contrato de adesão, há que se ressaltar, primeiramente, que as partes contratantes não discutem o conteúdo negocial, posto que uma organiza suas cláusulas e condições e a outra, sem qualquer possibilidade de alterá-las, concorda, aderindo a essas regras." AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 77. Dispõe Orlando Gomes, em mesmo sentido: "[o contrato de adesão é] negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para construir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. [...] o que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido". GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*.

pressupõe a existência de uma prévia negociação travada entre as partes contratuais, de forma cautelosa, por vezes, ao longo de vários anos.

No campo do setor marítimo, indústria intimamente ligada a do Petróleo, destaca-se a atuação da *Baltic and International Maritime Council* – BIMCO na padronização dos contratos. Essa influente instituição possui minutas aceitas sem constrangimentos por armadores em todo o mundo⁸⁰¹, e se dedicou a incluir uma cláusula anticorrupção em seus contratos.

“BIMCO’s Anti-Corruption Clause is the result of a concerted effort by a team of international lawyers and practitioners to provide an acceptable and workable alternative to the clauses currently in circulation.”⁸⁰²

Segundo a BIMCO, o objetivo da nova cláusula anticorrupção é remover a corrupção da indústria de navegação, fornecendo uma plataforma contratual para evitar ações corruptas. A cláusula tenta equilibrar os interesses dos armadores e dos afretadores, auxiliando-os a trabalhar juntos quando enfrentarem demandas por pagamentos ilegais⁸⁰³.

A cláusula invoca o cumprimento de todas as legislações anticorrupção aplicáveis a relação contratual, e pressupõe a necessidade de se manter as informações contábeis razoavelmente apuradas refletindo as transações conexas ao contrato de afretamento.

BIMCO Anti-Corruption Clause for Charter Parties

- (a) The parties agree that in connection with the performance of this Charter Party they shall each:
 - (i) comply at all times with all applicable anti-corruption legislation and have procedures in place that are, to the best of its knowledge and belief, designed to prevent the commission of any offence under such legislation by any member of its organisation or by any person providing services for it or on its behalf; and
 - (ii) make and keep books, records, and accounts which in reasonable detail accurately and fairly reflect the transactions in connection with this Charter Party.
- (b) If a demand for payment, goods or any other thing of value (“Demand”) is made to the Master or the Owners by any official, any contractor or sub-contractor engaged by or acting on behalf of Owners or Charterers or any other person not employed by Owners or Charterers and it appears that meeting such

⁸⁰¹ ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 243.

⁸⁰² BIMCO. BIMCO launches anti-corruption clause for shipping contracts worldwide. 24 nov 2015. Disponível em: < https://www.bimco.org/news/press-releases/20151124_press_release_anti-corruption_clause>. Acessado em 20 jan 18.

⁸⁰³ BIMCO. BIMCO launches anti-corruption clause for shipping contracts worldwide. 24 nov 2015. Disponível em: < https://www.bimco.org/news/press-releases/20151124_press_release_anti-corruption_clause>. Acessado em 20 jan 18.

Demand would breach any applicable anti-corruption legislation, then the Master or the Owners shall notify the Charterers as soon as practicable and the parties shall cooperate in taking reasonable steps to resist the Demand. (...)

(e) Without prejudice to any of its other rights under this Charter Party, either party may terminate this Charter Party without incurring any liability to the other party if (i) at any time the other party or any member of its organisation has committed a breach of any applicable anti-corruption legislation in connection with this Charter Party; and (ii) such breach causes the non-breaching party to be in breach of any applicable anti-corruption legislation. (...) ⁸⁰⁴

No setor petrolífero a *Association of International Petroleum Negotiators*- AIPN, também possui uma cláusula anticorrupção, a qual será melhor tratada no próximo capítulo.

20.1 Conduta das Partes

20.1.A Cada Parte, em relação às operações e/ou atividades sob este Acordo (i) garante que tal Parte e suas Afiliadas and seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal não fizeram, ofereceram ou autorizaram e (ii) compromete-se que tal Parte e suas Afiliadas e seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal não farão, oferecerão ou autorizarão, nenhum pagamento, presente, promessa ou outra vantagem, seja diretamente ou através de outra pessoa ou entidade, para a ou para o uso ou benefício de qualquer Autoridade Pública, qualquer partido político, ou candidato a cargo,

DISPOSIÇÃO OPCIONAL, SELECIONE SE DESEJADO.

Ou qualquer outro indivíduo ou entidade,

Onde tal pagamento, presente, promessa ou vantagem violaria as Leis e Obrigações Anticorrupção, aplicáveis a tal Parte.

DISPOSIÇÃO OPCIONAL, SELECIONE SE DESEJADO.

Além disso, cada Parte em relação às operações e ou atividades sob este Acordo (i) garante que tal Parte e suas Afiliadas and seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal cumpriram com, e (ii) compromete-se que tal Parte e suas Afiliadas e seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal cumprirão com as Leis e Obrigações Anticorrupção, aplicáveis a tal Parte ⁸⁰⁵.

A Federação Internacional dos Engenheiros Construtores (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*– FIDIC) atua no setor de engenharia civil ⁸⁰⁶ e também inseriu cláusula

⁸⁰⁴ BIMCO. Anticorruption Clause for Charter Parties. Disponível: < https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/anti_corruption_clause > . Acessado em 20 jan 18.

⁸⁰⁵ Modelo Internacional de Acordo Operacional Conjunto 2012 da Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), Disponível em: <www.aipn.org>. Acessado em 20 nov 2017.

⁸⁰⁶ Para o histórico detalhado da criação da FIDIC e a lista de seus membros, recomenda-se BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. p. 1 e 2.

anticorrupção em seus modelos. O *Model Representative Agreement* ('The Purple Book') destina-se a Consultores que desejem celebrar um contrato com um Representante para a prestação de Serviços⁸⁰⁷.

O *Pink Book* 2010 da FIDIC⁸⁰⁸ dispõe acerca da rescisão do contrato com empregado por conta de fraude e corrupção.

If the Employer determines, based on reasonable evidence, that the Contractor has engaged in corrupt, fraudulent, collusive or coercive practices, incompeting for or in executing the Contract, then the Employer may, after giving 14 days' notice to the Contractor, terminate the Contract and expel him from the Site, and the provisions of Clause 15 shall apply as if such termination had been made under Sub-Clause 15.2 [Termination by Employer].

Should any employee of the Contractor be determined, based on reasonable evidence, to have engaged in corrupt, fraudulent or coercive practice during the execution of the work then that employee shall be removed in accordance with Sub-Clause 6.9 [Contractor's Personnel].

4.1.2.9 A Agenda Anticorrupção do World Economic Forum

O *World Economic Forum*⁸⁰⁹ tem uma agenda de combate à corrupção: a *World Economic Forum's Global Agenda Council on Corruption (GAC on Corruption)*. Este conselho tem como objetivo que todos os Estados participantes do Fórum ratifiquem a Convenção da ONU e da OECD contra a corrupção, bem como de que os membros corporativos participem da PACI⁸¹⁰.

A PACI é uma iniciativa global anticorrupção dentro do âmbito do *World Economic Forum*, desenvolvida por empresas para as próprias empresas. A PACI oferece uma plataforma de mitigação de risco, para ajudar as sociedades empresárias de diversas formas:

⁸⁰⁷ FIDIC. *Model Representative Agreement*. Disponível em: <<http://fidic.org/books/model-representative-agreement-1st-edition-2013>> . Acessado em 20 jan 18.

⁸⁰⁸ FIDIC. O Pink Book se refere ao modelo European International Contractors (EIC) Guide the MDB Harmonised Edition (June 2010). Disponível em: < <http://fidic.org/books/eic-contractors-guide-mdb-harmonised-edition-june-2010-pink-book-guide>> . Acessado em 20 jan 18.

⁸⁰⁹O *World Economic Forum* é uma organização internacional independente compromissada em melhorar o mundo, envolvendo líderes empresariais, políticos, acadêmicos e outros da sociedade para estruturar agendas globais, regionais e da indústria.

⁸¹⁰ GRI. Global Reporting Initiative. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org>> . Acesso em: 21 jul. 2017.

- Design and implement effective policies and systems to prevent, detect and address corruption
- Benchmark internal practices against global best practice through peer exchange and learning
- Level the playing field through collective action with other companies, governments and civil society⁸¹¹

A PACI conta atualmente com cerca de 90 signatários de todos os setores e regiões⁸¹².

4.1.2.10 Organizações não-governamentais e outras iniciativas

As campanhas promovidas por ONGs e os princípios que elas defendem são baseados na legitimidade do consenso da comunidade mundial e não apenas em legislação nacional. Elas buscam a implementação de uma consciência coletiva no mundo dos negócios através do esforço de influência de uma organização privada sobre outra⁸¹³.

⁸¹¹ PACI. Disponível em: < <https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸¹² PACI. Disponível em: < <https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative>>. Acesso em 21 jul. 2017.

⁸¹³ Killingsworth, Scott, The Privatization of Compliance (May 29, 2014). RAND Center for Corporate Ethics and Governance Symposium White Paper Series, Symposium on “Transforming Compliance: Emerging Paradigms for Boards, Management, Compliance Officers, and Government” (2014). p. 4. Disponível no SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2443887>>. Acessado em 21 set 17.

Organizações não governamentais⁸¹⁴⁸¹⁵ como a Transparência Internacional⁸¹⁶ e a Global Witness⁸¹⁷ são exemplos importantes no monitoramento e combate à corrupção por parte de ONGs, na medida em que colocam a sociedade civil dentro do esforço global anticorrupção.

A *Global Reporting Initiative* (GRI) é uma organização sem fins lucrativos que promove a sustentabilidade econômica, ambiental e social. A GRI fornece a todas as empresas e organizações uma estrutura abrangente, relatórios de sustentabilidade, que é amplamente utilizado em todo o mundo⁸¹⁸.

O *Global Infrastructure Anti-Corruption Centre* (GIACC) é uma organização independente sem fins lucrativos que fornece recursos para auxiliar no entendimento, identificação e prevenção de corrupção nos setores de infra-estrutura, construção e engenharia. O centro fornece subsídio para a indústria e mantém em seu website uma série de recomendações e disposições contratuais que devem ser usadas pelas empresas atuantes nos referidos setores⁸¹⁹.

⁸¹⁴ A Transparência Brasil, embora doméstica, merece ser citada nesse trabalho por ser é uma organização independente e autônoma, fundada em abril de 2000 por um grupo de indivíduos e organizações não governamentais comprometidos com o combate à corrupção. Fonte: < <http://www.transparencia.org.br/>>.

⁸¹⁵ O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, embora doméstica, também merece nosso destaque pela importância que desempenha na promoção da ética das empresas brasileiras. Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, caracterizada como Oscip (organização da sociedade civil de interesse público). Sua missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável. Criado em 1998 por um grupo de empresários e executivos oriundos da iniciativa privada, o Instituto Ethos é um polo de organização de conhecimento, troca de experiências e desenvolvimento de ferramentas para auxiliar as empresas a analisar suas práticas de gestão e aprofundar seu compromisso com a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável. É também uma referência internacional nesses assuntos, desenvolvendo projetos em parceria com diversas entidades no mundo todo. Fonte: < <http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/#.WWbbxYjyu00>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁸¹⁶ Transparency International (TI) é uma organização da sociedade civil a nível global criada em 1993 que liderando a luta contra a corrupção, une as pessoas em uma poderosa coalizão mundial para acabar com o impacto devastador da corrupção sobre homens, mulheres e crianças ao redor do mundo. A missão da TI é criar uma mudança em direção a um mundo livre de corrupção. TI aumenta a conscientização e diminui a apatia e a tolerância da corrupção, e elabora e implementa ações práticas para enfrentá-la. A Transparência Internacional é uma rede global, presente em mais de 90 países. Fonte: <http://www.transparency.org/about_us>. Acesso em: 26 ago. 2011.

⁸¹⁷ A Global Witness realiza investigações para expor abusos e fazer campanha para mudanças. Independente, sem fins lucrativos, trabalha com parceiros em todo o mundo pela luta pela justiça. Tem foco na indústria extrativista. Disponível em: < <https://www.globalwitness.org>> . Acesso em: 12 jun. 2017.

⁸¹⁸ GRI. Global Reporting Initiative. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org/Information/about-gri/Pages/default.aspx>> . Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸¹⁹ GIACC. Disponível em: <www.giaccentre.org/contract_terms.php> . Acesso em: 21 jul. 2017.

Nesse sentido, a sustentabilidade, tema crucial da Conferência da ONU Rio+20⁸²⁰, abrange as principais áreas de economia, desempenho ambiental, social e governança. A GRI está ciente que as organizações podem aumentar a confiança que as partes interessadas (*stakeholders*) têm nelas, bem como a confiança na economia global como um todo⁸²¹.

Durante o *Anti-Corruption Summit in London*, realizado em maio de 2016, foi feita a primeira declaração global contra a corrupção, com o compromisso dos líderes globais da sociedade civil, das empresas e do governo que defendem a luta contra a corrupção a “*expor a corrupção onde quer que seja encontrada, perseguir e punir aqueles que perpetraram, facilitam ou são cúmplices nela, para apoiar as comunidades que a sofreram e para garantir que não se apague nas nossas instituições, empresas e comunidades governamentais*”⁸²².

4.2 Principais fontes domésticas legislativas

As principais fontes domésticas legislativas com caráter extraterritorial têm se multiplicado e ganhado força no complexo *legal framework* do Regime Internacional Anticorrupção.

Em um mundo onde as empresas e os indivíduos estão cada vez mais atuando em um contexto global, a questão da aplicação extraterritorial das leis nacionais está assumindo uma importância cada vez maior⁸²³.

Nesse sentido, conforme destacado anteriormente, é imperioso se considerar que hoje as transações privadas realizadas além das fronteiras nacionais são cada vez mais vistas como fonte de riqueza e poder⁸²⁴. Cientes desse processo, os Estados, há muito, estão atentos aos

⁸²⁰ A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (UNCSD ou, como é conhecida, Rio+20), que foi organizada conforme a Resolução 64/236 da Assembleia Geral (A/RES/64/236), ocorreu no Brasil entre 20 a 22 de junho de 2012. A Rio+20 marca o 20º aniversário da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), realizada no Rio de Janeiro em 1992, e o 10º aniversário da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (WSSD), promovida em Joanesburgo em 2002. Ela contou com a presença de Chefes de Estado e de Governo ou outros representantes. A sustentabilidade e a economia verde foram os principais temas abordados. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

⁸²¹ GRI. Global Reporting Initiative. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org/Information/about-gri/Pages/default.aspx>> . Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸²² Anti-Corruption Summit in London 2016. Disponível em: <<http://thecommonwealth.org/tacklingcorruptiontogether>> . Acesso em 25 set. 2017.

⁸²³ IBA. International Bar Association. *IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*. p. 5. Disponível em <<http://tinyurl.com/taskforce-etj-pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸²⁴ ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate

desafios que permeiam a regulamentação das transações privadas que ultrapassam as fronteiras nacionais⁸²⁵.

Segundo a ONU, embora os Estados não estejam obrigados a regular as atividades transnacionais de suas TNCs, alguns tratados internacionais atinentes a temas de caráter transnacional, como a corrupção e o crime organizado, encorajam os Estados a proibir e regular tais condutas.

The extraterritorial dimension of the duty to protect remains unsettled in international law. Current guidance from international human rights bodies suggests that states are not required to regulate the extraterritorial activities of businesses incorporated in their jurisdiction, but nor are they generally prohibited from doing so provided there is a recognized jurisdictional basis and that an overall reasonableness test is met. Within those parameters, some UN Treaty Bodies are encouraging home states to take steps to prevent abuse abroad by corporations within their jurisdiction⁸²⁶.

A dimensão extraterritorial é um antigo problema internacional que envolve o tema dos conflitos de jurisdição (*conflicts of jurisdiction*). O conceito de extraterritorialidade antecede até mesmo o de Estado-nação como é conhecido hoje. Durante o império Romano e a Idade Média, um cidadão estava sujeito à jurisdição de seu país soberano onde quer que estivesse. Já no século XV, os venezianos, sardos, toscanos, austríacos e russos que viajavam ao Império Otomano estavam imunes a esta jurisdição. Durante o século XIX, muitas potências coloniais europeias ganharam o direito de aplicar suas próprias leis aos seus nacionais na China por meio diplomático ou via tribunais consulares⁸²⁷.

Tradicionalmente, o exercício de jurisdição de um Estado estava limitado às pessoas, bens e atos, localizados dentro do seu território⁸²⁸.

Ocorre que, a simples regra de competência territorial exclusiva é insuficiente para atender as necessidades de desenvolvimento de uma sociedade internacional cada vez mais

of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper No. 59. p. 5 Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸²⁵ Ibidem

⁸²⁶ ONU. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 'Business and Human Rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework'*, April 22, 2009, A/HRC/11/13. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸²⁷ DAM, Kenneth W. *Extraterritoriality and Conflicts of Jurisdiction*. Am. Sociology and International Law. V. 77, 1983. p 371.

⁸²⁸ IBA. International Bar Association. IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction. p 5. Disponível em <<http://tinyurl.com/taskforce-etj-pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

interdependente⁸²⁹. Nesse contexto, eclode a visão hodierna de soberania, onde a jurisdição e a competência internacionais dos Estados posicionam-se como elementos fundamentais, onde devem ser considerados temas como: novos atores internacionais diferentes dos Estados, a questão da globalização e da interdependência⁸³⁰.

Na visão do professor Anderson Falk:

A jurisdição e a competência internacionais dos Estados são elementos que compõem o moderno conceito de soberania do Estado, o qual vem sendo gradativamente erigido sob a perspectiva internacionalista de que os Estados, na ordem internacional, relacionam-se sob um regime de cooperação, não de subordinação, razão pela qual se pode afirmar que a soberania de um Estado não é absoluta, mas limitada na própria soberania dos demais Estados e nas normas de Direito Internacional⁸³¹.

O conceito de jurisdição desempenha, portanto, um papel essencial na relação jurídica tradicional entre o Estado soberano e o indivíduo, ou as empresas, e estabelece a própria existência de tal relação jurídica, implicando no poder do Estado ou autoridade sobre os últimos⁸³².

O conceito de extraterritorialidade, conforme lições de Clóvis Bevilacqua, é “*a ação que a lei dispõe fora dos limites do Estado cuja soberania se traduz*”⁸³³. Nesse diapasão, o uso da jurisdição extraterritorial, por parte dos Estados, pode ser muito controvertido, principalmente, por conta da importância político-jurídica da soberania territorial⁸³⁴, ou seja, da “*idéia de que*

⁸²⁹ JENNINGS, R. Y. The Limits Of State Jurisdiction. *Nordic Journal of International Law*, v. 32, n. 1-4, 1962, pp. 209-229(21), Martinus Nijhoff Publishers. p. 210

⁸³⁰ COLANGELO, Anthony. Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 48, p 126. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=928653>>. Disponível em 21 jul. 2017.

⁸³¹ FALK, Anderson. International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order. *Temple Law Quarterly*, 1959, v. 32, p. 295. Apud MORE, Rodrigo F. A prevenção e solução de litígios internacionais no direito penal internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma corte penal internacional (tratado de roma, 1998). “Solução e Prevenção de Litígios Internacionais”, vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 317. Coord. José Carlos de Magalhães e Araminta de Azevedo Mercadante, do Núcleo de Estudos de Controvérsias Internacionais da Faculdade de Direito da USP.

⁸³² COLANGELO, Anthony. Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 48, p 126. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=928653>>. Disponível em 21 jul. 2017.

⁸³³ BEVILAQUA, Clóvis. Apud BONFIM, Antonio Carlos. *Extraterritorialidade das leis e Conflitos de Competência*. 2000. 168 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

⁸³⁴ A supremacia da soberania do Estado como uma estrutura fundamental de relações internacionais sugere que a aplicação extraterritorial da lei de um Estado mina tanto a soberania de outros Estados, como o sistema internacional como um todo. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

*cada Estado deve ser capaz de regular as atividades dentro de seu próprio território, em conformidade com a sua própria políticas e prioridades*⁸³⁵, conforme destaca a visão tradicional.

Carreau e Juillard destacam que a noção de soberania é maior que a mera noção de territorialidade, mas elas se relacionam de modo estreito, a ponto de se considerar redundante a expressão “soberania territorial”⁸³⁶.

Segundo José Carlos de Magalhães, a jurisdição territorial é premissa básica da delimitação da jurisdição como competência do Estado, podendo, portanto, este último legislar, aplicar, e executar suas normas de direito dentro de seus limites territoriais⁸³⁷.

No mesmo sentido, Celso Mello leciona que “o direito é uma manifestação da vida social. A cada sociedade corresponde um determinado sistema jurídico”⁸³⁸.

Dessa forma, a jurisdição “territorial” é a regra, e a jurisdição extraterritorial requer especial justificação⁸³⁹.

Conforme mencionado, um Estado, tradicionalmente, pode exercer jurisdição apenas quando a conduta ocorre dentro de seu território. Todavia, outros elementos para definição da jurisdição do Estado são aceitos pelo Direito Internacional Consuetudinário, são eles: (i) quando a conduta foi realizada por um de seus nacionais; (ii) quando a conduta for realizada no exterior,

⁸³⁵ ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG’s Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper No. 59. p. 5. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸³⁶ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. France, Paris: Dalloz, 2003, p. 23

⁸³⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais. In: *Revista Forense*, v. 293. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p 89-99. Apud LEOPOLDINO, Juliana. Regime Jurídico das Sociedades Transnacionais e Efeitos Extraterritoriais das Leis. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito á obtenção do grau de mestre, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ: Rio de Janeiro, 2008, orientadora professora Dra Carmen Tibúrcio, p. 54

⁸³⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47

⁸³⁹ EU. *Polices*. p. 12. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2012.

esta deve ter um efeito no seu território ou contra a sua segurança ⁸⁴⁰; (iii) quando o sujeito passivo for seu nacional; (iv) quando o crime tiver caráter universal, como genocídio. Deve haver ainda razoabilidade e não pode consistir em interferência nos assuntos domésticos do Estado⁸⁴³.

A regulamentação e aplicação extraterritorial conforme o Direito Internacional Público, incluindo-se aí o Direito Penal, deve ser justificada de acordo com um ou mais critérios acima dispostos. Já a jurisdição extraterritorial atinentes a questões de Direito Privado (como ilícito civil ou contrato) é regulada pelo Direito Internacional Privado e requer uma conexão: (i) entre fatores e as partes, (ii) com o assunto do litígio, e (iii) com a jurisdição do Estado que pretende exercer-la⁸⁴⁴. O DIPr determina a competência dos tribunais para julgar litígios privados, bem como determina a lei aplicável a tais disputas (*'conflict of laws'*)⁸⁴⁵.

Embora a regulamentação extraterritorial das TNCs fora do território do Estado regulador esteja sujeita às restrições impostas pelo Direito Internacional Público, a adjudicação

⁸⁴⁰ Estes são os pontos geralmente aceitos no âmbito do Direito Internacional Consuetudinário, para fins de jurisdição extraterritorial direta, a qual deve ser justificada de acordo com um ou mais requisitos reconhecidos internacionalmente para a delimitação de jurisdição. Ver em: ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper No. 59. p. 18. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸⁴¹ Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States § 402 (1987). Disponível em: <<http://www.maclester.edu/courses/intl114/docs/restatement.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸⁴² MAGALHÃES, José Carlos de. *A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais*. In: Revista Forense, vol 293. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p 89-99. Apud LEOPOLDINO, Juliana. Regime Jurídico das Sociedades Transnacionais e Efeitos Extraterritoriais das Leis. 2008. 98 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2008, p. 54-56.

⁸⁴³ ZERK, Jennifer A. Op Cit. p. 16-21.

⁸⁴⁴ EU. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf> , Acesso em: 20 mai. 2012.

⁸⁴⁵ Ibidem.

extraterritorial de disputas privadas é limitada pelas regras de Direito Internacional Privado⁸⁴⁶⁸⁴⁷⁸⁴⁸.

Outro ponto interessante, e que vem chamando a atenção dos estudiosos, é que nem todas as reivindicações de jurisdição que recaem em entidades estrangeiras são “extraterritoriais” em *stricto sensu*. Há uma distinção entre o uso da jurisdição extraterritorial direta (*direct extraterritorial jurisdiction*) e medidas internas com implicações extraterritoriais (*domestic measures with extraterritorial implications*), sendo que as segundas não envolvem a aplicação da jurisdição extraterritorial⁸⁴⁹.

As medidas internas com implicações extraterritoriais ocorrem quando as exigências legais são dirigidas a uma empresa-matriz constituída localmente, onde esta é, então, demandada legalmente a implementar aquela legislação em todo o grupo multinacional, um exemplo disso pode ser dado pelas legislações de combate a lavagem de dinheiro, em que há exigência de manutenção dos livros contábeis de todas as empresas do grupo, conforme certos padrões nacionais⁸⁵⁰. Tais medidas dependem do território onde está localizada a empresa matriz, que será a base jurisdicional. Por conseguinte, mesmo que possa haver implicações extraterritoriais, e que essa lei seja capaz de incentivar um melhor comportamento por parte das

⁸⁴⁶ EU. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf>, Acesso em: 20 mai. 2012.

⁸⁴⁷ A aplicação extraterritorial das leis pode ter três vertentes: (i) a legislativa, que se refere à prescrição de leis que atingem pessoas e condutas fora dos limites territoriais do Estado; (ii) a executória, que se preocupará com da questão da coercibilidade da lei; e (iii) a judicial, que seria a própria resolução do conflito por seu Poder Judiciário. “*Extraterritorial jurisdiction refers to the ability of a state, via various legal, regulatory and judicial institutions, to exercise its authority over actors and activities outside its own territory. In this report, extraterritorial jurisdiction is divided into three types of jurisdiction, i.e.: Prescriptive (or “legislative”) jurisdiction, which concerns the ability of states to prescribe laws for actors and conduct abroad; Enforcement jurisdiction, which concerns the ability of states to ensure that their laws complied with; and Adjudicative (or “judicial”) jurisdiction, which concerns the ability of courts to adjudicate and resolve private disputes with a foreign element*”. ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG’s Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper No. 59. p. 13. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸⁴⁸ Fora dos Estados Unidos, a abordagem mais comum é a distinção entre a jurisdição normativa e de execução (*prescriptive and enforcement jurisdiction*). A jurisdição normativa refere-se à autoridade de um Estado para fazer a sua lei aplicável a determinadas pessoas ou circunstâncias, geralmente através da adoção de legislação ou, em alguns casos, através de cortes em desenvolvimento de leis. Já a execução refere-se à autoridade de um Estado a tomar medidas para cumprir as leis através de atos como, por exemplo, prender, deter, julgar, condenar, sentenciar e punir pessoas por descumprimento de leis. Nos Estados Unidos, por sua vez, a distinção se dá entre a jurisdição legislativa, a executória e a judicial (legislative, executive and adjudicatory jurisdiction). Estas informações estão conforme nota de rodapé 435. IBA. International Bar Association. IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction. p 8. Disponível em <<http://tinyurl.com/taskforce-etj-pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸⁴⁹ ZERK, Jennifer A. Op. Cit, p. 16.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 14.

empresas no exterior, não há extraterritorialidade, apenas implicações extraterritoriais. Já a jurisdição extraterritorial direta é o exercício propriamente dito das leis fora do seu território. A extraterritorialidade não é uma questão binária, mas constitui um conjunto de medidas⁸⁵¹:

Indeed, one can imagine a matrix, with two rows and three columns. Its rows would be domestic measures with extraterritorial implications; and direct extraterritorial jurisdiction over actors or activities abroad. Its columns would be public policies for companies (such as CSR and public procurement policies, ECA criteria, or consular support); regulation (through corporate law, for instance); and enforcement actions (adjudicating alleged breaches as well as enforcing judicial and executive decisions). Their combination yields six cells—six types of “extraterritorial” form, each offering a range of options. Not all are equally likely to trigger objections under all circumstances⁸⁵².

O uso direto da jurisdição extraterritorial baseada no critério da nacionalidade do autor é amplamente aceito dentro do esforço anticorrupção⁸⁵³. Sendo certo que, medidas extraterritoriais em relação à corrupção de funcionários públicos estrangeiros não parecem ter gerado o mesmo nível de oposição pública que causou em outras áreas, tais como a regulamentação do mercado mobiliário e a tomada de medidas antitruste⁸⁵⁴.

Dessa forma, foi pensando nessas novas questões que países como os Estados Unidos, de forma pioneira, Inglaterra, Alemanha e Brasil promulgaram leis de efeitos extraterritoriais que visam ao combate da corrupção atuante fora de seus limites territoriais.

Segundo os pesquisadores, apesar de contrariarem o princípio da jurisdição territorial, as leis com efeitos extraterritoriais são úteis pois:

(1) it provides a basis for arresting and prosecuting an offender who escapes from the destination country and returns to her/his country of origin in order to avoid prosecution⁸⁵⁵;

⁸⁵¹ ONU. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/14/27. Disponível em: <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-statement-to-UN-Human-Rights-Council-1-June-2010.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁸⁵²SRSG. Op. Cit.

⁸⁵³ EU. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf>, Acesso em: 20 mai. 2012.

⁸⁵⁴ ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG’s Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper No. 59. p. 37. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁸⁵⁵ BEAULIEU, Catherine. Extraterritorial laws: why they are not really working and how they can be strengthened. *ECPAT International*, set. 2008, p. 5.. Disponível em: <http://resources.ecpat.net/worldcongressIII/PDF/Journals/EXTRATERRITORIAL_LAWS.pdf>. Acesso em: 02 aug. 2017.

- (2) it sends a clear message that countries will not let their citizens take a 'holiday' from their own legal systems;
- (3) States have made use of domestic measures with extraterritorial implications to help influence the behavior of private actors abroad without the direct use of extraterritorial jurisdiction⁸⁵⁶.

Já a Câmara Internacional de Comércio (ICC) sustenta que a aplicação extraterritorial das leis impacta no IED e trás problemas para as TNCs:

ICC believes that the extraterritorial application of national laws and attempts by states to exercise jurisdiction extraterritorially can and does have significant negative effects on international trade and investment. The extraterritorial application of national laws frequently subjects companies to conflicting or overlapping legal requirements, fosters unpredictability, increases the risks involved in commercial activities, exposes companies to overly burdensome litigation in foreign jurisdictions, and inflates legal and other transaction costs. (...)

Extraterritoriality also creates considerable commercial and legal uncertainty. This uncertainty discourages international businesses from engaging in trade and investment and distorts trade and investment decisions by international businesses.

Extraterritoriality may encourage forum shopping, duplicative legal proceedings, and potentially divergent outcomes. Extraterritoriality also increases tensions among governments, stemming both from disagreements by states on the means of regulating activity or the policies underlying extraterritorial measures and from discord in addressing such conflicts. In some instances, governments have enacted blocking statutes to prevent the application of another state's laws from having extraterritorial effect, which can leave companies in an impossible quandary where compliance with one state's laws constitutes a violation of another's⁸⁵⁷.

Um grande dilema desencadeado pelo uso da jurisdição extraterritorial direta, também apontado acima pela ICC, ocorre nos casos em que mais de um Estado reclama o direito à jurisdição. Por exemplo, se um nacional de um Estado A comete um crime no Estado B, contra um nacional de Estado C, todos os três estados podem ter legitimidade para reivindicar a jurisdição com base nos princípios da personalidade ativa, da territorialidade e da personalidade

⁸⁵⁶ Ibidem.

⁸⁵⁷ ICC. *International Chamber of Commerce; Policy Statement; Extraterritoriality and business, Prepared by the Task Force on Extraterritoriality*. p. 1 Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/trade/Statements/103-33%205%20Final.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

passiva, e o Estado D pode também exercer a jurisdição com base no princípio da universalidade⁸⁵⁸.

É verdade que o fato de mais de um Estado poder exercer, em teoria, a jurisdição, não leva a um conflito na prática, pois apenas um Estado pode querer exercê-la. No entanto, os indivíduos e empresas nem sempre sabem de antemão qual deles irá reivindicar a jurisdição, o que impede que estejam preparados para lidar com as concorrentes demandas de jurisdição. A situação se complica ainda mais quando os Estados aplicam diferentes leis substantivas, ou leis com penas distintas, para a mesma conduta⁸⁵⁹.

Uma das saídas pode ser a harmonização da legislação. Todavia, é importante destacar que no âmbito da aplicação extraterritorial de leis, mesmo quando o direito material encontra-se harmonizado, os remédios podem diferir entre os países. Por exemplo, no contexto do suborno e da corrupção, autoridades norueguesas deram início a um inquérito contra uma TNC do petróleo norueguesa (Statoil), por conta de subornos supostamente pagos no Irã. O resultado foi o pagamento de uma multa de US\$ 3 milhões⁸⁶⁰. Todavia, como a Statoil também estava listada em Bolsa de Valores nos Estados Unidos, as autoridades americanas, posteriormente, começaram uma investigação acerca da mesma conduta, levando tanto à *Securities Exchange Commission* (SEC)⁸⁶¹ e como o *Department of Justice* (DOJ)⁸⁶² a processar a empresa. No caso estadunidense o desfecho foi um acordo no qual a empresa concordou em pagar uma multa de US\$ 21 milhões às autoridades norte-americanas, tendo sido subtraído o montante que já havia pago às autoridades norueguesas⁸⁶³. Isso ocorre em diversos casos, os quais serão destacados no capítulo seguinte, atinente à indústria do petróleo.

⁸⁵⁸ IBA. International Bar Association. IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction. p 21. Disponível em: <<http://tinyurl.com/taskforce-etj-pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁵⁹ Ibidem. p. 22

⁸⁶⁰ “Norway’s legislation implementing the OECD Bribery Convention is found in Article 128 of its penal code. Under this article, unlimited fines may be imposed, companies may lose the right to do business, and individuals may be sentenced to prison terms: see OECD Working Group on Bribery, Norway Phase 2: Report on the Application of the Convention on Combating Bribery (12 April 2004), available at www.oecd.org/dataoecd/3/28/31568595.pdf. Its trading-in-influence legislation under which Statoil and its former executive were prosecuted is Article 276c of the penal code, which carries no prison term and lower fines”. In: IBA. Op. Cit., p 29.

⁸⁶¹ *Securities Exchange Commission* (SEC) é o órgão estadunidense análogo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) brasileira.

⁸⁶² *Department of Justice* (DOJ) é um órgão análogo ao Ministério Público Federal brasileiro, cuja missão é fazer cumprir a lei e defender os interesses dos Estados Unidos de acordo com a lei, para garantir a segurança pública contra ameaças externas e internas; para fornecer liderança federal na prevenção e controle da criminalidade; a procurar apenas punição para os culpados de comportamento ilegal, e para garantir uma administração justa e imparcial da justiça para todos os americanos. Fonte: <www.doj.gov>

⁸⁶³ IBA. Op. Cit. p 29.

Ressalte-se ainda que as convenções só se referem à questão da competência concorrente de forma limitada, e, geralmente, optam pelo uso da consulta ou da cooperação entre os Estados afetados para resolver qualquer conflito⁸⁶⁴. As Convenções da OCDE e da UE sugerem que múltiplos processos devem ser evitados e que uma única jurisdição deve ser identificada como a “mais apropriada”, enquanto a Convenção das Nações Unidas parece aceitar processos múltiplos, exigindo coordenação entre os Estados⁸⁶⁵. Todavia, nenhuma delas estabelece prioridades ou critérios para determinar quais os Estados devem ter precedência. Nesse sentido, nem mesmo o Direito Internacional oferece uma resposta concreta para a resolução de questões de competência concorrente nos termos apresentados⁸⁶⁶.

Feitas essas ressalvas, abaixo selecionamos seis legislações domésticas com efeitos extraterritoriais de maior relevância para a indústria de Petróleo e Gás⁸⁶⁷ segundo alguns critérios: (1) as com maior número de casos de aplicação da regra extraterritorial (EUA, Alemanha) e (2) os países com melhor ranking de *compliance* dentre os produtores de petróleo e gás segundo Natural Resource Governance Institute (Noruega, uma vez que a tese tem um recorte para o estudo do regime internacional privado anticorrupção na indústria do petróleo).

4.2.1 Estados Unidos da América: Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)⁸⁶⁸

Corporate bribery is bad business. In our free market system it is basic that the sale of products should take place on the basis of price, quality, and service. Corporate bribery is fundamentally destructive of this basic tenet. Corporate bribery of foreign officials takes place primarily to assist corporations in gaining business. Thus foreign corporate bribery affects the

⁸⁶⁴ Ver Convenção do OECD contra corrupção n 6, Artigo 4(3); EU Convention, supra n 47, Artigo 9(2) (cooperação Segundo a qua los Estados devem processor o ofensor ‘with a view to centralizing the prosecution in a single member state where possible’); Convenção da ONU, supra n 7, Artigo 42(5) (consulta ‘with a view to coordinating their actions’); Convenção da OEA não contém previsão acerca de conflito de jurisdição. Fonte: IBA. International Bar Association. *IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*. p. 229. Disponível em <<http://tinyurl.com/taskforce-etj-pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁶⁵ IBA. Op. Cit. p 229.

⁸⁶⁶ Ibidem.

⁸⁶⁷ Natural Resource Governance Institute. Data Index. Disponível em: <<http://resourcegovernanceindex.org/data/oil-gas/issue?region=global>> . Acessado em 01 jan 2017.

⁸⁶⁸ A abordagem de poder (realismo) permite analisar o papel desempenhado por um ator hegemônico na criação do regime. Na questão da anticorrupção, a ideia do ator hegemônico é útil para compreender o papel dos Estados Unidos enquanto promotor das normas anticorrupção. FARIA, Amanda de Oliveira. *Governança Global: Uma análise da influência de mecanismos internacionais de combate à corrupção*. 2012. 147 f. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais) Instituto de Relações Internacionais. Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2012, p. 5

very stability of overseas business. Foreign corporate bribes also affect our domestic competitive climate when domestic firms engage in such practices as a substitute for healthy competition for foreign business⁸⁶⁹.

—United States Senate, 1977

Considerado por muitos como a mais abrangente regulamentação de governança corporativa nos últimos 70 anos⁸⁷⁰, o *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) foi promulgado nos Estados Unidos, no ano de 1977, na forma de uma emenda ao *Securities Exchange Act* de 1934.

Teve como objetivo responder a uma série de investigações que revelaram o pagamento ilícito e generalizado de suborno por parte de empresas estadunidenses, a funcionários públicos estrangeiros – episódio que ficou conhecido como *the Watergate Scandal*⁸⁷¹. Verifica-se, portanto, que não estão sujeitos à lei os subornos comerciais entre partes privadas⁸⁷³.

Entretanto, foi na sequência desse escândalo que a SEC deu início a um programa de divulgação voluntária de subornos ocorridos fora do território norte-americano, cujo resultado foi a confissão, por mais de 450 empresas estadunidenses, que, conjuntamente, chegaram a pagar US\$ 300 milhões em suborno a funcionários públicos estrangeiros⁸⁷⁴.

Toda essa conjuntura foi o estopim necessário à promulgação da referida legislação anticorrupção. Conforme opinião externada pelo Senado americano à época, as ações mencionadas vão contra as expectativas e valores morais do público americano, uma vez que

⁸⁶⁹ US Senate. Apud DOJ. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> Acessado em 03 jun. 2017.

⁸⁷⁰ BYRNES, N.; DWYER, P.; HENRY, D.; THORNTON, E. Reform: Who's making the grade; A performance review for CEOs, boards, analysts, and others. *Business Week*. 22 Set. 2003. Apud LAWRENCE, D. Brown; CAYLOR, Marcus L. Corporate Governance and Firm Performance. 7 Dez 2004. p. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=586423>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.586423>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁷¹ O episódio ficou conhecido como *Watergate Scandal*. Trata-se de uma série de escândalos de corrupção que culminou com a renúncia do presidente americano da época Richard Nixon. Para mais informações, ver: <<http://www.washingtonpost.com/watergate/>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁷² WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC Disgorgement of Profits, and the Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, and Deterrence. *Michigan Journal of International Law*, v. 30, p. 471-515, 2009. p. 476. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1319814>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁷³ ENGLE, Eric. I Get by with a Little Help from My Friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by Reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act. *The International Lawyer*, v. 44, n. 4., p 1173-1188, dez. 2010. p.1176.

⁸⁷⁴ CONGRESSO AMERICANO. *Exposição de Motivos*. 95th Congress; 1st Session; Report No. 95-640; 28 Set 1977. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/history/1977/houseprt-95-640.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

não é somente uma conduta antiética, como também um mau negócio, porque corroem a confiança do público na integridade do sistema econômico fulcrado no livre mercado, o qual é a base política, econômica, e filosófica dos Estados Unidos⁸⁷⁵.

Logo após a aprovação do FCPA, em uma época de instabilidade econômica gerada pela crise do petróleo, foram suscitadas algumas questões acerca da suposta prejudicialidade dessa legislação, aos negócios internacionais das empresas americanas⁸⁷⁶. Segundo esses críticos, as TNCs americanas ficariam em franca desvantagem⁸⁷⁷ em relação às TNCs de outros países, cuja legislação anticorrupção nos termos do FCPA era inexistente. Como segundo argumento, os críticos apontavam que muitos países competidores não apenas deixavam de punir suas empresas de forma semelhante à americana, como também permitiam a dedução legalizada dos pagamentos de suborno sob os impostos devidos (eram exemplos o Japão, a Alemanha e o Reino Unido)⁸⁷⁸. Como último argumento, os mais radicais argumentavam que o FCPA refletia apenas uma forma de “imperialismo cultural” americano, visto que os pagamentos considerados comuns em uma cultura podiam ser considerados como corruptos em outros⁸⁷⁹, logo a corrupção poderia ser vista como algo inerente à cultura daquele país, e a imposição da percepção americana dessa prática a outros países tratar-se-ia de uma tentativa de subjugar aquela determinada nação.

Parte dessas reivindicações foi atendida na emenda do ano de 1988, cuja nova redação deixou claro que não se aplica o FCPA quando os pagamentos fossem considerados legais na jurisdição do beneficiário estrangeiro e quando se tratar dos chamados *facilitating payments*⁸⁸⁰

⁸⁷⁵ CONGRESSO AMERICANO. *Exposição de Motivos*. 95th Congress; 1st Session; Report No. 95-640; 28 Set 1977. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/history/1977/houseprt-95-640.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁷⁶ A administração Carter enviou um relatório ao Congresso que identificou o FCPA como desencorajador de exportações, e o *Government Accountability Office* divulgou um relatório detalhando como o FCPA tinha ambiguidades e defeitos. Já a administração do então recém-eleito presidente Ronald Reagan recomendou a descriminalização das condutas sujeitas ao FCPA. Disponível em: <<http://www.fcpaprofessor.com/fcpa-101>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁷⁷ Segundo pronunciamento oficial do Presidente Norte Americano, William J. Clinton, as perdas em contratos internacionais estão estimadas em US\$ 30 bilhões por ano desde a entrada em vigor do FCPA. Em 10 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/signing.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁷⁸ HALL, Christopher. The Foreign Corrupt Practices Act: A Competitive Disadvantage, But For How Long? *Tulane Journal of International and Comparative Law*. (1994), p 303.

⁸⁷⁹ SALBU, Steven R. Transnational Bribery: The Big Questions. *Nw. J. INT'L L. & Bus.*, v. 21, 435, 446, 454 (2001). Mas até mesmo Salbu, o maior crítico do FCPA, admite que alguns tipos de suborno são claramente antiéticos em qualquer cultura. p. 438-39.

⁸⁸⁰ FCPA. *the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action*

(“grease payment” exception)⁸⁸¹. O Estatuto enumera os seguintes exemplos: a obtenção de autorizações, licenças ou outros documentos oficiais; processamento de documentos governamentais, tais como vistos de trabalho; fornecimento de proteção policial; correio, coleta e entrega; fornecimento de serviço telefônico, de energia e abastecimento de água; carga e descarga; carga ou proteção de produtos perecíveis; e agendamento de inspeções associadas à execução do contrato ou ao trânsito de mercadorias em todo país. Ações “similares” a estas também estão abrangidas nessa exceção⁸⁸². Todavia, importante ressaltar que a exceção não se aplica a qualquer *facilitating payment*, mas somente àqueles cujo objetivo é agilizar ou garantir o desempenho de uma “ação governamental de rotina”. Essa “ação governamental de rotina” engloba as ações ordinárias e que comumente são realizadas por um funcionário público estrangeiro, tais como as listas anteriormente. Dessa forma, a exceção não inclui, entre outras ações, qualquer decisão de um funcionário público estrangeiro, seja em quaisquer condições, para conceder novos negócios ou continuar a fazer negócios com uma empresa, ou qualquer ação tomada por um funcionário público estrangeiro envolvido na tomada desse tipo de decisão, ou agindo no sentido de encorajar a decisão de atribuir novos negócios a uma empresa ou continuar a fazer negócios com ela.

O FCPA também foi alterado em 1998 (Public Law 105-366), para se harmonizar com certas disposições convencionais, relativas à ratificação, pelos Estados Unidos, da Convenção da OCDE⁸⁸³⁸⁸⁴ sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁸⁸⁵.

Com as alterações de 1998, o FCPA teve seu alcance majorado. As novas disposições capacitaram o Departamento de Justiça (DOJ) a intimar testemunhas e requisitar documentos no curso de inquéritos, foi acrescida à redação da lei a proibição de pagamentos feitos para

⁸⁸¹ 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1), 2(c)(1). Todavia, amera ausência de uma lei estrangeira que criminalize a prática não significa, contudo, que o FCPA deixará de ser aplicado.

⁸⁸² DOJ. Department of Justice. Lay Persons Guide. Disponível em: < <http://insct.syr.edu/wp-content/uploads/2013/02/lay-persons-guide.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁸⁸³ A Convenção foi assinada em 17 de dezembro de 1997, pelos Estados Unidos e outras 32 nações. Em 31 de julho de 1998, o Senado americano deu o seu consentimento para a ratificação da Convenção. Disponível em: DOJ. <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/signing.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

⁸⁸⁴ HARVARD LAW REVIEW. Developments in the Law Extraterritoriality. HARVARD LAW REVIEW. p 1285. Disponível em: < https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_DEVO.pdf>. Acesso em: 12 set 2017.

⁸⁸⁵ DOJ. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/leghistory.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

obter qualquer tipo de vantagem indevida, ou mesmo para ajudar a obter ou a manter os negócios⁸⁸⁶.

Destaque-se que, antes de 1998, os cidadãos ou as empresas norte-americanas não estavam sujeitos à responsabilidade nos termos do FCPA, a menos que tivessem, corruptamente, usado os e-mails, cartas, ou qualquer meio de comércio interestadual, que tocassem de alguma forma o território americano, para promover um pagamento proibido, atraindo assim a jurisdição estadunidense. Nesse sentido, as alterações de 1998, expandiram o âmbito de competência do estatuto, para submeter nacionais ou empresas norte-americanas que cometam qualquer ato corrupto fora dos limites territoriais dos EUA, independentemente do método utilizado na execução⁸⁸⁷⁸⁸⁸.

Outra inovação foi o alargamento da responsabilidade, antes restrita aos seus nacionais, a partir de então, o FCPA passou a ser aplicado a indivíduos e empresas estrangeiras que, enquanto em território americano, pratiquem qualquer ato em prol de um pagamento proibido⁸⁸⁹, aí incluídas as empresas estrangeiras que possuem ações em Bolsa de Valores norte-americanas (*Issuers*). Nesse caso, não há extraterritorialidade, mas sim territorialidade.

Por fim, o FCPA proíbe pagamentos ilícitos feitos através de intermediários (agentes ou *joint venture partners*)⁸⁹⁰.

Apesar de o texto atual não ser idêntico ao da legislação original⁸⁹¹, pode-se dizer que grande parte dela ainda se baseia em duas frentes principais de combate à corrupção estabelecidas em 1977. Nesse esteio, a primeira abordagem criminaliza o suborno feito a funcionários estrangeiros e, a segunda, estabelece requisitos de contabilidade e de manutenção de registros da empresa.

A proibição de suborno conforme o FCPA dispõe: “*It shall be unlawful . . . to . . . corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment*

⁸⁸⁶ Ibidem.

⁸⁸⁷ DOJ. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/leghistory.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁸⁸ DOJ. Department of Justice. Lay Persons Guide. Disponível em: <<http://insct.syr.edu/wp-content/uploads/2013/02/lay-persons-guide.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁸⁸⁹ DOJ. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/signing.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁹⁰ Ibidem.

⁸⁹¹FCPA.Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95–213, 91 Stat. 1494 (1977) (codificado e emendado 15 U.S.C. §§ 78m(b), (d)(1), (g)–(h), 78dd(1)–(3), 78ff (2000)), *emendado pelo* Foreign Corrupt Practices Act Amendment of 1988, Pub. L. No. 100–418, 102 Stat. 1107, 1415 (1988) (codificado 15 U.S.C. §§ 78dd(1)–(3), 78ff (2000)), e International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, Pub. L. No. 105–366, 112 Stat. 3302 (1998) (codificado 15 U.S.C. §§ 78dd(1)–(3), 78ff (2000)).

*of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization giving anything of value*⁸⁹². Ou seja, em geral, o FCPA proíbe o ato de oferecer, pagar, prometer pagar ou autorizar o pagamento de dinheiro ou qualquer valor a um funcionário público estrangeiro para influenciar qualquer ato ou decisão do funcionário público estrangeiro na sua capacidade oficial ou para proteger qualquer outra vantagem imprópria para obter ou reter negócios.

O conceito de funcionário público estrangeiro é bastante amplo, compreendendo qualquer funcionário estrangeiro, qualquer partido político estrangeiro ou funcionário dele; qualquer funcionário de Organização Pública Internacional; ou qualquer pessoa, sabendo que todo ou parte do pagamento será oferecido, dado ou prometido a um indivíduo que cai dentro de uma dessas três categorias. Tendo em vista o fato de, na indústria do petróleo, existir muitas empresas estatais, é importante destacar que os funcionários empregados de empresas estatais ou de economia mista, como é o caso da Petrobras no Brasil, também são considerados funcionários públicos nos termos do FCPA.

Esse dispositivo criminal é aplicável a três categorias de pessoas e entidades: (1) “emissores” (*Issuers*)⁸⁹³ e seus diretores, conselheiros, funcionários, agentes e acionistas; (2) “preocupações domésticas” (*domestic concerns*) e seus diretores, conselheiros, funcionários, agentes e acionistas; e (3) certas pessoas e entidades, que não sejam *Issuers* e *domestic concerns*, atuando no território dos Estados Unidos.

Ou seja, qualquer empresa com uma classe de valores mobiliários listados em uma bolsa de valores mobiliários nos Estados Unidos ou qualquer empresa com uma classe de valores mobiliários quotados no mercado de balcão organizado nos Estados Unidos e obrigada a apresentar relatórios periódicos à SEC, é um emissor. Uma empresa, portanto, não precisa ser uma empresa estadunidense para ser um emissor. As empresas estrangeiras com *American Depositary Receipts* que estão listadas em uma bolsa nos EUA são também emissores (*Issuers*).

⁸⁹² FCPA. 15 U.S.C. § 78dd-1(a). Para que essas ofertas sejam consideradas ilegais, elas precisam ser, em primeiro lugar, feitas por um emitente de ações ou uma pessoa, em segundo lugar, deve ser feita a qualquer “funcionário público estrangeiro”, “partido político estrangeiro ou mesmo oficiais”, ou a “qualquer pessoa”, se o ofertante souber que qualquer montante da oferta vai acabar nas mãos de um “funcionário público estrangeiro”, ou em um “partido político estrangeiro”; em terceiro, se for feito com o objetivo de “influenciar qualquer ato ou decisão” do funcionário estrangeiro em sua capacidade oficial, induzindo qualquer ação em violação do “dever legal” de funcionário público estrangeiro, como “induzir uma pessoa a usar sua influência para afetar uma ação de um governo estrangeiro”, ou “garantir qualquer vantagem indevida” e, finalmente, feito em um esforço para ajudar a “obter ou manter negócios para ou com, ou direcionar negócios para, qualquer pessoa”. Quanto a esta regra geral, o FCPA cria uma exceção para, *inter alia*, “facilitar” pagamentos. 15 U.S.C. § 78dd-1(b).

⁸⁹³ Uma empresa é um “emissor”/ “Issuer” segundo FCPA se possuir uma classe de valores mobiliários registrados nos termos da Seção 12 da Lei de Câmbio ou for obrigada a apresentar relatórios e outros documentos de forma periódica à SEC de acordo com a Seção 15 (d) do *Exchange Act*.

Ademais, qualquer pessoa que seja cidadão, nacional ou residente nos Estados Unidos, ou qualquer pessoa jurídica ou organização não constituída em sociedade ou empresa unipessoal que esteja organizada de acordo com as leis dos Estados Unidos ou de seus estados, territórios, posses ou comunidade ou que tem seu principal local de trabalho os Estados Unidos. Por fim, o FCPA também pode ser aplicado à pessoa e à empresa estrangeiras que, diretamente ou através de um agente, participem de qualquer ato em favor de um pagamento corrupto (ou uma oferta, promessa ou autorização de pagamento) enquanto estiverem no território dos Estados Unidos (*territorial jurisdiction*). Além disso, os diretores, conselheiros, funcionários, agentes ou acionistas que atuem em nome de tais pessoas ou entidades podem estar sujeitos às proibições antisuborno do FCPA.

Importante destacar que, em contraste com as disposições antisuborno, a manutenção dos livros e registros e as disposições de controle interno só se aplicam a companhias abertas emitentes de valores mobiliários registradas em conformidade com as leis de valores mobiliários⁸⁹⁴⁸⁹⁵, que estejam obrigadas a publicar tais relatórios (“*Issuers*” ou “Emissores”)⁸⁹⁶, o que corrobora que a correta manutenção dos livros e de outros requisitos de contabilidade é uma forma muito importante de combate à corrupção nas empresas e das empresas. Essa prática proporciona a base jurídica de prova para muitos (senão a maioria) dos processos *subjudice* do FCPA. Além disso, indivíduos e empresas podem ser responsabilizados diretamente pela parte não criminal (*civil liability*) por falsificar livros e registros de um *Issuer* ou por descumprir a regra de controles internos (Regra 13b2-1 do *Exchange Act*). A responsabilidade criminal pode ser imposta a empresas e pessoas por consciencialmente não cumprir com as disposições de “livros e registros” ou disposições de controles internos do FCPA.

Ademais, apesar de não haver obrigações diretas e explícitas em relação às subsidiárias estrangeiras, o fato de a empresa matriz ser responsável pela colheita e divulgação de

⁸⁹⁴ Os livros, registre-se as disposições de controle interno só se aplicam a companhias abertas e a negociações negociadas em bolsa de valores dos EUA, esta categoria pode incluir várias empresas estrangeiras e negociações negociadas em bolsa dos EUA. FCPA Blog. Disponível em: <<http://www.fcpablog.com/blog/2010/1/10/non-public-issuer-discloses-investigation.html>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁹⁵ DOJ. Department of Justice. Press Release, U.S. Resolves Probe Against Oil Company that Bribed Iranian Official. 13 Out. 06. (Caso da Statoil, empresa com ações na Bolsa de Nova Iorque). Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/2006/October/06_crm_700.html>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁸⁹⁶ Em casos raros, uma empresa pode ser “obrigada a apresentar relatórios periódicos” nos termos das leis de valores mobiliários, ainda que não tenha o capital aberto. Observe-se que a PBSJ Corporation, apesar de não ter quaisquer valores mobiliários negociados publicamente, é, todavia, obrigada a apresentar relatórios periódicos à SEC, dada a extensão de seus acionistas (principalmente os empregados atuais e antigos). Disponível em: <<http://www.fcpablog.com/blog/2010/1/10/non-public-issuer-discloses-investigation.html>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

informações financeiras relativas a todo o grupo, isso incentiva o monitoramento e funcionamento adequados das atividades⁸⁹⁷.

A responsabilidade da pessoa jurídica quanto ao ato do funcionário é regida pela tese do *Respondeat Superior*, não se exigindo o elemento volitivo, mas a responsabilidade indireta decorrente da atuação de terceiros (*third party*) exige a comprovação de que a empresa autorizou ou sabia (*knowing*) dos pagamentos ilícitos⁸⁹⁸. O DOJ e a SEC têm interpretado este requisito de forma flexível, imputando responsabilidade apenas quando existia uma “alta probabilidade” de se ter conhecimento devido às circunstâncias e indícios do caso concreto. Ou seja, a empresa não será inocentada caso tenha deliberadamente ignorado os fatos ilícitos.

Com relação à extraterritorialidade do FCPA, as autoridades norte-americanas têm tentado justificá-la com base na jurisdição “territorial” e da “nacionalidade”, as quais, conforme apontado anteriormente, possuem reconhecimento por parte do Direito Internacional⁸⁹⁹.

É verdade, no entanto, que em 1977, quando o presidente Jimmy Carter assinou o *Foreign Corrupt Practices Act*, limitando a capacidade das TNCs americanas de garantirem negócios, por meio de suborno a funcionários públicos estrangeiros, a sua aplicação era restrita a preocupações domésticas. O Congresso americano estava desconfiado da sua capacidade de exercer jurisdição extraterritorial, mesmo sobre as filiais estrangeiras de empresas americanas, e, ainda mais, sobre aquelas totalmente estrangeiras, suas subsidiárias, e seus agentes, tendo em vista os problemas inerentes à execução e às dificuldades diplomáticas⁹⁰⁰. Por essa razão, buscava-se justificar a jurisdição estadunidense com base em critério territorial, mesmo que fosse por meio de um contato mínimo – uso de e-mail. Atualmente, após as mudanças de 1998, a sua aplicabilidade extraterritorial foi de sobremaneira potencializada através do uso da jurisdição pelo critério da nacionalidade de forma pura, sem a necessidade da alegação territorial⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ ZERK, Jennifer A. *Op. Cit.* p. 53.

⁸⁹⁸ TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook: A Practical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practitioners*. 2 ed. Chicago: ABA Publishing, 2012, p. 101. Apud FERREIRA, Luciano Vaz. *Op. Cit.* p. 114.

⁸⁹⁹ BROWN, H. Lowell. *Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government’s Reach Now Exceed Its Grasp?*, *N.C. J. INT’L L. & COM. REG.*, v.26, 239, 300–02 (2001). Apud HARVARD LAW REVIEW. p 1285. Disponível em: < https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol1124_DEVO.pdf >. Acesso em: 12 set. 2017.

⁹⁰⁰ ASHE, Daniel Patrick. *The lengthening anti-bribery lasso of the united states: the recent extraterritorial application of the u.s. Foreign corrupt practices act.* *Fordham Law Review*, v. 73, p 2897-2944.p. 2898-2899. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁰¹ FCPA. § 78dd-1(g), -2(i).

Verifica-se que, o FCPA é criminal e não criminal (*civil liability*⁹⁰²). Em termos de execução dessa lei, ambos o DOJ e a SEC tem legitimidade para processar. A SEC é responsável pelas violações não criminais⁹⁰³ e o DOJ concentra-se nas violações criminais⁹⁰⁴.

As penalidades criminais podem ser impostas por violações às disposições de antisuborno do FCPA: (i) às corporações e outras entidades comerciais estão sujeitas a uma multa de até US\$ 2 milhões; (ii) administradores, diretores, acionistas, funcionários e agentes estão sujeitos a uma multa de até US\$ 100.000 e prisão por até cinco anos. Todavia, nos termos do *Alternative Fines Act*, essas multas podem chegar a até duas vezes o valor do benefício que o réu tentou obter ao efetuar o pagamento corrupto, e as multas cominadas às pessoas físicas não podem ser pagas pela sociedade empresária a qual estava representando quando cometeu o ato corrupto⁹⁰⁵.

Quanto às penalidades de natureza não criminal, o Procurador-Geral ou a SEC, conforme o caso, podem ajuizar uma ação para obter o pagamento de multa no valor de até US\$ 10.000 contra qualquer empresa, funcionário, diretor, agente, ou acionista que, agindo em nome da empresa, viole as disposições do FCPA. Além disso, em uma eventual ação de execução feita pela SEC, o tribunal pode impor uma multa adicional não excedente ao (i) valor bruto do ganho pecuniário do réu, como resultado da violação, ou (ii) a uma outra limitação específica; a que for maior. As limitações específicas baseiam-se no tamanho da extensão do dano, variando de US\$ 5.000 a US\$ 100.000 para uma pessoa física, e US\$50.000 a US\$ 500.000 para pessoa jurídica⁹⁰⁶.

⁹⁰² Nesse sentido, Luciano Vaz Ferreira destaca que: “apesar de os escritos em inglês referentes ao FCPA mencionarem *civil liability* (responsabilidade civil), trata-se, na realidade, de uma responsabilidade administrativa determinada judicialmente, uma vez que não se refere a uma ação intentada por uma vítima do suborno buscando reparação, mas uma medida do Estado buscando a punição.” FERRERIA, Luciano Vaz. Op. Cit. p. 117

⁹⁰³ Historicamente, a SEC se envolvia na execução civil das disposições de suborno. Esta inatividade começou a mudar na década de 1990, especialmente após o escândalo da Enron. In: DEMING, Stuart H.. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms 6 (2005). The U.S. Department of Justice (DOJ) also handles civil enforcement not related to issuers.* p. 41. Apud WEISS, David C. *The Foreign Corrupt Practices Act, SEC Disgorgement of Profits, and the Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, and Deterrence.* *Michigan Journal of International Law*, v. 30, 2009. p. 478. Disponível: <<http://ssrn.com/abstract=1319814>> Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁰⁴ DEMING, Stuart H.. *Ibidem.*

⁹⁰⁵ DOJ. Department of Justice. Lay Persons Guide. Disponível em: <<http://insct.syr.edu/wp-content/uploads/2013/02/lay-persons-guide.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁹⁰⁶ DOJ. Department of Justice. Lay Persons Guide. Disponível em: <<http://insct.syr.edu/wp-content/uploads/2013/02/lay-persons-guide.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

O Governo norte-americano pode, ainda, proibir que a pessoa condenada por infrações ao FCPA realize negócios nos Estados Unidos⁹⁰⁷.

Importante mencionar que a SEC e o Departamento de Justiça vinha aumentando de maneira dramática a sua atuação no âmbito do FCPA nos últimos anos, talvez por conta do ciclo de crises econômico financeiras da última década (2002 e 2007). Dados apontam que, entre os anos de 1978 e 2000, a SEC e o DOJ processaram, conjuntamente, com base nas disposições do FCPA, uma média de três casos por ano⁹⁰⁸. Já entre os anos 2004 e 2010, a média fica em 25 casos por ano⁹⁰⁹ e entre 2011 e 2017, essa média chega a 31 casos por ano⁹¹⁰.

Entre 2004 e maio de 2010, o DOJ arrecadou mais de US\$ 1,5 bilhão em multas, de apenas trinta e sete empresas, por conta de violações destas ao FCPA⁹¹¹. No entanto, somente no ano de 2008, as multas fundamentadas em infrações a essa legislação excederam US\$2,5 bilhões⁹¹². Até o hoje, o montante arrecado é de US\$ 9.862.790.400,00, numa média de US\$ 18.767.837,00 por condenação⁹¹³.

Importante destacar que a maioria esmagadora dos casos de FCPA termina em acordo, por receio acerca da imprevisibilidade do valor das multas e dos custos de se ter um processo judicial desse porte, além da tentativa de afastar outras sanções tais como a de proibição de contratar com o poder público, entre outras⁹¹⁴. A prova de que a empresa mantém um programa de *compliance* anticorrupção, capaz de prevenir e monitorar condutas corruptas, tem sido importante fator para a diminuição. Embora não seja suficiente para a absolvição pode reduzir em até 95% a pena aplicada⁹¹⁵.

⁹⁰⁷ Ibidem

⁹⁰⁸ ERBSTOESSER, Eugene R.; STURC, John H.; CHESLEY, John W.F. The FCPA and Analogous Foreign Anti-Bribery Laws-Overview, Recent Developments, and Acquisition Due Diligence. 2 *CAP. Markets L.J.* 381, 386 (2007). Apud HUSKINS, Priya Cherian; FCPA Prosecutions: Liability Trend to watch. *Stanford Law Review*, v. 60, pp. 1447-1458, 2008. p. 1449

⁹⁰⁹ Ver anexos 3, 4, 5 e 6. Fonte: DOJ. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/response3-appx-b.pdf>>

⁹¹⁰ FCPA STANFORD. Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>> . Acesso em 19 ago 17

⁹¹¹ BREUER, Lanny A. *Assistant Att'y Gen., Criminal Div., U.S. Dep't of Justice, Address at Compliance Week 2010-5th Annual Conference for Corporate Financial, Legal, Risk, Audit &vCompliance Officers* 3, 26 Mai 10. Disponível: <<http://legaltimes.typepad.com/files/lanny-abreuer-compliance-week-speech---may-26-2010.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

⁹¹² FCPA STANFORD. Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/chart-penalties.html>> . Acesso em 19 ago 17/

⁹¹³ Ibidem

⁹¹⁴ Rose-Ackerman, Susan; HUNT, Sinead. Transparency and Business Advantage: the Impact of International Anti-corruption Policies on the United States National Interest. *New York University Annual Survey of American Law*, v. 67, pp433-466, 2012, p. 438. Apud FERREIRA, Luciano Vaz. Op. Cit. p. 120

⁹¹⁵ Segundo o FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, alguns pontos indicativos de um bom programa de compliance são: tone to the top (comprometimento dos mais altos cargos da empresa);

Foi, inclusive, editado pelo DOJ e SEC, em novembro de 2012, um guia interpretativo do FCPA de carácter não vinculante que deve servir como *soft-law* na interpretação da sua aplicação, o *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*⁹¹⁶.

A postura mais agressiva adotada pelo presidente anterior, Barack Obama, no que tange à execução desse estatuto anticorrupção, foi verificada no discurso do *Justice Department Assistant Attorney General*, Dr. Lanny Breuer, que afirmou que uma nova era estava chegando para ficar, em suas palavras: – “*it is a new era of FCPA enforcement; and we are here to stay*”⁹¹⁷. O antigo chefe adjunto do DOJ na Seção de Fraudes, Mendelsohn⁹¹⁸, questionado em uma entrevista acerca do aumento de casos abrangidos no escopo do FCPA, apontou que a grande diferença está na atual aplicação do estatuto, segundo ele “*what's really changed is not so much the legislation, but the enforcement and approach to enforcement by U.S. authorities*”⁹¹⁹.

De fato, aproximadamente 90% das multas e penalidades do FCPA no ano de 2010 foram pagos por empresas estrangeiras (com ações listadas em bolsas de valores norte-americanas ou, de outra forma, sujeitas ao FCPA com base no princípio da territorialidade por contato mínimo)⁹²⁰.

política articulada contra corrupção; código de ética e conduta aplicável a todos os níveis da empresa, prevendo todos os procedimentos de compliance, coordenação do programa por um órgão interno dotado de autonomia; direcionamento às atividades com maior risco de suborno; iniciativas de treinamento contínuo; procedimentos disciplinares para os violadores do código de ética e conduta e premiações para colaborações relevantes de funcionários na área; monitoramento na contratação de terceiros, de modo a prevenir uma possível prática de suborno por estas pessoas, manutenção de canais de denúncia anônima (hot line); revisões periódicas do programa; monitoramento de fusões e aquisições, evitando-se a sucessão da responsabilidade, uma vez que se permite no âmbito do FCPA ser responsável sucessor pelo ato de corrupção. DOJ. FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> Acessado em 03 jun. 2017.

⁹¹⁶ DOJ. FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> Acessado em 03 jun. 2017.

⁹¹⁷ DOJ. *Press Release*. Assistant Attorney General Lanny A. Breuer falou na 24 National Conference on the Foreign Corrupt Practices Act. Em 16 Nov. 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/pr/speeches/2010/crm-speech-101116.html> Acessado em 03 jun. 2012.

⁹¹⁸ Entre 2005 e abril de 2010, Mark Mendelsohn foi o *Deputy Chief* do DOJ na seção de fraudes e a pessoa responsável por todas as investigações do órgão sob a égide do FCPA. WEISS, Paul, Mark Mendelsohn Biography. Disponível em: <http://www.paulweiss.com/mark-fmendelsohn/>. Acesso em: 03 jun. 2012.

⁹¹⁹ PFEIFER, Stuart. U.S. cracks down on firms that pay bribes to foreign officials. *Los Angeles Times*. 11 Mar 11. Disponível em: <http://articles.latimes.com/2011/mar/11/business/la-fi-foreign-corrupt-20110311>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹²⁰ KOEHLER, Mike. Foreign Corrupt Practices Act Enforcement in 2010: Big, Bold, and Bizarre. *White Collar Crime Rep.*, 25 Feb 11. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/49497409/FCPA-Enforcement-in-2010-Big-Bold-and-Bizarre> Acesso em: 02 aug. 2017.

Esta aplicação do FCPA oferece uma outra visão sobre como a aplicação extraterritorial de estatutos legais pode incentivar o cumprimento de um tratado internacional multilateral, como é o caso da Convenção da OCDE⁹²¹.

Nesse sentido, em 1977, quando o governo dos EUA promulgou pela primeira vez o *Foreign Corrupt Practices Act*, tinha como objetivo impedir a corrupção por parte das empresas norte-americanas. E, mesmo quando alguns críticos o questionaram, conforme citação anterior, sob a alegação de que essa medida unilateral seria uma desvantagem em termos de competitividade em muitos mercados emergentes para as empresas americanas, a persistência do governo, mesmo com as adaptações de 1988, fez com que, hoje, as TNCs americanas sejam reconhecidas como líderes globais em diversas áreas em que atuam, robustecendo o argumento de que o FCPA pode ter forçado as empresas norte-americanas a empreender uma maior atenção no desenvolvimento de vantagens competitivas de longo prazo, através da inovação e melhores decisões de investimento⁹²², evitando imediatismos provenientes da corrupção.

Ademais, é crível que o FCPA tenha potencial para ser usado como escudo contra práticas corruptas. Isso ocorre na medida em que ele possibilita o acesso das TNCs a áreas onde a corrupção é desenfreada, pois oferece a diretores e agentes uma alternativa de defesa contra aqueles que procuram por subornos. Esse exemplo foi citado pelo diretor de assuntos corporativos e relações exteriores para a África da Newmont Mining:

My “experience, particularly in Africa, has been that FCPA has been an enormously valuable protective device for us . . . when you have a government person saying . . . ‘we’ll give you that license if you buy us a car or something’ . . . it’s not about ‘look I’m a mean guy and I don’t have value our relationship, and therefore I’m not going to give it to you,’ you say ‘look, there’s a law out there that means I’m going to go to jail if I do that, I’m not going to go to jail for you or anybody else.’⁹²³.

Por fim, após a ascensão do novo presidente, Donald Trump, a partir de 2017, a política parece ter mudado, uma vez que, até o meio do ano, apenas três casos⁹²⁴ haviam sido acrescentados às estatísticas, todavia, ainda é prematura qualquer avaliação.

⁹²¹ HARVARD LAW REVIEW. *Developments in the Law Extraterritoriality*. p 1285. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_DEVO.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁹²² WU, X. Corporate Governance and Corruption: A Cross-Country Analysis. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, v. 18, n. 2, p. 151-170, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=921520>>. p. 157.

⁹²³ FORBES. Notícia veiculada e disponível em <<http://www.forbes.com/sites/csr/2011/07/01/the-corporate-responsibility-to-prevent-corruption/>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁹²⁴ Ibidem.

4.2.2 Alemanha: Act of Combating International Bribery (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung)

O estatuto alemão anticorrupção transnacional merece destaque por ser o segundo com mais condenações por corrupção transnacional, ficando atrás apenas do FCPA.

O arcabouço legislativo da Alemanha que trata da prática da corrupção é composto pelo Código Criminal Alemão (*Strafgesetzbuch*, ou simplesmente referido como “StGB”), pela Lei Anti-Corrupção da União Europeia (*UE-Bestechungsgesetz*), pelo *Act of Combating International Bribery – IntBestG (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung)*⁹²⁵, e pelo *Administrative Offences Act (Ordnungswidrigkeitengesetz)*.

O Artigo 108 trata da tipificação de suborno eleitoral⁹²⁶. Os Artigos 298 a 302 tipificam os crimes de fraude à licitação e suborno para obtenção de vantagens em negociações comerciais. A conduta de oferecer, prometer, ou dar benefício indevido à agente público está previsto nos Artigos 332 a 338.

De acordo com a lei alemã, não há uma definição exata e precisa do que venha a ser “benefícios” de forma que a interpretação dada refere-se a qualquer bem material ou imaterial recebido de forma indevida. Da mesma maneira, o *facilitating payments*⁹²⁷, permitidos em países como nos Estados Unidos⁹²⁸, são entendidos como vantagem indevida⁹²⁹ na Alemanha.

O Código Penal Alemão trata de crimes cometidos tanto por agentes públicos quanto privados. A concepção de agentes públicos (*public officials*) é ampla e contempla servidores

⁹²⁵ ARNSERGER, Jost. German Anti-Bribery and Anti-Corruption Law – An Introduction. 26 jun. 2013. Disponível em: <http://www.anticorruptionblog.com/germany/german-anti-bribery-and-anti-corruption-law-an-introduction/>, Acesso em: 27 jul. 2017.

⁹²⁶ Vale notar que o artigo 108e do Código Penal Alemão prevê que o sujeito passivo pode ser tanto parlamentar do Parlamento Europeu, quanto da própria Alemanha. GERMAN CRIMINAL CODE. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html>. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁹²⁷ o qual não tem tradução específica no Brasil por ser proibido, e que se refere a uma propina paga em reação à extorsão de um agente público de baixa hierarquia que exerce seu poder discricionário para impedir a empresa de conduzir normalmente suas atividades. Propina pode ser conceituada como oferta ou recebimento de qualquer presente, empréstimo, honorário, recompensa ou outra vantagem a ou de qualquer pessoa como indução a se fazer algo desonesto, ilegal ou que constitua quebra de confiança na condução das atividades da empresa. Transparência Brasil. Princípios Empresariais de Combate à Propina. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/business.pdf>> Acesso em: 19 ago. 2017.

⁹²⁸ LUNDERS, Cristina K. Facilitating Payments. Houston. Disponível em: <<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/126090/facilitating-payments>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁹²⁹ ARNSERGER, Jost. German Anti-Bribery and Anti-Corruption Law – An Introduction. 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.anticorruptionblog.com/germany/german-anti-bribery-and-anti-corruption-law-an-introduction/>>, Acesso em: 27 jul. 2017.

públicos, juízes, e quaisquer pessoas que estejam em funções públicas, ou que foram indicadas para atuar com autoridade ou poder de administração de serviços públicos⁹³⁰.

A lei anticorrupção de 1998 (*Anti-Corruption Act*) reforçou, *inter alia*, as infrações penais de receber e dar vantagens aos funcionários públicos. Em 1999, a Lei contra a corrupção internacional e a Lei Anticorrupção da UE alargaram as infrações penais de suborno ativo e (parcialmente) a de suborno passivo aos funcionários públicos estrangeiros ou de Organizações internacionais. Em 2002, a infração penal de suborno nas transações comerciais foi estendida às empresas estrangeiras.

Em 26 de novembro de 2015 entrou em vigor o *Act of Combating International Bribery*, o qual trouxe algumas alterações relevantes ao Código Penal Alemão ao expandir os termos do diploma legal para incluir agentes públicos europeus e estrangeiros, obtendo, assim, abrangência internacional⁹³¹. Nesse sentido, o Código Penal Alemão aplica-se, agora, a ofensas cometidas por um cidadão alemão no exterior ou por funcionários públicos europeus na Alemanha.

As penalidades previstas no Código Penal Alemão não se aplicam às pessoas jurídicas, uma vez que o conceito de culpa apenas é compatível no direito alemão com pessoas físicas. Dessa forma, ainda que atuando em nome uma companhia ou sociedade, a pessoa física será a única criminalmente responsável.

A Alemanha estabeleceu a responsabilidade das pessoas jurídicas nos termos da Lei de Infrações Administrativas (*Administrative Offences Act*) (*Ordnungswidrigkeitengesetz — OWiG*)⁹³². Isso inclui a responsabilidade por suborno transnacional. De acordo com a OWiG, pode ser imposta uma sanção administrativa contra uma pessoa jurídica nos casos em que um membro da administração cometa uma infração penal ou uma infração administrativa e, se, por conseguinte, os deveres que incumbem à pessoa jurídica tenham sido violados ou a pessoa jurídica aufera ou deveria auferir “ganhos” (lucro) com a conduta (seção 30). No caso de delitos cometidos por pessoal não gerencial, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada se, a nível da administração as funções de supervisão da administração tiverem sido negligenciadas (seções 30, 130, OWiG). Em suma, a lei alemã prevê a possibilidade de imputar pessoas jurídicas por

⁹³⁰ Ibidem.

⁹³¹ KAETZLER, Joachim. RONKEN, Hannes. The new German corruption law. Germany. Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8df6e411-77b5-4a6e-842a-ced0db740a9e>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁹³² LORD, Nicholas. Regulating transnational corporate bribery: Anti-bribery and corruption in the UK and Germany. *Criminal, Law and Social Change*. Cardiff, v. 60, n. 2, p. 133, 2013.

infrações cometidas por (i) um membro da administração e (ii) outros funcionários por não terem tomado medidas de supervisão a nível da administração.

Este diploma legal prevê multa de até 10.000.000 de euros para crimes dolosos e cinco milhões de euros para crimes culposos. No entanto, é permitido o aumento do limite legal se o valor do benefício obtido for maior que o limite imposto em lei. Além disso, ainda é possível o confisco dos benefícios obtidos pelos atos de corrupção⁹³³.

Vale mencionar o histórico alemão materializado no caso Siemens. Nos anos 90, a legislação alemã autorizava o pagamento de propinas por empresários a autoridades localizadas no exterior para facilitar a celebração de contratos. Durante os anos 1980, as companhias podiam abater o valor das propinas ou subornos pagos no mundo do imposto de renda pago na Alemanha⁹³⁴.

As leis alemãs foram modificadas no fim dos anos 90, por conta da ratificação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, e passaram a inadmitir o pagamento de propina e suborno. No entanto, a alteração da lei não se mostrou suficiente para alterar o *mindset* dos empresários alemães⁹³⁵. Investigações conduzidas pelos Estados Unidos verificaram o pagamento de US\$ 1,4 bilhão em propinas em diversos países⁹³⁶. No Brasil, estima-se que a Siemens tenha pago, pelo menos, 8 milhões de euros⁹³⁷. No presente caso, a Siemens acabou por pagar cerca de 395 milhões de euros em multa na Alemanha⁹³⁸ pelo *Administrative Offences Act* e cerca de 800 milhões de dólares em multa nos EUA pelo FCPA.

Segundo relatório de 2015 da Convenção OCDE de combate à corrupção, publicado em novembro de 2016, a Alemanha teve 56 casos de condenação a indivíduos, acrescido de 171 casos onde houve acordo, 12 condenações de pessoas jurídicas, 3 absolvições de indivíduos e

⁹³³ KAETZLER, Joachim. RONKEN, Hannes. Op. cit.

⁹³⁴ BBC BRASIL. Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁹³⁵ Ibidem.

⁹³⁶ BBC BRASIL. Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁹³⁷ EXAME. Propina da Siemens no Brasil foi de 8 milhões de euros. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/propina-da-siemens-foi-de-8-milhoes-de-euros-no-pais/>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁹³⁸ NEW YORK TIMES. Siemens to Pay \$1.34 Billion in Fines. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/12/16/business/worldbusiness/16siemens.html>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

nenhuma absolvição de pessoas jurídicas. Em relação às ofensas não criminais 2 condenações a pessoa jurídica e 2 a indivíduos⁹³⁹.

As principais disposições relativas à corrupção na Alemanha são:

- Suborno no setor público - Seções 331, 332, 333, 334, 335, 335a e 336 do Código Penal;
- Suborno no setor privado / comercial (transações comerciais) - Seções 299 e 300 do Código Penal;
- Suborno no setor da saúde - Seções 299a, 299b e 300 do Código Penal;
- Subornando eleitores - Seção 108b do Código Penal; e
- Subornando políticos - Seção 108e do Código Penal.

4.2.3 Reino Unido: UK Bribery Act

Em terceiro lugar em quantidade de casos envolvendo corrupção transnacional, segundo relatório da OCDE, está o Reino Unido, em relação às ofensas criminais, são 10 casos de condenação a indivíduos, 2 condenações de pessoas jurídicas, 7 casos de absolvição de indivíduos e nenhuma absolvição de pessoas jurídicas⁹⁴⁰. Em relação às ofensas não criminais houve 1 condenação a pessoa jurídica.

Em 2010, a Grã-Bretanha aprovou uma extensiva lei antissuborno a fim de atender à Convenção da OCDE, ratificada em 1998⁹⁴¹⁹⁴². O *Bribery Act* foi assinado em 8 de abril de

⁹³⁹ OCDE. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-Enforcement-Data-2015.pdf> > Acesso em: 18 ago. 2017.

⁹⁴⁰ OCDE. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-Enforcement-Data-2015.pdf> > Acesso em: 18 ago. 2017.

⁹⁴¹ A legislação britânica foi, em parte, uma resposta ao relatório da OCDE que intimava o Reino Unido a promulgar uma legislação anticorrupção eficaz. Segundo esse relatório, a legislação do Reino Unido da época tornava muito difícil para os promotores dar eficácia aos casos em que as empresas cometam delitos de corrupção. Embora o Reino Unido tenha ratificado a Convenção da OCDE Anti-Suborno há 10 anos, até aquele momento, ano de 2008, não havia tido sucesso em processar qualquer caso de suborno contra uma empresa. In: OCDE. *Group Demands Rapid UK Action to Enact Adequate Anti-Bribery Laws*, OECD, 16 Out. 08. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/8/0,3343,en_2649_34855_41515464_1_1_1_1,00.html>.

⁹⁴² Por conta das pressões da OCDE o governo Britânico solicitou que a *English Law Commission* fizesse uma proposta de lei que atendesse a essas reivindicações. A proposta de lei recomendou a revogação de todos os crimes de corrupção existentes, para que fossem substituídos por novas quatro infrações: bribing (subornar alguém), being bribed (ser subornado), bribing a foreign official (subornar um funcionário público), e a Corporation's negligent failure to prevent bribery (uma corporação privada que falha na prevenção do suborno). O projeto foi aprovado, apesar do lobby contrário das grandes transnacionais inglesas. In: WARIN, F. Joseph, FALCONER, Charles e DIAMANT, Michael S.. *The British are Coming!: Britain Changes its Law on Foreign*

2010, e entrou em vigor em 1 de julho de 2011⁹⁴³, na Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte⁹⁴⁴.

Uma das grandes novidades acerca desta legislação de caráter extraterritorial⁹⁴⁵ é que ela visa coibir ações corruptas tanto no âmbito das relações com os Estados⁹⁴⁶, como também na esfera civil, a corrupção entre as TNCs⁹⁴⁷. O *Bribery Act* se concentra em quatro espécies de crime: (i) *bribing* – suborno ativo – (section 1); (ii) *being bribed* – suborno passivo – (section 2); (iii) *bribing a foreign public official* – suborno ativo a funcionário público – (section 6); e (iv) *failing as a commercial organization to prevent bribery* – não cumprimento por parte das companhias na prevenção de condutas corruptas – (section 7)⁹⁴⁸.

Entretanto, diferentemente do FCPA que criminaliza o suborno feito aos funcionários públicos estrangeiros e estabelece requisitos de contabilidade e de manutenção de registros da empresa, o *Bribery Act* não cria qualquer obrigação positiva em relação à contabilidade corporativa⁹⁴⁹, mencionando apenas a necessidade de operar conforme “procedimentos adequados”⁹⁵⁰.

Esse estatuto mantém a competência da lei britânica antiga no que se refere à possibilidade de condenar indivíduos e corporações. Todavia, o problema acusado por diversos países, e que foi resolvido nessa nova legislação⁹⁵¹, era que a lei antiga abrangia apenas atos e

Bribery and Joins the International Fight Against Corruption. Texas International Law Journal. Vol. 46:1, 2010-2011. p 1-72. p. 5-6.

⁹⁴³ FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE. Disponível em: <<http://www.fco.gov.uk/en/global-issues/conflict-minerals/legally-binding-process/uk-bribery-act>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁴⁴ Inteiro teor do Bribery Act e exposição de motivos estão disponíveis em: <www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/ukpga_20100023_en_1>.

⁹⁴⁵ Bribery Act, 2010, c. 43, § 12 (U.K.).

⁹⁴⁶ Bribery Act, 2010, c. 23, § 6 (U.K.). *Bribery of foreign public officials*

⁹⁴⁷ Bribery Act, 2010, c. 23, § 7 (U.K.). *Failure of commercial organisations to prevent bribery*

⁹⁴⁸ Bribery Act, 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁴⁹ O *United Kingdom's Companies Act 2006* já impunha requisitos similares ao FCPA acerca dos registros contábeis. In: Companies Act, 2006, c. 1, § 380. Apud WARIN, F. Joseph, FALCONER, Charles e DIAMANT, Michael S.. *The British are Coming!: Britain Changes its Law on Foreign Bribery and Joins the International Fight Against Corruption*. Texas International Law Journal. Vol. 46:1, 2010-2011. p 1-72. p. 8.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 38.

⁹⁵¹ O *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* que entrou em vigor em 14 de fevereiro de 2002, ampliou a jurisdição dos tribunais do Reino Unido para crimes cometidos no exterior por nacionais do Reino Unido e empresas do Reino Unido, incluindo atos de suborno cometidos no exterior. Em 15 de janeiro de 2016, o Tribunal Recursal (*Court of Appeal*) confirmou que o suborno de um funcionário público estrangeiro era uma infração ao abrigo da *Prevention of Corruption Act* de 1906 e, portanto, ilegal antes do ato de 2001 entrar em vigor. LEXOLOGY. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=91b7a440-f3ef-475e-8d4e-11c551856ba9>>. Acesso em: 20 ago 17.

omissões que ocorressem dentro do Reino Unido, ou quando os indivíduos fossem seus cidadãos (o que incluía cidadãos britânicos ultramarinos)⁹⁵². Com a alteração, o crime de subornar um funcionário público estrangeiro, previsto na seção 6, passou a ser submetido ao princípio da “*close connection*”⁹⁵³, que afirma a jurisdição britânica sempre que a pessoa ou entidade tiver uma estreita ligação com o Reino Unido, mesmo que o ato ou omissão em questão não ocorra dentro de seus limites territoriais⁹⁵⁴.

A consequência é que as implicações extraterritoriais do *Bribery Act* não estão adstritas aos cidadãos e empresas britânicas, como também às “*connected persons*”, bem como a qualquer companhia que tenha negócios no Reino Unido, podendo o fato ou conduta ter ocorrido em qualquer parte do globo⁹⁵⁵. Nesse diapasão, a organização comercial será considerada culpada de uma conduta tipificada no *Bribery Act*, se uma pessoa associada (*connected person*)⁹⁵⁶ pagar suborno à outra pessoa, com o objetivo de obter ou manter uma vantagem de negócio, e a organização comercial não poderá alegar como defesa que mantinha procedimentos adequados no local para evitar a corrupção⁹⁵⁷.

Neste esteio, o crime corporativo é consumado quando uma pessoa associada (*connected person*) à organização comercial paga um suborno, em nome dela, não importando em que capacidade ela execute esse serviço, para, e em nome de quem dentro da organização a corrupção foi perpetrada⁹⁵⁸.

No entanto, as autoridades britânicas não têm competência para julgar crimes tipificados nas principais condutas contidas na Lei – Seções 1, 2 e 6 – caso não haja “*close connection*”.

⁹⁵² Ibidem, p. 15.

⁹⁵³ “A close connection with the UK exists where a person (legal or natural) committing the acts, in the UK or in other jurisdictions, is domiciled or incorporated in the UK, is a British citizen, a British overseas territories citizen, a British national (overseas), a British overseas citizen and so on. In short, the Act provides that citizens of British overseas territories are closely connected with the UK and fall under the provisions of the Act.” In: ADAMSON, Ben. *The Bribery Act: The view from offshore*. The Bribery Act.com. 15 Jun 11. Disponível em: < <http://thebriberyact.com/2011/06/15/the-bribery-act-the-view-from-offshore/>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁵⁴ WARIN, F. Joseph, FALCONER, Charles e DIAMANT, Michael S.. *The British are Coming!: Britain Changes its Law on Foreign Bribery and Joins the International Fight Against Corruption*. Texas International Law Journal. Vol. 46:1, 2010-2011. p 1-72. p. 15.

⁹⁵⁵ ADAMSON, Ben. *The Bribery Act: The view from offshore*. The Bribery Act.com. 15 Jun 11. Disponível em: < <http://thebriberyact.com/2011/06/15/the-bribery-act-the-view-from-offshore/>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁵⁶ A “connected person” pode ser um agente associado, um empregado seu ou de uma filial ou subsidiária, joint venture, etc. CLARKE, Simon. Beware the brown envelope. UK Bribery Act. IFLR/. *Int'l Fin. L. Rev.* v. 29, n. 54. dez/jan 2010-2011. p. 55

⁹⁵⁷ Ibidem.

⁹⁵⁸ Ibidem.

O mesmo não ocorre com relação à Seção 7, a qual abrange quaisquer TNCs que tenham negócios no Reino Unido, não havendo a obrigatoriedade de uma “*close connection*”⁹⁵⁹.

Dentro do escopo do *Bribery Act* não há exceção quanto ao pagamento de pequenas somas em dinheiro com o objetivo de obter autorizações ou licenças, facilitar o processamento de documentos do governo estrangeiro, de agendamento de inspeções. O que, para alguns, pode oferecer uma desvantagem às empresas britânicas em relação às norte-americanas, já que o FCPA permite a prática dentro destes termos⁹⁶⁰. No entanto, o *Joint Committee*⁹⁶¹ estabeleceu como premissa interpretativa que pequenos pagamentos envolvendo tais ações, não serão processados nos termos do *Bribery Act*⁹⁶². Na prática, isso significa que o *Serious Fraud Office* (“SFO”), órgão responsável no Reino Unido para fins de investigação e ajuizamento de ações no domínio do *Bribery Act*, priorizarão os casos de maior invergedura financeira, deixando as pequenas ofensas para as autoridades estrangeiras locais⁹⁶³.

Conforme ressaltado acima, para fins da tipificação conforme seção 6, o SFO está obrigado a demonstrar que não somente foi oferecida, prometida ou entregue uma “vantagem”, ao funcionário ou a outra pessoa a pedido de tal funcionário, com seu consentimento ou aquiescência, mas também que a vantagem não é permitida ou exigida pela lei escrita aplicável ao funcionário público estrangeiro. Há necessidade da dupla incriminação⁹⁶⁴.

Da mesma forma, a boa-fé e o uso de promoções, ou outro ato que vise melhorar a imagem da organização comercial, através da apresentação de seus produtos e serviços, ou estabelecendo relações cordiais, além de reconhecido como uma importante prática de negócios, não foi criminalizada pela nova Lei. Nesse sentido, para que esse comportamento se insira na égide do *Bribery Act* deve haver uma intenção de obter vantagem financeira ou de influenciar o oficial para que, no exercício de sua função, assegure à empresa uma vantagem comercial⁹⁶⁵.

⁹⁵⁹ GUIDANCE. The Bribery Act 2010 – Guidance. p. 9. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁶⁰ WARIN, F. Joseph; FALCONER, Charles; DIAMANT, Michael S.. The British are Coming!: Britain Changes its Law on Foreign Bribery and Joins the International Fight Against Corruption. *Texas International Law Journal*. v. 46, n.1, p 1-72, 2010-2011.. p. 20.

⁹⁶¹ O Joint Committee é uma comissão mista da Câmara dos Lords e das Câmara dos Comuns.

⁹⁶² JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT BRIBERY BILL, FIRST REPORT, 2008-09. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200809/jtselect/jtbribe/115/11502.htm>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁶³ ADAMSON, Ben. *The Bribery Act: The view from offshore*. The Bribery Act.com. 15 Jun 11. Disponível em: <<http://thebriberyact.com/2011/06/15/the-bribery-act-the-view-from-offshore/>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁶⁴ UK GOVERNMENT. The Bribery Act 2010 – Guidance. p. 12. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁶⁵ Ibidem.

Com relação às punições, a pena de prisão prevista é de até 10 anos, sem limitação de valores para fins de aplicação de multa⁹⁶⁶.

Conforme se verifica no *Guia do Bribery Act 2010*, o governo Britânico considera que os procedimentos implementados por organizações comerciais na tentativa de impedir a corrupção devem ser guiados conforme seis princípios⁹⁶⁷:

- (1) Proportionate procedures – proporcionalidade nos procedimentos
- (2) Top-level commitment – alto grau de comprometimento
- (3) Risk Assessment – avaliação do risco
- (4) Due diligence⁹⁶⁸ –
- (5) Communication (including training) – comunicação e treinamento
- (6) Monitoring and review – monitoramento e revisão

Estes princípios não são prescritivos, e sim flexíveis, e buscam focar no resultado de combate à corrupção, permitindo uma enorme variedade de circunstâncias que as organizações comerciais podem encontrar, desde pequenas empresas, até as TNCs.

Verifica-se, portanto, que o *Bribery Act* induz a uma elevação dos padrões internacionais, porque ele efetivamente obriga as empresas a instituírem procedimentos eficazes para prevenção do suborno, tais como códigos de conduta empresariais, treinamentos internos, as disposições contratuais e “*triple bottom line*”⁹⁶⁹ de auditoria. A lei também eleva o padrão internacional, incluindo pagamentos de facilitação (*facilitating payments*) comercial entre agentes privados, que estão excluídos do FCPA⁹⁷⁰.

A tendência recente mais significativa de fortalecimento do *framework* anticorrupção do Reino Unido talvez seja a aplicação de acordos de incriminação diferidos (*deferred*

⁹⁶⁶ Bribery Act, 2010, c. 23, § 11(U.K.). *Penalties*

⁹⁶⁷ UK GOVERNMENT. GUIDANCE. The Bribery Act 2010 – Guidance. p. 20-31. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁶⁸ *Due Diligence* é um “processo de análise dos principais qualidades e problemas de um negócio/entidade, incluindo a estrutura de informações, com o objetivo de identificar e/ou confirmar riscos e oportunidades para os processos de avaliação e negociação”. Fonte: BRITCHAM. Camara de Comercio Britânica. <http://www.britcham.com.br/download/100910_JorgeSowaya.pdf>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁶⁹ *Triple bottom line* são efeitos financeiros, sociais e ambientais das políticas de uma empresa e ações que determinam a sua viabilidade como uma organização sustentável. Disponível em: <<http://www.businessdictionary.com/definition/triple-bottom-line.html#ixzz1yRyO4o14>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

⁹⁷⁰ ENGLE, Eric. *I Get by with a Little Help from My Friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by Reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act*. The International Lawyer Vol. 44, N. 4. Winter, 2010, p 1173-1188. p.1188.

prosecution agreements - DPAs) para resolver casos de corrupção corporativa como alternativa ao processo judicial regular. Enquanto os DPAs foram introduzidos pela *Crime and Courts Act* de 2013, eles não foram utilizados até novembro de 2015, quando o *Serious Fraud Office* (SFO) ingressou com seu primeiro DPA contra o *ICBC Standard Bank Plc* sob acusação de não prevenir o suborno previsto na Seção 7 do UK Bribery Act. Em 8 de julho de 2016, o segundo DPA foi aprovado sob a acusação de não ter prevenido o suborno no caso da XYZ. Novamente, o foco foi na cooperação inicial da empresa, um desconto de um terço é geralmente aplicado quando a confissão é feita na primeira oportunidade⁹⁷¹.

4.2.4 Canadá: Corruption of Foreign Public Officials Act

A inclusão do Canadá se justifica por ser um dos países com casos de aplicação de legislação anticorrupção transnacional, bem como por ter um grande centro produtor de petróleo e gás, além de ser sede de várias empresas da indústria do petróleo, até por conta da proximidade com os Estados Unidos.

Originalmente, a legislação do Canadá não definia o tratamento a ser dispensado aos casos de suborno e outros atos de corrupção por cidadão ou empresa canadense a agente público no exterior⁹⁷². No entanto, em 1998, foi promulgada a Bill S-21, convertida no *Corruption of Foreign Public Officials Act* (CFPOA), a qual criou a tipificação legal do crime de suborno de agentes públicos estrangeiros, de forma a adequar o texto à Convenção da OECD⁹⁷³.

O poder legislativo canadense preferiu criar uma nova lei para tratar do assunto, ao invés de emendar o Código Penal Canadense. A alternativa preterida permitiu que o tema do combate à corrupção transnacional fosse abordada na legislação de forma flexibilizada, admitindo, assim, o pleno desenvolvimento da norma⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ LEXOLOGY. Disponível em: < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=91b7a440-f3ef-475e-8d4e-11c551856ba9>>. Acesso em: 20 ago 17.

⁹⁷² Apesar de sua promulgação ter ocorrido em 1998, apenas em 14 de fevereiro de 1999 o CFPOA se tornou eficaz. De acordo com o artigo 15 da Convenção da OECD, a Convenção apenas entraria em vigor no sexagésimo dia após o depósito do instrumento de ratificação ou aceite por 5 países com as maiores participações (shares) na OECD. O Canadá foi o quinto país, e dessa forma a Convenção da OECD se tornou eficaz em 15 de fevereiro de 1999. MARTIN, A. Timothy. Canadian Law on Corruption of Foreign Public Officials. *National Journal of Constitutional Law*, 10 (1999) 189.

⁹⁷³ Ibidem

⁹⁷⁴ Ibidem. p. 4.

Como já mencionado, o CFPOA tipificou os crimes de suborno a funcionário público estrangeiro⁹⁷⁵ e de lavagem de dinheiro, além de tratar do pagamento de taxas de urgência (*facilitating payments*). As taxas de urgência eram admitidas no direito canadense se pagas para agilizar alguma medida rotineira (*act of a routine nature*) por parte do agente público estrangeiro, como por exemplo, a emissão de licenças, e processamento de documentos oficiais e vistos⁹⁷⁶.

Caso uma pessoa tenha cometido algum ato descrito do CFPOA que tenha seus efeitos no Canadá, ainda que essa pessoa não esteja no país, ela será processada, julgada e punida como se o crime tivesse sido cometido dentro da jurisdição canadense⁹⁷⁷.

Em junho de 2013, foi sancionado o *Fighting Foreign Corruption Act*, a partir do projeto do projeto de lei *Bill S-14*, o qual altera o *Corruption of Foreign Public Officials Act* (CFPOA). As alterações permitiram que autoridades canadenses pudessem também processar atos de corrupção feitos interna ou externamente por cidadãos canadenses, imigrantes ou companhias constituídas sob as leis canadenses⁹⁷⁸⁹⁷⁹.

O *Fighting Foreign Corruption Act* também proibiu certas condutas no que se refere ao registro das transações comerciais nos livros da companhia. Deixar de registrar toda e qualquer

⁹⁷⁵ “3 (1) Every person commits an offence who, in order to obtain or retain an advantage in the course of business, directly or indirectly gives, offers or agrees to give or offer a loan, reward, advantage or benefit of any kind to a foreign public official or to any person for the benefit of a foreign public official. (a) as consideration for an act or omission by the official in connection with the performance of the official’s duties or functions; or (b) to induce the official to use his or her position to influence any acts or decisions of the foreign state or public international organization for which the official performs duties or functions. “ \CORRUPTION OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS ACT. Disponível em: < <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.2/page-1.html> >. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁹⁷⁶ CORRUPTION OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS ACT. Disponível em: < <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.2/page-1.html> >. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁹⁷⁷De acordo com Thimoty Martin, o juiz deverá fazer um exercício de análise (*Libman test*) para verificar se é conveniente o processamento de ação no âmbito internacional, tendo em vista que atos de corrupção contra agentes públicos internacionais serão em sua maioria praticados fora do Canadá. Dessa forma, o juiz deverá verificar se os fatos conferem legitimidade ao Canadá para continuar com o processamento da ação, e se não há lesão iminente da soberania dos países envolvidos. Em relação a este último aspecto, Thimoty Martin entende que, como os termos da Convenção da OECD foram ratificados por diversos países em termos semelhantes, seria mais recomendável que o outro país onde o ofensor está localizado processasse a ação. MARTIN, A. Thimoty. Canadian Law on Corruption of Foreign Public Officials. *National Journal of Constitutional Law*, 10 (1999) 189.

⁹⁷⁸ KEITH, Norm. Is Canada’s Anti-Corruption Law in Step with International Trends?. *Business Law International*. v. 15, n. 3, 2014. p. 224

⁹⁷⁹No caso R v. Chowdhury, em abril de 2014, o juiz Nordheimer teve dificuldade para julgar um cidadão de Bangladesh, empregado da companhia canadense SNC Lavalin Group Inc., que residia em Bangladesh. Apesar do ato ter sido realizado em nome da companhia canadense, o juiz entendeu que o mero fato da ofensa ter tido efeitos no Canadá não concede ao juiz o direito executar uma eventual decisão fora da jurisdição canadense. Dessa forma, os autos foram sobrestados até que o ofensor esteja em fronteiras canadenses - o que não ocorreu no caso, uma vez que todas as ações de corrupção foram tomadas de Bangladesh - ou Bangladesh decida pela extradição do ofensor.

transação, de acordo com os princípios gerais da contabilidade, ou registrar operações inexistentes, ou ainda, destruir os livros societários da empresa, são atos considerados como crime com pena de até 14 anos de prisão⁹⁸⁰.

Uma emenda ao texto original também prevê a eventual eliminação de taxas de urgência (*facilitation payments*). No entanto, a proibição se dará em momento futuro, de forma a permitir a adaptação do governo e da sociedade⁹⁸¹.

4.2.5 Noruega: *Código Penal*

O nível de corrupção da Noruega é tão baixo que o país ocupa o sexto lugar no último ranking elaborado pela Transparência Internacional⁹⁸². A economia do país cresceu de maneira vertiginosa e consolidada. Ressalte-se que, no período da Segunda Guerra Mundial, o país era um dos mais pobres da Europa, e hoje é considerado um dos países mais desenvolvidos do mundo.

A economia norueguesa se desenvolveu, principalmente, em decorrência da exploração e produção do petróleo do Mar do Norte⁹⁸³. A Noruega é o décimo país em exportação de petróleo e derivados, e o terceiro maior exportador de gás natural do mundo, razão pela qual inserimos a análise da legislação norueguesa anticorrupção transnacional.

Ainda sobre a indústria do petróleo, Birthe Eiksen e Tina Søreide asseveram que:

is one of the sectors most vulnerable to corruption due to profits exceeding production costs, expectations of high tax revenues, high regulatory discretion and complex contracts that are difficult for outsiders to evaluate. This is the sector with the most foreign bribery cases detected worldwide (OCED 2014).

⁹⁸⁴

⁹⁸⁰ KEITH, Norm. Op. cit. p. 224

⁹⁸¹ KEITH, Norm. Op. cit. p. 224

⁹⁸² TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perception Index 2016. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em 30 jul. 2017.

⁹⁸³ A Noruega é o décimo país em exportação de petróleo e derivados, e o terceiro maior exportador de gás natural do mundo. SØREIDE, Tina; ERIKSEN, Birthe. Zero Tolerance to Corruption? Norway's Role in Petroleum-related corruption internationally. In: *Corruption, Natural Resources and Development: From Resource Curse to Political Ecology*. United Kingdom. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2887908>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁹⁸⁴ Tradução livre: “É um dos setores mais vulneráveis à corrupção devido aos lucros que excedem os custos de produção, as expectativas de altas receitas tributárias, o alto critério regulatório e os contratos complexos que são difíceis de avaliar para os estrangeiros. Este é o setor com mais casos de suborno estrangeiros detectados em todo o mundo”. SØREIDE, Tina; ERIKSEN, Birthe. Op. Cit.

Em que pese a má fama da indústria do petróleo, a Noruega parece ter conseguido mitigar de maneira significativa os atos de corrupção por parte de suas empresas, cidadãos e agentes públicos⁹⁸⁵.

O governo norueguês possui ações de fomento da boa governança corporativa no mundo. A Norad, agência norueguesa que assessora o desenvolvimento dos *players* de diversos segmentos (educação, energia, recursos naturais, etc), emite diretrizes e manuais a respeito de políticas anticorrupção e administração financeira adequadas, de modo a influenciar positivamente na cultura mundial⁹⁸⁶. Além disso, o Økokrim (*The National Authority for Investigation and Prosecution of Economic and Environmental Crime*), órgão norueguês especializado, é dotado de poder de polícia para reprimir crimes contra a economia, incluindo-se aí os casos de corrupção, e os crimes ambientais⁹⁸⁷.

No plano legal, a Noruega ratificou, em 2003, a Convenção da OCDE e atualizou no mesmo ano as disposições legais que tratavam da corrupção. Em realidade, até 2003 a legislação norueguesa sobre o assunto era fragmentada e não continha disposições gerais sobre corrupção. As normas que tratam da corrupção estão localizadas no Código Penal Norueguês no capítulo 30, seções 387, 388 e 389, aplicáveis tanto para casos de suborno no âmbito doméstico quanto internacional⁹⁸⁸, envolvendo agentes públicos ou privados⁹⁸⁹. A responsabilidade objetiva de

⁹⁸⁵ Several of Norway's largest companies have faced allegations of, and investigations into, corruption during previous years, including Statoil, Telenor Group and Yara, among others. Norway experienced an increase in the number of investigated corruption cases both in the private and public sector. It is likely that the increase of cases was a result of the anti-corruption legislation that came into force in 2003. From 2003 to 2015, approximately 40 major corruption cases were investigated, resulting in convictions for companies and individuals. Tradução livre: "Várias das maiores empresas da Noruega enfrentaram denúncias e investigações de corrupção nos anos anteriores, incluindo Statoil, Telenor Group e Yara, entre outros. A in experiência experimentou um aumento no número de casos de corrupção investigados no setor privado e público. É provável que o aumento dos casos tenha sido resultado da legislação anticorrupção que entrou em vigor em 2003. De 2003 a 2015, foram investigados cerca de 40 principais casos de corrupção, resultando em condenações para empresas e indivíduos". GETTING THE DEAL THROUGH. Anti-Corruption Regulation - Norway. Disponível em: < <https://gettingthedealthrough.com/area/2/jurisdiction/53/anti-corruption-regulation-norway/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

⁹⁸⁶ NORAD. Disponível em: < <https://www.norad.no/en/front/about-norad/five-main-tasks/>>. Acesso em 31 jul. 2017.

⁹⁸⁷ ØKOKRIM. Disponível em: <<http://www.okokrim.no/>>. Acesso em 31 jul. 2017.

⁹⁸⁸ The rules apply to acts in Norway, on other Norwegian territories (Svalbard, Jan Mayen, parts of ant-arctic), on the continental shelf, in Norwegian economic zone, on Norwegian ships, vessels and installations, aircrafts etc. The rules apply to acts in other countries when the perpetrator is a Norwegian citizen, or a person with domicile in Norway, or for a person acting on behalf of a Norwegian company, provided that the act constitutes an offense in the country in which the act is done.

⁹⁸⁹ A legislação norueguesa não apresenta conceitos específicos para agentes públicos internos e estrangeiros. Dessa forma, para os efeitos da lei, são considerados agentes públicos em sentido amplo qualquer pessoa que exerce autoridade pública; membros das forças armadas, juizes ou agentes judiciários da corte norueguesa ou de corte internacional, ministros e membros do parlamento, entre outros. GETTING THE DEAL THROUGH. Anti-

peças jurídicas em casos de corrupção também é prevista⁹⁹⁰ na seção 48 do Código Penal⁹⁹¹, sendo cabível a incidência de multas⁹⁹² e a suspensão do direito de fazer negócios ou proibição de fazer certos tipos de negócios (“*do business*”).

O pagamento de taxas de urgência (*facilitating payments*) não é recepcionado pelo direito norueguês. Isto porque a disposição trazida pela seção 387 do Código Penal não prevê exceções, e considera como crime quaisquer recebimentos, pedidos ou promessas de quaisquer vantagens indevidas⁹⁹³.

A Lei de Contabilidade (*Accounting Act*), seção 2-1, exige o registro, sem demora infundada, de todas as informações no sistema contábil, especialmente em razão do valor em comento. A seção 2-2 da mesma lei exige que todas as informações relativas às contas com credores e devedores devem ser especificadas. De acordo com a seção 8-5, as violações da Lei de Contabilidade são punidas com multa ou prisão de 3 meses a 6 anos. A participação também é punível da mesma forma. Além disso, a Lei de Contabilidade refere-se à quase todos os tipos de atividades econômicas, incluindo todas as empresas com responsabilidade limitada. A lei proíbe indiretamente, dessa forma, a realização de contas falsas ou fraudulentas nas formas especificadas na Convenção⁹⁹⁴.

Corruption Regulation - Norway. Disponível em: < <https://gettingthedealthrough.com/area/2/jurisdiction/53/anti-corruption-regulation-norway/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

⁹⁹⁰ A pessoa jurídica é definida pela lei norueguesa como “enterprise” que por sua vez é definida como: “uma empresa, sociedade ou outra associação, sociedade unipessoal, fundação, propriedade ou atividade pública” (“a company, society or other association, one-man enterprise, foundation, estate or public activity”). Ver: OECD Report Norway. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389183.pdf>>. Acessado em 19 set 17.

⁹⁹¹ Tradução livre: “quando uma disposição é contrariada por uma pessoa que atuou em nome de uma empresa, a empresa pode ser punida por essa violação”. “*when a provision is contravened by a person who has acted on behalf of an enterprise the enterprise may be punished for the contravention*”. OECD Report Norway. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389183.pdf>>. Acessado em 19 set 17.

⁹⁹² A multa para a pessoa jurídica não tem um limite especificado; A Noruega afirma que o montante das multas impostas às empresas varia bastante. A tendência é que as multas sejam substanciais e a maioria das multas será de NOK 500.000 (59.700 euros) a NOK 4.000.000 (480.000 euros). OECD Report Norway. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389183.pdf>>. Acessado em 19 set 17.

⁹⁹³ GETTING THE DEAL THROUGH. Anti-Corruption Regulation - Norway. Disponível em: < <https://gettingthedealthrough.com/area/2/jurisdiction/53/anti-corruption-regulation-norway/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

⁹⁹⁴ OECD Report Norway. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389183.pdf>>. Acessado em 19 set 17.

4.2.6 Brasil: Lei nº 12.846/2013 e Decreto nº 8420/2015

A Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), publicada no Diário Oficial da União em 2 de agosto de 2013, passou a ter efeitos somente 180 dias após a sua publicação após *vacatio legis*.

A Lei Anticorrupção brasileira, também chamada de *Clean Company Act*, adequou o arcabouço legal brasileiro às diretrizes estabelecidas nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

Antes da Lei Anticorrupção, a legislação brasileira atinente ao tema estava disposta na Lei de Improbidade Administrativa (“Lei nº 8.429/1992”), a Lei Geral de Licitações (“Lei nº 8.666/1993”), e Código Penal⁹⁹⁵.

A Lei nº 12.846/2013 considera lesivos os atos praticados por pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tais como: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; comprovadamente financiar, custear, patrocinar ou, de qualquer modo, subvencionar a prática dos atos ilícitos, os quais tenham sido praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A referida lei abandona o posicionamento anterior estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa, para responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas, no âmbito civil e

⁹⁹⁵ A Lei nº 10.467/2002 alterou o Código Penal para prever o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, e tráfico de influência em transação comercial internacional.

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

administrativo⁹⁹⁶. Isso torna a matéria de prova muito mais fácil de ser conseguida, pois evita discussões travadas acerca da necessidade de se verificar a culpa do agente que pratica a infração. Ou seja, uma vez comprovados os fatos, o resultado e onexo causal, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada.

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

A Lei 12.846/2013 em seu artigo 7º inciso VIII, prevê a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e à aplicação efetiva de códigos de conduta como fatores atenuantes em caso de aplicação de sanção administrativa por sentença definitiva em Processo Administrativo de Responsabilização. No entanto, restou em aberto parâmetros específicos para análise de tal mecanismo, só então definidos no Decreto no. 8.420 de 18 de março de 2015, que tratou de regulamentar a referida Lei.

A principiologia do mecanismo legal restou fixada na boa-fé objetiva das relações jurídicas e na não vinculação dos códigos de ética e conduta e programas institucionais, isso porque tais instrumentos não geram excludente de culpabilidade pessoa jurídica, mas sim de atenuante do cálculo da multa. Verifica-se que, ainda que possível, a responsabilização da pessoa física não exclui a da pessoa jurídica.

Em termos específicos, a comprovação da existência de um Programa de Integridade em atenção às normas de avaliação propõe a redução em até quatro por cento do valor da multa arbitrada, sendo certo que o desconto previsto no artigo 18 limita-se a 10%⁹⁹⁷, dada a importância conferida e o incentivo as práticas de *Good Governance Compliance*.

⁹⁹⁶ Logo no artigo primeiro a Lei Anticorrupção anuncia a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

⁹⁹⁷BRASIL. DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015.

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

- I - um por cento no caso de não consumação da infração;
- II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
- III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
- IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
- V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Para fins de avaliação do programa de integridade, o Decreto prevê o comprometimento de pessoas jurídicas e dos conselhos institucionais para aplicação do programa; padrões de conduta e ética exigíveis de todos os administradores, empregados e extensíveis a terceiros; treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; análise periódica de riscos; contabilidade precisa; procedimentos específicos para prevenir fraudes em relações com a Administração Pública, tais como licitações e a execução de contratos e pagamento de tributos; controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; existência de órgão interno, responsável pela aplicação do programa, dotado de estrutura e independência; canais de denúncia de irregularidades e proteção do denunciante de boa-fé; previsão de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; *due diligence* na contratação com terceiros, e nas hipóteses de fusão, aquisição e reestruturação societárias e; transparência da pessoa jurídica quanto às doações para candidatos e partidos políticos.

As previsões legais quanto à existência de um canal de denúncia e órgão interno, fiscalizador e independente são, em realidade, da maior importância para o efetivo sucesso dos Programas de Integridade, pois mitiga a criação de programas de compliance falsos, ou sem aplicabilidade, haja vista a própria natureza denunciante do órgão.

4.3 Autoridade privada: as transnacionais como fonte de regras anticorrupção

Conforme destacado nos capítulos anteriores, as TNCs estão no centro de uma complexa distensão da governança privada exercida além do Estado-nação. No que se refere às regras anticorrupção, buscam uniformizar o alcance do Regime Internacional Anticorrupção, composto de leis domésticas, tratados e *soft-law* internacional, dentro da cadeia de produção, com o objetivo de otimizar os custos, ou mesmo como forma de antecipar o risco de regulação doméstica.

Também deve ser fortemente considerado o forte movimento social que cobra uma conduta ética e social e ambientalmente responsável em suas operações⁹⁹⁸.

A regulação privada é entendida como uma forma específica de governança. Um conjunto de regras emanadas por uma autoridade que, no caso em análise, são as TNCs¹⁰⁰⁴.

Uma TNC consegue harmonizar mais eficazmente as regras segundo as quais um grande grupo de pequenos fornecedores dispersos globalmente operam, do que qualquer outro esforço

⁹⁹⁸ EL PAÍS. JBS vive inferno pós delação com perda de valor, boicote e novas investigações. Empresa já perdeu 3,5 bilhões de reais em valor desde 17 de maio, e afeta bancos públicos. Grupo responde a processos que podem comprometer acordo de leniência. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/economia/1495837922_279258.html> Acessado em 20 jan 18.

⁹⁹⁹ REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. “Odebrecht tentou pedir desculpas ao povo brasileiro com poucos anúncios com o título “Desculpe, a Odebrecht errou”. Funcionou? Certamente não. Ainda que os anúncios possam ter tido algum efeito nos colaboradores da empresa, é improvável que qualquer outro stakeholder tenha se sentido sensibilizado por ele. Não há campanha que consiga reverter milhares de reportagens colocando a empresa no centro de um esquema de corrupção. A marca caminha para o fracasso inevitável, pois ela perdeu aquilo que é mais valorizado no mercado em que atua: a sua reputação.” 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

¹⁰⁰⁰REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. “Situação similar foi vista no longínquo ano 2001 com a Arthur Andersen, na esteira da falência da Enron, gigante americana de energia. A Arthur Andersen, na época, era conhecida globalmente e fazia parte das “Big Fives” – as 5 grandes empresas globais de auditoria financeira junto com a PWC, a Ernst & Young, a Deloitte e a KPMG. A Arthur Andersen foi fundada em 1913 e sempre teve uma reputação ilibada. Ao participar da fraude contábil que levou à falência da Enron, a empresa perdeu por completo a sua credibilidade. Ainda que inocentada no final do processo, o dano à reputação da marca já havia sido feito. A empresa deixou de operar em auditoria, e a sua parte de consultoria adotou o nome de Accenture. .” 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

¹⁰⁰¹ FOLHA DE SÃO PAULO. UTC pede recuperação judicial para renegociar dívidas de R\$ 3,4 bilhões. A UTC teve três executivos acusados de integrar esquemas de corrupção pela Operação Lava Jato, em novembro de 2014, Ricardo Pessoa presidente e dono da empresa foi preso na sétima fase da Operação, batizada como Juízo Final. 17 jul 17. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901935-utc-pede-recuperacao-judicial-para-renegociar-dividas-de-r-34-bilhoes.shtml>> Acessada em 20 jan 18.

¹⁰⁰² O acidente da British Petroleum (BP) no Golfo do México em 2010, *Deepwater Horizon*, é um bom exemplo para quantificar as perdas na reputação devido a um dano ambiental. A BP fez um acordo de bilhões de dólares pelo derramamento de óleo no *Deepwater Horizon* 2010. No entanto, esse acordo é apenas a ponta do iceberg. Além dele, a BP teve custos, incluindo publicidade reputativa, vendas perdidas e, em última instância, o sucesso em relação à sua competência central: perfuração marítima segura e confiável (melhores práticas da indústria do petróleo). Os especialistas dizem que esta dívida de reputação durará décadas. A BP enfrentou uma multa máxima de US\$ 13,7 bilhões por violar o *Clean Water Act*. A empresa já pagou US \$ 42 bilhões em reclamações, esforços de limpeza, multas e indenização às vítimas. Após o acidente, a BP perdeu 55% do valor de suas ações em bolsa. Em última análise, até 2013, a BP caiu do posto de segunda maior companhia de petróleo para a quarta. E os postos de gasolina da BP nos EUA, muitos dos quais são de fato de propriedade da BP, relataram menores vendas entre 10% e 40% devido a repercussão do caso. REPUTATION MANAGEMENT. The Cost of a Bad Reputation. Jun2, 2015. Disponível em: <<https://www.reputationmanagement.com/blog/the-cost-of-a-bad-reputation/>> Acessado em 20 jan 18.

¹⁰⁰³Walmart gasta mais de US\$ 18 milhões por ano para tentar melhorar sua reputação junto aos consumidores americanos, por acusações de ser um empresa que não se preocupa com os funcionários e que leva em conta apenas o lucro. NY Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/08/business/walmart-academy-employee-training.html?smid=tw-nytimes&smtyp=cur>>. Acessado 20 jan 18.

¹⁰⁰⁴ BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. 1998. A Reader on Regulation. Oxford University Press. Apud RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. Op. Cit. P. 8

multilateral de direito público¹⁰⁰⁵. O fenômeno da atuação política internacional das empresas em temas de governança global, em especial na agenda anticorrupção, foco desta tese, pode ser ilustrado pelos conceitos de regulação privada e governança privada¹⁰⁰⁶.

Diante desse movimento internacional anticorrupção, novas tendências também vem sendo detectadas quanto à adoção pelas empresas de uma ética nas organizações¹⁰⁰⁷. Das fontes privadas de governança anticorrupção estão contempladas a autorregulação por meio (1) da governança corporativa; (2) do *corporate social responsibility*; (3) dos códigos de conduta das TNCs; (4) da governança privada por meio de contratos (*governance by means of contract*); e (5) contratos-tipo.

4.3.1 Governança corporativa

Existe hoje um consenso sobre a necessidade de se aumentar o valor da companhia e incrementar os investimentos, por meio da ampliação da confiabilidade da mesma¹⁰⁰⁸, através de uma nova forma de gerir a sociedade empresária. Os princípios basilares da governança corporativa são: a transparência (*disclosure*), prestação de contas (*accountability*), senso de justiça e equidade (*fairness*) e obediência às leis (*compliance*)¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ BACKER, Larry Cata. Op. Cit. p. 756

¹⁰⁰⁶ RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. Op. Cit. p. 7

¹⁰⁰⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello* / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.482

¹⁰⁰⁸ LAMAS, Natália Mizrahi. A Cláusula Compromissória Estatutária como Regra de Governança Corporativa: Uma Análise de seu Alcance Subjetivo. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito; Agência Nacional do Petróleo, 2004. 94f. Monografia (Bacharel em Direito). Orientadora professora Doutora Carmem Tiburcio e professores avaliadores Dr. Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Pedro Batista Martins, p. 24, Apud: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. IN: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello* / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 484

¹⁰⁰⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. IN: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello* / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celson Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 484

A separação entre propriedade e controle nas empresas pode resultar em custosos conflitos de agência¹⁰¹⁰, entre os proprietários/investidores e os gestores¹⁰¹¹. A busca pela minimização da perda do valor da empresa, decorrente dessa separação, forma a base da governança corporativa¹⁰¹²¹⁰¹³¹⁰¹⁴.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa “a preocupação da Governança Corporativa é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas”¹⁰¹⁵.

O conceito de Governança Corporativa segundo a OCDE é:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade¹⁰¹⁶.

Verifica-se, portanto, que a Governança Corporativa é um “*well-defined concept related to profit maximization and protection of the economic agents who have provided capital to the firm*”¹⁰¹⁷. Ou ainda, segundo Shleifer e Vishny “*Corporate governance deals with the ways in*

¹⁰¹⁰ Conflito de Agência ocorre quando o proprietário (acionista) delega a um agente especializado (executivo) o poder de decisão sobre sua propriedade. No entanto, os interesses do gestor nem sempre estarão alinhados com os do proprietário, resultando em um conflito de agência ou conflito agente-principal.

¹⁰¹¹ GILLAN, Stuart L.; HARTZELL, Jay C.; STARKS, Laura T.. Industry, Investment Opportunities, and Corporate Governance Structures. Revisado em Maio 2003. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.201.1543>>. Acesso em: 16 set. 2017.

¹⁰¹² Luiz Alberto Colonna Rosman indica que o Movimento de Governança Corporativa teve início nos EUA, como um meio de separação entre interesses preponderantes dos executivos e donos e acionistas da sociedade. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Governança Corporativa. In: *Revista de Direito Renovar*, nº 31/2005. Rio de Janeiro: Renovar, p. 131/132.

¹⁰¹³ DENIS, Diane K.; MCCONNELL, John J.. *International Corporate Governance*. Working Paper N°. 05/2003. January 2003. ECGI Working Paper Series in Finance

¹⁰¹⁴ Os mecanismos internos principais de uma companhia são: o conselho de administração e a forma de participação acionária da empresa. E os principais mecanismos externos são: o mercado de ações e o sistema jurídico legal. DENIS, Diane K.; MCCONNELL, John J.. *International Corporate Governance*. Working Paper N°. 05/2003, January 2003. ECGI Working Paper Series in Finance, p. 2.

¹⁰¹⁵ IBCG. <http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=18>

¹⁰¹⁶ OECD. Guideline 2011. p. 47

¹⁰¹⁷ BELTRATTI, Andrea. *The Complementary between Corporate Governance and Corporate Social Responsibility*. The Geneva Papers, 2005, 30, (373-386). p 374. The International Association for the Study of Insurance Economics 1018-5895/05. Disponível em: <http://www.genevaassociation.org/PDF/Geneva_papers_on_Risk_and_Insurance/GA2005_GP30%283%29_Beltratti.pdf>

which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment”¹⁰¹⁸.

Por meio da Governança Corporativa¹⁰¹⁹ busca-se uma ponderação de interesses de forma a atender o acionista majoritário e o minoritário¹⁰²⁰.

Estudos têm demonstrado que baixos padrões de governança corporativa elevam o custo de capital, fazem com que o desempenho operacional da indústria seja menor, e impedem o fluxo de investimento¹⁰²¹.

As empresas buscam a efetivação de medidas anticorrupção como parte de seus mecanismos de proteção da reputação empresarial, bem como para o melhor interesse de seus acionistas¹⁰²².

Com efeito, práticas de suborno apresentam vários custos adicionais para as empresas, e podem superar os “ganhos” imediatos de se realizá-las. Portanto, as empresas devem evitar ou minimizar as oportunidades de concretização de tais práticas, a fim de proteger os interesses dos investidores acionistas¹⁰²³. Ao impor mais restrições por meio de práticas de boa

¹⁰¹⁸ SHLEIFER, A.; VISHNY, R.W. A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*, v. 52, p. 737-783, 1997. p. 737. Apud DENIS, Diane K.; MCCONNELL, John J.. *International Corporate Governance*. Working Paper N°. 05/2003, January 2003. ECGI Working Paper Series in Finance. p. 2

¹⁰¹⁹ Aline Menezes Santos elucida Governança Corporativa como sendo “um conjunto de instrumentos públicos e privados, incluindo leis, regulamentos e práticas comerciais que organizam e comandam a relação, numa economia de mercado, entre os controladores e administradores de uma empresa, de um lado, e aqueles que nela investem recursos, de outro”. SANTOS, Aline de Menezes. *Reflexões sobre a Governança Corporativa*. In: Revista de Direito Mercantil n° 130, pp. 180/206. Apud: ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. *Governança Corporativa*. In: Revista de Direito Renovar, n° 31/2005. Rio de Janeiro: Renovar, p. 131)

¹⁰²⁰ Diane K. Denis; John J. McConnell apontam que após a onda de fusões e aquisições ocorridas no mundo nos anos 80 e 90 o tema da governança corporativa começou a enfrentar desafios concernentes à garantia dos direitos dos acionistas minoritários. E que as tentativas para melhorar as leis que protegem acionistas minoritários claramente ameçam os benefícios privados de se ter o controle da empresa. DENIS, Diane K. e MCCONNELL, John J.. *International Corporate Governance* (January 2003). ECGI - Finance Working Paper No. 05/2003; and Tuck-JQFA Contemporary Corporate Governance Issues II Conference. p. 13 Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320121>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320121>>

¹⁰²¹ DAILY, Catherine M., DALTON, Dan R. Dalton. The Relationship between Governance Structure and Corporate Performance in Entrepreneurial Firms. *Journal of Business Venturing*, n 7: 375-386, 1992.; AGRAWAL, ANUP, KNOEBER, Charles R. Firm Performance and Mechanisms to Control Agency Problems between Managers and Shareholders. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, n31, p. 377-397, 1996. HIMMELBERG, Charles P., HUBBARD, R. Glenn, LOVE, Lessa. *Investor Protection, Ownership and the Cost of Capital*. World Bank Policy Research Working Paper 2001n. 2834. Apud WU, X.. Corporate Governance and Corruption: A Cross-Country Analysis. 2005 *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, v. 18, n.2, p. 151-170. p. 152. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=921520>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁰²² ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://www.globalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/index.html>

¹⁰²³ WU, X.. Op Cit. p. 157.

governança, como prestação de contas e transparência, é possível diminuir os níveis de corrupção¹⁰²⁴.

Para corroborar empiricamente essa hipótese, o professor Wu argumenta que por meio de um conselho de administração independente, que represente verdadeiramente os interesses dos acionistas, pode-se prevenir comportamentos oportunistas de gestores da empresa. Continuando, ele informa que, embora possa ser interessante aos gestores das empresas ter ganhos imediatos decorrentes do suborno, tal prática não o é, para os acionistas, haja vista o deterioramento e desvio do investimento. Dessa forma, o aumento em um dos princípios de boa governança, como o nível de prestação de contas (*accountability*) para com os acionistas, é capaz de evitar atos corruptos por parte dos gestores¹⁰²⁵.

Muitas ações judiciais foram ajuizadas nos últimos anos onde os acionistas minoritários buscam indenizações das empresas e de seu corpo administrativo após denúncias de corrupção afetarem negativamente o valor das ações¹⁰²⁶¹⁰²⁷. A Petrobras, por exemplo, realizou maior acordo já feito por um emissor (*issuer*) estrangeiro nos EUA. O acordo, no valor de US \$ 2.95 bilhões, no qual a Petrobras nega expressamente a responsabilidade, e alega ser vítima do esquema, encerra uma ação coletiva, ajuizada no *US District Court for the Southern District of New York*, no ano de 2015, por grandes investidores liderados pelo *the Universities Superannuation Scheme*¹⁰²⁸ – fundos de pensão do Reino Unido – sobre as perdas causadas por um gigantesco escândalo de corrupção na Petrobras, lava-à-jato¹⁰²⁹.

Segundo o comunicado da Petrobras emitido dia 03 de janeiro de 2018:

(...)

O acordo, que será submetido à apreciação do Juiz, objetiva encerrar todas as demandas atualmente em curso e que poderiam vir a ser propostas por

¹⁰²⁴ Ibidem, p. 162.

¹⁰²⁵ Ibidem.

¹⁰²⁶ LITIGATOR. Oppression class actions now recognized in both British Columbia and Ontario. Disponível em: <<https://www.thelitigator.ca/2011/01/oppression-class-actions-now-recognized-in-both-british-columbia-and-ontario/>>. Acessado em 14 jan 18.

¹⁰²⁷ Folha de São Paulo. Minority Shareholder sues Petrobras for damages caused by corruption. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/business/2015/01/1574827-minority-shareholder-sues-petrobras-for-damages-caused-by-corruption.shtml>> Acessado em 14 jan 18.

¹⁰²⁸ *Universities Superannuation Scheme* é um dos maiores regimes de pensões privadas principais para universidades e outras instituições de ensino superior no Reino Unido. Disponível em: <<https://www.uss.co.uk/>>. Acessado em: 14 jan 18.

¹⁰²⁹ Petrobras. Fato Relevante. Petrobras assina acordo para encerrar Class Action em curso nos Estados Unidos. 03 jan 2018. Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/petrobras-assina-acordo-para-encerrar-class-action-em-curso-nos-estados-unidos>> Acessado em 14 jan 18.

adquirentes de valores mobiliários da Petrobras nos Estados Unidos ou listados naquele país. O acordo elimina o risco de um julgamento desfavorável, que, conforme anteriormente reportado ao mercado, poderia causar efeitos materiais adversos à Companhia e a sua situação financeira.

O acordo não constitui reconhecimento de culpa ou de prática de atos irregulares pela Petrobras. No acordo, a Companhia expressamente nega qualquer responsabilidade. Isso reflete a sua condição de vítima dos atos revelados pela Operação Lava Jato, conforme reconhecido por autoridades brasileiras, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Na condição de vítima do esquema, a Petrobras já recuperou R\$ 1,475 bilhão no Brasil e continuará buscando todas as medidas legais contra as empresas e indivíduos responsáveis.

O acordo atende aos melhores interesses da Companhia e de seus acionistas, tendo em vista o risco de um julgamento influenciado por um júri popular, as peculiaridades da legislação processual e de mercado de capitais norte-americana, bem como o estágio processual e as características desse tipo de ação nos Estados Unidos, onde apenas aproximadamente 0,3% das class actions relacionadas a valores mobiliários chegam à fase de julgamento. (...)¹⁰³⁰

Outro princípio de suma importância para o combate à corrupção é a transparência. A transparência na divulgação das informações, principalmente as contábeis, pode ajudar a reduzir o nível de corrupção, porque aumenta a probabilidade de detecção de tais atos¹⁰³¹.

Melhores práticas contábeis ajudam a reduzir a assimetria de informação entre os diretores e os acionistas, além de permitir o monitoramento do comportamento dos gestores de forma mais eficaz. Com padrões mais elevados de contabilidade, gerentes de empresas que estão envolvidas em práticas de corrupção, contra a vontade dos acionistas investidores, terão uma ardua tarefa para esconder os pagamentos de subornos. Some-se a isso, que o reforço das regras e regulamentos sobre os relatórios de contabilidade e divulgação de informações ajuda a fortalecer o controle interno e o sistema de monitoramento dentro das empresas, elevando, portanto, a transparência¹⁰³².

A adoção de práticas adequadas de governança corporativa também é um elemento essencial na promoção de uma cultura de ética nas empresas¹⁰³³.

¹⁰³⁰Ibidem.

¹⁰³¹WU, X.. Op Cit. p. 163

¹⁰³² WU, X.. Op Cit., p. 163.

¹⁰³³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.482

4.3.2 Corporate Social Responsibility

Outra importante fonte privada de combate à corrupção é o *Corporate Social Responsibility* (CSR), cujo conceito é menos preciso. Ele invoca questões aparentemente opostas como a maximização dos lucros e o favorecimento de partes externas, estes diferentes dos *stakeholders*, o que por vezes pode conflitar com os interesses dos próprios acionistas¹⁰³⁴.

A Comissão Europeia aponta que a CSR ocorre quando “*companies decide voluntarily to contribute to a better society and a cleaner environment*”¹⁰³⁵.

No entanto, até se chegar a essa definição foram décadas de discussão na Academia.

Na verdade, a responsabilidade social corporativa (CSR) não é uma questão nova. Apesar de não ter sido amplamente considerada como um problema significativo entre os tempos de Adam Smith e da Grande Depressão¹⁰³⁶, a partir dos anos 30, e cada vez mais desde os anos 60¹⁰³⁷, a CSR tornou-se um ponto importante não só para os negócios, como também para a teoria e prática, da lei, da política e da economia¹⁰³⁸¹⁰³⁹.

¹⁰³⁴ BELTRATTI, Andrea. *The Complementary between Corporate Governance and Corporate Social Responsibility*. The Geneva Papers, 2005, 30, (373-386). P 374-377. The International Association for the Study of Insurance Economics 1018-5895/05. Disponível em: <http://www.genevaassociation.org/PDF/Geneva_papers_on_Risk_and_Insurance/GA2005_GP30%283%29_Beltratti.pdf>

¹⁰³⁵ The Commission of European Community Apud BELTRATTI, Andrea. *Op. Cit.*.p 377.

¹⁰³⁶ Windsor sustenta que já na década de 20 empresários teriam aderido de forma ampla a o que ele chamou de “*some conception of responsibility and responsiveness practices*”. WINDSOR, D. 2001, *The future of corporate responsibility*. International Journal of Organizational Analysis, vol. 9, no. 3, pp. 225-56., p. 229 Apud. THOMAS, Gail; NOWAK, Margaret. *Corporate Social Responsibility: A definition*. GSB WORKING PAPER NO.62, p 4. Disponível em: <http://www.business.curtin.edu.au/files/GSB_Working_Paper_No._62_Corp_Social_Resp_A_definition_Thomas___Nowak.pdf>

¹⁰³⁷ Peter Drucker é apontado como o primeiro a se ter cunhado o termo *Corporate Social Responsibility*, no ano de 1954 através do livro *The Practice of Management*. Fonte Joyner, BE & Payne, D. 'Evolution and Implementation: a study of values, business ethics and corporate social responsibility', *Journal of Business Ethics*, v. 41, pp. 297-311, 2002, p. 302. Apud THOMAS, Gail; NOWAK, Margaret. *Corporate Social Responsibility: A definition*. GSB WORKING PAPER NO.62, p 4. Disponível em: <http://ceebi.curtin.edu.au/local/docs/GSB_Working_Paper_No._62_Corp_Social_Resp_A_definition_Thomas___Nowak.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

¹⁰³⁸ HOPKINS, Michael. *Corporate social responsibility: An issue paper*, ILO. Geneva: Working paper n 27. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=908181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.908181>> Acesso em: 17 set. 2017.

¹⁰³⁹ HOPKINS argumenta que no início dos anos 1930, Merrick Dodd, da Harvard Law School e Adolf Berle da Columbia Law School debateram a questão de “Para quem os administradores corporativos são gestores?” Dodd argumentava que as empresas deveriam ter um serviço social, conjuntamente com a sua função lucrativa, uma visão repudiada por Berle. Este debate ferveu durante os 50 anos seguintes, de acordo com Gary Von Stange, antes que mais uma vez surgisse em destaque na década de 80, na esteira da ‘atmosfera de frenesi de inúmeras aquisições hostis’. Esta preocupação com a responsabilidade social das empresas acelerou de fato desde a queda do Muro de Berlim, que simbolizou o colapso do comunismo e (mais importante) o aparecimento da turbo-globalização. Hopkins informa ainda que houve uma maior aceleração nos últimos anos, também por conta dos

Nesse debate, destaca-se a visão de Friedman, que nos anos 70 advogou pelo uso da visão minimalista do CSR. Segundo essa visão, a única responsabilidade da empresa é para com os lucros dos sócios investidores.

There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engage in open and free competition, without deception or fraud¹⁰⁴⁰.

Posições mais recentes, como a definição feita por Hopkins, citada abaixo, em trabalho apresentado na Organização Internacional do Trabalho (OIT), descolam-se dessa lógica.

CSR is concerned with treating the stakeholders of the firm ethically or in a responsible manner. ‘Ethically or responsible’ means treating stakeholders in a manner deemed acceptable in civilized societies. Social includes economic responsibility. Stakeholders exist both within a firm and outside. The natural environment is a stakeholder. The wider aim of social responsibility is to create higher and higher standards of living, while preserving the profitability of the corporation, for peoples both within and outside the corporation¹⁰⁴¹.

Hopkins destaca ainda que o termo “social” é incluído para encorajar as corporações a olhar para as suas responsabilidades sociais, da mesma forma como olham para suas habituais “responsabilidades”. Mais a frente, ele explica que, até o momento, a principal responsabilidade de uma empresa tem sido a de maximizar lucros para seus acionistas investidores, mas com a inclusão do termo “social”, outros aspectos, tais como a economia global, a questão das partes

eventos do 11 de Setembro, do colapso da Enron e WorldCom, e da auditoria Arthur Andersen, devido a práticas contábeis duvidosas. Tais ocorrências, segundo ele, tem elevado o nível de controle nas grandes empresas, bem como seus auditores de forma que até o Presidente da empresa tem abordado, ainda que timidamente, a noção de responsabilidade das corporações. Além disso, os CEOs, anteriormente tranquilos, começaram a notar a pressão. HOPKINS, Michael. *Corporate social responsibility: An issue paper, ILO*. Geneva: Working paper n 27. 2004. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=908181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.908181> > Acesso em: 17 set. 2017.

¹⁰⁴⁰ FRIEDMAN, Milton. ‘*The Social Responsibility of Business Is To Increase Its Profits*’, New York Times, (New York, United States) 13 September 1970, p. 33. Apud TURNER, RJ. *Corporate Social Responsibility: Should disclosure of social considerations be mandatory?*. Submission to the Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services Inquiry. Retrieved November 24, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.aph.gov.au/senate/committee/corporations_ctte/corporate_responsibility/submissions/sub05.pdf>

¹⁰⁴¹ HOPKINS, Michael. *Corporate social responsibility: An issue paper, ILO*. Geneva: Working paper n 27. 2004. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=908181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.908181> > Acesso em: 17 set. 2017.

interessadas (*stakeholders*) e o meio ambiente, passaram a ser consideradas no conceito de CSR¹⁰⁴².

Deste modo, atualmente, verifica-se que forças maiores, tais como a própria sociedade civil mundial, cada vez mais, impõem que a faceta mais ampla e ética do CSR seja levada em consideração. Isso pode ser exemplificado ao observar que consumidores, segundo sua própria percepção, evitam adquirir produtos de empresas consideradas socialmente irresponsáveis. Com efeito, as empresas têm notado que a responsabilidade social é um bom negócio¹⁰⁴³.

O movimento Occupy Wall Street¹⁰⁴⁴ articula uma longa lista de preocupações sobre o comportamento corporativo irresponsável com o seguinte prefácio: “*Nós chegamos a você em um momento em que as corporações, que colocam lucro acima das pessoas, o interesse próprio acima da justiça e a opressão acima da igualdade, dirigem os nossos governos*”. Sem entrar no mérito do movimento, destaque-se que motivados por esse comportamento, alguns autores sustentam, inclusive, que a adoção da CSR por parte das empresas não é assim tão voluntária quanto aparenta¹⁰⁴⁵. A Nike é citada como exemplo de empresa que enfrentou um extenso boicote por parte dos consumidores depois que o *New York Times* e outros meios de comunicação relataram práticas abusivas de trabalho, no início de 1990, em alguns de seus fornecedores na Indonésia¹⁰⁴⁶.

Some-se a isso, o crescente escrutínio relativo ao papel das corporações privadas na esfera pública nas últimas duas décadas, que contribuiu para fomentar as discussões acerca da CSR. Questões afetas ao impacto das corporações sobre os povos indígenas, nas condições de trabalho nos países em desenvolvimento, no meio ambiente e as campanhas políticas nas nações desenvolvidas, demonstraram que a empresa privada é algo muito mais do que apenas um ator econômico com fins lucrativos atuando na sociedade. As corporações não são apenas atores

¹⁰⁴² Ibidem.

¹⁰⁴³ Ibidem

¹⁰⁴⁴ Segundo site occupywallst.org, o *Occupy Wall Street* é um movimento promovido por pessoas comuns, que começou em 17 de setembro de 2011, na Liberty Square, no Distrito Financeiro de Manhattan, e se espalhou para mais de 100 cidades nos Estados Unidos e com ações em mais de 1.500 cidades em todo o mundo. O movimento está lutando contra o poder corrosivo dos principais bancos e corporações multinacionais no processo democrático e o papel de Wall Street na criação de um colapso econômico que causou a maior recessão nas gerações. O movimento é inspirado por revoltas populares no Egito e na Tunísia, e tem como objetivo lutar contra os 1% mais ricos que estão escrevendo as regras de uma economia global injusta que está excluindo nosso futuro. Disponível em: <occupywallst.org> . Acessado em 14 jan 18.

¹⁰⁴⁵ PORTER, Michael; KRAMER, Mark. Strategy and Society: The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility. *Harvard Business Review*, Dezembro 2006. p.2

¹⁰⁴⁶ Ibidem.

passivos em uma economia global cujos impactos sociais seguem uma lógica de maximização de lucro simples com pouca relevância além dos limites da esfera corporativa¹⁰⁴⁷.

Considerando essa perspectiva de levar uma cultura ética para dentro do ambiente corporativo, o *Corporate Social Responsibility* se encaixa bem nesse contexto como sendo uma relação entre empresas e a sociedade em geral¹⁰⁴⁸. Nesse sentido, o componente ético é a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos dos outros e de cumprir obrigações impostas pela sociedade a fim de garantir tais direitos¹⁰⁴⁹. Não se trata de um mero conflito de agência, de como os gestores devem ser responsabilizados pelo grupo de acionistas mais difuso, mas sim de uma questão mais fundamental que são, é se saber quais as responsabilidades a sociedade deposita nas próprias corporações em troca do privilégio legal de se ter uma responsabilidade limitada ao capital investido no negócio, uma vez que o Estado concedeu, historicamente, à empresa o benefício da responsabilidade limitada, a fim de facilitar a acumulação de capital. As primeiras corporações foram agraciadas com o instituto da responsabilidade limitada inicialmente para perseguir o interesse público¹⁰⁵⁰.

O poder e a responsabilidade corporativa são questões de interesse público, com impacto na oferta de emprego, consumo, meio ambiente, desigualdade social, entre outros¹⁰⁵¹.

Nesse sentido, sendo a corrupção uma ameaça única e substancial para ambos os lados, o dos negócios e o da sociedade, as corporações devem considerar o tema da corrupção sob a ótica estratégica da responsabilidade corporativa social (CSR)¹⁰⁵². Com efeito, a própria Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção informa que a CSR é um instrumento para o combate desse mal¹⁰⁵³. A idéia de que as empresas devem se envolver em alguma forma de

¹⁰⁴⁷ BRAMMER, Stephen J.; JACKSON, Gregory; MATTEN, Dirk. Corporate Social Responsibility and Institutional Theory: *New Perspectives on Private Governance* (2012). Socio Economic Review, Vol. 10 (2012), No. 1, pp. 3-28. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2085264>> Acessado em 14 jan 18.

¹⁰⁴⁸ SNIDER, Jamie; HILL, Ronald Paul; MARTIN, Diane. Corporate Social Responsibility in the 21st Century: A View from the World's Most Successful Firms. *Journal of Business Ethics*, v. 48, p. 175–187, 2003. Kluwer Academic Publishers. Holanda. p. 175

¹⁰⁴⁹ Ibidem, p 176

¹⁰⁵⁰ BRAMMER, Stephen J.; JACKSON, Gregory; MATTEN, Dirk. Corporate Social Responsibility and Institutional Theory: *New Perspectives on Private Governance* (2012). Socio Economic Review, Vol. 10 (2012), No. 1, pp. 3-28. p. 4 Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2085264>> Acessado em 14 jan 18.

¹⁰⁵¹ Ibidem.

¹⁰⁵² HILLS, Greg; FISKE, Leigh; MAHMUD, Adeeb. *Anti-corruption as Strategic CSR: A call to action for corporations*. Maio 2009. p. 38. Disponível em: < <https://www.bentley.edu/files/2015/04/15/Anti-Corruption%20as%20Strategic%20CSR-A%20Call%20to%20Action%20for%20Corporations.pdf>> . Acesso em: 06 set. 2017.

¹⁰⁵³ NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011

comportamento responsável tornou-se uma expectativa legítima no mundo globalizado de hoje¹⁰⁵⁴.

Logo, a recepção dessa *soft law* pelo ordenamento jurídico, no âmbito da Novíssima Ordem Internacional, significa que, tanto os Estados como as TNCs devem se organizar segundo critérios de boa governança e responsabilidade social, aí incluído principalmente o combate à corrupção, também visando a evitar distorções à competição¹⁰⁵⁵. Da mesma forma, compreender a CSR como forma institucional de governança privada mostra que as TNCs (corporações de um modo geral) são atores fundamentais nesta arena global atual¹⁰⁵⁶.

Nesse sentido, na esfera transnacional, considerando que as TNCs institucionalizam a CSR em sua estrutura organizacional, em sua cadeia de produção, regulam o mercado com autoridade.

MNCs seem to institutionalize CSR *within their transnational organizational structure*. As it has often been argued ‘C’SR originates from and is dominated by larger multinational corporations. Many of these larger MNCs have fairly widespread CSR activities which have led to institutional mechanisms by which these companies govern their global operations. Most obvious are so called ‘codes of conduct/ethics/practice’, sets of rules and norms by which responsible practices throughout the organization are governed. Examples are [...] and Siemens’ recent implementation of anti-corruption policies throughout their global operations¹⁰⁵⁷.

Dessa forma, a CSR faz parte do Regime Internacional Privado Anticorrupção, uma vez que a respectiva TNC através de sua atuação regula com autoridade os diversos stakeholders, através da imposição de uma conduta ética que deve ser respeitada pelos mesmos.

4.3.3 Códigos de Conduta e Integridade

Os “códigos de conduta”¹⁰⁵⁸; declarações de práticas de negócios; conjuntos de princípios de negócios; padrões de conduta ética nos negócios; e similares, vieram para

¹⁰⁵⁴BRAMMER, Stephen J.; JACKSON, Gregory; MATTEN, Dirk. Op. Cit. p.8

¹⁰⁵⁵ WAELDE, Thomas. *Changing Directions for International Investment Law in Global Economy an Overview of Selected Issues*. CEPMLP Internet Journal, v. 4, 1999. Disponível em: <www.dundee.ac.uk/cepmlp>. Acesso em: 17 set 2017.

¹⁰⁵⁶BRAMMER, Stephen J.; JACKSON, Gregory; MATTEN, Dirk. Op. Cit. p.16

¹⁰⁵⁷BRAMMER, Stephen J.; JACKSON, Gregory; MATTEN, Dirk. Op. Cit. p.16.

¹⁰⁵⁸ Estudos demonstram que países em desenvolvimento demonstram ter compromissos mais fortes com a CSR; bem como que políticas econômicas neoliberais têm compromissos mais baixos de CSR, em contraposição a políticas econômicas de esquerda, as quais tem um compromisso mais sério com a CSR para fins de

consagrar os princípios éticos de boa governança em suas práticas de negócios e combate à corrupção, no seio das transnacionais.

Um código de conduta pode ser definido como: “*a written policy or statement of principles intended to serve as the basis for a commitment to a particular conduct*”¹⁰⁵⁹. A Organização Internacional do Trabalho define código de conduta como “*a written policy, or statement of principles, intended to serve as the basis for a commitment to particular enterprise conduct*”¹⁰⁶⁰. A OCDE tem uma definição semelhante: “*commitments voluntarily made by companies, associations or other entities, activities in the marketplace*”¹⁰⁶¹.

As definições acima descritas destacam duas importantes características dos códigos de conduta – a voluntariedade e a não-vinculação.

Devido a estas características principais dos códigos de conduta, muitos sustentam que eles são ineficazes para a promoção e respeito dos Direitos Humanos¹⁰⁶². Outros, *a contrario sensu*, sustentam que “*many business and industry commentators see voluntary codes of conduct as the most effective means of ensuring that corporations take human rights into account*”¹⁰⁶³.

Voltando à questão da efetividade dos códigos de conduta das companhias privadas, alguns atores sugerem que eles deveriam estabelecer mecanismos de implementação, monitoramento, aplicação e revisão¹⁰⁶⁴.

Todavia, geralmente não há arcabouço formal para que organismos externos possam monitorar a observância pelas empresas de seus códigos de conduta, o que pode acarretar em

desenvolvimento de nação. LIM, Alwyn; TSUTSUI, Kiyoteru. *The Globalization of Corporate Social Responsibility: Cross-National Analyses on Global CSR Framework Commitment The Globalization of Corporate Social Responsibility: Cross-National Analyses on Global CSR Framework*. Commitment Department of Sociology University of Michigan. p. 1

¹⁰⁵⁹ DUBIN, Laurence. 1999. *The Direct application of Human Rights Standards to and by, Transnational Corporations*, Review of the international Commission of Jurists 61: 35-66. p. 42 Apud WAWRYK, Alex. *Regulating Transnational Corporations through Corporate Codes of Conduct*. p. 53

¹⁰⁶⁰ ILO. International Labor Organization Governing Body, Working Party on the Social Dimensions of Liberalization of International Trade, Overview of global development and Office Activities concerning labor issues, Executive Summary, GB 273/WP/SDL/ 1, 273rd session Geneva, Novembro 1998.

¹⁰⁶¹ OECD. Directorate for financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Codes of Corporate Conduct: Expanded review of their Contents (May 2001), Working papers on International Investment, Novembro 2001/6.

¹⁰⁶² MCLEAY, Fiona. *Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, Studies in International Law. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 223

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 224

¹⁰⁶⁴ WAWRYK, Alex. *Regulating Transnational Corporations Through Corporate Codes of Conduct*. p 53-78. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Jędrzej George Frynas e Scott Pegg. Palgrave Macmillan, 2003. p.53

uma tentativa opaca de promoção e aplicação dos Direitos Humanos e combate à corrupção no âmbito das mesmas¹⁰⁶⁵.

Nos dias atuais, e por conta das fraudes financeiras, escândalos contábeis, quebra da confiança dos investidores, ajuda bilionária a bancos e seguradoras, houve uma intensificação

¹⁰⁶⁵ MCLEAY, Fiona. *Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnacional Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, Studies in International Law. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 233

na importância da prática da boa governança, também por meio de efetivos códigos de conduta, inclusive via determinação legal em alguns países¹⁰⁶⁶¹⁰⁶⁷¹⁰⁶⁸¹⁰⁶⁹¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶ SARBANES-OXLEY. Em 30 de julho de 2002, foi assinada nos Estados Unidos a Sarbanes-Oxley Act (Sarbox ou SOX), que ganhou esse nome em referência ao senador Paul Sarbanes (Democrata de Maryland) e ao deputado Michael Oxley (Republicano de Ohio). A sua promulgação se deu devido aos escândalos financeiros corporativos já mencionados anteriormente nesse trabalho (dentre eles o da Enron, que acabou por afetar drasticamente a empresa de auditoria Arthur Andersen). Essa lei foi redigida com o objetivo de evitar o esvaziamento dos investimentos financeiros e a fuga dos investidores causada pela aparente insegurança a respeito da governança adequada das empresas. Ela tem como escopo garantir a criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis nas empresas, incluindo ainda regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, de modo a mitigar riscos aos negócios, evitar a ocorrência de fraudes ou assegurar que haja meios de identificá-las quando ocorrem, garantindo a transparência na gestão das empresas. Nesse sentido, acerca dos códigos de conduta, a Seção 406 da SOX destaca a necessidade de se publicar a existência ou não dos mesmos. “*Section 406, which directs us to adopt rules requiring a company to disclose whether it has adopted a code of ethics for its senior financial officers, and if not, the reasons therefor, as well as any changes to, or waiver of any provision of, that code of ethics.*”. Disponível em: <<http://www.sec.gov/rules/final/33-8177.htm>>. Acesso em: 12 set 2017.

¹⁰⁶⁷ A Sarbanes-Oxley é muitas vezes mencionada como exemplo de extraterritorialidade de lei, todavia isto não é correto, pois ela atua dentro dos limites do território norte-americano. A professora Jennifer Zerk aponta que: “*For instance, in the securities field, imposing requirements on foreign companies that wish to trade their securities on domestic markets is often referred to as “extraterritorial” regulation. But this reflects a misunderstanding about what extraterritorial jurisdiction entails. Not all assertions of jurisdiction over foreign entities are “extraterritorial.” If the regulation concerns the terms on which that foreign party may act or operate within the regulating state, the regulating state is able to rely on its territorial jurisdiction. Here, to return to our securities regulation example, the regulating state is concerned with how that company interacts with local markets, not how it conducts itself abroad. Technically speaking, this regulation is only “extraterritorial” in terms of its implications, not in the taking of jurisdiction*”. Ver mais em ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG’s Special Representative on Business and Human Rights. June 2010 | Working Paper No. 59. p. 14. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 16 set 2017.

¹⁰⁶⁸ OALJ: Decisão Administrativa: WILLIAM VILLANUEVA x CORE LABORATORIES NV e SAYBOLT DE COLOMBIA LIMITADA, A sarbanes Oxley não tem efeitos extraterritoriais. Disponível em: http://www.oalj.dol.gov/PUBLIC/ARB/DECISIONS/ARB_DECISIONS/SOX/09_108.SOXP.PDF

¹⁰⁶⁹ SUPREME COURT USA: U.S. Supreme Court’s decision in the *Morrison v. National Australia Bank* case. Em julho de 2010, a Suprema Corte dos EUA proferiu uma decisão importante que reduziu a extra territorialidade e o risco de litígio de *class actions* nos EUA para empresas estrangeiras. O Tribunal limitou o alcance da lei dos EUA e delimitou a necessidade de haver uma prova clara para o exercício da jurisdição em processos de fraude nos EUA. O Supremo Tribunal decidiu que os litigantes privados não podem usar a lei de valores mobiliários dos Estados Unidos contra fraude (Sec.10(b) do Securities Exchange Act) para fins de transações realizadas em bolsas de fora dos EUA, mesmo que alguma parte da conduta subjacente tenha ocorrido nos EUA. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf>>. Acesso em: 03 mai 2012.

¹⁰⁷⁰ ESTADÃO. Obrigatoriedade de compliance já é realidade. “A obrigatoriedade de as empresas instituírem um programa de integridade para serem contratadas pela administração pública já é uma realidade – ao menos para as empresas que prestarem serviços ao Estado do Rio de Janeiro. Isso porque, no último dia 18 de outubro, foi publicada a Lei Estadual nº 7.753/2017 que passou a exigir a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado”. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/obrigatoriedade-de-compliance-ja-e-realidade/>>. Acessado em 20 dez 17.

Apesar de a difusão dos chamados códigos de conduta¹⁰⁷¹ e programas de *compliance*, cujas principais características são a voluntariedade e a não-vinculação, já ser uma realidade, muitos autores apontam que tais características conferem a eles uma certa ineficácia para a promoção e respeito dos Direitos Humanos¹⁰⁷². Entretanto, conforme anteriormente apontado, o fato de os códigos de conduta e programas de *compliance* terem caráter obrigatório dentro dos sistemas de governança daqueles que adotaram tal regime “voluntário”¹⁰⁷³, o tornam eficientes, pelo menos dentro da cadeia de produção, fazendo parte do Regime Internacional Privado Anticorrupção, uma vez que também possuem caráter transnacional, sendo exigidos em todas as jurisdições de atuação da respectiva TNC e de suas contratadas.

A difusão de códigos de conduta e programas de *compliance* nas empresas veio para consagrar os princípios de boa governança e combate à corrupção¹⁰⁷⁴¹⁰⁷⁵¹⁰⁷⁶, introduzindo regras e políticas que integram os princípios éticos em suas práticas de negócios¹⁰⁷⁷.

As leis com efeitos extraterritoriais como o Foreign Corrupt Practice Act dos EUA e o Bribery Act do Reino Unido, assim como a Lei 12.846/2014 e outras analisadas nessa tese, preveem a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo a denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de conduta como fatores a serem considerados em caso de aplicação de sanção administrativa, como atenuante do cálculo da multa, e no caso das primeiras legislações estrangeiras até mesmo de excludente

¹⁰⁷¹ Também chamados de códigos de ética; códigos de conduta; declarações de práticas de negócios; conjuntos de princípios de negócios; padrões de conduta ética nos negócios

¹⁰⁷² MCLEAY, Fiona. *Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*. IN: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, Studies in International Law. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 223

¹⁰⁷³ CATA BACKER, Larry. Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board, and the Global Governance Order. PRIVATE ACTORS AND PUBLIC GOVERNANCE BEYOND THE STATE. INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 18:2 (2011). P. 766

¹⁰⁷⁴ “many business and industry commentators see voluntary codes of conduct as the most effective means of ensuring that corporations take human rights into account” Ibidem, p. 224

¹⁰⁷⁵ Estudos intrigantes demonstram que países em desenvolvimento demonstram ter compromissos mais fortes com a CSR; bem como que políticas econômicas neoliberais têm compromissos mais baixos de CSR, em contraposição a políticas econômicas de esquerda, as quais tem um compromisso mais sério com a CSR para fins de desenvolvimento de nação. LIM, Alwyn; TSUTSUI, Kiyoteru. *The Globalization of Corporate Social Responsibility: Cross-National Analyses on Global CSR Framework Commitment* *The Globalization of Corporate Social Responsibility: Cross-National Analyses on Global CSR Framework*. Commitment Department of Sociology University of Michigan. p. 1

¹⁰⁷⁶ Apesar dessas discussões, conforme destacado anteriormente nesse trabalho, tanto a sociedade civil como a comunidade internacional estão dispostos a criar estratégias de combate à corrupção, regulamentando as responsabilidades das corporações transnacionais.

¹⁰⁷⁷ MULLERAT, Ramon O.B.E..Op. Cit. p.2

de culpabilidade, caso seja comprovado que a empresa adotou todos os mecanismos necessários para se evitar a corrupção, restando claro que o funcionário agiu a revelia da pessoa jurídica.

4.3.4 Governança privada anticorrupção por meio de contratos

A governança por meio de contrato (*governance by means of contract*) direciona a atenção para o papel que os contratos podem desempenhar na consecução de metas que não sejam de preocupação puramente privada entre as partes, mas que aumentam os interesses das políticas públicas e as questões fora da relação contratual¹⁰⁷⁸.

Nesse sentido, o Regime Internacional Privado Anticorrupção tem grande efetividade, principalmente devido à governança por meio de contrato.

A governança privada anticorrupção, por meio de contrato, busca coordenar as relações sociais, econômicas e políticas da cadeia de produção, porque vinculam produtores, fornecedores e consumidores locais e globais de natureza pública e privada¹⁰⁷⁹.

A H&M informa que todas as suas unidades de negócios são regularmente avaliadas quanto aos riscos de corrupção, e que com base nesta avaliação de risco, o seu código de ética aplica-se a todos os parceiros comerciais e a todos os funcionários, os quais devem assinar o código de ética e comprometer-se a cumpri-lo¹⁰⁸⁰.

A Política Global de Combate à Corrupção do Walmart proíbe que alguém ofereça, dê ou receba algo de valor para obter um benefício indevido para a empresa. O Walmart informa que está constantemente trabalhando para que essa política possa refletir a realidade diária dos negócios da companhia. Através de investimentos, oferece treinamento anticorrupção todos os anos para mais de 100 mil associados com maior probabilidade de interagir com funcionários governamentais. Promove, ainda, treinamento e audita os intermediários terceirizados que

¹⁰⁷⁸CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p. 20

¹⁰⁷⁹CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p 79.

¹⁰⁸⁰ H&M. “We make all our business partners and relevant employees aware of the Code and we provide the information and training necessary to understand and comply with it. All suppliers must sign the Code before they can be accepted by H&M. We inform all new employees of the Code during the recruitment process.” Tradução livre: “Nós fazemos todos os nossos parceiros comerciais e funcionários relevantes cientes do Código e fornecemos a informação e o treinamento necessários para compreendê-lo e cumpri-lo. Todos os fornecedores devem assinar o Código antes de serem aceitos pela H & M. Informamos todos os novos funcionários do Código durante o processo de recrutamento”. Disponível em: <<http://sustainability.hm.com/en/sustainability/commitments/be-ethical/anti-corruption.html>> Acessado em 20 Ago 2017.

interagem com entidades governamentais em nome do grupo. O Walmart afirma que através de suas iniciativas anticorrupção, busca não só alcançar os mais altos padrões de integridade em seus próprios negócios, como também regular esses altos padrões de conduta no mercado de negócios global. Levando os benefícios do combate à corrupção, não só para o Walmart e sua cadeia de produção, mas também às comunidades em que atuam¹⁰⁸¹.

Da mesma forma, a GE informa que, há muito tempo, assumiu um papel de liderança na promoção da transparência e integridade no mercado global. A sua política contra pagamentos impróprios em transações comerciais é um elemento-chave do *The Spirit & The Letter* e representa uma crença fundamental de como a GE faz seus negócios. Há uma série de políticas e procedimentos corporativos que refletem essa abordagem, proibindo pagamentos indevidos em todas as transações, seja com um governo ou com uma parte privada. A GE promove extensivos controles e treinamento de suas políticas, para intermediários externos, tais como distribuidores, prestadores de serviços e agentes comerciais e representantes. Tem controles internos robustos e processos contábeis projetados para detectar e prevenir violações da política da companhia em relação a riscos de pagamento impróprios e garantia da precisão de livros e registros contábeis¹⁰⁸².

A Bayer destaca que, como membro fundador do Pacto Global das Nações Unidas, é uma das empresas que procuram modificar suas operações e estratégias para atender aos 10 princípios universalmente aceitos nas áreas de Direitos Humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção. Nesse sentido, espera que todos os seus fornecedores e subcontratados compartilhem os princípios que são expressos em seu Código de Conduta do Fornecedor e que compõem um importante componente de seleção e avaliação de fornecedores. Além disso, espera que seus fornecedores repliquem esses padrões ao longo de toda a cadeia de produção (*supply chain*)¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ WALMART. Declaração Doug McMillon, President and CEO, Walmart, April 20, 2017. “Through our anti-corruption initiatives we strive not only to achieve the highest standards of integrity in our own business, but also to normalize these high standards of conduct in the global business marketplace. Leading on anti-corruption benefits not only Walmart and our associates, but also the communities in which we operate and live.” Disponível em: <<https://corporate.walmart.com/global-responsibility/global-compliance-program-report-on-fiscal-year-2017>>. Acessado 23 Nov 2017.

¹⁰⁸² GE. “GE has long taken a leading role in pushing for transparency and integrity in the global marketplace. GE’s policy against improper payments in business transactions is a key element of The Spirit & The Letter and represents a core belief in how we do business.” Disponível em: <<http://www.gesustainability.com/how-ge-works/integrity-compliance/anti-corruption/>> Acessado 23 Nov 2017.

¹⁰⁸³ BAYER. Disponível em: <<https://www.bayer.com/downloads/supplier-code-of-conduct-english.pdf>> . Acessado 23 Nov 2017.

A Pirelli também descata que apoia os princípios do Pacto Global das Nações Unidas e apoia a *Transparency International*. O Grupo Pirelli está empenhado em não tolerar qualquer forma de corrupção, em qualquer jurisdição, mesmo que muitas dessas atividades sejam permitidas, toleradas e não investigadas¹⁰⁸⁴. Obriga que todos os contratos com terceiros dentro da sua cadeia de produção e que atuem em nome da Pirelli tenham uma cláusula de *compliance*, com as normas anticorrupção locais e da empresa, sob pena de rescisão contratual¹⁰⁸⁵.

Nesse sentido, verifica-se que as TNCs regulam, por meio de governança privada, no momento em que a sua cadeia de produção adere a autorregulação feita por meio Códigos de Conduta e *standards* de *Corporate Social Responsibility* da TNCs, exigíveis por meio de contratos ao longo da cadeia de produção. Ressalte-se, uma vez mais, que esse direito de comando das Transnacionais, ou seja, a sua autoridade, implica em um consentimento concedido por aqueles que são submetidos àquela regra, pouco importando o resultado, se o regulado vai cumprir ou não com as regras estabelecidas pela Transnacional, mas sim o mecanismo pelo qual o poder, ou autoridade, é exercido¹⁰⁸⁶.

Dessa forma, a autoridade privada dessas TNCs é limitada a instâncias em que as transnacionais criam regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a conduta dos

¹⁰⁸⁴ PIRELLI. “the Pirelli Group is committed to not tolerating corruption in any way, shape or form, or in any jurisdiction, or even if such activities are allowed, tolerated, or non-prosecutable. Social Responsibility Policy for Occupational Health, Safety and Rights, and Environment.” Disponível em: https://www.pirelli.com/mediaObject/corporate/documents/common/governance/program/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN/original/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN.pdf . Acessado 23 Nov 2017.

¹⁰⁸⁵ PIRELLI. “Careful selection of counterparties: The appointment of subjects operating in the name and/or on behalf and/or in the interest of the Company must [...] include a specific clause that requires compliance with the ethical-behavioural principles adopted by the Company. **Failure to comply with this specific clause will entitle the Company to terminate the contractual relationship.**” “After being approved by the Board of Directors of Pirelli & C. S.p.A., the Anti-Corruption Compliance Program – “Premium Integrity” Program applies to all Pirelli employees worldwide, and also to all those parties who act in the name and/or on behalf and/or in the interest of Pirelli, or that have business relationships or other contractual relationships with Pirelli (hereinafter, the “Recipients”). Therefore, all of these parties are required to read this Program on the Pirelli corporate website. Specific training and information programs will be planned at the Group level and target current employees, while all newly hired employees must sign the “Premium Integrity” Program. The Recipients must comply with the applicable laws and regulations in the countries where they operate, and with corporate procedures and regulations. They must also present and exemplify the principles set out in this document with daily commitment and participation. Only ethically responsible conduct can effectively support the success of a Group. Any amendment to the Program is subject to approval by the Pirelli Board of Directors. Disponível em: https://www.pirelli.com/mediaObject/corporate/documents/common/governance/program/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN/original/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN.pdf . Acessado 23 Nov 2017

¹⁰⁸⁶ Ibidem, p. 28

outros¹⁰⁸⁷, mas é uma realidade da governança global atual, criando, portanto, um Regime Internacional Privado Anticorrupção.

Por fim, é possível constatar que, principalmente nas economias em desenvolvimento, no que se refere ao Regime Internacional Privado Anticorrupção, grandes TNCs tiveram sucesso na regulação de padrões aos seus fornecedores, os quais excederam os existentes em sistemas jurídicos locais aplicáveis a esses fornecedores. Nesse esteio, desconsiderando o efeito prático da efetividade desse tipo de governança na diminuição da corrupção, uma vez que é muito difícil mensurar a corrupção, conforme destacado no capítulo 3, os contratos tem sido importantes disseminadores da regulação anticorrupção no mundo.

¹⁰⁸⁷ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition. P. 30

5. A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO FRENTE AOS DESAFIOS DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

A indústria do petróleo pertence a um dos setores mais vulneráveis à corrupção, uma vez que opera ou está relacionada com empresas que operam em um setor regulado, o qual demanda reiteradamente contato com funcionários públicos¹⁰⁸⁸. A razão disso está intimamente relacionada com o princípio da soberania dos recursos naturais¹⁰⁸⁹, o qual preconiza que os Estados, com exceção dos Estados Unidos e de algumas províncias canadenses, detêm a propriedade sobre os recursos naturais do subsolo¹⁰⁹⁰.

Por conseguinte, são os Estados que decidem quem deve realizar a exploração e produção de petróleo, gás e minerais e em quais termos. Os direitos de exploração e produção podem ser alocados através de diferentes mecanismos jurídicos, dependendo dos tipos de recursos e do tamanho dos reservatórios.

Os modelos de contratos mais comuns são a concessão tradicional¹⁰⁹¹; as *joint ventures* e os contratos de associação¹⁰⁹²; os contratos de partilha de produção (*production sharing*

¹⁰⁸⁸ OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/BRIBERY-AND-CORRUPTION-AWARENESS-HANDBOOK_Portuguese.pdf>. p. 28. Acesso em 24 abr 16.

¹⁰⁸⁹ O reconhecimento político do princípio da soberania no período da descolonização pós primeira guerra mundial, foi reconhecido no ano de 1933, na VII Conferência interamericana, quando o princípio da não-intervenção como expressão política da soberania dos novos Estados ibero-americanos, o qual já havia sido consagrado formalmente pela primeira vez em 1823 quando da formulação da Doutrina Monroe, a qual se opunha à qualquer tentativa de intervenção das potências européias no continente americano. REMIRO Brotons, Antonio. Derecho Internacional Público. Principios fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1982. pp. 85-86 e 302

¹⁰⁹⁰ A Declaração sobre a Soberania Permanente em Relação aos Recursos Naturais, adotada na Assembléia Geral da ONU por meio da Resolução 1.803, de 14 de dezembro de 1962, torna os recursos naturais um direito inalienável.

¹⁰⁹¹ Marilda Rosado destaca que a concessão tradicional seria afeta a “grandes áreas reservadas à companhia estrangeira (empresa internacional de petróleo, doravante designada IOC) e longos períodos de vigência, chegando a 65 e 70 anos; obrigações vagas em termos do trabalho exploratório; as obrigações restringem-se a pagamento de royalties ou taxa anual; ausência de controle ou ingerência pelo país hospedeiro; ampla liberdade, inclusive quanto à taxação e produção”. Enquanto na concessão do pos-guerra “a IOC tem o direito exclusivo de explorar e explorar petróleo, por sua conta e risco; ela é proprietária do óleo produzido, ficando livre para dele dispor, mas assegurando parcela para abastecimento do mercado doméstico do país hospedeiro; durante a fase de exploração e exploração paga taxa de arrendamento da área; a IOC paga royalties em óleo, em espécie, ou uma combinação dos dois e imposto de renda; ela é proprietária dos equipamentos e ativos; não há participação ou ingerência do país hospedeiro, que também não se beneficia de treinamento ou transferência de tecnologia”. BARRETO, Celso de Albuquerque. A Evolução da Contratação Petrolífera Internacional no Período 1973-1983. In: SEMINÁRIO DO SERVIÇO JURÍDICO DA PETROBRAS, 8, Rio de Janeiro, 1983. [Anais] Rio de Janeiro: Petrobras/Sejur, 1983. e KATZ, Samuel. Types of International Petroleum Contracts: their History and Development. In: STEINMETZ, Richard, ed. *The Business of Petroleum Exploration*. Tulsa, Texas: AAPG, 1992, pp. 297-305. (AAPG Treatise of Petroleum Geology. Hand book of Geology). Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 138

¹⁰⁹² “Contrato de associação (considerado um exemplo típico de joint venture). Participação da empresa estatal do país hospedeiro na rotina gerencial do contrato; royalties crescentes em razão do aumento da produção;

agreements)¹⁰⁹³; os contratos de serviço¹⁰⁹⁴; os contratos de prestação de serviços com cláusula de risco; e as modernas licenças¹⁰⁹⁵, bem como os *leases* norte-americanos¹⁰⁹⁶.

Em muitos países produtores de petróleo, o governo recebe uma parcela física da produção, e esse petróleo normalmente é vendido pela empresa estatal de petróleo daquele determinado país (NOC). Essas transações comerciais estão geralmente sujeitas a uma regulamentação limitada e, por vezes, com pouca transparência¹⁰⁹⁷.

“carrego” (financiamento) das despesas de exploração correspondentes ao percentual de participação (interesses) da empresa estatal com reembolso posterior, em caso de sucesso; participação igualitária nos riscos das fases de desenvolvimento e produção; partilha dos resultados somente após a dedução dos royalties”. MANNARINO, Remo. Aspectos Econômicos e Negociais dos Contratos de Risco. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO DIREITO DO PETRÓLEO, 1, Rio de Janeiro, 1988. [Trabalhos Apresentados] Rio de Janeiro: Braspetro, 1988; MANNARINO, Remo. Economic and Fiscal Aspects of Petroleum Risk Contracts. In: WORLD PETROLEUM CONGRESS, 13, Buenos Aires, 1991. *Proceedings...* Chichester, Nova York: J. Wiley, 1992, v. 2, pp. 163-173. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 139

¹⁰⁹³ *“Contratos de partilha de produção. A estatal do país hospedeiro tem participação na administração e a IOC assume o risco da parte técnica e financeira da operação em uma determinada área sob contrato; a produção pertence ao país hospedeiro; após recuperação dos custos, a produção é rateada entre a estatal e a IOC, de acordo com percentual predeterminado; a renda da IOC é sujeita a tributação; os equipamentos e instalações são propriedade do país hospedeiro. SMITH, Ernest E. et al. International Petroleum Transactions, op. cit. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 140*

¹⁰⁹⁴ *“Contratos de serviço (puros). A IOC é contratada como prestadora de serviço, podendo ou não receber sua remuneração em óleo; o país hospedeiro é proprietário de todos os ativos”.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 139

¹⁰⁹⁵ *“Licenças. Modalidade contratual adotada no Mar do Norte e em outros países do mundo, que embora contratual por natureza, tem detalhadas disposições na lei de petróleo do país hospedeiro que suprem as disposições mais simplificadas do contrato firmado entre as partes; o país hospedeiro, através de sua estatal ou do órgão ministerial de supervisão, tem forte ingerência sobre o mecanismo decisório, prazos, especificação dos programas mínimos e obrigações financeiras das IOCs e até, em alguns casos, dos parceiros com os quais estas deverão se associar em cada operação; a regulamentação ambiental e as normas de segurança no trabalho passaram a assumir peso significativo nos custos da operação e até nas especificações sobre concepção dos equipamentos e abandono de instalações”.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 139

¹⁰⁹⁶ *“Leases. Regime adotado, especificamente, nos Estados Unidos, equivalente, estruturalmente, à licença, mas que incorpora a esta algumas peculiaridades inerentes ao singular regime norte-americano de Direito Minerário e Petrolífero, notadamente porque nas áreas emersas o proprietário da terra é também proprietário dos direitos de exploração dos recursos minerais do subsolo; a margem de liberdade de negociação entre o proprietário da terra e as empresas petrolíferas criou várias submodalidades de leases; ampla jurisprudência e crescente legislação dos estados; áreas offshore sujeitas às detalhadas obrigações previstas nas instruções do Minerals Management Service (MMS)”.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 140

¹⁰⁹⁷ SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra. Initial Evidence of Corruption Risks in Government Oil and Gas Sales. NRG, Jun 2016. Disponível em: <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/nrgi_trading-corruption-risk.pdf>. Acessado em 06 Jan 17.

Devido a essa interação com agentes públicos, principalmente os funcionários de empresas estatais (NOCs)¹⁰⁹⁸, a exploração e produção de petróleo e gás natural é uma atividade que atrai a aplicação de leis anticorrupção das mais diversas jurisdições.

Many organizations involved in the oil and gas sector are either wholly or partially state-owned, and their employees are likely to be considered foreign officials under bribery and corruption legislation around the world. The high number of interactions with government across all levels of the oil and gas business increases the risk of corrupt practices influencing policy and officials using their positions of power to solicit bribes¹⁰⁹⁹.

Adicionalmente, o caráter transnacional de suas operações, fortemente influenciado pela necessidade de mitigação de risco e de busca por novas reservas petrolíferas, faz com que, por vezes, uma grande quantidade de IOCs precise operar em locais do globo historicamente corruptos.

Nesse esteio, a disciplina atinente ao combate à corrupção, às transnacionais e suas formas de cooperação, como o caso das *joint ventures*¹¹⁰⁰ da indústria do petróleo, insere-se em uma conjuntura mais ampla do exame dos padrões de evolução do Direito¹¹⁰¹, no chamado

¹⁰⁹⁸ Segundo relatório da OCDE 80% dos casos estudados de corrupção desde 1999 envolvem funcionários de NOCs (*Host Company* ou *National Oil Company*). OECD Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acessado em 13 jan 2018.

¹⁰⁹⁹ Ernst & Young. Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry Report. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry/\\$FILE/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry/$FILE/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry.pdf)> acessado em 16 Jul 17.

¹¹⁰⁰ O surgimento do termo *joint venture*, que no início era denominado simplesmente *adventure*, posteriormente, *joint adventure* até a supressão do prefixo *ad*, para formar o termo atualmente conhecido, deu-se na Grã-Bretanha no século XVI, e designava aquelas associações estabelecidas entre dois ou mais comerciantes para aprestar um navio e negociar no ultramar. As referidas associações davam-se de forma temporária, não havendo formalidades para a sua formação. As *joint adventures*, utilizando a designação inglesa da época, eram sociedades despersonalizadas, distinguindo-se das sociedades personificadas existentes à época, as denominadas *chartered companies*. As *Chartered Companies* eram companhias monopolistas cuja finalidade era o comércio marítimo, especialmente aquele desenvolvido entre metrópole e colônias, sendo a Companhia das Índias Ocidentais, apesar de Holandesa, certamente, o melhor exemplo histórico deste tipo societário. O decreto, que instituiu a Companhia das Índias Ocidentais, concedeu-lhe os mais amplos privilégios, autorizando-a, em nome dos Estados Gerais, a “fazer contratos, pactos e alianças com príncipes e naturais dos países compreendidos nos limites, construir fortalezas e fortificações, admitir gente de guerra, nomear governadores e funcionários da justiça e outros, para os serviços necessários à conservação das praças, manutenção da ordem e policia, distribuição da justiça e desenvolvimento do comércio, deportar e demitir funcionários e colocar outros em seu lugar. Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.11-12. Apud ROSA, Alberto Lopes da. *As joint ventures da indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada*. 2013. 161 f. Dissertação (mestrado em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

¹¹⁰¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em*

Direito Transnacional e nas formas de governança com base na *lex petrolea*¹¹⁰², ramo especializado da *lex mercatoria* para a indústria do petróleo.

O Direito do Comércio Internacional, tendo em vista as suas especificidades, possui também outras fontes, que cumpre-nos aqui referir: as de direito transnacional e de direito nacional. As primeiras, muito contestadas, atuam na ausência de outras normas nacionais, surgindo do esforço dos agentes econômicos internacionais que criam regras próprias de funcionamento de certos setores do comércio internacional, v.g.: “*lex petrolea*”, criada pelas grandes multinacionais do setor do petróleo [...]. Essas regras, também nascidas da prática, são consideradas de direito transnacional na medida em que são impostas pelos operadores econômicos internacionais sem a participação dos Estados que sentirão os seus reflexos e suportarão seus efeitos.¹¹⁰³

Portanto, sob o prisma da *lex petrolea*, procurar-se-á destacar o caráter global e a importância da indústria do petróleo, suas formas de atuação, principalmente por meio de joint ventures. Tal introdução justificar-se-á para a análise e melhor entendimento do subcapítulo concernente à corrupção transnacional no setor petrolífero e, por fim, analisar a emergência de uma governança privada no seu combate, a qual pertence ao Regime Internacional Privado Anticorrupção atinente à Indústria do Petróleo e Gás Natural.

homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.457

¹¹⁰² O termo *lex petrolea* foi cunhado pela primeira vez, no tribunal arbitral que atuou no caso ARAMCO v Arábia Saudita, de 1958, que entendeu que a lei nacional aplicável ao caso deveria ser interpretada e complementada pelos princípios gerais do direito, pelos costumes e pelas boas práticas da indústria do petróleo. Mais tarde, em 1982, no caso Kwait v. AMINOIL, o governo apresentou como argumento um conjunto de decisões arbitrais proferidas em litígios da indústria petrolífera que teria originado a *lex petrolea*, como uma especialização da *lex mercatória*. Os laudos arbitrais são importante fonte da *lex petrolea*, bem como seu principal campo de incidência. Diversos são os precedentes onde ela foi reconhecida como aplicável ao mérito da controvérsia, tanto de forma exclusiva, como subsidiária. DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 104 Apud BRANDÃO, Clarissa. *Lex Petrolea*. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. 1808-9291, n 2, 2006/09. Rio de Janeiro, pp 239-254. P 247-248

¹¹⁰³ BASSO, Maristela. Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacionail. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 20, n. 77, p. 60-71, jul./set/ 1996. p. 61.

5.1 Introdução: a importância da indústria do petróleo e seu caráter transnacional

A indústria do petróleo e gás natural tem papel de destaque no cenário econômico mundial e no desenvolvimento dos países. Representa atualmente cerca de 53% da oferta mundial de energia primária¹¹⁰⁴.

Ao contrário do que uma percepção superficial possa sugerir, uma vez que há muito se sustenta o declínio dessa indústria, pois trata-se de um recurso natural não renovável¹¹⁰⁵¹¹⁰⁶, estudiosos afirmam que, até o ano de 2030¹¹⁰⁷, não é provável que outras fontes de energia

¹¹⁰⁴WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em:

<<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/KeyWorld2017.pdf>> . Acessado em 06 jan 18.

¹¹⁰⁵Articulada pela primeira vez por King Hubbert em 1956 a teoria baseou-se no pressuposto de que o petróleo é um recurso finito. As descobertas de petróleo e as reservas relacionadas teriam necessariamente um pico em algum momento, à medida que os grandes campos, facilmente descobertos, fossem desenvolvidos.

Posteriormente, as principais descobertas seriam de campos menores, mais difíceis de encontrar. A produção, no entanto, continuaria a aumentar, mesmo depois de reservas descobertas, porque os campos não seriam totalmente desenvolvidos por vários anos, durante o qual algumas descobertas adicionais seriam feitas e anos após as reservas descobertas terem atingido o pico. Posteriormente, a produção iniciaria inevitavelmente um declínio irreversível. *“The theory was first articulated by Mr. King Hubbert in 1956 and was based on the assumption that oil is a finite resource. Oil discoveries and the related reserves would necessarily peak at some point as the large, easily discovered fields were developed. Thereafter the principal discoveries would be of smaller, harder-to-find fields. Production, however, would continue to increase even after discovered reserves peaked because the fields would not be fully developed for several years, during which some additional discoveries would be made and years after discovered reserves peaked. Thereafter, production would inevitably begin an irreversible decline.”* SMITH, Ernest E. INTERNATIONAL PETROLEUM TRANSACTIONS, THIRD EDITION (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2010). p. 24

¹¹⁰⁶ “The sharpest disagreements and greatest uncertainty over reserve estimates relate to oil and the size of both global reserves and those of individual countries. Estimates change from year to year, with estimated reserves often increasing rather than decreasing, even though millions of barrels of oil have been produced during the intervening period.” Tradução livre: “Os desentendimentos mais acentuados e a maior incerteza sobre as estimativas de reserva dizem respeito ao petróleo e ao tamanho das reservas globais e dos países individuais. As estimativas mudam de ano para ano, com reservas estimadas, muitas vezes aumentam em vez de diminuir, apesar de milhões de barris de petróleo terem sido produzidos durante o período intermediário.” SMITH, Ernest E. INTERNATIONAL PETROLEUM TRANSACTIONS, THIRD EDITION (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2010). p. 18

¹¹⁰⁷ Segundo SMITH, Ernest os críticos da teoria do pico de petróleo (Peak Oil Theory) de Hubbert não concordam que o petróleo termine antes do final do século XXI. Peter M. Hubber & Mark P. Mills. *The Bottomless Well: The twilight of fuel, the virtue of waste, and Why we will never run out of energy* (2005); Peter R. Odell. *Why Carbon Fuels will dominate the 21th century global energy economy* (2004). SMITH, Ernest E. INTERNATIONAL PETROLEUM TRANSACTIONS, THIRD EDITION (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2010). p. 25

primária se aproximem do patamar de importância que tem hoje os “combustíveis fósseis”¹¹⁰⁸: petróleo, gás natural e carvão¹¹⁰⁹, no mundo¹¹¹⁰.

O petróleo é, ainda hoje, um combustível basilar, constituindo insumo para a fabricação de diversos produtos, tais como borracha, solventes, fertilizantes, dentre outros.

A projeção do último relatório da *International Energy Agency*¹¹¹¹, *World Energy Outlook 2017*¹¹¹², é de crescimento do setor até o meio da década de 2020, inclusive no que se refere à demanda por petróleo¹¹¹³. Posteriormente, o ritmo diminuiu consideravelmente em especial devido ao aumento da eficiência e à troca de matriz energética dos veículos de passeio, os quais derrubarão o consumo de petróleo¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁸ O relatório World Energy Outlook 2017 aponta que a projeção acerca da demanda por petróleo continuará a crescer até 2040, embora a um ritmo cada vez menor. O consumo de gás natural, por sua vez, aumentará em 45% até 2040; com espaço mais limitado para expansão no setor de energia, a demanda industrial se torna a maior área de crescimento. WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: < <https://www.iea.org/weo2017/>> . Acessado em 06 jan 18.

¹¹⁰⁹ O Carvão já entrou em declínio. WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: < <https://www.iea.org/weo2017/>> . Acessado em 06 jan 18.

¹¹¹⁰ SMITH, Ernest E. INTERNATIONAL PETROLEUM TRANSACTIONS, THIRD EDITION (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2010). p. 1

¹¹¹¹ International Energy Agency é uma agência autônoma, criada em novembro de 1974, no âmbito da OCDE. Seu principal mandato foi - e é - duas vezes: promover a segurança energética entre seus países membros através da resposta coletiva às interrupções físicas no fornecimento de petróleo e fornecer pesquisas e análises autorizadas sobre formas de garantir energia confiável, acessível e limpa para seus 29 membros países e além. A IEA realiza um abrangente programa de cooperação energética entre seus países membros, cada um dos quais é obrigado a manter ações petrolíferas equivalentes a 90 dias de suas importações líquidas.

¹¹¹² O World Energy Outlook 2017 aponta para quatro mudanças de grande escala no sistema de energia global ocorrerem no mundo: (i) a rápida implantação e a queda dos custos das tecnologias de energia limpa (em 2016, o crescimento da capacidade de energia solar fotovoltaica foi maior do que para qualquer outra forma de geração; desde 2010, os custos da energia solar diminuíram 70%, da energia eólica em 25% e os custos da bateria em 40%); (ii) a crescente eletrificação da energia (em 2016, os gastos dos consumidores mundiais em energia elétrica aproximaram-se de seus gastos com produtos petrolíferos); (iii) a mudança para uma economia mais orientada para os serviços e uma combinação de energia mais limpa na China, o maior consumidor de energia do mundo; (iv) a resiliência do *shale gas* e *tight oil* nos Estados Unidos, o qual consolidou sua posição como o maior produtor de petróleo e gás do mundo, mesmo a preços mais baixos. WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: < <https://www.iea.org/weo2017/>> . Acessado em 06 jan 18

¹¹¹³ Segundo Rogério Maestri, “o petróleo apertado (*tight oil*) é petróleo como todos conhecem com a diferença de estar contido numa rocha diferente do que as rochas do petróleo convencional, o xisto que com petróleo ou querogênio é denominado xisto betuminoso. Por outro lado o “oil shale” não é petróleo é outro hidrocarboneto denominado querogênio, um precursor no petróleo na natureza, ou seja, uma fase anterior da formação do petróleo. O querogênio é um hidrocarboneto, que por não ter virado petróleo necessita ser cozinhado, tornando a sua exploração industrial muito mais cara do que o óleo ou gás apertado.” Disponível em: < <https://blogln.ning.com/forum/topics/o-que-o-petr-leo-e-o-g-s-apertado-e-porque-o-pr-sal-t-o>> .

¹¹¹⁴ WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: < <https://www.iea.org/weo2017/>> . Acessado em 06 jan 18

Os Estados Unidos, por sua vez, responderão por 80% do aumento do fornecimento mundial de petróleo até o ano 2025 e manterão, em curto prazo, a pressão descendente sobre os preços¹¹¹⁵.

Levando-se em consideração, portanto, o comentado no *World Energy Report 2017*, devido ao consumo mundial continuar em ritmo crescente, sua importância tende a aumentar a curto e médio prazos, enquanto não surgirem fontes alternativas de energia¹¹¹⁶. Dessa forma, resta evidente que, por enquanto, os consumidores do mundo ainda não estão prontos para abandonar a era do petróleo¹¹¹⁷¹¹¹⁸.

Também possui relevo a interconexão do setor petrolífero com outras indústrias, a exemplo da indústria química, automobilística e de construção naval e de toda uma indústria de componentes e de padrão tecnológico específico ao atendimento das suas demandas.

Nesse esteio, dentro do contexto da governança privada, considerando que em grande parte é exercida dentro da cadeia de produção, o fato dessa indústria depender de uma extensa cadeia produtiva, do poço ao posto (da prospecção até a revenda no varejo e consumo final dos derivados), ou seja, exploração e desenvolvimento das jazidas, produção, transporte, refino e distribuição, torna a presente pesquisa ainda mais relevante por atingir um grande número de agentes¹¹¹⁹.

¹¹¹⁵O relatório World Energy Outlook 2017 aponta que a projeção acerca da demanda por petróleo continuará a crescer até 2040, embora a um ritmo cada vez menor. O consumo de gás natural, por sua vez, aumentará em 45% até 2040; com espaço mais limitado para expansão no setor de energia, a demanda industrial se torna a maior área de crescimento. WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2017/>> . Acessado em 06 jan 18.

¹¹¹⁶LOWE, John S. *Oil and Gas Law in a Nutshell*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1983 (Nutshell Series), p. 19.

¹¹¹⁷WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2017/>> . Acessado em 06 jan 18.

¹¹¹⁸Ernest E. Smith ressalta que apesar do fato de que a utilização de outras formas de energia deva crescer nos próximos vinte anos, ainda não se pode visualizar quando tais combustíveis fósseis deixarão de dominar o mercado internacional de recursos energéticos primários. (SMITH, Ernest E. *World Energy Resources*, In: SMITH, Ernest E. et al. *Materials on International Petroleum Transactions*. 2a. ed., op. cit., 2000, pp. 4-6.)

¹¹¹⁹As companhias de petróleo “médias”, também chamadas “independentes” ou “não-majors”, são aquelas que se dedicam a um segmento da cadeia, já as “grandes” ou “majors” são aquelas integradas verticalmente nos diversos segmentos da cadeia petrolífera, a saber E&P, transporte de cru, refino, distribuição e comercialização de derivados. PODOLNY, J.; ROBERTS, J. *The Global Oil Industry*. Stanford: Graduate School of Business – Stanford University, 1998.

Adicionalmente, a energia, como instrumento de poder, tem uma dimensão geopolítica estratégica para os Estados¹¹²⁰¹¹²¹¹¹²², na qual a segurança do suprimento energético¹¹²³ é prioritária para o desenvolvimento econômico e social da região¹¹²⁴. A indústria de petróleo e gás tem grande relevância para muitas economias nacionais, e é uma importante fonte de renda para muitos países em desenvolvimento. Entre os países ricos em recursos naturais da África subsaariana, por exemplo, as receitas de petróleo e da mineração correspondem a uma média de 28% do PIB e representam mais de 77% por cento dos ganhos com exportação¹¹²⁵.

Quanto ao seu caráter transnacional, o mercado petrolífero, após um curto período inicial, ainda no século XIX, caracterizado pela exploração de hidrocarbonetos por produtores individuais¹¹²⁶, organizou-se internacionalmente, sendo o petróleo uma *commodity*, isto é, bem

¹¹²⁰ Para evitar, ou ao menos diminuir, os efeitos da soberania estatal, por meio da qual o Estado busca o maior controle possível das atividades da empresa, por vezes por meio da escolha de seus representantes ou propiciando a união da empresa estrangeira com uma empresa estatal, ou por meio de modificação dos contratos quando as circunstâncias exigirem, os acordos internacionais têm apresentado duas características: a primeira é a obrigação de que os litígios sejam resolvidos por tribunais internacionais, e a segunda o acordo será regido pela lei em vigor na época em que foi celebrado. SMITH, Ernest E. *International Petroleum Agreements*. *Journal of National Resources and Environment*, Londres, pp. 37-39, 61-63, outono, 1993.

¹¹²¹ Peter Cameron, por sua vez, destaca que no século XXI essa polarização decorrente de um possível recrudescimento por parte dos Estados de um nacionalismo exarcebado quanto ao setor não está mais tanto em voga, por conta da necessidade atual de cooperação internacional dentro da fase atual da globalização. CAMERON, Peter. *International energy investment law: the pursuit of stability*. New York: Oxford University Press, 2010. p.31

¹¹²² Propostas internacionalistas incluem a criação de uma estrutura multilateral e supranacional para analisar a soberania permanente sobre os recursos naturais. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e petróleo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹¹²³ “*Todos los gobiernos de la región ponen especial atención en el sector energético, porque en el mundo moderno, sea industrial o pos industrial, los países buscan una oferta de energía segura.*” MARES, David R. *Sector energético latinoamericano: Integración a todo gas*. In *Contrapunto*. Abril/junio 2006. p. 92.

¹¹²⁴ SENNES, Ricardo Ubiraci e PEDROTI, Paula. “Entre a geopolítica e a geoeconomia: regimes internacionais e o tema da energia nas relações latino-americanas”. *Prospectiva Consultoria*, São Paulo, 2007. p. 3.

¹¹²⁵ . SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra. *Initial Evidence of Corruption Risks in Government Oil and Gas Sales*. NRG, Jun 2016. Disponível em: <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/nrgi_trading-corruption-risk.pdf>. Acessado em 06 Jan 17.

¹¹²⁶ A professora Marilda Rosado aponta que: “*Inicialmente, o uso do petróleo se baseava no refino para a produção de querosene, utilizado para iluminação. Com a invenção da lâmpada elétrica, ocorreu uma diminuição no mercado de derivados de petróleo. Porém, com o incremento da indústria automobilística, aumentou o consumo de outro derivado, a gasolina. Após a Primeira Guerra Mundial, o petróleo adquiriu uma relevância estratégica ainda maior. A partir de então, as relações de poder entre os países passaram a ter no petróleo um de seus principais elementos. Com a expansão e o fortalecimento da indústria petrolífera, foram descobertos e explorados grandes campos de petróleo, cuja produção foi consumida em larga escala.*” Para maiores informações de cunho histórico, vide: YERGIN, Daniel. *O Petróleo, uma História de Ganância, Dinheiro e Poder*. Trad. Leila Marina Di Natale, Maria Cristina Guimarães, Maria Cristina L. de Góes. São Paulo: Scritta, 1992. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 1

primário, precificado e negociado no mercado¹¹²⁷. Essa característica tem como objetivo diminuir os riscos diversos da exploração de hidrocarbonetos. Dessa forma, nas transações petrolíferas, os fluxos comerciais e financeiros não se circunscrevem aos limites territoriais de um Estado, elas transbordam as fronteiras geográficas, conectando corporações transnacionais (*International Oil Companies* - IOC), países hospedeiros (*Host Oil Countries*), empresas estatais (*Host Company* ou *National Oil Company*- NOC¹¹²⁸) e organizações não governamentais¹¹²⁹.

As transnacionais, principais agentes promotores de investimento estrangeiro direto, possuem maior probabilidade de enfrentar o problema da corrupção quando e se comparadas aos agentes que investem via portfólio. Isso porque, a necessidade de uma maior interação com agentes públicos locais, ou mesmo sua busca por formar associações com parceiros locais por meio de *joint ventures*, faz com que as TNCs, muitas vezes, estejam mais vulneráveis¹¹³⁰, ou, a *contrário sensu*, criem oportunidades para que atuem de forma corrupta em benefício próprio¹¹³¹.

¹¹²⁷ Sobre a internacionalização da atividade petrolífera: “O desenvolvimento do caráter internacionalista da indústria do petróleo é facilmente observado. No início, a indústria do petróleo foi desenvolvida pela figura do produtor individual. À medida que a demanda pelo produto aumentou, esta figura do produtor individual foi substituída pelas companhias petrolíferas, que passaram a não apenas com- prá-lo para uso próprio, mas a explorá-lo e comercializá-lo. A produção desta indústria foi, com isto, gradualmente, se tornando verticalizada: todas as atividades eram desenvolvidas pela mesma empresa. O comércio realizado na indústria do petróleo inclui diversos agentes tais como as corporações multinacionais (*Internacional Oil Companies* - IOC), países hospedeiros (*Host Oil Countries* - HOC), companhias estatais (*National Oil Companies* - NOC) e outros participantes como agência governamental (no caso do Brasil, a ANP -Agência Nacional do Petróleo), organizações não-governamentais e o próprio governo. Isto porque o produto negociado constitui, na maioria das legislações dos países produtores de petróleo, um bem público de propriedade do Estado. A indústria do petróleo ganhou a sua dimensão internacional quando as companhias passaram a exportar o óleo dos países produtores, criando assim um mercado internacional para o produto.” ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 246.

¹¹²⁸ Muitas organizações do setor de petróleo e gás são total ou parcialmente pertencentes ao Estado, o que torna seus empregados funcionários públicos para fins de legislação anticorrupção.

¹¹²⁹ “[...] the oil industry constantly expands its operations to new places. At the time of this writing, new sites are being developed off the coasts of Mexico, Brazil, and north of the border between Russia and Scandinavia. Every such expansion extends the knock-for-knock regime to new territories, effectively transplanting it into new legal systems”. PARCHOMOVSKY, Gideon; STAVANG, Endre. Contracting around Tort Defaults: the knock-for-knock principle and accident costs. p. 6.

¹¹³⁰ WEI, Shang-Jin. Local Corruption and Global Capital Flows. *Brookings Papers on Economic Activity*. 2000. p. 26

¹¹³¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. AZEVEDO, Carolina Araújo de. Uma Análise Da Nova Lei Brasileira Anticorrupção: *Impactos Nas Transnacionais E Nas Joint Ventures Do Petróleo E Gás*. Rio Oil and Gás 2014.

5.2 As joint-ventures na indústria do petróleo e o Joint Operating Agreement (JOA)

A formação de grupos societários e de um sem número de acordos de cooperação e de associações empresárias com outros agentes do mercado é tema concernente à evolução das TNCs, especialmente para entrada em países em desenvolvimento, através do investimento direto, quando o principal instrumento é a formação de *joint ventures* ou *associations d'entreprises*¹¹³².

Os altos custos e os riscos inerentes às atividades no segmento do *upstream*¹¹³³ da indústria do petróleo e gás natural encoraja a formação de parcerias empresariais, *joint ventures*, por meio das quais os parceiros compartilham os custos e os riscos¹¹³⁴.

Neste sentido, Marilda Rosado destaca que a principal razão para as empresas petrolíferas formarem uma *joint venture* é o desejo e a necessidade de diluir e minimizar os vários riscos inerentes à sua operação, uma vez que a exploração e produção de hidrocarbonetos é um investimento de longo prazo onde não há retorno imediato do capital investido¹¹³⁵.

¹¹³² AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. A Corrupção as Joint Ventures do Petróleo. p.337-351. IN Direito internacional em expansão: volume 5 / [organização de] Wagner Menezes, Clodoaldo Silva da Anunciação, Gustavo Menezes Vieira. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. 463 p. p. 337

¹¹³³ Convém elucidar que o upstream diz respeito às atividades de prospecção, exploração e produção de petróleo e gás, englobando as modalidades de regulação e as formas de contratação no que se refere ao exercício de tais atividades. Já o downstream se ocupa com o refino, o armazenamento, o transporte, a distribuição de produtos derivados do petróleo, bem como com a comercialização de petróleo bruto e de produtos dele derivados. Há ainda quem se refira a uma fase intermediária, denominada midstream. O midstream diria respeito a atividades industriais que preparam os produtos petrolíferos para o consumo, principalmente a preparação de óleos superpesados que necessitam de algumas melhorias em suas densidades para que possam ser aproveitados. Segundo Suzana Tavares, o midstream deve estar circunscrito ao armazenamento de petróleo e gás logo após a sua extração. O óleo contido nesses campos de armazenamento é transferido então em oleodutos ou via marítima até as refinarias, onde esses componentes serão transformados em produtos de consumo os mais variados. Cf. DA SILVA, Suzana Tavares. Direito da Energia. Coimbra/Lisboa: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora S.A., 2011, p. 43-70. Apud FREITAS CASTRO, Emília Lana. O Direito internacional dos investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Gramma, 2016. v. 1. 178p .

¹¹³⁴ AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. Op. Cit. , p. 338

¹¹³⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Op. cit., 2014, p. 166-167.

Uma *joint venture* poderia ser definida como uma “*reunião de forças entre duas ou mais empresas do mesmo ou de diferentes países*”¹¹³⁶, com projeto próprio e duração limitada¹¹³⁷, partilha de riscos e recompensas, e com poder de barganha¹¹³⁸.

As parcerias podem assumir diferentes formas, a depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido. Pode se dar por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros, no caso de haver o interesse em uma maior comunhão entre os parceiros, ou pode ser de maneira estritamente contratual, por meio da celebração de um acordo de operações conjuntas¹¹³⁹.

Na indústria do petróleo, os agentes costumam optar pela *joint venture* contratual, que possui uma estrutura mais flexível, se comparada às estruturas societárias. Assim, cada um dos parceiros se mantém independente e cada um deles detém determinado percentual de participação no empreendimento conforme disposição do JOA (*Joint Operating Agreement*)¹¹⁴⁰.

JOA AIPN MODEL 2012

14.1. Relacionamento das Partes

Os direitos, deveres, obrigações e responsabilidades das Partes sob este Acordo serão individuais, e não conjuntas ou coletivas. Não é a intenção das Partes criar, nem este Acordo será considerado ou interpretado como criando, uma sociedade de mineração ou outra sociedade, *joint venture* ou associação ou (exceto conforme explicitamente estabelecido neste Acordo) um trust. Este Acordo não será considerado ou interpretado como autorizando qualquer Parte a agir como um agente, funcionário ou empregado para qualquer outra Parte, para qualquer propósito que seja, exceto conforme explicitamente disposto neste Acordo. Em suas relações entre si sob este Acordo, as Partes não serão

¹¹³⁶BAPTISTA, Luiz Olavo; DURAND BARTHEZ, Pacal. *Les Associations d'Entreprises dans le Commerce International*, Apud. RIBEIRO, Marilda. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103

¹¹³⁷ LE PERA, Sergio. *Joint Venture y Sociedad*. Buenos Aires. Astrea. 1989., pp – 74-79. Apud RIBEIRO, Marilda. P. 104

¹¹³⁸ NIGHTINGFALE, Christopher. *Joint Ventures: Linklaters & Paines*, London. Longman, 1990. p 1-2. Apud RIBEIRO, Marilda. P. 104

¹¹³⁹ AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. *Op. Cit.*, p. 338

¹¹⁴⁰ No Brasil e em outras jurisdições, O JOA está diretamente relacionado ao contrato celebrado com o Estado para a concessão da área. Pode-se afirmar que este é um contrato acessório àquele. Enquanto o contrato de concessão prevê os direitos e obrigações do concessionário sobre a área, o JOA regula o relacionamento entre os parceiros, estabelecendo os respectivos direitos e obrigações de cada um deles com relação às operações e atividades em consonância com o previsto no contrato de concessão.

consideradas fiduciárias exceto conforme expressamente disposto neste Acordo¹¹⁴¹.

O principal atrativo dessa predileção pelas *joint ventures* contratuais se dá em razão de que, nestas, cada uma das parceiras detém direito diretamente sobre o que é produzido, ao passo que, nas *joint ventures* societárias, o direito sobre o óleo produzido é da própria companhia, cabendo aos parceiros o direito aos dividendos¹¹⁴². Dessa forma, o direito ao próprio recurso produzido é um dos principais fatores que contribuem para que as companhias petrolíferas evitem a rigidez das estruturas societárias, que apesar de propiciar uma maior segurança, não garante o que lhes é mais precioso – o óleo e/ou gás natural¹¹⁴³.

A joint venture não é um status created by Law, como observou um Tribunal Federal em Nova York, quando uma ação do governo dos EUA contra a *Standard Oil Co. of California*, teve que examinar a natureza jurídica da *joint venture*. Nesse caso, em que a *joint venture* foi examinada minuciosamente, ressaltou-se a exigência de um contrato, pois, segundo esse Tribunal, para afirmar se a *joint venture* foi criada ou não, depende-se integralmente da vontade das partes, expressa ou implícita. Continuava o julgado dizendo que a *joint venture* pode ter a mesma natureza de uma sociedade limitada a um único empreendimento, e não com propósito geral, e mais que ela é em geral descrita como uma combinação de propriedades, esforços, conhecimentos e decisões em um empreendimento comum¹¹⁴⁴.

Conforme tal entendimento, condição *sine qua non* para que haja uma *joint venture* é a existência de um contrato, seja ele implícito ou explícito. Há, portanto, a forte presença da autonomia da vontade, na medida em que é um contrato de forma livre, mesmo não tipificado. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana decidiu que o contrato que dá origem à *joint venture* deve ter ínsita a intenção de criá-la. A verificação da existência, ou não, dessa intenção é uma questão a ser verificada casuisticamente¹¹⁴⁵.

Mesmo nos países da *Civil Law* as *joint ventures* não são criação da lei, elas nascem exclusivamente de contratos, os quais não possuem nenhum tipo prescrito em lei. Estes

¹¹⁴¹Modelo Internacional de Acordo Operacional Conjunto 2012 da Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), Disponível em: <www.aipn.org>. Acessado em 20 nov 2017.

¹¹⁴²AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. Op. Cit. , p. 338.

¹¹⁴³ TAVERNE, Bernard. Op. cit., 1999, p. 363.

¹¹⁴⁴ United States v. Standard Oil Co. of California, 155 F. Supp. 121 (S.D.N.Y. 1957), aff'd 270 F.2d 50 (2d Cir. 1959) in BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 48.

¹¹⁴⁵ Commissioner of Internal Revenue v. Tower, 327 U.S. 280 (1946).

contratos podem ser formais ou tácitos, e possuem o escopo de instituir uma colaboração entre os pactuantes¹¹⁴⁶.

A prática mercantil, a *lex mercatoria*, tem como hábito se antecipar à legislação, não tendo sido diferente no caso da cooperação na indústria do petróleo. A regulamentação dos consórcios foi posterior, o que comprova que as soluções nascem da própria prática diária, a qual “*observando os limites legais, buscaram, em conjunto, meios de empreender determinadas atividades as quais, separadamente, dificilmente seria possível realizar*”¹¹⁴⁷.

Por vezes, devido à natureza de determinados empreendimentos a reunião por via societária pode se revelar impossível ou ineficaz, dessa forma, a possibilidade de conjugação de esforços e recursos sem a supressão da autonomia das diferentes sociedades participantes permite que cada parte continue a perseguir o seu próprio objetivo, com independência, por meio de estruturas de cooperação¹¹⁴⁸.

O principal instrumento contratual utilizado na indústria do petróleo para a concretização das associações entre os empresários e reger essa relação é o JOA, podendo se dar entre partes privadas ou estatais, nacionais ou internacionais¹¹⁴⁹.

Além disso, há em todo JOA o binômio entre as partes: *operador e não operadore*. O operador tem por atribuições dirigir e conduzir as operações conjuntas, representar a *joint venture* perante o governo do Estado hospedeiro e terceiros, gerir os negócios, sendo responsável pelo orçamento, contabilidade, contratação de serviços, elaboração de relatórios, dentre outras tarefas relacionadas à operação. Esse relacionamento deve se basear no princípio da “*no gain no loss*”, onde o operador deve ser pago com base no reembolso de custos com a operação, mas não deve lucrar com sua função de operador do contrato. De forma que o interesse econômico do operador deve se calcar na sua participação na área do contrato, e não nos serviços prestados como operador¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ ROSA, Alberto Lopes da. As joint ventures da indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada. 2013. 161 f. Dissertação (mestrado em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

¹¹⁴⁷ ROSA, Alberto Lopes da. As joint ventures da indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada. 2013. 161 f. Dissertação (mestrado em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

¹¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

¹¹⁴⁹ AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. Op. Cit. , p. 338.

¹¹⁵⁰ UiO Det juridiske fakultet. A comparative analysis of the petroleum regime in Norway and in the U.S.A., with emphasis on the conduct to expect of the operator under the AAPL-810 Offshore Deep-water JOA and the

Ao contrário dos contratos *descontínuos* ou *pontuais*, nos quais, em sua versão extrema, há apenas as partes diretamente envolvidas, os contratos *relacionais* ou *contínuos* costumam envolver amplas e intrincadas *redes* de agentes e **participantes com uma interação acentuadamente marcada pela solidariedade interorganizacional, pela cooperação recíproca e pela confiança mútua**¹¹⁵¹. (grifos nossos)

É possível verificar nas parcerias firmadas na indústria do petróleo através dos JOAs elementos que configuram um esforço conjunto, uma união de capital, *savoir-faire*, dentre outros elementos importantes para a consecução do negócio.

Sobre os esforços de padronização da *lex petrolea* em modelos contratuais utilizados na indústria do petróleo em todo o mundo é importante destacar o papel da Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN¹¹⁵², sigla da denominação em inglês *Association of International Petroleum Negotiators*, entidade criada em 1982, com sede em Houston, Estado do Texas – EUA.

A AIPN, organização composta por aproximadamente 2700 (dois mil e setecentos) membros de mais de 85 (oitenta e cinco) nacionalidades¹¹⁵³, disponibiliza aos seus associados modelos padrão de diferentes contratos utilizados na indústria do petróleo, especificamente no *upstream* e no *midstream*, elaborados com a colaboração de profissionais de diferentes países¹¹⁵⁴.

Ao conjugar a opinião de diversos colaboradores agrega-se não apenas o conhecimento técnico, mas também a experiência adquirida pelos profissionais em suas negociações e também na prática do dia-a-dia na indústria. Além disso, a efetiva participação dos profissionais acaba por ensejar um contínuo processo de revisão e aperfeiçoamento dos modelos contratuais¹¹⁵⁵.

mandatory operating agreement for participants on the Norwegian continental shelf. P. 22. Disponível em <<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/36227/178880.pdf?sequence=2>> Acessado em 23 Nov 2017.

¹¹⁵¹ FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. *São Paulo: Malheiros*, 2004, p. 209.

¹¹⁵² Sua origem retoma a reunião de representantes das *oil companies* Amoco, Union Texas, Conoco, Pecten, and Cities Service para formar um *Steering Committee* com vistas à fundação de uma organização dirigida a congregar profissionais da indústria petrolífera e assim discutir temas e propor a standardização de minutas contratuais. O esforço de padronização de minutas contratuais se revela presente, portanto, desde a inauguração da AIPN. Gradualmente, a AIPN deixou de ter um caráter eminentemente norte-americano e se tornou o fórum internacionalmente mais prestigiado do setor petrolífero. Disponível em: <<https://www.aipn.org/about-aipn/history/>>. Acessado em 07 jan 2018.

¹¹⁵³ Hoje, a AIPN possui comitês regionais altamente ativos e respeitados localmente para Ásia; Austrália/Pacífico; Canadá; CIS (Rússia e Leste Europeu); Europa/África; América Latina; e Oriente Médio.

¹¹⁵⁴ MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010, p. 21.

¹¹⁵⁵ AIPN. Disponível: <www.aipn.org>.

Por fim, a indústria de petróleo reconhece que os *standards* contratuais refletem a prática do mercado ou a *lex petrolea*. Benefício adicional ao setor petrolífero reside no fato de que o uso de minutas-padrão, ao encurtar o tempo de negociação, acelera todo o projeto, tornando-o rentável mais rapidamente e, por conseguinte, diminuindo juros nas operações financiadas¹¹⁵⁶.

5.3 Corrupção na Indústria do Petróleo

Os recursos naturais, em particular o petróleo, gás natural e minérios, são associados à riqueza econômica, mas, paradoxalmente, tal prosperidade, muitas vezes, não é revertida em desenvolvimento para os países. Essa contradição é frequentemente associada a uma governança mais fraca e, conseqüentemente, à corrupção¹¹⁵⁷.

A situação se torna ainda mais grave quando confrontada com o fato de que muitos países produtores de petróleo e gás natural, a exemplo do Iraque, da Líbia e da Nigéria, terem mais da metade de suas receitas públicas atreladas à venda desses recursos minerais¹¹⁵⁸.

Essa dinâmica perversa ocorre frequentemente quando os governos, devido à uma descoberta de fontes primárias, negligenciam a necessidade de fomentar a diversificação da economia. Essa postura desinteressada tem como resultado imediato o aumento súbito das receitas decorrentes das fontes primárias recém descobertas, mas no longo prazo acaba enfraquecendo a economia, na medida em que a falta de investimentos em outros setores, por vezes, uma conduta corrupta dos governantes ante o excesso de receitas provenientes de um

¹¹⁵⁶“With the oil-prices we have seen lately (2007, 2008), the Operators are even more interested in getting the oil out of the ground and produce, and the share of so-called “fast-track” projects has sky-rocketed, meaning the decision is made to go ahead, as the advantages of achieving earlier oil/gas production outweighs the risk of rework [...] complexity and magnitude of oil and gas projects have further emphasized the need for a simplification of the contracting process”. PERIVOLARIS, Ana Carolina. Offshore Contracts: liability and indemnity regimes. Masters Dissertation, University of Oslo, Faculty of Law, Prof. Rosa Greaves, 05.09.2008. p.14. Disponível em: <<http://urn.nb.no/URN:NBN:no-20701>> Acessado em 03.08.2017

¹¹⁵⁷ FTC. Financial Transparency Coalization. Why Are Extractive Industries Prone to Corruption? (Part I). September 13th, 2013. Disponível em: <<https://financialtransparency.org/why-are-extractive-industries-prone-to-corruption-part-i/>> Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁵⁸ De 2011 a 2013, as vendas de petróleo pelos governos dos dez maiores produtores de petróleo e gás na África totalizaram US \$ 254 bilhões, um valor equivalente a 56% da receita pública total desses países. SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra. Initial Evidence of Corruption Risks in Government Oil and Gas Sales. NRG, Jun 2016. Disponível em: <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/nrgi_trading-corruption-risk.pdf>. Acessado em 06 Jan 17.

único setor em expansão, torna a nação dependente de importação de produtos básicos e de subsistência da população, bem como do maquinário para a indústria local¹¹⁵⁹.

A teoria da doença holandesa (*Dutch Disease*)¹¹⁶⁰ é, portanto, uma conjuntura, desencadeada em qualquer lugar do mundo, na qual a descoberta de recursos minerais primários conduz ao declínio ou ao colapso total das atividades econômicas em outros setores de suas economias, ao invés de impulsionar o seu desenvolvimento.

Ocorrida nos Países Baixos, nos anos 60, a doença holandesa ocasionou um declínio na base industrial devido à pressão inflacionária sobre o florim, ante a descoberta de uma grande reserva de gás natural¹¹⁶¹.

Mais recentemente, um novo conceito de doença holandesa chamada “doença política holandesa” foi desenvolvido. Segundo esse conceito, países ricos em recursos naturais passam a ser alvo de *rentseeking*¹¹⁶² por parte de poderosos grupos, o que resulta em um declínio do nível de investimento e em uma menor taxa de crescimento¹¹⁶³.

Apesar das teorias acima destacadas, ainda permanece obscura a relação entre a riqueza de recursos naturais como petróleo e o aumento da corrupção. Isso porque, a grande variação nos resultados relativos à mensuração de um fenômeno oculto como corrupção em todo o mundo produtor de petróleo sugere que a riqueza de petróleo por si só não é suficiente para determinar resultados corruptos¹¹⁶⁴.

Nesse sentido, um em cada cinco casos de corrupção transnacional está relacionado à indústria extrativista, mineração ou petróleo e gás. Isso não é porque indivíduos ou empresas

¹¹⁵⁹BATURE, Bitrus Nakah. The Dutch Disease and the Diversification of an Economy: *Some Case Studies*. IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS) Volume 15, Issue 5 (Sep. - Oct. 2013), PP 06-14 e-ISSN: 2279-0837, p-ISSN: 2279-0845

¹¹⁶⁰ O termo Dutch Disease foi pela primeira vez cunhado pelo Jornal Britânico de Economist em 26 de junho de 1977. Mas o termo remonta uma conjuntura existente em outros momentos da história que não a situação holandesa trazida à luz. Por exemplo, a abundância de ouro na Austrália, o crescimento do capital na suíça, o crescimento do ouro na Espanha e nos Estados Unidos da América no século XVI são situações ou elementos que constituíram doenças holandesas no passado. BATURE, Bitrus Nakah. The Dutch Disease and the Diversification of an Economy: *Some Case Studies*. IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS) Volume 15, Issue 5 (Sep. - Oct. 2013), PP 06-14 e-ISSN: 2279-0837, p-ISSN: 2279-0845

¹¹⁶¹ BATURE, Bitrus Nakah. The Dutch Disease and the Diversification of an Economy: *Some Case Studies*. IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS) Volume 15, Issue 5 (Sep. - Oct. 2013), PP 06-14 e-ISSN: 2279-0837, p-ISSN: 2279-0845

¹¹⁶²O termo *rentseeking* é definido como o gasto de recursos visando a enriquecer a própria pessoa através do aumento da sua participação em uma quantidade fixa de riqueza ao invés de tentar criar riqueza.

¹¹⁶³BATURE, Bitrus Nakah. Op. Cit.

¹¹⁶⁴ MAHDAVI, Paasha. Oil, Corruption, and the institutions that foster transnational bribery. May, 21, 2016. “New Faces in Political Methodology” workshop at Penn State University, the Energy Politics Colloquium at ETH Z’urich, the Political Science Board of Visitors at UCLA, and the International Politics workshop at Columbia University.

que operam neste setor são mais corruptos ou suscetíveis a suborno, mas sim porque existem características do setor que aumentam tais riscos¹¹⁶⁵, como a necessária interação com funcionários públicos para obtenção de licenças ou contratos.

Inicialmente, a natureza intrínseca do mercado de petróleo e gás caracterizado por altos custos de entrada e um número limitado de concorrentes pode aumentar as chances de licitação colusiva e outras formas de corrupção¹¹⁶⁶.

Os fatores de risco relacionados à governança do setor extrativista incluem a falta, ou a insuficiência, de separação de funções e responsabilidades entre atividades administrativas, regulatórias e de fiscalização. Em muitos casos, as NOCs exercem ambas funções, administrativa e reguladora, do setor. De uma forma mais geral, a falta de transparência na gestão e na governança das empresas estatais pode explicar o aumento dos riscos de corrupção no setor¹¹⁶⁷.

Essa afirmação é corroborada pelas estatísticas da OCDE que apontam que 80% dos casos de corrupção transnacional é decorrente da demanda por suborno de funcionários das NOCs¹¹⁶⁸.

Os esquemas de corrupção também podem incluir captura legislativa (*policy or regulatory capture*) para o benefício de investidores privados ou da elite política local. As distorções na elaboração de políticas visam, tipicamente, moldar políticas, regras, regimes de licenciamento e processos que facilitem a corrupção nas fases subsequentes. Conforme destacado anteriormente, , por ser a indústria do petróleo um setor fortemente regulado, os governos ou empresas extrativistas podem usar o suborno e outros comportamentos corruptos, incluindo a tráfico de influência e a extorsão, para obter o consentimento de chefes locais, os quais autorizam, em nome das comunidades locais, operações extrativistas em suas terras¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁵ OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁶⁶OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. P. 48. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁶⁷OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 16 Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁶⁸OECD Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acessado em 13 jan 2018.

¹¹⁶⁹Especialmente em países sob regime fundiários consuetudinários. A adesão ao grupo ou a filiação tribal como fator determinante para obter acesso à terra. No entanto, os estrangeiros também ganham acesso através de várias maneiras: casamento, homenagem ao chefe, empréstimo, etc. Outro ponto a observar é que, uma vez que a terra foi administrada de acordo com o direito consuetuditário que não está escrito, não são mantidos registros de distribuição de terra. NKWAE, Boipuso. Botswana's Experience on Recognizing Traditional Land Rights on a Large Scale. World Bank Paper. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTIE/Resources/475495-1202322503179/NKwae_Paper2008WB.doc_2_.pdf> Acessado em 07 jan 18.

Líderes tradicionais ou membros de comunidades locais podem receber subornos ou extorquir dinheiro de empresas em troca de consentimento para a “compra” de comunidades em detrimento da população, com a finalidade de evitar tensões sociais, ou dar seu consentimento para que as empresas iniciem suas operações¹¹⁷⁰.

Por vezes, o processo de decisão concernente à verificação da qualificação para exploração de recursos petrolíferos de uma empresa pode ser influenciado por elites políticas e empresas privadas, a fim de maximizar seus benefícios no desenvolvimento do projeto. Empresas pequenas e sem experiência, podem ser usadas no esquema, uma vez que estão menos expostas ao risco de reputação e da pressão social se comparadas às grandes *majors*, grandes multinacionais¹¹⁷¹.

A falta de investimento em pesquisas geológicas e geofísicas nas bacias sedimentares frequentemente leva os governos hospedeiros a confiar principalmente, se não exclusivamente, na informação fornecida por empresas extrativistas. Quando as empresas extrativistas deixam de informar, ou informam de maneira incompleta ou insuficiente, o processo de avaliação das reservas dos países e a metodologia utilizada para tal determinação, causa uma assimetria de informações entre as partes envolvidas e pode favorecer a corrupção¹¹⁷².

A exigência de conteúdo local por parte da legislação doméstica, por exemplo, pode, se mal fiscalizada, ou não sendo suficientemente transparente, ou ainda derivar de ato decisório altamente discricionário, fazer com que funcionários públicos responsáveis pela adjudicação de contratos ou licenças determinem que empresas que desejam operar no país estabeleçam parcerias ou assinem contratos de serviços com empresas específicas, as quais estão envolvidas no pagamento indevido à funcionários públicos de poder decisório¹¹⁷³.

O bônus de assinatura, consistente em um único pagamento feito pela empresa ao país hospedeiro pelo direito de desenvolver e explorar um bloco ou campo de petróleo, pode constituir, na verdade, um *pool* de pagamentos de suborno e fraude. Embora seja um sistema

¹¹⁷⁰OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 31. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁷¹BEEVERS, D.M. Large-scale mining in protected areas made possible through corruption: *Options for donors. U4 Brief*, Anti-Corruption Resource Centre, June.2015. Apud. OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 31. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁷²OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 31. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁷³MARTINI, M. Local content policies and corruption in the oil and gas industry. *U4 Expert Answer* 2014:15, September. Apud OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 38. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

amplamente reconhecido e aceito legalmente como forma de uma empresa de petróleo garantir o direito de explorar um determinado campo ou bloco, o bônus de assinatura, por não possuir critérios uniformes para a definição do seu valor, pode ocultar grandes esquemas de corrupção¹¹⁷⁴. A prática da indústria é de ofertar um bônus de assinatura conforme o tamanho do bloco e a riqueza potencial do mesmo, mas considerando o tamanho consideravelmente alto dos bônus de assinatura pagos nos últimos anos, particularmente nos principais países produtores de petróleo e gás, os mesmos podem ser usados como um mecanismo para esconder grandes esquemas de corrupção¹¹⁷⁵.

Com relação às *Joint Ventures*, como forma mais difundida de associação na indústria do petróleo, podem adicionar outra camada de complexidade e opacidade na cadeia de pagamentos, uma vez que torna cada parceiro dependente do nível de integridade do(s) outro(s) parceiro(s) da associação, em particular do parceiro líder ou operador, o qual lida com o governo hospedeiro e opera efetivamente as atividades de exploração e produção. Isso pode tornar as transações mais vulneráveis aos riscos de corrupção se a devida fiscalização não for realizada ao longo da cadeia. No último caso, pagamentos ilegais geralmente são feitos pela *joint venture* através do intermediário e geralmente disfarçados de comissões. Nesse sentido, essas associações constituem instrumentos particularmente eficazes para ocultar os pagamentos de suborno e, em particular, no caso de uma *joint venture* com uma empresa estatal ou um parceiro local, fornecendo um espaço seguro para interações potencialmente menos transparentes entre a empresa e os funcionários do governo¹¹⁷⁶.

Ainda sobre as *joint ventures*, de fato, é um tipo de estrutura eficiente e flexível, que pode ser facilmente criada e dissolvida na maioria das jurisdições. Essas características são excelentes para lavar o dinheiro da corrupção, introduzindo uma maior obscuridade e tornando difícil a identificação do proprietário benéfico final. Em segundo lugar, as empresas associadas podem fazer parte de uma cadeia de várias camadas de estruturas interjurisdicionais, onde uma entidade de uma jurisdição será controlada por outra em outra jurisdição, desfocando o controle e tornando ainda mais desafiadora a tentativa de se identificar o beneficiário final. Este tipo de

¹¹⁷⁴MCMILLAN, J. The Main Institution in the Country Is Corruption: *Creating Transparency in Angola*. CDDRL Working Papers Number 36, Center on Democracy, Development, and The Rule of Law Stanford Institute on International Studies, , 7 February, 2015. Disponível em: <www.cabinda.net/Corruption_transparency_Angola1_No36.pdf>. Acessado em: 07 Jan 18. Apud OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 40

¹¹⁷⁵NIEKERK, P.; PETERSON, L. Greasing the skids of corruption. Center for Public Integrity, November, 2002. Disponível em: <www.publicintegrity.org/2002/11/04/5684/greasing-skids-corruption>. Apud OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 40

¹¹⁷⁶OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 46

esquema de várias camadas pode ajudar a garantir que os efetivos proprietários se abriguem em jurisdição que não exija a divulgação pública de informações sobre a propriedade efetiva da empresa¹¹⁷⁷.

Companies in the oil and gas sector are often involved in joint ventures with other companies, foreign governments or state-owned entities. Frequently, these joint ventures will appoint government officials to sit on the board of directors to protect the interests of the state. These arrangements can increase the risk of perceived or real conflicts of interest and damage the reputation of the company. Companies can also find themselves liable for the actions of joint venture partners who act on their behalf¹¹⁷⁸.

Os escândalos de corrupção envolvendo empresas e as várias esferas da administração pública revelam facetas complexas da atuação das empresas transnacionais e suas implicações devem ser consideradas pelo Direito¹¹⁷⁹. Alguns dos esquemas revelados nas mais variadas investigações acerca do tema são protagonizados por empregados de empresas transnacionais e funcionários públicos, bem como agentes políticos, que executam os mais diversos atos corruptos para obter vantagens e burlar procedimentos licitatórios, lesando o erário público¹¹⁸⁰.

Um estudo feito pelo *Natural Resources Governance Institute*¹¹⁸¹, datado de abril de 2017, levantou mais de 100 casos de corrupção nos setores de petróleo, gás e mineração, provenientes de 49 países produtores de recursos naturais. Algumas das *red flags* mais comuns encontradas nos casos de corrupção no setor são¹¹⁸²:

¹¹⁷⁷OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 46

¹¹⁷⁸Ernst & Young. Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry Report. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry/\\$FILE/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry/$FILE/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry.pdf)> acessado em 16 Jul 17.

¹¹⁷⁹ NIGHTINGALE, Cristopher. Joint Ventures: Linklaters & Paines, op. cit. p 1-2. Apud. RIBEIRO. Marilda. p. 104.

¹¹⁸⁰ O Global Agenda Council on Anti-Corruption do World Economic Forum informa que o custo da corrupção equivale a mais de 5% do PIB global (US\$ 2.6 trilhões), com mais de US\$ 1 trilhão pagos em subornos a cada ano. WORLD ECONOMIC FORUM. *Next steps*. p. 7. Disponível em <https://members.weforum.org/pdf/gac/next_steps.pdf>. Acessado 26 fev. 2012.

¹¹⁸¹ Natural Resources Governance Institute (NRGI). É uma organização independente e sem fins lucrativos que fornece assessoria política e advocacia baseadas em lições aprendidas na prática e com idéias desenvolvidas através de pesquisa rigorosa. O NRGI compartilha seu conhecimento e experiência livremente com atores políticos, e realiza uma campanha global para melhores normas internacionais. Estão particularmente orientados para promover uma reforma e para se envolver em advocacia política construtiva. Disponível em: <<https://resourcegovernance.org/about-us/what-we-do>>. Acessado em 06 Jan 17.

¹¹⁸²Natural Resources Governance Institute (NRGI). SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra; WATKINS, Andrew. Twelve Red Flags: *Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts*. Abril 2017. Disponível em: <<https://resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/twelve-red-flags-corruption-risks-award-extractive-sector-licenses-and>> . Acessado em: 30 out 2017.

- (i) governo permite que uma empresa aparentemente não qualificada ingresse no procedimento licitatório (*Bid Round*) ou lhe seja outorgado um contrato ou licença para o exercício de atividades de produção de petróleo e gás natural;

O caso da Malabu Oil and Gas (OPL) 245 na Nigéria é um exemplo. A Malabu era uma empresa recém-constituída, não tinha operações aparentes ou experiência prévia. Em abril de 1998, o ministro de Petróleo da Nigéria concedeu à Malabu o direito exclusivo de explorar a licença de exploração de petróleo (OPL) 245, um dos mais valiosos blocos de petróleo *offshore* da Nigéria. Malabu havia sido constituída há apenas cinco dias de quando o bônus de assinatura foi pago, portanto, era desconhecida na época. O OPL 245 ficou inativo durante 13 anos, até que o governo da Nigéria facilitou a transferência dos direitos da Malabu para a Shell e a Eni, através de uma transação em dois atos. No primeiro, a Shell e a Eni pagaram US \$1,3 bilhão ao governo. No segundo, o governo concordou em transferir US\$1,1 bilhão para a Malabu. A Malabu, mais tarde, transferiu a maior parte dos fundos que recebeu para várias empresas concorrentes com beneficiários não claros. A operação foi investigada em diversas jurisdições.

O caso PDVSA-Trenaco. Em 2015, a petroleira estatal venezuelana, Petroleos de Venezuela SA (PDVSA), concedeu um contrato no valor de US \$ 4,5 bilhões para uma pequena empresa de transporte rodoviário, Trenaco. A empresa registrada na Suíça buscava perfurar até 600 poços no “*Orinoco Belt*”, a maior reserva de petróleo do mundo. A pequena empresa começou a contratar pessoal e comprar equipamentos meses antes. De acordo com a Reuters¹¹⁸³, o acordo revelou-se suspeito e as IOCs que operavam na região escreveram cartas de protesto para a PDVSA, afirmando que estavam preocupadas com a falta de qualificações da empresa e com as suspeitas de favoritismo ou corrupção que sua seleção poderia provocar. Trenaco entrou em liquidação pouco tempo depois. Finalmente, a PDVSA dividiu a licitação do *Orinoco Belt*, concedendo blocos para empresas de petróleo mais experientes. A controvérsia do Trenaco foi à tona quando os promotores dos EUA investigaram outras acusações de corrupção e lavagem de dinheiro contra outras empresas e funcionários do setor petrolífero venezuelano.

¹¹⁸³ ULMER, Alexandra; GUPTA, Girish. Special Report: *In Venezuela's murky oil industry, the deal that went too far*. Reuters, 26 July 2016. Apud Natural Resources Governance Institute (NRGI). SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra; WATKINS, Andrew. *Twelve Red Flags: Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts*. Abril 2017. Disponível em: <<https://resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/twelve-red-flags-corruption-risks-award-extractive-sector-licenses-and>> . Acessado em: 30 out 2017.

Funcionários antigos e atuais da PDVSA negaram essas alegações, argumentando que tratava-se tão somente de um esforço liderado pelos EUA para prejudicar a reputação do governo venezuelano¹¹⁸⁴.

- (ii) uma empresa ou indivíduo com histórico controverso ou comportamento criminoso ingressa no procedimento licitatório (*Bid Round*) ou lhe é outorgado um contrato ou licença para o exercício de atividades de produção de petróleo e gás natural;

Novamente, no caso da Malabu Oil and Gas (OPL) 245 na Nigéria, o ex-ministro do Petróleo da Nigéria e acionista da Malabu, Dan Etete, foi o principal articulador e beneficiário do acordo. Quatro anos antes, um tribunal francês condenou Etete por lavagem de dinheiro. As empresas avançaram com o contrato apesar desse histórico.

O escândalo de aquisição de equipamento de petróleo da Naftogaz, empresa estatal de petróleo da Ucrânia (NOC). Uma subsidiária da Naftogaz iniciou uma licitação em 2010 para comprar uma plataforma de perfuração de petróleo *offshore*, aceitou ofertas de duas empresas: a *Incorporated Highway Investment Processing LLP* e a *Nova Zelândia Falcona System Ltd*. A licitação atraiu a atenção quando uma ONG local informou que o vencedor, *Incorporated Highway Investment Processing LLP*, havia comprado a plataforma de perfuração poucos dias antes de vendê-la à subsidiária Naftogaz de um fornecedor norueguês por US\$ 248 milhões, preço 38% menor que o preço de venda na Ucrânia. Funcionários ucranianos atribuíram a diferença de preço aos custos adicionais de aquisição e transporte, embora o relatório investigativo questionasse a validade dessas explicações. Descobriu-se que ambos os diretores e acionistas da *Highway Investment Processing* e da *Falcona Systems* faziam parte de uma rede de profissionais que mantinham seus interesses através de empresas *off-shore* de fachada (*offshore shell company*). Dois dos indicados eram bem conhecidos nos círculos anticorrupção, como ligados a centenas de empresas suspeitas, algumas das quais supostamente atuaram em

¹¹⁸⁴ CORDOBA, Jose De; FORERO, Juan. U.S. Investigates Venezuelan Oil Giant. Wall Street Journal, 21 October 2015; BARTENSTEIN, Ben; KARY, Tiffany; KATZ, Alan. U.S. Said to Be Closing In on PDVSA Linked Seizures, Charges. Bloomberg Markets, 25 October 2016; United States Department of Treasury, Notice of Finding That Banca Privada d'Andorra Is a Financial Institution of Primary Money Laundering Concern (2015). Ex-Venezuela PDVSA boss denies \$11 billion corruption allegations. Reuters, 20 October 2016: Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-venezuela-pdvsa-idU.S.KCN12K2EV>>. Apud Natural Resources Governance Institute (NRGI). SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra; WATKINS, Andrew. Twelve Red Flags: *Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts*. Abril 2017. Op. Cit.

fraude bancária e em licitações com o governo, um esquema Ponzi¹¹⁸⁵ sediado nos Estados Unidos e embargaram vendas de armas para grupos rebeldes africanos, entre outros.

- (iii) uma empresa licitante ou vencedora tem um acionista ou mantém relacionamento comercial com uma pessoa politicamente exposta (PEP), ou uma empresa em que uma PEP tem interesse;

Trafigura-Cochan em Angola. O caso teve início em 2009, quando a NOC angolana, Sonangol, contratou a gigante comercial suíça Trafigura para executar duas grandes ofertas de fornecimento de combustível. O primeiro foi um acordo de permuta de produtos de petróleo refinado sob o qual a Trafigura importou milhões de toneladas de combustível para Angola anualmente. No segundo, o governo contratou a Trafigura para comercializar bilhões de dólares em gasolina e outros produtos em Angola. Através de redes de empresas de fachada (*shell companies*), a entidade *Bahamas Cochán Ltd.* detinha grandes participações nas duas afiliadas da Trafigura que contrataram com a Sonangol tais negócios. O acionista único (*sole shareholder*) da Cochán foi um poderoso assessor senior do presidente angolano. Um jornalista apresentou uma denúncia sobre o caso ao procurador-geral angolano, mas nenhuma ação policial seguiu. Juntos, os dois acordos deram controle monopolista à Trafigura e Cochán sobre o mercado angolano de combustível com custos pouco claros para o Estado, os termos e os pagamentos dos negócios não foram divulgados.

A privatização da SOCAR, companhia estatal de petróleo da República do Azerbaijão, é outro exemplo. Em 1998, Viktor Kožený, natural da República Checa, agindo em nome próprio e de outros investidores, transferiu dinheiro e outros ativos no valor de milhões de dólares para altos funcionários do Azerbaijão, num esforço para influenciá-los a favorecer sua empresa na privatização eminente da SOCAR. Usando um advogado suíço como facilitador, Kožený transferiu dinheiro e ações para pelo menos 45 empresas holding, sob as quais ele atribuiu a propriedade efetiva aos funcionários públicos da SOCAR (em 28 dessas entidades). Em uma investigação criminal, em 2009, procuradores dos EUA alegaram que os agentes das empresas de fachada (*holding shell companies*) ligadas aos funcionários públicos e Kožený

¹¹⁸⁵ A *Ponzi Scheme* é um esquema de investimentos fraudulenta que promete altas taxas de retorno com pouco risco para os investidores. O esquema Ponzi gera retornos para investidores mais velhos, ao que entram novos investidores. Isso é semelhante a um esquema de pirâmide na medida em que ambos se baseiam no uso de fundos de novos investidores para pagar os patrocinadores anteriores. Para esquemas de Ponzi e esquemas de pirâmide, eventualmente não há dinheiro suficiente para dar um retorno a todos, e os esquemas se dissolvem. INVESTOPEDIA. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/p/ponziscHEME.asp>> Acessado em 14 jan 18.

assinaram três contratos de empréstimo falsos no valor de US\$ 100 milhões cada, para criar uma falsa justificativa econômica para a transferência de propriedade das 28 empresas holding. Outro empresário envolvido no esquema de suborno cumpriu uma sentença de dez meses de prisão pelo FCPA; O advogado suíço e uma empresa de investimentos dos EUA pagaram uma multa de US\$ 500 mil. Kožený evitou os processos judiciais dos EUA. Em última análise, o governo do Azerbaijão optou por não privatizar SOCAR.

- (iv) uma empresa licitante ou vencedora mostra sinais de ter uma PEP como um acionista oculto;

Sphynx oil. Um funcionário público congolês fez uso de várias ferramentas para ocultar sua participação acionária em três empresas que compraram petróleo da NOC. O julgamento do tribunal do Reino Unido de 2005 explicou, por exemplo, como uma das empresas, *Sphynx Bermuda*, era de propriedade total de uma empresa holding da British Virgin Islands (BVI) chamada *Lockwood Enterprises Ltd*. Os documentos corporativos apontavam que a *Lockwood* inicialmente listou uma empresa uniprofissional como única acionista. Esta empresa disse ao banco suíço da empresa *Lockwood* que detinha ações “em confiança” (*in trust*) para o funcionário público. Mais tarde, o funcionário substituiu seu próprio nome para a empresa indicada nos registros em BVI. De acordo com o tribunal do Reino Unido, o funcionário “pretendia dirigir e dirigia o negócio do exterior”, tratando a *Sphynx Bermuda* como sua empresa sem qualquer referência aos diretores profissionais que estavam contratados para atuar como tal para a *Sphynx Bermuda* ou para os amigos que ele havia designado como diretores do *Sphynx UK*. O tribunal ainda descobriu que ele possuía equity em *Sphynx* através de uma empresa de fachada em uma jurisdição secreta porque “ele não queria que sua conexão fosse conhecida”.

O caso da privatização da SOCAR Kožený ilustrado acima também é um exemplo de tentativa de esconder o beneficiário final da transação.

- (v) um funcionário público intervém no processo de adjudicação, resultando em benefício para uma determinada empresa;

Cobalt oil block. Em 2010, a empresa *Cobalt International Energy*, empresa listada na bolsa de Nova Iorque, assinou um acordo com o governo angolano para desenvolver dois contratos de exploração e produção de petróleo em águas profundas. Os parceiros da *Cobalt* no

acordo foram o NOC Sonangol e duas pequenas empresas angolanas *Nazaki Oil and Gas* e *Alper Oil*, as quais detinham participação minoritária nos dois blocos. Quando da adjudicação tais empresas não possuíam qualquer histórico de operação. Posteriormente, dois altos funcionários angolanos revelaram ao *Financial Times* que eles e outro funcionário possuíam um terço da *Nazaki* por meio de uma empresa de investimentos (Grupo Aquattro Internacional)¹¹⁸⁶. O governo dos EUA começou a examinar a aquisição dos blocos pela *Cobalt* por violações da FCPA em 2011; o caso foi encerrado mais tarde sem explicação pública. *Cobalt* também enfrentou uma ação judicial intentada por acionistas minoritários sob alegação de fraude às leis dos EUA que proíbem o suborno de funcionários estrangeiros.

Também entre 2009 e 2014, dois empresários com residência nos EUA subornaram funcionários da NOC PDVSA da Venezuela, em troca de um tratamento favorável em contratos de fornecimento de equipamentos de petróleo da ordem de US\$ 1 bilhão. Os funcionários públicos concordaram em fornecer informação privilegiada acerca do procedimento licitatório para garantir a aprovação de tais empresas como vencedoras, em troca de cerca de US\$ 790.000 em suborno, além de viagens, refeições e outras despesas de entretenimento, os empresários pagaram até mesmo a hipoteca de um dos funcionários públicos envolvidos. Em 2016, os dois empresários, um associado e três dos funcionários da PDVSA se declararam culpados de várias infrações relacionadas ao FCPA e por lavagem de dinheiro. No início de 2017, o departamento de justiça dos EUA relatou que sua investigação de suborno na PDVSA está em andamento, mas não anunciou novas penalidades.

- (vi) uma empresa fornece pagamentos, presentes ou favores a uma PEP com influência sobre o processo de escolha;

Em 2013, Rudi Rubiandini, presidente da agência reguladora de petróleo e gás da Indonésia, SKK Migas, concedeu direito à empresa *Fossus Energy* para comprar petróleo do governo. A polícia especializada em anticorrupção da Indonésia o prendeu pouco depois, sob alegações de que a *Fossus Energy* havia pagou um suborno de USD 1,1 milhão em troca dos direitos. Ele teria recebido o dinheiro através de um intermediário (seu treinador de golfe) e o gerente da *Kernel Oil*, uma empresa afiliada do grupo *Fossus Energy*. Após julgamento, o tribunal indonésio condenou o gerente da *Kernel Oil* e Rubiandini à prisão por suborno.

¹¹⁸⁶ Burgis and O'Murchu, "Angola officials held hidden oil stakes."

Rubiandini confessou que as propinas eram necessárias para atender às demandas dos parlamentares por “Holiday bonuses”, embora os legisladores negassem a alegação¹¹⁸⁷.

O caso *Oranto Petroleum* ocorreu em 2005 na Libéria. A *Oranto Petroleum Limited* e *Broadway Consolidated PLC* – mais tarde renomeada *Peppercoast Petroleum PLC* – entraram em negociações com a NOC da Libéria (NOCAL) para adquirir uma série de blocos *offshore*. No entanto, depois que o acordo foi alcançado, a aprovação final dos contratos ficou paralisada no parlamento. De acordo com um relatório da Comissão Geral de Auditoria da Libéria e uma investigação da polícia anticorrupção do país, os membros do parlamento não aprovariam os acordos de partilha de produção (*production sharing agreements*) até receberem subornos. Entre/De 2006 a/e 2007, a NOCAL efetuou quatro pagamentos no valor de US\$ 118,400 para deputados e senadores da Libéria, alegadamente com a finalidade de acelerar o processo de revisão do contrato. NOCAL não tinha os fundos necessários, por isso obteve alguns deles através de um empréstimo com a estatal *Liberia Petroleum Refining Corporation*. Auditores da Libéria e da Global Witness encontraram evidências de que *Oranto* concordou em fornecer pelo menos dois dos pagamentos à NOCAL; não houve evidências da participação da *Broadway*. NOCAL registrou os pagamentos em seus livros contábeis como lobby “*lobbying fees*”, tendo sido esta a *red flag* observada pelo auditor para iniciar as investigações. Posteriormente, membros do legislativo confessaram ter recebido os pagamentos. O presidente da NOCAL argumentou que os pagamentos eram legítimos e tinham a intenção de pagar por computadores, artigos de papelaria e outros materiais de escritório da necessidade dos legisladores. *Oranto* finalmente assinou contratos por três blocos; *Broadway* assinou um.

A operação Lava Jato, envolvendo a NOC brasileira, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, demonstra como os funcionários públicos com poder de decisão sobre os contratos podem, simultaneamente, receber pagamentos ilícitos e ajudar a canalizar o dinheiro para outros PEPs. O esquema funcionava através de conluio entre funcionários da Petrobras (diretores) e um cartel com pelo menos 16 empresas que, ao longo de um período de anos, subornou e lavou vários bilhões de dólares. A Petrobras assinava contratos com essas empresas, muitas vezes com valores inflados. Tipicamente, 3% do valor do contrato era compartilhado entre os funcionários da Petrobras, líderes dos principais partidos políticos do Brasil e as empresas participantes. Os “padrinhos” dos partidos políticos também, supostamente, nomeavam vários

¹¹⁸⁷ JONG, Hans Nicholas. Kernel Exec Sentenced to Three Years for Bribing Rudi. Jakarta Post, 20 December, 2013. “Corruption in Indonesia: Rudi Rubiandini Guilty of Receiving Bribes,” Indonesia Investments, 29 April 2014. I. Made Sentana and Deden Sudrajat, “Further Corruption Probe Seen for Indonesian Oil and Gas Regulator,” Wall Street Journal, 30 April, 2014.

diretores da Petrobras, de modo a ter decisores leais ao esquema ocupando as posições de poder. Uma vez no cargo, os diretores periodicamente reuniam-se com membros do cartel para acordar quais empresas receberiam quais contratos, e os detalhes das propinas exigidas. Em seguida, dividiam as propinas com funcionários do partido e facilitadores privados com base em fórmulas aprovadas. Um ex-diretor testemunhou que este *quid pro quo* aplicou-se em todos os cargos de nível executivo que faziam parte do sistema de patrocínio e incluíam o desvio de fundos e recursos de obras e contratos sob o controle do [diretor responsável]. Várias jurisdições ainda estão processando ativamente, litigando e investigando o caso da Petrobras. A aplicação da lei brasileira já questionou dezenas de políticos poderosos. Dezenas de outros casos estão em curso, juntamente com investigações nos EUA e na Suíça. Alguns, embora não todos, os indivíduos implicados negaram a culpa. Os custos totais para o governo brasileiro do esquema de colusão não são conhecidos, mas as autoridades estimaram que pode chegar a US\$ 28 bilhões¹¹⁸⁸.

- (vii) um funcionário público com influência sobre o processo de escolha tem um conflito de interesses;

O caso *Malabu OPL 245* é um exemplo de funcionário público com poder de decisão e conflito de interesses, uma vez que Dan Etete, então ministro do petróleo da Nigéria detinha pelo menos 30% das ações da Malabu.

No caso *Cobalt* em Angola, Manuel Vicente era presidente da NOC *Sonangol* e detinha participações da *Nagazi Oil and Gas*.

- (viii) a concorrência é deliberadamente limitada no processo de adjudicação;

No caso da plataforma de petróleo da *Naftogaz* na Ucrânia ambas as empresas vencedoras da licitação (*Highway Investment Processing LLP* e *New Zealand's Falcona Systems Ltd*) estavam representadas, nos seus respectivos documentos societários, por uma

¹¹⁸⁸ “Summary of Petrobras case,” Trace Compendium; Securities and Exchange Commission (SEC), Consolidated Amended Complaint RE: Petrobras Securities Litigation (2015); SEC, Consolidated Amended Complaint, 15, 16, 22.; SEC Consolidated Amended Complaint, 20.; Luciana Otoni, “Brazil’s Roussef Replacing Petrobras CEO,” Reuters, 3 February 2015.

única rede de diretores e acionistas provenientes da Letônia, os quais mantiveram seus interesses através de empresas *offshore* de fachada (*offshore shell companies*).

O comportamento anticompetitivo deflagrado no escândalo da Petrobras (operação Lava Jato), extensas são as evidências descobertas pelos promotores e policiais brasileiros (resumidos em documentos judiciais dos Estados Unidos), onde executivos da Petrobras concederam uma série de valiosos contratos de serviços aos membros do cartel, cujos custos do projeto foram inflados em até 20%. Depois de assinados os contratos, os vencedores, por meio de intermediários, pagavam até 3% do valor total do contrato como propina aos funcionários públicos da Petrobras, políticos brasileiros e outras partes, inclusive os facilitadores do esquema.

- (ix) uma empresa usa um intermediário de terceiros para ganhar uma vantagem no bônus ofertado;

O caso Statoil Rafasanjani, no Irã, no qual a norueguesa estatal Statoil havia assinado um contrato de consultoria suspeito, no ano de 2002, com a *Horton Investment*, empresa sediada no Reino Unido. O dono da *Horton Investment* era Mehdi Hashemi Rafsanjani, diretor de uma subsidiária da companhia estatal de petróleo do Irã, e filho de um ex-presidente iraniano. Conforme o contrato, a *Horton* prometeu ajudar a Statoil em sua tentativa de adquirir contratos para desenvolver partes do campo de gás altamente prospectivo do Irã – *South Pars* – em troca de vários milhões de dólares em pagamentos. De acordo com os documentos judiciais estadunidenses, Rafsanjani intermediou mensagens da Statoil ao então ministro do petróleo do Irã. Ele também alegadamente forneceu aos funcionários da Statoil informações não públicas e cópias de documentos de empresas concorrentes na licitação. Tanto as investigações norueguesas como as internas da Statoil concluíram que Rafsanjani não influenciou o processo iraniano de tomada de decisão. No entanto, os promotores norte-americanos descobriram que a Statoil pagou à *Horton* pelo menos US\$ 5,2 milhões, a maior parte desse valor foi pago depois de a Statoil e o governo iraniano assinarem o contrato para três fases do projeto *South Pars*. Statoil rescindiu o contrato *South Pars* depois que a história apareceu na imprensa e três dos altos executivos renunciaram. Em 2004, os promotores noruegueses multaram a empresa por US\$ 3,5 milhões pela violação das proibições de tráfico de influência comercial. Statoil fechou acordo e concordou em pagar uma multa de US\$ 10,5 milhões por violação do Foreign Corrupt Practices Act para o DOJ e de US\$10,5 milhões à SEC¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁹ “Dette er Statoil-saken,” Dagens Næringsliv, 16 September 2003.; “Statoil fined over Iranian bribes,” BBC News, 29 June 2004; United States Department of Justice, Deferred Prosecution Agreement with Statoil ASA

- (x) um pagamento feito pela empresa vencedora é desviado da conta apropriada do governo;

Escândalo do *Oil-for-food*.

O contexto histórico do programa *Oil-for-food* retoma a invasão do Kuwait pelo Iraque (Guerra do Golfo), e punição deste por meio de embargo econômico, cuja aprovação pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, através da resolução 661, deu-se em agosto de 1990. Na sequência imediata da Guerra do Golfo, em 1991, o Secretário-Geral enviou uma missão interinstitucional para avaliar as necessidades humanitárias que surgem a partir daí no Iraque e no Kuwait. A missão visitou o Iraque, entre 10 e 17 de março de 1991, e informou que “o povo iraquiano pode enfrentar uma nova catástrofe iminente, que poderia incluir epidemia e fome, se as necessidades maciças de apoio à vida não forem atendidas rapidamente”. (S / 22366, parágrafo 37). Ao longo de 1991, ante a crescente preocupação com a situação humanitária no país, as Nações Unidas propuseram medidas para permitir que o Iraque vendesse quantidades limitadas de petróleo para satisfazer as necessidades das pessoas. O Governo do Iraque declinou essas ofertas, em particular, nas resoluções 706 (1991) e 712 (1991), adotadas, respectivamente, em agosto e setembro de 1991. Em 14 de abril de 1995, atuando de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança aprovou a resolução 986, que estabeleceu o programa “*oil-for-food*”, proporcionando ao Iraque outra oportunidade de vender petróleo para financiar a compra de bens humanitários e várias atividades das Nações Unidas sobre o seu território. O programa, tal como estabelecido pelo Conselho de Segurança, pretendia ser uma “medida temporária para atender às necessidades humanitárias do povo iraquiano, até o cumprimento pelo Iraque das resoluções relevantes do Conselho de Segurança, incluindo, nomeadamente, a resolução 687 (1991) de 3 Abril de 1991”¹¹⁹⁰.

Nesse caso, o desvio de pagamentos tornou-se uma prática em grande escala e sistemática. Entre 1996 e 2003, certos comerciantes de petróleo que ganharam direitos para

(2006); United States Securities and Exchange Commission, Cease-and-Desist Administrative Proceeding for Statoil ASA (2006).; “Statoil fined over Iranian Bribes,” BBC News.; Securities and Exchange Commission, Cease-and-Desist Administrative Proceeding for Statoil ASA.; “Norwegian Oil Chief Resigns in Fallout Over Iranian Deal,” New York Times, 23 September 2003; Statoil Cancels Iran Contract After Police Probe,” Petro Energy Information Network, 12 September 2003.; “Statoil says U.S. drops bribery probe into Iran case,” Reuters, 19 November 2009.; United States Department of Justice, “U.S. Resolves Probe Against Oil Company that Bribed Iranian Official,” 2006.; United States Securities and Exchange Commission, “SEC Sanctions Statoil for Bribes to Iranian Government Official,” 2006.; Apud

¹¹⁹⁰ ONU. Oil-for-food. Disponível em: < <http://www.un.org/Depts/oip/background/> > . Acessado em 14 jan 2018.

comprar o petróleo bruto do Iraque através do Programa *oil-for-food* do Iraque (OFFP), monitorado pelas Nações Unidas, negociaram pagamentos paralelos secretos ao governo iraquiano. Atores envolvidos no esquema usavam empresas de fachada (*shell companies*) e serviços bancários *offshore* para facilitar os pagamentos aos funcionários do governo iraquiano. Os pagamentos eventualmente culminaram em, pelo menos, seis investigações formais. A maioria das ações resultantes da aplicação do FCPA. As investigações denunciaram graves brechas na supervisão das Nações Unidas no OFFP¹¹⁹¹.

Mais de 4.500 empresas participaram do OFFP e mais da metade pagou propinas e suborno a Saddam Hussein. O país com a maioria de empresas envolvidas foi a Rússia, seguido pela França¹¹⁹². IOCs como Texaco, parte da Chevron, BP do Reino Unido, a anglo-holandesa Shell, a francesa Total, a espanhola Repsol, as russas, Lukoil, Zarubezhneft, e Traders de petróleo russa Alpha Eco, e suíças Taurus, Glencore e Trafigura, Vitol, Bayoil, Coastal, Volcker, foram acusadas em um vasto relatório sobre o caso¹¹⁹³.

- (xi) os termos acordados do bônus se desviam significativamente da prática da indústria ou das normas de mercado;

Caso da *Skanska* na Argentina. Em 2004, o Ministério do Planejamento da Argentina abriu um processo de licitação para a construção de dois oleodutos e estações de compressores. O processo de licitação foi gerenciado por uma empresa privada, a *Transportadora Gas del Norte* (TGN). A oferta inicial da Skanska para os projetos foi de \$ 26,3 milhões de pesos argentinos, muito acima da estimativa de custo do projeto segundo a TGN. O valor maior do contrato teria tornado o projeto significativamente mais caro para o governo. A TGN informou à ENARGAS, a agência reguladora da Argentina para o setor de gás, que a oferta da Skanska estava significativamente acima do preço de referência da TGN e solicitou orientação, mas a ENARGAS aprovou o aumento de custos e o contrato foi adjudicado à Skanska.

Após a construção, uma investigação judicial descobriu que a Skanska recebeu e pagou 118 faturas falsas a pelo menos 23 empresas fictícias. O dinheiro teria sido para subornar funcionários públicos e ajudar a empresa de construção a evadir impostos. Uma investigação

¹¹⁹¹ Ibidem

¹¹⁹² NY Times. Disponível em: < www.nytimes.com/2005/10/27/world/middleeast/un-to-detail-kickbacks-paid-for-iraqs-oil.html > . Acessado em 14 jan 2018.

¹¹⁹³ Financial Times. Disponível em: < <https://www.ft.com/content/1f250dd4-47de-11da-a949-00000e2511c8> > . Acessado em 14 jan 2018.

interna da Skanska descobriu que aproximadamente US\$ 4 milhões foram gastos em “pagamentos indevidos” para terceiros não identificados. Indivíduos suspeitos de aceitar subornos não foram identificados publicamente, mas vários funcionários enfrentaram acusações de fraude à administração pública e suborno por escolher a oferta mais cara da Skanska. Em 2011, no entanto, um tribunal federal argentino interrompeu o julgamento por falta de provas de que o contrato estava acima do preço¹¹⁹⁴.

- (xii) a empresa vencedora é vendida com uma grande margem de lucro sem ter sido executado nenhum um trabalho substancial.

A Malabu Oil and Gas adquiriu uma participação de capital de 100% no bloco OPL 245, em 1998, com apenas um pagamento inicial de US\$ 2 milhões para o governo da Nigéria. A empresa vendeu sua participação por US\$ 1,1 bilhão, em 2011, depois de não fazer nada substancial para desenvolver o bloco nos treze anos precedentes.

Estes são apenas alguns exemplos de corrupção que chamaram a atenção nos últimos anos. Por sua vez, o Banco Mundial e a *Resource Governance Institute* descrevem que os atos corruptos na indústria do petróleo podem ocorrer em qualquer fase da cadeia de produção (“*extractive industries value chain*”) ou a cadeia de decisão (“*Decision Chain*”)¹¹⁹⁵¹¹⁹⁶.

Dado a importância do setor de petróleo para economia global, bem como os efeitos maléficos que tais práticas corruptas desencadeiam no desenvolvimento das sociedades e do mundo, e considerando que o combate à corrupção é um tema que exige o comprometimento de todos os *stakeholders*, não somente os Estados e os Organismos Internacionais, optou-se por analisar a emergência da governança privada das TNCs no setor do petróleo e suas contribuições para o tema.

¹¹⁹⁴Natural Resources Governance Institute (NRGI). SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra; WATKINS, Andrew. *Twelve Red Flags: Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts*. Abril 2017. Disponível em: <<https://resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/twelve-red-flags-corruption-risks-award-extractive-sector-licenses-and>> . Acessado em: 30 out 2017.

¹¹⁹⁵ Fazem parte da Cadeia de Decisão da Indústria do petróleo as seguintes fases: (i) decisão de explorar (*decision to extract*); (ii) assinatura do contrato de direitos sob o recurso (*awarding of mining, oil and gas rights*); (iii) operações e regulação (*extraction operations and regulation*); (iv) *cash call* – reunião de fundos (*revenue collection*); (v) administração da receita (*revenue management*), e (vi) gastos e investimento em projetos sociais (*revenue spending and social investment projects*). OCDE. *Corruption in the extractive value chain*. 2013. p. 12. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

¹¹⁹⁶OCDE. *Corruption in the extractive value chain*. 2013. p. 12. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

5.4 A emergência de um Regime Internacional Privado Anticorrupção na indústria do petróleo

Não obstante as estatísticas que apontam o setor petrolífero como um dos mais afetados por escândalos de corrupção, também por isso, trata-se de uma indústria fortemente comprometida com a ética nos negócios e/ou responsabilidade social corporativa – direitos humanos, direitos dos trabalhadores, os direitos das partes interessadas, proteção ambiental, relações com a comunidade, transparência, corrupção, princípios e códigos de prática¹¹⁹⁷.

O setor petrolífero está entre os líderes mundiais no que se refere à incorporação de práticas de *Corporate Social Responsibility*¹¹⁹⁸, aí incluídos os códigos de conduta.

De acordo com Ligia Maura Costa, “*the results of the comparative analysis of CSR codes of conduct and the international framework reveal that oil and gas companies’ CSR codes of conduct are in consonance with the international framework regarding policies against bribery and corruption*”¹¹⁹⁹.

Nesse esteio, determinadas transnacionais do ramo do petróleo impõe a observância de seus códigos de conduta também por parte das suas empreiteiras e subempreiteiras. Um exemplo é *Occidental* que impõe uma multa de US\$ 10.000,00 para os que infringirem as regras dispostas no seu código de conduta¹²⁰⁰.

Da mesma forma, diversas NOCs e IOCs dispõem de códigos de conduta e regras onde exercem sua governança por meio de contrato com os seus fornecedores e prestadores de

¹¹⁹⁷ TUODOLO, Felix. Op. Cit. p. 531

¹¹⁹⁸ FRYNAS, Jędrzej George. *The false developmental promise of Corporate Social responsibility: evidence from multinational oil companies*. *International Affairs* 81, 3 (2005) 581- 598. p. 581. Disponível em: <<http://www.arts.ualberta.ca/~courses/PoliticalScience/474A1/documents/FrynasFalseDevelopmentPromiseCorporateSocResponsibility05.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2012.

¹¹⁹⁹ COSTA, Ligia Maura. *Battling corruption through CSR codes in emerging markets: oil and Gas industry*. *RAE-eletrônica*, v. 7, n. 1, Art. 8, jan./jun./2008. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/electronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=3424&Secao=ARTIGOS&Volume=7&Numero=1&Ano=2008>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

¹²⁰⁰ WILLIAMS, Bob. *Oxy’s Strategy on Environment, Community Issues Key to Success of Project in Ecuador’s Rain Forest*. *Oil and Gas Journal*, 21 de abril de 1997, 45-9 Apud WAWRYK, Alex. *Regulating Transnational Corporations Through Corporate Codes of Conduct*. p 53-78. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, editado por Jędrzej George Frynas e Scott Pegg. Palgrave Macmillan, 2003. p.60

serviços ao longo da cadeia produtiva (*governance by means of contract*)¹²⁰¹¹²⁰²¹²⁰³¹²⁰⁴¹²⁰⁵¹²⁰⁶¹²⁰⁷¹²⁰⁸¹²⁰⁹¹²¹⁰¹²¹¹¹²¹².

A Petrobras (NOC), por exemplo, após a Operação Lava Jato, promoveu várias mudanças em sua política de *compliance* para reforçar seu compromisso de combate à corrupção. Tendo sido reconhecida como vítima no mencionado escândalo, a Petrobras passou a fazer um exame mais rigoroso no processo de gestão de fornecedores, de forma que, agora, para integrar o cadastro de fornecedores da Petrobras e fazer parte da sua cadeia de produção, as empresas têm de prestar informações detalhadas sobre estrutura, finanças e mecanismos de *compliance* (conformidade) e combate à fraude e à corrupção, sendo ainda avaliadas pelo processo conhecido como Due Diligence de Integridade interno da Petrobras, caso contrário, não conseguem ser fornecedores. Mesmo durante o cumprimento de um contrato, os fornecedores são submetidos a mecanismos de controle e a entrega de documentos, os quais visam assegurar o cumprimento das regras de integridade da Petrobras.

A partir das investigações da Operação Lava Jato, em que fomos reconhecidos como vítima, temos colaborado efetivamente com os trabalhos das autoridades públicas e atendido sistematicamente os órgãos de controle externo (Tribunal de Contas da União – TCU, Ministério da Transparência,

¹²⁰¹ ARAMCO. Disponível em: <http://www.saudiaramco.com/content/dam/pageassets/suppliers/Saudi-Aramco-Supplier-Code-of-Conduct_EN.pdf> Acessado em 23 Nov 17.

¹²⁰² SHELL. Disponível em: <<http://www.shell.com/sustainability/transparency/transparency-and-anti-corruption.html>> Acessado em 23 Nov 17.

¹²⁰³ TOTAL. Disponível em: <<https://www.total.com/en/our-group/ethics/exemplary-behavior>> Acessado em 23 Nov 17.

¹²⁰⁴ PETROBRAS. Disponível em: <http://sites.petrobras.com.br/CANALFORNECEDOR/PORTUGUES/requisitocontratacao/requisito_integridade_conformidade.asp> Acessado em 23 Nov 17.

¹²⁰⁵ QGEP. Disponível em: <http://www.qgеп.com.br/ptb/1603/01_QGEP_PDF_Politica_anticorruptc_ao_rm.pdf> Acessado em 23 Nov 17

¹²⁰⁶ CHEVRON. Disponível em: <<https://www.chevron.com/-/media/shared-media/documents/SupplierExpectations.pdf>> Acessado em 23 Nov 17

¹²⁰⁷ EXXONMOBIL. Disponível em: <<http://corporate.exxonmobil.com/en/investors/corporate-governance/code-of-ethics-and-business-conduct/our-code>> Acessado em 23 Nov 17

¹²⁰⁸ SINOPEC. Disponível em: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1040472/000119312504104452/dex111.htm>> Acessado em 23 Nov 17

¹²⁰⁹ STATOIL. NOC. Disponível em: <[https://www.statoil.com/content/dam/statoil/documents/ethics/Statoil-Code-of-Conduct-\(5-Jan-2016\).pdf](https://www.statoil.com/content/dam/statoil/documents/ethics/Statoil-Code-of-Conduct-(5-Jan-2016).pdf)>. Acessado em 20 Jan 18

¹²¹⁰ ROSNEFT. NOC. Disponível em: <https://www.rosneft.com/Development/Corruption_control/> Acessado em 20 dez 17.

¹²¹¹ BP. BP's expectations of its suppliers. Disponível em: <<https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/products-services/bp-supplier-expectations-english.pdf>> Acessado em 23 Nov 17

¹²¹² ENI SPA. Disponível em: <https://www.eni.com/docs/en_IT/enicom/company/MSG-Anti-Corruption.pdf> . Acessado em 20 jan 18.

Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU e Ministério Público) e manteremos nosso empenho colaborando com as investigações e auditorias.

Realizamos o bloqueio cautelar de empresas pertencentes aos grupos econômicos citados como participantes de cartel nos depoimentos realizados. Tornamos mais rigoroso o processo de gestão de fornecedores para aumentar a segurança nas contratações de bens e serviços e mitigar riscos de corrupção. Agora, para integrar o cadastro, as empresas têm de prestar informações detalhadas sobre estrutura, finanças e mecanismos de compliance (conformidade) e combate à fraude e à corrupção, sendo ainda avaliadas pelo processo conhecido como Due Diligence de Integridade.

Ingressamos como co-autores do Ministério Público Federal em ações de improbidade administrativa contra as empreiteiras e os executivos apontados como responsáveis por irregularidades no âmbito da Operação Lava Jato.

Essas iniciativas somam-se a um conjunto de medidas que estão sendo adotadas para garantir o ressarcimento integral dos prejuízos sofridos pela companhia, inclusive aqueles relacionados à sua reputação. Já recuperamos cerca de R\$ 1,5 bilhão por meio dos acordos de colaboração premiada e de leniência firmados pelo Ministério Público Federal e vamos continuar buscando a restituição integral dos valores por meio das diversas medidas cabíveis¹²¹³.

O Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC) “*é movido por ações contínuas de prevenção, detecção e correção de atos de fraude, corrupção e lavagem de dinheiro*”. Destinado aos nossos diversos públicos de interesse da Petrobras, como: clientes; fornecedores; investidores; parceiros; poder público; empregados próprios e de empresas prestadoras de serviços¹²¹⁴.

A Saudi Aramco (NOC) exige que seus fornecedores conduzam suas atividades comerciais conforme “*os standards mais altos de comportamento ético*”¹²¹⁵, e obtém autorização para monitoramento constante a seu critério.

Suppliers shall be responsible for complying with the standards and requirements of this Supplier Code of Conduct and to monitor their own business activities. Suppliers shall conduct periodic internal reviews, inspections, and audits to ensure their compliance with this Supplier Code of Conduct and its applicable requirements. Additionally, Suppliers are responsible for ensuring that the standards and requirements of this Code are communicated and understood by their personnel working on or in support of

¹²¹³ PETROBRAS. Disponível em: <http://sites.petrobras.com.br/CANALFORNECEDOR/PORTUGUES/requisitocontratacao/requisito_integridade_conformidade.asp> Acessado em 23 Nov 17

¹²¹⁴ PETROBRAS. Disponível em: <http://sites.petrobras.com.br/CANALFORNECEDOR/PORTUGUES/requisitocontratacao/requisito_integridade_conformidade.asp#04> Acessado em 23 Nov 17.

¹²¹⁵ ARAMCO. Disponível em: <http://www.saudiaramco.com/content/dam/pageassets/suppliers/Saudi-Aramco-Supplier-Code-of-Conduct_EN.pdf> Acessado em 23 Nov 17

Saudi Aramco projects, jobs, contracts, agreements, and orders. Suppliers will be held responsible for the conduct and actions of their employees¹²¹⁶.

A EOG Resources (IOC) destaca que seus fornecedores devem até mesmo evitar comportamentos que possam parecer impróprios, mas que em última análise não seriam.

EOG is committed to being a responsible corporate citizen. This Contractor Code is an integral part of that commitment. We expect our vendors and contractors to comply with both the letter and spirit of the Contractor Code and **seek to avoid even the appearance of improper behavior**¹²¹⁷. (grifos)

A IOC Chevron¹²¹⁸ informa que cumpre com as leis anticorrupção de todos os países onde atua, bem como todas as leis internacionais anticorrupção aplicáveis e espera que seus fornecedores e contratados façam o mesmo.

Suppliers and contractors play a vital role in our success and we rely heavily on them to help us deliver top tier business results. At Chevron it's not only about delivering business results; it is about delivering them the "right" way, The Chevron Way, in a sustainable manner¹²¹⁹.

Schlumberger, TNC prestadora de serviços, informa em seu *Business Ethics Policy* que proíbe a prática de suborno por seus fornecedores e obriga que os mesmos reportem qualquer infração ao código de conduta da Schlumberger.

Schlumberger has zero tolerance for corruption of any kind, and we expect the same from our contractors and suppliers. We work with our suppliers in a socially responsible and ethical manner and continuously seek to improve the way we conduct business. All suppliers, contractors and agents must be approved and managed in accordance with the Blue Print in Action and internal requirements¹²²⁰.

¹²¹⁶ Ibidem

¹²¹⁷ EOG Resources. Disponível em: <http://www.eogresources.com/about/governance/conduct_vendors.pdf> Acessado em 20 jan 18.

¹²¹⁸ SEC. Chevron to Pay \$30 Million to Settle Charges For Improper Payments to Iraq Under U.N. Oil For Food Program. Nov. 14, 2007. Disponível em: <<https://www.sec.gov/news/press/2007/2007-230.htm>>. Acessado em 20 jan 18.

¹²¹⁹ CHEVRON. Disponível em: <<https://www.chevron.com/-/media/shared-media/documents/SupplierExpectations.pdf>> Acessado em 23 Nov 17

¹²²⁰ SCHLUMBERGER. Disponível em: <<http://www.slb.com/-/media/Files/about/other/The-Blue-Print-in-Action-Code-of-Conduct-2017.pdf?la=en&hash=C831A88836A001A735FA286EE657950E843E9755>> Acessado em 20 jan 18.

A Schlumberger afirma expressamente que cumpre as leis locais de todos os 140 países onde opera, todavia, no caso de as disposições locais serem menos abrangentes que as disposições do código, as disposições privadas da Schlumberger devem prevalecer.

Dealing with International Differences Schlumberger employees deliver high-quality technology and services worldwide, and we are subject to the laws and customs of different countries. Sometimes these laws vary from place to place and could even conflict. We are responsible for knowing and following the laws and regulations that apply where we work. **When local laws or common practices are not as strict, the Blue Print in Action and other Schlumberger requirements still apply**¹²²¹. (Grifos)

Outras prestadoras de serviços de petróleo, como a Halliburton¹²²²¹²²³ e a Weatherford¹²²⁴ dispõem em seus códigos de conduta que as medidas anticorrupção são aplicáveis a todos os seus fornecedores.

The Code applies wherever we do business, equally to all Halliburton directors and employees, including officers, as well as employees of Halliburton's subsidiaries and affiliates. We also expect all suppliers, contract employees, agents, consultants and others acting on our behalf to abide by the principles in the Code¹²²⁵.

Our Code applies to every director, officer, and employee globally. It also applies to third parties who work on our behalf. Weatherford is committed to

¹²²¹ Ibidem. p. 12

¹²²² SEC. *Press Release*. Halliburton paying \$29,2 Million to Settle FCPA Violations. Jul 27, 2017. Halliburton foi condenada em 2017 a pagar multa de US\$ 29,2 milhões por infração ao FCPA em Angola, foi condenada a contratar empresa independente para monitorar seus procedimentos anticorrupção na África. Disponível em: <<https://www.sec.gov/news/press-release/2017-133>> Acessado em 03 set 17.

¹²²³ Anteriormente, no ano de 2009, já havia sido condenada ao pagamento de US\$ 579 milhões (DOJ - US\$ 402 milhões / SEC\$ 177 milhões) no caso Kellogg, Brown & Root, LLC (subsidiária integral da Halliburton na época) em Bonny Island, Nigéria, continua a ser uma das maiores condenações do FCPA de todos os tempos. FCPA PROFESSOR. Disponível em: <fcpprofessor.com/category/oil-and-gas-industry/> . Acessado em 20 jan 18.

¹²²⁴“This case demonstrates how loose controls and an anemic compliance environment can foster foreign bribery and fraud by a company's subsidiaries around the globe. Although Weatherford's extensive remediation and its efforts to improve its compliance functions are positive signs, the corrupt conduct of Weatherford International's subsidiaries allowed it to earn millions of dollars in illicit profits, for which it is now paying a significant price.” Os casos ocorreram no oriente médio e na África, incluindo no programa da ONU Oil for Food. DOJ. Three Subsidiaries of Weatherford International Limited Agree to Plead Guilty to FCPA and Export Control Violations. Weatherford International and Subsidiaries Agree to Pay \$252 Million in Penalties and Fines. Nov 26, 13. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/three-subsidiaries-weatherford-international-limited-agree-plead-guilty-fcpa-and-export>> . Acessado em 20 jan 18.

¹²²⁵ HALLIBURTON. Code of Conduct. Disponível em: <www.halliburton.com/public/about_us/pubsdata/policies/pdf/cobc_ENG.pdf>. Acessado em 20 jan 18.

enforcing our Code and holding our directors, officers, employees, and third parties working on our behalf accountable for compliance¹²²⁶.

We believe in integrity throughout the supply chain. We value our partnerships with suppliers and other third parties and treat them the way we expect to be treated. Our Supplier Code of Conduct serves as the foundation of our supplier relationships and outlines our expectations¹²²⁷.

Weatherford suppliers may not act in any way, in their business relationship with Weatherford or otherwise, that violates this important principle (Antibribery). And, Weatherford suppliers must only themselves use suppliers that do not violate ethical standards through bribes, kickbacks, or other similar improper or unlawful payments. Additionally, suppliers must maintain awareness and comply with all applicable laws and regulations of the countries of their operation¹²²⁸.

Soco International, uma TNC que opera na exploração e produção de petróleo e gás no Vietnã, Angola e na República do Congo (IOC), fez a revisão de todos os contratos de sua cadeia produtiva com a finalidade de efetuar um *due diligence* para afastar qualquer parceiro que tenha envolvimento em corrupção e que não esteja adequado e comprometido no cumprimento de seu código de conduta.

Supply chain

SOCO's commitment to conduct its business in an honest, ethical and responsible manner influences its choice of suppliers. In vetting potential new suppliers, the Company's staff perform due diligence checks before signing a new supplier contract. During 2011, a retrospective review was initiated on existing supplier contracts and, where deemed appropriate, new terms were negotiated and additional procedures implemented¹²²⁹.

We expect our suppliers and business partners to abide by our Code. Lack of compliance is discussed with the relevant party and failure to improve can result in severance of the relationship.

We maintain internal control systems to guide and ensure that our relationships with suppliers and business partners are maintained to the high standards set out in the Code. Audits, inspections and monitoring is applied to key contractors on a risk based approach¹²³⁰.

¹²²⁶ WEATHERFORD. Code of Business and Conduct. 2015. Our Promise. Disponível em: <<https://www.weatherford.com/en/documents/corporate-documents/weatherford-code-of-conduct/weatherford-code-of-conduct-english.pdf>>. Acessado em 20 jan 18.

¹²²⁷ *Ibidem*

¹²²⁸ WEATHERFORD. SUPPLIER CODE OF CONDUCT. Disponível em: <<https://www.weatherford.com/en/documents/corporate-documents/supplier-code-of-conduct/supplier-code-of-conduct-english.pdf>> Acessado em 20 jan 18.

¹²²⁹ SOCO. Disponível em: <<https://www.socointernational.com/anti-bribery-and-corruption>> Acessado em 20 jan 18.

¹²³⁰ SOCO. Disponível em: <<https://www.socointernational.com/suppliers-and-partners>> Acessado em 20 jan 18.

A Repsol (IOC) informa que, para fazer parte da sua cadeia de produção, todos os fornecedores passam por um processo de *rating*, no qual são observados vários aspectos como ambiental, respeito a Direitos Humanos, direitos laborais, *supply chain management* e anticorrupção. Sobre esse último, a Repsol faz auditoria e dá uma nota para as políticas e programas de *compliance*, os métodos de controle e treinamento anticorrupção de seus fornecedores¹²³¹.

Ademais, o cumprimento dos códigos de conduta e das cláusulas gerais é reforçado através de uma cláusula anticorrupção dentro dos contratos entre as partes, as quais, em última análise, fazem referência à necessidade de cumprimento dos códigos de conduta¹²³².

A Conoco Phillips (IOC) destaca que ao contratar com ela, cada fornecedor (seja prestando bens ou executando trabalho ou serviços) concorda contratualmente com os princípios que norteiam seus negócios (incluindo o combate à corrupção) e, conseqüentemente, o próprio Código de Conduta da empresa¹²³³.

Our contracts require that suppliers be guided in their performance for ConocoPhillips by the principles and standards set forth in the ConocoPhillips Code and their own ethics and conduct policies. While we recognize that there are different legal and cultural environments in which our suppliers operate, we believe that the principles described in the ConocoPhillips Code are common throughout the world. We have developed this document to provide additional clarity to our suppliers regarding our expectations in this area¹²³⁴.

A Surgutneftegas (NOC) dá exemplo de cláusula que pode ser colocada em contratos com fornecedores:

“Representatives of the Parties are not allowed to enter into any commercial and/or financial relations with representatives of the other Party, if it is not expressly provided in this contract. The Parties guarantee that their representatives did not and/or will not offer and/or accept rewards and/or gifts of all kinds from the representatives of the other Party made with the intention to affect the making of a contract and/or its conditions, execution, administration, renewal and/or its termination. Violation of these guarantees

¹²³¹ REPSOL. Disponível em: < <https://www.repsol.energy/en/sustainability/human-rights/suppliers-and-contractors/index.cshtml>> . Acessado em 20 jan 18.

¹²³² LEXOLOGY. Anti-corruption clauses new to contract practice. Disponível em: < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fa3fb500-3fa6-49eb-a036-cc05583d5a75>> . Acessado em 20 jan 18.

¹²³³ CONOCOPHILLIPS. Code of Business Ethics and Conduct: *Expectations of Suppliers*. Disponível em: < http://static.conocophillips.com/files/resources/code-of-business-ethics-and-conduct_expectations-o.pdf> . Acessado em 20 jan 18

¹²³⁴ Ibidem.

by one of the Parties is considered a material breach of the contract and gives a right to the other Party to terminate the contract unilaterally”¹²³⁵.

Nesse sentido, muito embora as cláusulas anticorrupção nos contratos com fornecedores possam ser consideradas inválidas em certos ordenamentos jurídicos por conta de legislação local, como por exemplo, na Alemanha, que pode entender que a imposição da cláusula de forma genérica, atribuindo, inclusive, a observância de leis estrangeiras como: o FCPA ou o UK Bribery Act, constitui, em última análise, “desvantagem não razoável” à empresa local¹²³⁶, a *lex petrolea* já incorporou o tema da anticorrupção, portanto, outros mecanismos como o blacklisting operarão.

Note-se que fato da indústria petrolífera ser concentrada, com poucos *players* devido à natureza da operação, somado ao seu caráter transnacional, leva a uma interação repetida entre as mesmas companhias, ainda que em jurisdições diferentes. Conseqüentemente, aquela empresa que tiver um comportamento inconsistente com a prática do mercado, ou seja, com a *lex petrolea*, sujeitar-se-á não apenas às contramedidas contratuais e extracontratuais, mas, também, aos remédios comerciais próprios. A depender do grau de inadequação da conduta, a companhia terá agravadas as condições de seus próximos negócios, ou, até mesmo, ser proibida de contratar com outras entidades, públicas e privadas, do setor¹²³⁷.

Ainda em relação à *lex petrolea*, destaca-se a ação das associações internacionais que se dá, quase sempre, pela reunião de grupos de trabalho setoriais, dedicados - no seio de cada organização - a observar a *standard praxis* e os princípios jurídicos habitualmente aplicáveis, para que se sugira uma minuta aos agentes daquele mercado. No campo do direito do petróleo,

¹²³⁵ SURGUTNEFTEGAS. Disponível em: <www.surgutneftegas.ru/uploaded/polojenieEng.pdf> Acessado em 02 jan 18

¹²³⁶ LEXOLOGY. Anti-corruption clauses new to contract practice. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fa3fb500-3fa6-49eb-a036-cc05583d5a75>> . Acessado em 20 jan 18.

¹²³⁷ “the members of the gas and oil industry interact with one another on an ongoing basis. As Robert Axelrod and others established, parties who are engaged in repeated interactions tend to follow the tit-for-tat strategy. Specifically, Axelrod demonstrated that the dominant strategy in repeat interactions is to cooperate as long as the other party cooperates and to punish defection by defection. An important implication is that long-term relationships between the same actors tend to foster cooperative behavior. Historically, the gas and oil industry constituted a near-perfect setting for a tit-for-tat strategy. The industry is comprised of a relatively small group of members that interact with one another on an ongoing basis. The companies in the gas and oil industry are also well familiar with one another, and the reputational stakes they face are high. Consequently, members have an incentive to maintain a good relationship with their peers and not “defect” and risk retaliation. [...] Specifically, we expect repeat interactions among the members to exert a disciplinary effect on the behavior of the members in their inter-se relationships. Members are likely to pass up small short term gains by avoiding investment in precautions in order to reap the long-term gains resulting from cooperation.” PARCHOMOVSKY, Gideon; STAVANG, Endre. Contracting around Tort Defaults: the knock-for-knock principle and accident costs. p. 17 e 18.

a *Association of International Petroleum Negotiators - AIPN* consagrou-se como prestigiosa instituição, cujas minutas são aceitas pelas petroleiras em todo o mundo¹²³⁸.

Neste sentido, cabe ressaltar a recente atualização do modelo padrão de *Joint Operating Agreement* de 2012, cujo último modelo padrão era datado do ano de 2002. A elaboração da nova minuta contou com a colaboração de diferentes profissionais em um trabalho coletivo que rendeu milhares de horas de trabalho¹²³⁹.

Na mais recente revisão do modelo de JOA da AIPN, ocorrida no ano de 2012, foi incluída cláusula específica de combate à corrupção, obrigando as partes consorciadas a observar as leis anticorrupção. De fato, a minuta buscou restringir a redação da cláusula às atividades e operações incluídas no escopo do JOA, excluindo as demais atividades das partes contratantes, mas ressaltando a necessidade de implementação de políticas anticorrupção¹²⁴⁰, à luz do Regime Internacional Anticorrupção, tratados, leis domésticas e *soft-laws*.

20.1 Conduta das Partes

20.1.A Cada Parte, em relação às operações e/ou atividades sob este Acordo (i) garante que tal Parte e suas Afiliadas and seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal não fizeram, ofereceram ou autorizaram e (ii) compromete-se que tal Parte e suas Afiliadas e seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal não farão, oferecerão ou autorizarão, nenhum pagamento, presente, promessa ou outra vantagem, seja diretamente ou através de outra pessoa ou entidade, para a ou para o uso ou benefício de qualquer Autoridade Pública, qualquer partido político, ou candidato a cargo,

DISPOSIÇÃO OPCIONAL, SELECIONE SE DESEJADO.

Ou qualquer outro indivíduo ou entidade,

Onde tal pagamento, presente, promessa ou vantagem violaria as Leis e Obrigações Anticorrupção, aplicáveis a tal Parte.

DISPOSIÇÃO OPCIONAL, SELECIONE SE DESEJADO.

Além disso, cada Parte em relação às operações e ou atividades sob este Acordo (i) garante que tal Parte e suas Afiliadas and seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal cumpriram com, e (ii)

¹²³⁸ ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 243

¹²³⁹ Unlike many others industries, the international oil industry has a long history of cooperation. While competition between large IOCs can be fierce in some areas like the marketing of petroleum or the downstream operations, the exploration and production phase of the petroleum operations is marked by cooperation between competitors. This is done primarily to share and reduce risk (operation risk, political risk and so on) and partially to diversify the production portfolio of a single company. For example, an IOC with a \$1 billion exploration budget can allocate its resources among five different potential plays around the world risk one-fifth of a billion each, receiving a portion of production that is shared with other partners or it could dedicate all of its funds to one single project where it will participate in 100 per cent of any production. This desire to diversify risk and expand into multiple prospects has led to the common reality that IOCs frequently work together in joint ventures or in accordance with JOA to exploit a particular opportunity in a given Host Government Contract. TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 3, London: Oxford University Press, 2012, p. 183.

¹²⁴⁰RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014.

compromete-se que tal Parte e suas Afiliadas e seus respectivos administradores, diretores, funcionários e pessoal cumprirão com as Leis e Obrigações Anticorrupção, aplicáveis a tal Parte¹²⁴¹.

No dizer de Marilda Rosado, a definição das obrigações e leis anticorrupção (anti-bribery laws and obligations) “*é fundamental por refletir uma tendência de preocupação com a governança corporativa na indústria do petróleo, a qual abrange fontes internas e internacionais, leis de aplicação extraterritorial, bem como as boas práticas de governança das próprias empresas signatárias do JOA*”¹²⁴²¹²⁴³.

A minuta do JOA 2012 da AIPN explicita ainda a necessidade de *due diligence* pelo operador na indicação dos contratantes independentes, bem como a exigência de que esses contratantes estabeleçam igualmente políticas corporativas anticorrupção¹²⁴⁴.

A *Leading Oil & Gas Industry Competitiveness* – LOGIC, uma subsidiária integral sem fins lucrativos da Oil & Gas UK¹²⁴⁵, atua como depositária de projetos interprofissionais que visam aumentar a eficiência da prática de trabalho no setor de petróleo e gás na plataforma continental do Reino Unido (conhecida como UKCS)¹²⁴⁶. Os Contratos Padrão para o setor de petróleo e gás *offshore* do Reino Unido (anteriormente contratos CRINE¹²⁴⁷) foram

¹²⁴¹Modelo Internacional de Acordo Operacional Conjunto 2012 da Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), Disponível em: <www.aipn.org>. Acessado em 20 nov 2017.

¹²⁴² “*Anti-Bribery Laws and Obligations means: (i) the Laws; (ii) with respect to each Party the laws of the country of incorporation such Party and/or such Party’s ultimate parent company, and the laws of the principal place of business of such Party and/or such Party’s ultimate parent company; and (iii) the principles described in the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, signed in Paris on December 17, 1997, which entered into force on February 15, 1999, and the Convention’s Commentaries.*” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014.

¹²⁴³ Não só os casos enfrentados e a vivência adquirida pelas empresas ao longo dos anos com base na *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) norte americana, mas também o sinal de alerta provocado pela edição da lei inglesa anticorrupção de 2011, provocaram impacto significativo também em outras cláusulas do JOA. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014.

¹²⁴⁴RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014.

¹²⁴⁵ A UKCS, ou Oil & Gas UK, é o principal órgão representativo do setor *offshore* de petróleo e gás do Reino Unido. É uma organização sem fins lucrativos, criada em abril de 2007, mas com um pedigree que remonta há mais de 40 anos. A adesão é aberta a todas as empresas que atuam na plataforma continental do Reino Unido, desde *super majors*, grandes empresas de prestação de serviços e de companhias de petróleo independentes às PME que trabalham na cadeia de suprimentos. Seu objetivo é fortalecer a saúde a longo prazo da indústria *offshore* de petróleo e gás no Reino Unido, trabalhando em estreita colaboração com empresas do setor, governos e todas as outras partes interessadas para abordar as questões que afetam sua empresa. Disponível: <<https://oilandgasuk.co.uk/about-us/>>. Acessado em 20 jan 18.

¹²⁴⁶ LOGIC. *Leading Oil & Gas Industry Competitiveness*. Disponível em: <www.logic-oil.com/>. Acessado em 20 jan 18.

¹²⁴⁷ “The initial works for the development of standard contracts on standard agreements were handled by the CRINE (*Cost Reduction Initiative for the New Era*), an organization formed by senior executives from all sectors of the UK offshore industry – Operators, Contractors and suppliers - and as result the first edition of a “General Terms and Conditions for Construction” was published in June 1997. In 1999 a not-for-profit, wholly-owned

desenvolvidos pelo Comitê de Contratos Padrão e, mais recentemente, o Grupo de Trabalho de Contratos Padrão LOGIC do UKGS e são emitidos pela LOGIC, para uso dentro da indústria entre empresas e seus contratados, tais contratos incluem extensiva cláusula anticorrupção¹²⁴⁸.

Nesse sentido, verifica-se que as IOCs e as NOCs, inclusive dentro de instrumentos contratatuais de consórcio, *joint ventures*, regulam por meio de governança privada no momento em que a sua cadeia de produção adere a autorregulação feita por meio Códigos de Conduta e *standards* de *Corporate Social Responsibility* das respectivas IOCs ou NOCs. Tal comportamento é exigido por meio de contratos. Ressalte-se, uma vez mais, que esse direito de comando das Transnacionais, ou seja, a sua autoridade, implica em um consentimento concedido por aqueles que são submetidos àquela regra, pouco importando o resultado, se o regulado vai cumprir ou não com as regras estabelecidas pela Transnacional, mas sim o mecanismo pelo qual o poder, ou autoridade, é exercido¹²⁴⁹.

Dessa forma, a autoridade privada dessas TNCs é limitada a instâncias em que as transnacionais criam regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a conduta dos outros¹²⁵⁰, a exemplo de seus códigos de conduta, os quais exigem o cumprimento de regras por vezes inexistentes na legislação doméstica ou internacional sobre o tema, como é o caso da exigência em que os participantes da cadeia de produção possuam obrigatoriamente programas de *compliance* anticorrupção para que possam fazer parte da respectiva cadeia de produção.

A Petrobras, por exemplo, passou a exigir em seu cadastro de fornecedores (Certificado de Registro e Classificação Cadastral – CRCC) que os fornecedores respondam ao Questionário de Due Diligence de Integridade (DDI), com informações relacionadas à sua reputação, idoneidade e práticas de combate à corrupção. A existência de programas de integridade, bem como exige evidências de sua efetiva aplicação, fazendo com que os fornecedores comprovem treinamento de pessoal, due diligence, etc¹²⁵¹, ou seja, além do previsto na norma doméstica ou nas regras internacionais.

subsidiary of Oil & Gas UK called LOGIC (Leading Oil and Gas Industry Competitiveness)". PERIVOLARIS, Ana Carolina. Offshore Contracts: liability and indemnity regimes. p.17.

¹²⁴⁸ General Conditions of Contract (including guidance notes) for services on- and off-shore. Edition 3, March 2014. LOGIC. Disponível em: <https://commoditylogistics.onepeterson.com/storage/configurations/commoditylogisticsonepetersoncomacnaki/jkennl/files/terms_and_conditions/uk/logic__ndash__onshore_and_offshore_services_terms__amp__conditions_.pdf> Acessado em 20 jan 18.

¹²⁴⁹RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014, p. 28

¹²⁵⁰ GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition. P. 30

¹²⁵¹ PETRONECT. Disponível em: <<https://www.petronec.com.br>> . Acessado em 14 jan 18.

O combate à corrupção foi internalizado de tal maneira na *lex petrolea* que a minuta do JOA 2012 da AIPN introduziu ainda uma disposição que permite a remoção do operador quando da ocorrência de três hipóteses relativas ao descumprimento de legislações ou obrigações referentes às práticas anticorrupção: admissão de culpa perante autoridades governamentais, sentença transitada em julgado ou laudo arbitral definitivo¹²⁵²¹²⁵³. Já na cláusula sobre retirada do acordo (*withdrawl from agreement*), foi incluída opção obrigando a aquisição da participação da parte que está se retirando ou a sua indenização pelos danos decorrentes da saída, quando sua motivação é o descumprimento, por alguma das partes, dos deveres previstos no JOA, com referência expressa às normas de prevenção e combate à corrupção¹²⁵⁴.

Por fim, é possível constatar que, principalmente nas economias em desenvolvimento, no que se refere ao Regime Internacional Privado Anticorrupção, grandes TNCs tiveram sucesso na regulação de padrões aos seus fornecedores, os quais excederam os existentes em sistemas jurídicos locais aplicáveis a esses fornecedores. Nesse esteio, desconsiderando o efeito prático da efetividade desse tipo de governança na diminuição da corrupção, uma vez que é muito difícil mensurar a corrupção, os contratos tem sido importantes disseminadores da regulação anticorrupção no mundo.

Os fatos assinalados demonstram preocupação com o tema do combate à corrupção no âmbito da indústria do petróleo, tanto nas *joint ventures*¹²⁵⁵ quanto em relação aos parceiros ao longo da cadeia de produção, verifica-se a consagração do Regime Internacional Privado Anticorrupção no âmbito da *lex petrolea*.

¹²⁵² Exemplos de legislações sobre práticas anticorrupção são a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) dos Estados Unidos e a *UK Bribery Act* editada em 2011 pelo Reino Unido. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014

¹²⁵³ Marilda Rosado destaca ainda que “Uma alteração de pequena monta, mas com implicações relevantes no processo decisório de remoção do operador, é a alusão à exclusão de qualquer afiliada do operador na deliberação pertinente à remoção. Há igualmente disposições opcionais prevendo diferentes patamares de participação percentual necessária para fazer parte do corpo deliberativo sobre o assunto. Foram aperfeiçoados os mecanismos de cessão da posição de operador a empresas afiliadas, mantendo uma relativa flexibilidade, mas impondo condições para a sucessão e manutenção das responsabilidades do cedente pelas condutas da parte cessionária.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014.

¹²⁵⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014.

¹²⁵⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2014, p. 54.

CONCLUSÃO

Os dados empíricos compilados nesta tese, assim como os esforços políticos e jurídicos domésticos e internacionais de combate, confirmam os graves e maléficos efeitos da corrupção transnacional, que vão desde o enfraquecimento da legitimidade dos governos e do desenvolvimento socio-econômico dos países, até o impacto negativo na atração do investimento estrangeiro, direito e de portfólio, assim como de investimento internacional.

Estimativas do *Global Agenda Council on Anti-Corruption* do *World Economic Forum* demonstram que o custo da corrupção equivale a mais de 5% do PIB global (US\$ 2.6 trilhões) com mais de US\$ 1 trilhão pagos em subornos a cada ano¹²⁵⁶.

A abordagem acerca da indústria petrolífera justificou-se tanto por sua importância na economia global, como pelo fato desse setor responder por 25% (vinte e cinco por cento) dos casos de aplicação da lei anticorrupção transnacional dos Estados Unidos da América (*FCPA*)¹²⁵⁷¹²⁵⁸, legislação pioneira do tema, e 19% (dezenove por cento) dos casos de corrupção no mundo¹²⁵⁹.

A corrupção não é mais um problema local, tendo se tornado um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias¹²⁶⁰. Por esta razão, faz-se necessária à cooperação de diversos atores, tanto para a prevenção como para o combate.

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish. This evil phenomenon is found in all countries (...)¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ WORLD ECONOMIC FORUM. *Next steps*. p. 7. Disponível em <https://members.weforum.org/pdf/gac/next_steps.pdf>. Acesso em 26 fev. 2017.

¹²⁵⁷ SEC. SEC Enforcement Actions: FCPA Cases. Disponível em: <<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>>. Acessado em 20 jan 2018.

¹²⁵⁸ DOJ. Related Enforcement Action. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/related-enforcement-actions>>. Acessado em 20 jan 2018.

¹²⁵⁹ 19% dos casos de corrupção transnacional são proveniente do setor extrativista, aí incluída a indústria do petróleo. OECD Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acessado em 13 jan 2018

¹²⁶⁰ *Ibidem*.

¹²⁶¹ NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

Uma vez que a sociedade internacional dos dias atuais já não guarda muitas semelhanças com a do século anterior, os “*Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional*”¹²⁶².

Ainda no ano de 2008, o colapso do Lehman Brothers representou o abrandamento de políticas liberais que desconsideram a importância da implementação efetiva de princípios de governança corporativa e *corporate social responsibility*. Restou evidente que sistemas de governança tradicionais não conseguem sozinhos responder de forma rápida às necessidades de um mundo altamente globalizado¹²⁶³.

Nesse sentido, as teorias convencionais das Relações Internacionais e do Direito Internacional são incapazes de capturar e dar respostas satisfatórias dentro desse novo contexto¹²⁶⁴, pois reforçam a distinção público-privada, amparadas, em parte, por essa poderosa tradição liberal, defensora da natureza neutra e apolítica da esfera privada¹²⁶⁵. Os vários eventos destacados ao longo desta tese, como as fraudes e crises financeiras, contribuíram para o enfraquecimento dessas teorias convencionais, em favor da emergência, aceitação e legitimidade de uma transnormatividade e de um Direito Transnacional, cujo destaque é a interação entre as esferas pública e privada¹²⁶⁶, e não tais dicotomias, ou mesmo explora a atuação de outros atores que não o Estado.

Foi necessário convocar o setor privado para o engajamento no combate à corrupção transnacional, o que se demonstrou por meio do reconhecimento do papel das empresas nos tratados internacionais, *guidelines* de organismos internacionais, bem como nas legislações domésticas, os quais buscam através da responsabilidade solidária envolver os agentes privados no monitoramento das práticas anticorrupção nas suas relações privadas.

¹²⁶² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

¹²⁶³ ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 jan 17.

¹²⁶⁴ CUTLER, Claire A., Op. Cit 2003, p.2.

¹²⁶⁵ Ibidem. p. 54-56.

¹²⁶⁶ Andreas F. Lowenfeld, no curso da Academia de Direito Internacional da Haia de 1979, já ressaltava a interação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público. LOWENFELD, Andreas F. Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction. *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haya*, Leiden, Holanda, NL, v.163, pp. 311-436, 1979, p. 315.

Da mesma forma, movimentos como o *Occupy Wall Street*¹²⁶⁷ demonstram o crescimento da pressão popular por sistemas de governança mais efetivos¹²⁶⁸¹²⁶⁹. *Pari passu*, cresceu o reconhecimento por parte das empresas de que a sua própria existência também depende da simpatia e da aceitação de suas operações comerciais pela sociedade. Obviamente, as empresas não podem operar em uma bolha isolada, mas sim dentro da sociedade, e, quando a sociedade rejeita as ações da empresa, mais cedo ou mais tarde, ela terá dificuldade em sustentar a sua lucratividade e, conseqüentemente, sobreviver¹²⁷⁰. Em linhas gerais, a tomada de decisões relacionadas ao combate à corrupção vem, portanto, sob o domínio da ética empresarial e da estratégia corporativa, tanto em longo prazo, como em curto prazo¹²⁷¹, sob pena de que sua não observância, somada à pressão dos vários *stakeholders*, afetem a

¹²⁶⁷“*Occupy Wall Street* ('Ocupe Wall Street'), OWS, é um movimento de protesto contra a desigualdade econômica e social, a ganância, a corrupção e a indevida influência das empresas - sobretudo do setor financeiro - no governo dos Estados Unidos. Iniciado em 17 de setembro de 2011, no Zuccotti Park, no distrito financeiro de Manhattan, na cidade de Nova York, o movimento ainda continua, denunciando a impunidade dos responsáveis e beneficiários da crise financeira mundial. Posteriormente surgiram outros movimentos Occupy por todo o mundo.” WIKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Occupy_Wall_Street> Acessado em 20 jan 2018.

¹²⁶⁸ O acidente da British Petroleum (BP) no Golfo do México em 2010, *Deepwater Horizon*, é um bom exemplo para quantificar as perdas na reputação devido a um dano ambiental. A BP fez um acordo de bilhões de dólares pelo derramamento de óleo no *Deepwater Horizon* 2010. No entanto, esse acordo é apenas a ponta do iceberg. Além dele, a BP teve custos, incluindo publicidade reputativa, vendas perdidas e, em última instância, o sucesso em relação à sua competência central: perfuração marítima segura e confiável (melhores práticas da indústria do petróleo). Os especialistas dizem que esta dívida de reputação durará décadas. A BP enfrentou uma multa máxima de US\$ 13,7 bilhões por violar o *Clean Water Act*. A empresa já pagou US \$ 42 bilhões em reclamações, esforços de limpeza, multas e indenização às vítimas. Após o acidente, a BP perdeu 55% do valor de suas ações em bolsa. Em última análise, até 2013, a BP caiu do posto de segunda maior companhia de petróleo para a quarta. E os postos de gasolina da BP nos EUA, muitos dos quais são de fato de propriedade da BP, relataram menores vendas entre 10% e 40% devido a repercussão do caso. REPUTATION MANAGEMENT. The Cost of a Bad Reputation. Jun2, 2015. Disponível em: <<https://www.reputationmanagement.com/blog/the-cost-of-a-bad-reputation/>> Acessado em 20 jan 18.

¹²⁶⁹Walmart gasta mais de US\$ 18 milhões por ano para tentar melhorar sua reputação junto aos consumidores americanos, por acusações de ser um empresa que não se preocupa com os funcionários e que leva em conta apenas o lucro. NY Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/08/business/walmart-academy-employee-training.html?smid=tw-nytimes&smtyp=cur>>. Acessado 20 jan 18.

¹²⁷⁰ Exemplos Enron na Índia e Shell em Ogoni na Nigéria.

¹²⁷¹ ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 Jan 17.

continuidade dos negócios¹²⁷²¹²⁷³¹²⁷⁴¹²⁷⁵¹²⁷⁶. As empresas vêm buscando na efetivação de medidas anticorrupção a proteção da sua reputação empresarial e do melhor interesse de seus acionistas¹²⁷⁷, e demais *stakeholders*, englobando aí aspectos da governança corporativa e do *corporate social responsibility* como formas de governança privada dentro do Regime Internacional Privado Anticorrupção.

Nesse sentido, esse trabalho pretendeu analisar o tema da corrupção transnacional, com recorte específico na governança privada exercida pelas empresas transnacionais diante de uma economia globalizada. Sustentou-se como tese o surgimento de um Regime Internacional Privado Anticorrupção, cuja governança é feita, essencialmente, por meio de regulação por parte das empresas transnacionais.

Conforme destacado, a governança exercida por uma autoridade privada é outra abordagem possível, uma potencial resposta institucional, para resolver problemas de cooperação no sistema internacional, principalmente após a última crise financeira mundial. Isso porque a resolução bem sucedida de tais problemas de cooperação requer o ajuste mútuo do comportamento dos diversos atores. A autoridade privada emerge como uma resposta à

¹²⁷²Após os escândalos corporativos da Enron, WorldCom e Tyco, mais e mais países iniciaram reformas de governança corporativa para reforçar a proteção dos interesses dos investidores.

¹²⁷³ EL PAÍS. JBS vive inferno pós delação com perda de valor, boicote e novas investigações. Empresa já perdeu 3,5 bilhões de reais em valor desde 17 de maio, e afeta bancos públicos. Grupo responde a processos que podem comprometer acordo de leniência. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/economia/1495837922_279258.html> Acessado em 20 jan 18.

¹²⁷⁴ REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. “Odebrecht tentou pedir desculpas ao povo brasileiro com poucos anúncios com o título “Desculpe, a Odebrecht errou”. Funcionou? Certamente não. Ainda que os anúncios possam ter tido algum efeito nos colaboradores da empresa, é improvável que qualquer outro stakeholder tenha se sentido sensibilizado por ele. Não há campanha que consiga reverter milhares de reportagens colocando a empresa no centro de um esquema de corrupção. A marca caminha para o fracasso inevitável, pois ela perdeu aquilo que é mais valorizado no mercado em que atua: a sua reputação.” 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

¹²⁷⁵REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. “Situação similar foi vista no longínquo ano 2001 com a Arthur Andersen, na esteira da falência da Enron, gigante americana de energia. A Arthur Andersen, na época, era conhecida globalmente e fazia parte das “Big Fives” – as 5 grandes empresas globais de auditoria financeira junto com a PWC, a Ernst & Young, a Deloitte e a KPMG. A Arthur Andersen foi fundada em 1913 e sempre teve uma reputação ilibada. Ao participar da fraude contábil que levou à falência da Enron, a empresa perdeu por completo a sua credibilidade. Ainda que inocentada no final do processo, o dano à reputação da marca já havia sido feito. A empresa deixou de operar em auditoria, e a sua parte de consultoria adotou o nome de Accenture. ” 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

¹²⁷⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. UTC pede recuperação judicial para renegociar dívidas de R\$ 3,4 bilhões. A UTC teve três executivos acusados de integrar esquemas de corrupção pela Operação Lava Jato, em novembro de 2014, Ricardo Pessoa presidente e dono da empresa foi preso na sétima fase da Operação, batizada como Juízo Final. 17 jul 17. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901935-utc-pede-recuperacao-judicial-para-renegociar-dividas-de-r-34-bilhoes.shtml>> Acessada em 20 jan 18.

¹²⁷⁷ ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://www.globalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/index.html>. Acesso em: 07 jun 2017.

“*demanda por ordem e regras dos atores*”¹²⁷⁸ diante de uma economia altamente globalizada que funcionou como agente catalizador.

Para tanto, foi dado enfoque à formação histórica¹²⁷⁹¹²⁸⁰ da *lex mercatoria*, cujo objetivo foi fomentar a expansão do comércio, para demonstrar que os atores privados exerceram diferentes graus de autoridade na gênese e no cumprimento das leis que regem as relações comerciais internacionais¹²⁸¹.

Após um período de declínio¹²⁸², hoje, verifica-se que existem novas oportunidades para atores privados corporativos exercerem poder e influência¹²⁸³¹²⁸⁴. A globalização, na forma que assumiu nas últimas décadas, ou seja, um movimento caracterizado pela intensificação e aumento na densidade dos fluxos e padrões de interação ou interligação entre os Estados,

¹²⁷⁸ CUTLER, Claire; HAUFLER, Virginia; PORTER, Tony. *Private Authority and International Affairs*. Edited by Albany: State University of New York Press, 1999. 398 pgs. p. 8.

¹²⁷⁹ Os tribunais mercantes, por sua vez, ao consagrar os princípios cruciais do trato de boa fé e a natureza vinculativa dos contratos, contribuíram na produção de regras mais específicas determinantes para o crescimento de novos instrumentos comerciais. CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge University Press. Kindle Edition. p. 1

¹²⁸⁰ “and then it was, and proved to be true, (...) so that it plainly appeareth, that the Law Merchant, may well be as ancient as any humane Law, and more ancient than any written Law. The very moral Law itself, as written by Moses, was long after the customary Law of Merchants, which hath so continued and been daily augmented successively upon new occasions, and was not altogether made in the first foundation, as the Laws whereby the Commonweals of Israel (whose Laws were uniformly made by Moses from God(or those of Crete, Cybaris, Sparta, and Carthage by Minos Charondas, Lycurgos, and Thalcas” (sic.) MALYNES, Gerard. *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria or the ancient Law-Merchant*. 3 ed. London: F. Redmayne, 1685, p. 02. Tradução Livre: “E assim era, e provou-se verdade (...) aparentemente a *Lex Mercatoria* pode ser tão antiga quanto qualquer lei humana, e mais que qualquer direito escrito. O próprio Direito moral, tal como escrito por Moises, o foi muito depois do direito mercantil costumeiro que foi seguido e aumentado sucessivamente e não feito em uma única ocasião como a Leis de Israel (uniformemente ditadas por Deus a Moisés) ou aquelas de Creta, Cybaris, Esparta e Catago feitas por Minos, Charondas, Licurgo e Thalcas”. Apud GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCONTERMS (2010)*. Clássica Editora. São Paulo, SP, 2014. P. 191

¹²⁸¹ CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge University Press. Kindle Edition. p. 1

¹²⁸² A *lex mercatoria* medieval caiu em desuso quando das grandes codificações e da adoção de políticas abertamente mercantilistas para uma ampla gama de atividades comerciais pelos Estados (Portugal, Espanha, França, Holanda, Inglaterra), os quais se tornaram os principais atores no desenvolvimento do direito comercial Ibidem, p. 145-146

¹²⁸³ CUTLER, Claire A. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003). p. 1.

¹²⁸⁴ Raphael Carvalho de Vasconcelos aponta para o fenômeno da fragmentação no âmbito do Direito Internacional, associado, tanto à expansão espacial da sociedade internacional, quanto ao reconhecimento de novos atores capazes de criar normas no plano internacional: “Em meio ao referido contexto plural é de se verificar que a fragmentação que se observa não se resume apenas à atividade legiferante repartida entre diversas ordens legais temáticas, mas também se refere à pluralidade de fontes existentes. [...] A produção legislativa internacional não é mais, portanto, monopólio dos estados, os quais aderem frequentemente a organizações internacionais que, com maior ou menor autonomia, passam a produzir direito.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho De. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*. p. 96.

indivíduos e empresas¹²⁸⁵, notadamente pela existência de cadeias de produção coordenadas e reguladas pelas próprias TNCs, perturbou o equilíbrio¹²⁸⁶ entre a escala global dos mercados e a eficiência dos sistemas de governança tradicionais, públicos e privados¹²⁸⁷, deslocando a fronteira entre autoridade pública e privada nas relações comerciais internacionais.

Por sua vez, as interações entre os atores privados nas relações comerciais internacionais ao longo das cadeias de produção, mostraram-se operadas por meio de uma variedade de mecanismos¹²⁸⁸, principalmente por meio de *softlaw* que se tornam obrigatórias para as relações contratuais que se desenvolvem dentro delas.

Assim, ressurgiu, a partir dessa nova realidade econômico-social, onde empresas transnacionais operam de forma profundamente integrada e organizada dentro de redes de produção globais geograficamente extensas e complexas uma *nova lex mercatoria*¹²⁸⁹¹²⁹⁰, ou seja, “*um corpo de normas jurídicas escritas ou não, ainda incompleto, que visa à regência das*

¹²⁸⁵ MCGREW, A. G. Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization, 1998, p. 325. In: GRESSER, V.; BUDAK, A.C. (eds), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of the Law*, Aldershot and Brookfield: Ashgate and Dartmouth, pp. 325-345 Apud BRENDA-BECKMANN, Franz von; BRENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. p. 1 In: *Mobile People, Mobile Law Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Germany and University of Edinburgh. UK

¹²⁸⁶ Segundo GEREFFI, da era da pré-globalização ao mundo parcialmente globalizado do início da década de 1990, as instituições de governança internacional destinadas a facilitar o funcionamento dos mercados globais cresceram com força, já que o GATT evoluiu para a OMC e o FMI se tornou uma força importante na disseminação da política econômica neoliberal. Mas não houve uma evolução semelhante na capacidade regulatória e redistributiva a nível global. Em suma, os aspectos facilitadores da governança que são a essência do regime neoliberal que estimulou as fases iniciais da globalização são excepcionalmente robustos e bem desenvolvidos, enquanto os aspectos regulatórios e redistributivos da governança permanecem relativamente fracos. GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. p. 5

¹²⁸⁷ GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17. p. 4

¹²⁸⁸ DICKEN, Peter (2014-12-17). *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy* (Kindle Locations 712-716). SAGE Publications. Kindle Edition.

¹²⁸⁹ Os críticos do conceito autônomo de *lex mercatoria* apresentam a visão tradicional de que os atores comerciais que produzem normas de negócios ainda atuam no âmbito da lei aplicável ao contrato e que seria mais preciso se referir a esse fenômeno como norma privada ou produção de regras, em vez de Legislação privada. Ver em: SYMEONIDES, Symeon. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: *The Lex Mercatoria that Isn't*. Festschrift Für K. Kerameus 1397, ano 2009.

¹²⁹⁰ Os defensores da autonomia da *lex mercatoria* argumentam que os atores comerciais alcançaram em grande parte a autonomia dos Estados-nação, uma vez que as sentenças arbitrais são exclusivamente baseadas em leis não estatais e muitas sentenças serão aplicadas em jurisdições no nível doméstico. Ver em: GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. Arch de Philosophie du Droit 177, 1964; GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. 2010.

Relações Internacionais do comércio, com um poder normativo independente do direito positivo dos Estados”¹²⁹¹

A nova *lex mercatoria* “consagra a primazia dos usos e costumes da prática do comércio internacional, refletindo-se muito fortemente nos contratos internacionais, que geraram os contratos-tipo”¹²⁹². Igualmente, cada setor produtivo internacional tem se especializado na uniformização de regras específicas de seu ramo, como é o caso da *lex petrolea*¹²⁹³, no que diz respeito à indústria do petróleo.

Nesse sentido, a nova *lex mercatoria* é considerada um direito transnacional, pois não é doméstica nem internacional, estando fora dessas definições rígidas¹²⁹⁴. Trata-se de sistema de “transnacionalização do campo jurídico”, cujos desafios analíticos e teóricos são postos ao Direito Internacional e foram abordados de forma a reconhecer a necessidade de abandono da dicotomia público privada da disciplina, ante a sua insuficiência em dar as respostas necessárias às crises sistêmicas do mundo contemporâneo, e adotar um novo Direito Internacional contemporâneo, uma *transnacional law*.

Por sua vez, demonstrou-se que as TNCs buscam exercer sua governança privada por meio de autoridade, regulando, de forma estável ao longo do tempo e do espaço, por meio de regras, padrões, práticas ou regulamentos que governam a conduta dos regulados por sua autoridade legitimamente reconhecida por eles.

Na prática essa governança privada é exercida por meio de (1) da governança corporativa; (2) do *corporate social responsibility*; (3) dos códigos de conduta das TNCs; e (4) da governança privada por meio de contratos (*governance by means of contract*)¹²⁹⁵; e (5) contratos internacionais (contratos-tipo), como é o caso do modelo de *Joint Operating Agreement* da AIPN.

Por conseguinte, o uso reiterado das diversas formas de governança privada e o reconhecimento da necessidade de combate à corrupção pelos diversos agentes do mercado global comprova que a governança privada anticorrupção já faz parte da *nova lex mercatoria*,

¹²⁹¹ ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In. RIBEIRO, Maria Rilda de Sá. Estudos e pareceres – direito do petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 413 e 414.

¹²⁹² ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 243.

¹²⁹³ ALVES, Clarissa Brandão. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, 02, 2006/09. p. 243.

¹²⁹⁴ FRISCHKORN, Michael. Definitions of the Lex Mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria’s flexibility. 7 Eur. J.L. Reform 331 2005. p. 331

¹²⁹⁵ *Governance by means of contract* seria o papel que os contratos podem desempenhar na consecução de metas que não sejam de preocupação puramente privada entre as partes, mas que aumentam os interesses das políticas públicas e as questões fora da relação contratual. CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas. Op. Cit. p. 20

notadamente da *lex petrolea*, formando, assim, o Regime Internacional Privado Anticorrupção e, em particular, o Regime Internacional Privado Anticorrupção afeto à indústria do petróleo.

Por fim, a partir desta tese, buscou-se contribuir para fomentar a discussão acadêmica sobre o tema da corrupção transnacional e do exercício da governança privada por meio da regulação, sem qualquer pretensão de exaurir a discussão. Futuras pesquisas podem ser desenvolvidas sobre quais formas as interfaces mais complexas, onde os diversos atores, Estados, ONGs, Organizações Internacionais e empresas privadas, regulam o mundo globalizado funcionam ou interagem, ou, ainda, estudos sobre em quais condições determinado tipo de governança privada surge, ou, quais os efeitos de sua atuação na política mundial.

REFERÊNCIAS

DEMING, Stuart H.. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms 6* (2005). *The U.S. Department of Justice (DOJ) also handles civil enforcement not related to issuers.* p. 41

60 MINUTES. *The case against Lehman Brothers*. Programa exibido em 22 Abr. 12. Disponível em: <<http://www.cbsnews.com/video/watch/?id=7406224n&tag=cbsnewsMainColumnArea.7>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

ABED, George T. & GUPTA, Sanjeev (eds.). *Governance, Corruption, and Economic Performance*. Washington DC: International Monetary Fund, 2003,

ADAMSON, Ben. *The Bribery Act: The view from offshore*. The Bribery Act.com. 15 Jun 11. Disponível em: <<http://thebriberyact.com/2011/06/15/the-bribery-act-the-view-from-offshore/>>. Acesso em: 02 aug. 2017

ADEYEYE, Adefolake. *The Role of Global Governance in CSR*. Santa Clara Journal of International Law. 147 (2011).

Agência EFE. Disponível em: <<http://www.empreendedor.com.br/content/presidente-romeno-denuncia-que-crise-financeira-se-deve-tamb%C3%A9m-%C3%A0-corrup%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 27 abr. 2012. Apud Azevedo, Carolina Araújo de. Op. Cit. 2012

AGRAWAL, ANUP , KNOEBER, Charles R. Firm Performance and Mechanisms to Control Agency Problems between Managers and Shareholders. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, n31, p. 377-397, 1996

AIPN. Modelo Internacional de Acordo Operacional Conjunto 2012 da Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), Disponível em: <www.aipn.org>. Acessado em 20 nov 2017

ALMEIDA, Betyna. A regulamentação das corporações transnacionais nos planos interno e internacional. 2003. 143 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2003

ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (org.) *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009,

ALVES, Clarissa Brandão. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo*, 02, 2006/09

Angola.CDDRL Working Papers Number 36, Center on Democracy, Development, and The Rule of Law Stanford Institute on International Studies, , 7 February, 2015. Disponível em: <www.cabinda.net/Corruption_transparency_Angola1_No36.pdf>. Acessado em: 07 Jan 18. Apud OCDE. *Corruption in the extractive value chain*. 2013.

Anti-Corruption Summit in London 2016. Disponível em: <<http://thecommonwealth.org/tacklingcorruptiontogether>> . Acesso em 25 set. 2017.

APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I. Introduction: *Toward a Critical Globalization Studies – Continued Debates, New Directions, Neglected Topics*. IN *Critical Globalization Studies*. Routledge Taylor & Francis Group. New York and London

ARAMCO. Disponível em: <http://www.saudiaramco.com/content/dam/pageassets/suppliers/Saudi-Aramco-Supplier-Code-of-Conduct_EN.pdf> Acessado em 23 Nov 17

ARAÚJO, Nadia de. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In. RIBEIRO, Marilda de Sá. Estudos e pareceres – direito do petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

ARNSEGER, Jost. German Anti-Bribery and Anti-Corruption Law – An Introduction. 26 jun. 2013. Disponível em: <http://www.anticorruptionblog.com/germany/german-anti-bribery-and-anti-corruption-law-an-introduction/>, Acesso em: 27 jul. 2017.

ARROYO, Diego P. Fernández. *El Derecho Internacional Privado en el Inicio Del Siglo XXI*. In MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-109, 2005

ASHE, Daniel Patrick. The lengthening anti-bribery lasso of the united states: the recent extraterritorial application of the u.s. Foreign corrupt practices act. *Fordham Law Review*, v. 73, p 2897-2944. p. 2898-2899. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu>>. Acesso em: 02 aug. 2017

AYME, Erik O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, p. 4. In *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009

AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. A Corrupção as Joint Ventures do Petróleo. p.337-351. IN *Direito internacional em expansão: volume 5 / [organização de] Wagner Menezes, Clodoaldo Silva da Anunciação, Gustavo Menezes Vieira.* – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. 463

AZEVEDO, Carolina Araújo de. ROSA, Alberto Lopes da. Corrupção e as Joint Ventures do Petróleo. *Direito internacional em expansão Volume V.* Belo Horizonte. Editora Arraes. 2015. P. 337-352

Azevedo, Carolina Araújo de. Transnacionais como veículo de investimento e o problema da corrupção: *dois temas relevantes da atual agenda global*. 2012 Dissertação de Mestrado, UERJ.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. *A lex mercatoria e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. *Prima facie*, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006

BACKER, Larry Cata. Private Actors and Public Governance Beyond the State: *The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order*. Indiana Journal of Global Legal Studies. v. 18, 2011

BACKER, Larry Cata. Regulating Multinational Corporations: *Trends, Challenges, and Opportunities*. Brown Journal of World Affairs. Fall/Winter 2015 • volume xxii, issue 1

BAKER, Ellis. Standard Contracts: law and practice. London: Informa, 2009.

BAKER, Raymond. Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System. Indianapolis: Wiley, 2005

BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. 1998. A Reader on Regulation. Oxford University Press

BANCO MUNDIAL. “Governança e Anti-Corrupção é assunto de todos”. Frase declarada pelo Presidente do Banco Mundial, Robert Zoellick, em 06 de dezembro de 2007. Fonte: <<http://info.worldbank.org/etools/antic/index.asp>>

BANCO MUNDIAL. *Folheto de Diretrizes do Banco Mundial sobre Prevenção e Combate à Corrupção em Projetos financiados com empréstimos do BIRD e Créditos e Doações da IDA (Diretrizes Anticorrupção)*. p. 1-3. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/AntiCorruptionGuide_BrazilianPortuguese.pdf>. Acesso em 10 jul. 2017

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987

BAPTISTA, Luiz Olavo; DURAND BARTHEZ, Pacal. *Les Associations d'Entreprises dans le Commerce International*, Paris: FEDUCI, 1986.

BARBER, Benjamin. Global Governance from below. In HELD, David. *Debating Globalization*. Wiley. Kindle Edition

BARRETO, Celso de Albuquerque. A Evolução da Contratação Petrolífera Internacional no Período 1973-1983. In: SEMINÁRIO DO SERVIÇO JURÍDICO DA PETROBRAS, 8, Rio de Janeiro, 1983. [*Anais*] Rio de Janeiro: Petrobras/Sejur, 1983

BARTENSTEIN, Ben; KARY, Tiffany; KATZ, Alan. U.S. Said to Be Closing In on PDVSA Linked Seizures, Charges. Bloomberg Markets, 25 October 2016; United States Department of Treasury, Notice of Finding That Banca Privada d'Andorra Is a Financial Institution of Primary Money Laundering Concern (2015). Ex-Venezuela PDVSA boss denies \$11 billion corruption allegations. Reuters, 20 October 2016: Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-venezuela-pdvsa-idU.S.KCN12K2EV>>

BASSO, Maristela. Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 20, n. 77, p. 60-71, jul./set/ 1996

BATRA, Geeta. KAUFMANN, Daniel. STONE, Andrew. *The firms speak: What the World Business Environment Survey Tells Us about Constraints on Private Sector Development*. World Bank, 2003. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/profile/Daniel_Kaufmann1/publication/23748517_The_Firms_Speak_What_the_World_Business_Environment_Survey_Tells_Us_About_Constraints_on_Private_Sector_Development/links/564bf06208ae020ae9f85a2c/The-Firms-Speak-What-the-World-Business-Environment-Survey-Tells-Us-About-Constraints-on-Private-Sector-Development.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017

BATURE, Bitrus Nakah. The Dutch Disease and the Diversification of an Economy: *Some Case Studies*. IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS) Volume 15, Issue 5 (Sep. - Oct. 2013), PP 06-14 e-ISSN: 2279-0837, p-ISSN: 2279-0845

BAYER. Disponível em: < <https://www.bayer.com/downloads/supplier-code-of-conduct-english.pdf>> . Acessado 23 Nov 2017.

BBC BRASIL. Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina. Disponível em:
 <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg>. Acesso em: 28 jul. 2017

BBC BRASIL. Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina. Disponível em:
 <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg>. Acesso em: 28 jul. 2017.

BBC. Disponível em: < <http://www.bbc.com/news/world-africa-42151722>>. Acessado em 20 Jan 2018.

BEAULIEU, Catherine. Extraterritorial laws: why they are not really working and how they can be strengthened. *ECPAT International*, set. 2008, p. 5.. Disponível em: <
http://resources.ecpat.net/worldcongressIII/PDF/Journals/EXTRATERRITORIAL_LAWS.pdf>. Acesso em: 02 aug. 2017.

BEEVERS, D.M. Large-scale mining in protected areas made possible through corruption: *Options for donors. U4 Brief*, Anti-Corruption Resource Centre, June. 2015. Apud. OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013. p. 31. Disponível: < <http://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>>. Acessado 22 Nov 17.

BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*, Washington, DC, Brookings Institution, 2001

BEHRMAN, J.N. *Some Patterns in the Rise on the Multinational Enterprise*. Chapel Hill N.C.:School of Business Research Paper nº 18, 1969, p. 62 Apud DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira, Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975

BELTRATTI, Andrea. *The Complementary between Corporate Governance and Corporate Social Responsibility*. The Geneva Papers, 2005, 30, (373-386). p 374. The International Association for

the Study of Insurance Economics 1018-5895/05. Disponível em:

<http://www.genevaassociation.org/PDF/Geneva_papers_on_Risk_and_Insurance/GA2005_GP30%283%29_Beltratti.pdf>

BERNSTEIN, Steven. When is non-estate global governance really governance? *Utah Law Review*, Rev. 91 2010

BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*, Ed. Histórica, Ed. Rio, 1988,

BEZERRA, Marcos Otávio, *Corrupção – Um estudo sobre o poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará e Anpocs, 1995

BILLITER *Insight and Intelligence.EU Anti-Corruption Report: A Next Step in Europe’s Fight Against Corruption*. Disponível em: <<http://www.billiterpartners.com/wp-content/uploads/2011/06/Billiter-Anti-Corruption-Report-A-Next-Step-in-the-EUs-Fight-Against-Corruption.pdf>>

BIMCO. Anticorruption Clause for Charter Parties. Disponível: < https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/anti_corruption_clause> . Acessado em 20 jan 18.

BIMCO. BIMCO launches anti-corruption clause for shipping contracts worldwide. 24 nov 2015. Disponível em: < https://www.bimco.org/news/press-releases/20151124_press_release_anti-corruption_clause>. Acessado em 20 jan 18.

BIS. 79 Relatório Anual do *Bank for International Settlements*. p. 23. Disponível em: <<http://www.bis.org>>. Acesso em: 15 abr 2012

BLUMBERG, Phillip I. *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1993, 316

BONFIM, Antônio Carlos. *Extraterritorialidade das leis e Conflitos de Competência*. 2000. 168 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000

BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. 1ª ed. Editora Thomson, 2007

BOWETT, Derek W. 1986, “Claims Between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law,” *Catholic University Law Review* 35 (4): 929–60

BP. BP’s expectations of its suppliers. Disponível em:

<<https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/products-services/bp-supplier-expectations-english.pdf>> Acessado em 23 Nov 17

BRAMMER, Stephen J.; JACKSON, Gregory; MATTEN, Dirk. Corporate Social Responsibility and Institutional Theory: New Perspectives on Private Governance (2012). *Socio Economic Review*, Vol. 10 (2012), No. 1, pp. 3-28. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2085264>> Acessado em 14 jan 18.

BRASIL. Decreto Presidencial nº. 4.410., de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 08 out. 2002.

BRASIL. Decreto Presidencial nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 01 fev. 2006.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 5, de 15 de agosto de 1995. Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 7., de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 8., de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 9, de 15 de agosto de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 13., de 21 de agosto de 1996. Dá nova redação ao inciso II do art. 192 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 22 ago. 1996.

BRASIL. DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015.

BRASIL. Lei nº 10.467/2002

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 1, 1996

BRENDA-BECKMANN, Franz von; BRENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. p. 1 In: *Mobile People, Mobile Law Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Germany and University of Edinburgh. UK

BREUER, Lanny A. *Assistant Att'y Gen., Criminal Div., U.S. Dep't of Justice, Address at Compliance Week 2010-5th Annual Conference for Corporate Financial, Legal, Risk, Audit & Compliance Officers* 3, 26 Mai 10. Disponível: <<http://legaltimes.typepad.com/files/lanny-abreuer-compliance-week-speech---may-26-2010.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012

BRITCHAM. Câmara de Comercio Britânica. <http://www.britcham.com.br/download/100910_JorgeSowaya.pdf>. Acesso em: 02 aug. 2017.

BROWN, H. Lowell. Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed Its Grasp?, *N.C. J. INT'L L. & COM. REG.*, v.26, 239, 300–02 (2001).

Bryan R. Evans, *The Cost of Corruption: A Discussion Paper on Corruption, Development and the Poor* 20–21 (Tearfund, Discussion Paper, 1999).

BUNNI, Nael G. *Risk and Insurance in Complex Contracts*. London: Spon Press Publishers, 2009.

BULL, Hedley. Trad. Sérgio Bath. *A Sociedade Anárquica*, 1977, São Paulo, Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.

BYRNES, N.; DWYER, P.; HENRY, D.; THORNTON, E. Reform: Who's making the grade; A performance review for CEOs, boards, analysts, and others. *Business Week*. 22 Set. 2003

CAMERON, Peter. *International energy investment law: the pursuit of stability*. New York: Oxford University Press, 2010

CANADA. CORRUPTION OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS ACT. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.2/page-1.html>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. France, Paris: Dalloz, 2003

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CARVER, Jeremy P. Combating Corruption: *the Emergence of New International Law*. *International Law FORUM du droit international* 5: p.119-123, 2003

CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The challenge of global regulation. *International Law and Politics*, v. 37, p. 663-694, 2005,

_____. *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. Governança Global e Direito Internacional Privado Contemporâneo. IN Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017.

CGU. Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/perguntasFrequentes.asp>>. Acesso em 23 set. 2017

CHAI, Vera. TEIXEIRA, Marco Antonio. Democracia e Escândalos Políticos. *Revista São Paulo em Perspectiva*. vol.15 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2001

CHEVRON. Disponível em: <<https://www.chevron.com/-/media/shared-media/documents/SupplierExpectations.pdf>> Acessado em 23 Nov 17

CHIMNI, B.S.Chimni, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, February 6 Economic and Political Weekly 337 (1999); B.S. Chimni, *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*, 15 *European Journal of International Law*, 1 (2004)

CHRISTIANAID In: <<http://www.christianaid.org.uk/images/Tax-Morality-Report-J2951.pdf>>

CHRISTIANAID. Action Aid, *How Tax Havens Plunder the Poor*. In: <<http://www.christianaid.org.uk/images/Tax-Morality-Report-J2951.pdf>>

CIJ 3. *The Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd Case (Belgium versus Spain)*. 1970. ICJ 3

CLARKE, Simon. *Beware the brown envelope. UK Bribery Act. IFLR/ Int'l Fin. L. Rev.* v. 29, n. 54. dez/jan 2010-2011

COCKCROFT, Laurence. *Global Corruption: Money, Power and Ethics in the Modern World*. 2014. University of Pennsylvania Press.

COLANGELO, Anthony. *Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law*. *Harvard International Law Journal*, v. 48, p 126. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=928653>>. Disponível em 21 jul. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1981

CONGRESSO AMERICANO. *Exposição de Motivos*. 95th Congress; 1st Session; Report No. 95-640; 28 Set 1977. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/history/1977/houseprt-95-640.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

CONOCOPHILLIPS. *Code of Business Ethics and Conduct: Expectations of Suppliers*. Disponível em: <http://static.conocophillips.com/files/resources/code-of-business-ethics-and-conduct_expectations-o.pdf>. Acessado em 20 jan 18

CORDOBA, Jose De; FORERO, Juan. *U.S. Investigates Venezuelan Oil Giant*. *Wall Street Journal*, 21 October 2015

COSTA, Carlos Jorge Sampaio. *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1984,

COSTA, Ligia Maura. *Battling corruption through CSR codes in emerging markets: oil and Gas industry*. *RAE-eletrônica*, v. 7, n. 1, Art. 8, jan./jun./2008. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/electronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=3424&Secao=ARTIGOS&Volume=7&Numero=1&Ano=2008>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

COSTA, Orlando José Guterres Jr. *Publicidade, Transparência e Participação em Arbitragem de Investimentos: Credibilidade do Regime de Proteção a Investimentos em Debate*. P, 29-55. IN: *Governança Global, Vol I*, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017

CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. The New lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions. 2 B.U. Int'l L. J. 317 1983-1984

CUNIBERTI, Gilles. The Merchant who would not be King Unreasoned Fears about Private Lawmaking. Watt, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). Private International Law and Global Governance (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition

CUTLER, Claire A. Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge Studies in International Relations: 90. Cambridge University Press (2003)

_____ ; HAUFLER, Virginia; PORTER, Tony. Private Authority and International Affairs. Edited by Albany: State University of New York Press, 1999.

DA SILVA, Suzana Tavares. Direito da Energia. Coimbra/Lisboa: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora S.A., 2011

DAHL, Robert. The Concept of Power. Behaviour Science 2:201-16, 1957

DAILY, Catherine M., DALTON, Dan R. Dalton. The Relationship between Governance Structure and Corporate Performance in Entrepreneurial Firms. *Journal of Business Venturing*, n 7: 375-386, 1992

DAM, Kenneth W. *Extraterritoriality and Conflicts of Jurisdiction*. Am. Sociology and International Law. V. 77, 1983

DAMROSCH, Lori F.. *International law: cases and materials 249* (4th ed. 2001).

DE BORCA, Grainne. KEOHANE, Robert O. SABEL, Charles. New modes of pluralist global governance. 45 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 723 2012-2013,

DEFLEM, Mathieu. Corruption, Law, and Justice: A Conceptual Clarification. *Journal of Criminal Justice*. Colorado. v. 23, n. 3, 1995

DELANEY, Patrick X. Transnational Corruption: Regulation Across Borders. Virginia Journal of International Law, Charlottesville, v. 47, p. 413-461, 2007

DENIS, Diane K.; MCCONNELL, John J.. *International Corporate Governance*. Working Paper N°. 05/2003. January 2003. ECGI Working Paper Series in Finance

DIAMOND, L. 1999. *Developing Democracy :Toward Consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

DICKEN, Peter (2014-12-17). Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy (Kindle Locations 643-644). SAGE Publications. Kindle Edition.

DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. American Sociological Review, 48 (2), 147-160. 1983

DIMANT, Eugen; SCHULTE, Thorben. Corruption: An Interdisciplinary Perspective. *German Law Journal* Vol. 17 No. 01. P. 53-72

DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975

DOJ. Weatherford International and Subsidiaries Agree to Pay \$252 Million in Penalties and Fines. Nov 26, 13. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/three-subsidiaries-weatherford-international-limited-agree-plead-guilty-fcpa-and-export>> . Acessado em 20 jan 18

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 104 Apud BRANDÃO, Clarissa. *Lex Petrolea*. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. 1808-9291, n 2, 2006/09. Rio de Janeiro, pp 239-254

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, parte geral. 9ª ed. Atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

DUBIN, Laurence. 1999. *The Direct application of Human Rights Standards to and by, Transnational Corporations*, Review of the international Commission of Jurists 61: 35-66

DUNNING, J.H. *The Multinational Enterprise*. Londres: Allen e Unwin, 1971. p. 16 Apud DOELLINGER, Carlos von; CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*. Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975

DURUIGBO, Emeka. Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 6, n. 2, abr. 2008. Northwestern University School of Law. p. 231. Disponível em: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v6/n2/2/Duruigbo.pdf>> Acesso em: 21 fev 2012

E Shamir-Borer, The Evolution of Administrative Law-Type Principles, Mechanisms and Practices in the International Organization for Standardization (ISO) (Paper NYU Global Hauser Colloquium 2006)

ECOWAS. Economic Community of West African States Protocol on the Fight against Corruption. Disponível em: Corruption.pdf. Acesso em: 13 ago 17 <https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/406/ECOWAS_Protocol_on_

EICHER, Theo; GARCÍA-PEÑALOSA, Cecilia; YPERSELE, Tanguy van. Education, corruption, and the distribution of income. *Journal of Economic Growth*, Washington, v. 14, n. 3

EL PAÍS. JBS vive inferno pós delação com perda de valor, boicote e novas investigações. Empresa já perdeu 3,5 bilhões de reais em valor desde 17 de maio, e afeta bancos públicos. Grupo responde a processos que podem comprometer acordo de leniência. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/economia/1495837922_279258.html> Acessado em 20 jan 18.

ENGLE, Eric. *I Get by with a Little Help from My Friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by Reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act*. The International Lawyer Vol. 44, N. 4. Winter, 2010, p 1173-1188. p.1188

ENI SPA. Disponível em: <https://www.eni.com/docs/en_IT/enicom/company/MSG-Anti-Corruption.pdf> . Acessado em 20 jan 18

EOG Resources. Disponível em: <http://www.eogresources.com/about/governance/conduct_vendors.pdf> Acessado em 20 jan 18.

ÉPOCA. < <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT344659-1663-1,00.html>> . Acesso em: 8 abr. 2016.

ERBSTOESSER, Eugene R.; STURC, John H.; CHESLEY, John W.F. The FCPA and Analogous Foreign Anti-Bribery Laws-Overview, Recent Developments, and Acquisition Due Diligence. 2 *CAP. Markets L.J.* 381, 386 (2007)

Ernst & Young. *Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry Report*. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry/\\$FILE/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry/$FILE/EY-Managing-bribery-and-corruption-risk-in-the-oil-and-gas-industry.pdf)> acessado em 16 Jul 17.

ESTADÃO. Obrigatoriedade de compliance já é realidade. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/obrigatoriedade-de-compliance-ja-e-realidade/>> . Acessado em 20 dez 17.

ESTADOS UNIDOS. Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States § 402 (1987). Fonte: <<http://www.maclester.edu/courses/intl114/docs/restatement.pdf>>

ESTADOS UNIDOS. FCPA.Foreign Corrupt Practices Act of 1977

_____. *United States v. Standard Oil Co. of California*, 155 F. Supp. 121 (S.D.N.Y. 1957), *aff'd* 270 F2d 50 (2d Cir. 1959)

_____. SARBANES-OXLEY. Disponível em: <<http://www.sec.gov/rules/final/33-8177.htm>>.

ESTY, Daniel C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. New Haven Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 428, 2006,

EU. *Policies*. p. 12. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2012.

EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017

EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017

EUROPEAN PARLIAMENT. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017

EXAME. Propina da Siemens no Brasil foi de 8 milhões de euros. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/propina-da-siemens-foi-de-8-milhoes-de-euros-no-pais/>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

EXXONMOBIL. Disponível em: <<http://corporate.exxonmobil.com/en/investors/corporate-governance/code-of-ethics-and-business-conduct/our-code>> Acessado em 23 Nov 17

F Cafaggi, *The Architecture of Transnational Private Regulation* (EUI Working Paper 2011/12)

FALK, Anderson. International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order. *Temple Law Quarterly*, 1959, v. 32,

FCPA BLOG. Disponível em: <<http://www.fcpcblogger.com/blog/2010/1/10/non-public-issuer-discloses-investigation.html>>.

FCPA PROFESSOR. Disponível em: <<http://www.fcprofessor.com/fcpa-101>>.

FARIA, Amanda de Oliveira. *Governança Global: Uma análise da influência de mecanismos internacionais de combate à corrupção*. 2012. 147 f. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais) Instituto de Relações Internacionais. Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2012

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FCPA PROFESSOR. Disponível em: <fcprofessor.com/category/oil-and-gas-industry/> . Acessado em 20 jan 18.

FCPA STANFORD. Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>> . Acesso em 19 ago 17

FEENEY, Patricia. A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy. *SUR - revista internacional de direitos Humanos*. v. 6, n. 11, dez. 2009, pp. 175-191

FERREIRA, Luciano Vaz. Por uma nova estratégia para o controle da corrupção: *Construindo a responsabilidade empresarial pela prática do suborno*. IN: Cidadania, justiça e controle social [recurso eletrônico] / Gilmar Antonio Bedin, organizador – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. 198p

FIDIC. O Pink Book se refere ao modelo European International Contractors (EIC) Guide the MDB Harmonised Edition (June 2010). Disponível em: <<http://fidic.org/books/eic-contractors-guide-mdb-harmonised-edition-june-2010-pink-book-guide>> . Acessado em 20 jan 18.

FIELDHOUSE, D.K. *The multinational: a critique of a concept*. In A.Teichova et.al.(Eds) *Multinational Enterprise in Historical Perspective* (1986)

FIESP, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. DECOMTEC: Área de Competitividade. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Março de 2010. p. 4. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/competitividade/downloads/custo_economico_da_corrupcao_final.pdf>. Acesso em: 08 jun 2017

Financial Times. Disponível em:< <https://www.ft.com/content/1f250dd4-47de-11da-a949-00000e2511c8>> . Acessado em 14 jan 2018

FLEUR, Johns. *The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory*, 19 MELBOURNE UNIV. L. REV. 893, 895-96 (1994).

FOLHA DE SÃO PAULO. Minority Shareholder sues Petrobras for damages caused by corruption. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/business/2015/01/1574827-minority-shareholder-sues-petrobras-for-damages-caused-by-corruption.shtml>> Acessado em 14 jan 18.

FOLHA DE SÃO PAULO. UTC pede recuperação judicial para renegociar dívidas de R\$ 3,4 bilhões. Reportagem de 17 jul 17. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901935-utc-pede-recuperacao-judicial-para-renegociar-dividas-de-r-34-bilhoes.shtml>> Acessada em 20 jan 18.

FONSECA, Gelson Jr. *Legitimidade e outras questões internacionais*, São Paulo, Paz e Terra, 1998

FONTANELLI, Filippo. ISO and Codex Standards and International Trade Law: WHAT GETS SAID IS NOT WHAT’S HEARD. *International and Comparative Law Quarterly*

FORBES. Notícia veiculada e disponível em <<http://www.forbes.com/sites/csr/2011/07/01/the-corporate-responsibility-to-prevent-corruption/>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE. Disponível em: <<http://www.fco.gov.uk/en/global-issues/conflict-minerals/legally-binding-process/uk-bribery-act>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

FOREIGN POLICY. Disponível em: <<http://foreignpolicy.com/2009/11/17/the-ngo-industrial-complex/>> . Acessado em 20 jan 18.

FRANCK, Thomas M. *The Power of legitimacy among nations*. 24 (1990);

FREITAS CASTRO, Emília Lana. *O Direito internacional dos investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Gramma, 2016. v. 1. 178p

FRIEDMAN, Milton. ‘*The Social Responsibility of Business Is To Increase Its Profits*’, *New York Times*, (New York, United States) 13 September 1970

FRIEDMAN, R. B. 1990, “On the Concept of Authority in Political Philosophy,” in Raz (ed.), 1990 a, pp. 56–91

FRISCHKORN, Michael. Definitions of the Lex Mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria's flexibility. 7 Eur. J.L. Reform 331 2005

FRITZ HEIMANN & GILLIAN DELL, Transparency International, OECD Antibribery Convention Progress Report 2009, at 10 (2009), Disponível em: <<http://www.transparency-usa.org/news/documents/FinalOECDProgressReport2009.pdf>>

FROHNEN, Bruce P.; REID, Charles J., Jr.. Diversity in Western Constitutionalism: Chartered Rights, Federated Structure, and Natural-law Reasoning in Burke's Theory of Empire, 29 McGEORGE L. REV. 27, 34-46, 1997.

FRYDMAN, B. A Pragmatic Approach to Global Law – Working Paper Nov. 2012

FRYNAS, Jędrzej George. *The false developmental promise of Corporate Social responsibility: evidence from multinational oil companies*. International Affairs 81, 3 (2005) 581- 598. p. 581. Disponível em: <<http://www.arts.ualberta.ca/~courses/PoliticalScience/474A1/documents/FrynasFalseDevelopmentPromiseCorporateSocResponsibility05.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2012.

FTC. Financial Transparency Coalization. Why Are Extractive Industries Prone to Corruption? (Part I). September 13th, 2013. Disponível em: < <https://financialtransparency.org/why-are-extractive-industries-prone-to-corruption-part-i/>> Acessado 22 Nov 17.

FUCHS, Doris; KALFAGIANNI, Agni. 2010. The Causes and Consequences of Private Food Governance. Business and Politics 12 (3). Disponível em<[http:// www.degruyter.com/ view/ j/ bap.2010.12.3/ bap.2010.12.3.1319/ bap.2010.12.3.1319. xml? format = INT.](http://www.degruyter.com/view/j/bap.2010.12.3/bap.2010.12.3.1319/bap.2010.12.3.1319.xml?format=INT)>

FULGENCIO, Tito, Synbthesis de Direito Internacional Privado, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937,

FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER. *Os custos da corrupção*. Cadernos Adenauer. São Paulo, n.10, 2000,

FURMSTON, Michael. Law of Contracts. 14. ed. Oxford: Butterworths LexisNexis, 2001.

G1. Alstom é investigada por suspeita de corrupção envolvendo metrô de SP. 06 Mai 08. Disponível em<http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL454662-9356,00.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GAILLARD, Emmanuel. Legal Theory of International Arbitration. 2010

GARCIA, Emerson. *A corrupção*. Uma visão jurídico-sociológica. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/a_corrupcao_uma_visao.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011

GARCIA, Frank J. The Moral Hazard Problem in Global Economic Regulation. IALS Conference on The Law of International Business Transactions: *A Global Perspective*. Bucerius Law School Hamburg, Germany 2008

GARCIA, Frank J. The Moral Hazard Problem in Global Economic Regulation. IALS Conference on The Law of International Business Transactions: *A Global Perspective*. Bucerius Law School Hamburg, Germany 2008

GARCIA-Johnson, Ronie. 2000. Exporting Environmentalism: US Multinational Chemical Corporations in Brazil and Mexico. Cambridge, MA: MIT Press

GE. Disponível em: < <http://www.gesustainability.com/how-ge-works/integrity-compliance/anti-corruption/>> Acessado 23 Nov 2017.

GEDDES, Barbara; RIBEIRO NETO, Artur. *Institutional Source of Corruption in Brazil*. In: *Corruption and Political Reform in Brazil: The impact of Collor Impeachment*. Edited by Keith S. Rosenn and Richard Downes. North-south center press at the University of Miami, 1999

GEREFFI, Mayer. Public and Private Governance: *Are We at a Turning Point?*. Lecture 3, International Labor Organization (ILO), 7th Nobel Peace Prize Social Policy Lectures. Kingston, Jamaica, December 5, 6 & 7, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/239576866>> . Acessado em 17 Jun 17.

GERMAN CRIMINAL CODE. Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html>. Acesso em: 27 jul. 2017

GETTING THE DEAL THROUGH. Anti-Corruption Regulation - Norway. Disponível em: < <https://gettingthedealthrough.com/area/2/jurisdiction/53/anti-corruption-regulation-norway/>>. Acesso em: 31 jul. 2017

GIACC. Disponível em: <www.giaccentre.org/contract_terms.php> . Acesso em: 21 jul. 2017.

GILLAN, Stuart L.; HARTZELL, Jay C.; STARKS, Laura T.. Industry, Investment Opportunities, and Corporate Governance Structures. Revisado em Maio 2003. Disponível em: < <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.201.1543>>. Acesso em: 16 set. 2017.

GLISNKI, Carola. Private Norms as International Standards? - Regime Collisions in Tuna-Dolphin II. i 3 Eur. J. Risk Reg. 545 2012

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCONTERMS (2010). Clássica Editora. São Paulo, SP, 2014.

Global Witness. Disponível em: < <https://www.globalwitness.org>> . Acesso em: 12 jun. 2017.

GLYNN, Patrick. KOBRIN, Stephen J. NAÍM, Moisés. *The Globalization of Corruption*. p. 9. Disponível em: <http://www.iie.com/publications/chapters_preview/12/1iie2334.pdf>. Acesso em: 26 fev. 17

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et lex mercatoria, ARCH. DE PHILOSOPHIE DU DROIT 177 (1964) ; EMMANUEL GAILLARD, LEGAL THEORY OF INTERNATIONAL ARBITRATION (2010).

GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. Arch de Philosophie du Droit 177, 1964

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GONZÁLEZ, Júlio; POWER, Timothy J.. *Cultura política, capital social e percepções sobre corrupção: uma investigação quantitativa em nível mundial*. Traduzido por Marília Gomide Mochel, *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 21, p. 51-69, nov. 2003

GORDENKER, L.; WEISS, T. G. *Pluralizing Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions*. In: T. G. Weiss and L. Gordenker, Eds., *NGOs the UN and Global Governance*, Boulder, 1996

GRAMSCI, Antonio. 1971, *Selections from Prison Notebooks*, ed. and trans. Quentin Hoare and Geoffrey Nowell Smith, London: Lawrence and Wishart

GREEN, Jessica F. *Private Rules, Public Goods*. Opinion. REGBLOG. IN: <<http://www.regblog.org/2014/02/17/17-green-private-authority/>> Publicado em 17 fev 2014. Consultado em: 01 Mar 2017

GREEN, Jessica F.. *Rethinking Private Authority: Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton University Press. Kindle Edition

GREENPEACE. Disponível em: <http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf> . Acessado 22 Nov 17.

GRI. Global Reporting Initiative. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org> > . Acesso em: 21 jul. 2017.

GUIDANCE. *The Bribery Act 2010 – Guidance*. p. 9. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>.

GUIMARÃES, Juarez. *PESQUISA: um novo paradigma contra a corrupção. Teoria e Debate n° 79 - novembro/dezembro 2008, publicado em 24/06/2009*. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/pesquisa-um-novo-paradigma-contra-corrupcao>>. Acesso em: 23 abr. 2016

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos Anos de Periferia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007

H&M. Disponível em: <<http://sustainability.hm.com/en/sustainability/commitments/be-ethical/anti-corruption.html>> Acessado em 20 Ago 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Learning by Disaster? A diagnostic look back on the short twentieth century*. *Constellations* 5, n. 3, 1998

HALL, Christopher. *The Foreign Corrupt Practices Act: A Competitive Disadvantage, But For How Long?* *Tulane Journal of International and Comparative Law*. (1994)

HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. The emergence of Private authority in global governance. Published by the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, UK, 2002

HAROLD, Berman; KAUFMAN, Colin. The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), 1978 Harvard International Law Journal 19 (1): 221–78.

HARVARD LAW REVIEW . Developments in the Law Extraterritoriality. HARVARD LAW REVIEW. p 1285. Disponível em: < https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_DEVO.pdf>. Acesso em: 12 set 2017.

HARVARD LAW REVIEW. *Developments in the Law Extraterritoriality*. p 1285. Disponível em: < https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_DEVO.pdf >. Acesso em: 12 set. 2017

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. *Theories of International Regimes*, Cambridge: Cambridge: Cambridge University Press 1997,

HAUFLER, Virginia. 2001. A Public Role for the Private Sector. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace

HAYES, Louise. A modern lex mercatoria: *political rhetoric or substantive progress?* 3 Brook. J. Int'l L. 210 1976-1977

HEIDENHEIMER, Arnold J. Political Corruption: Readings in Comparative Analysis, (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1970), 3. APUD <https://core.ac.uk/download/pdf/36692633.pdf>

HEIDMAN, Fritz F. UNCAC: Anticorruption's Expanding Frontier. In: HEIMANN, Fritz; VINCKE, François (Org.). *Fighting Corruption: International Corporate Integrity Handbook*. Paris: ICC Publication, 2008, p. 23-36

HELD, David. *Debating Globalization*. Wiley. Kindle Edition.

HEPPLE, B. *The Importance of law, guidelines and codes of conduct in monitoring corporate behavior*. In R Blanpain (ed) *Bulletin of Comparative Labor Relations: Multinational Enterprises and Social Challenges of XXIst Century* (Kluwer Law International, 2000),

HIGHET, K. *The Internationalization of Law and Legal Practice: The Enigma of the Lex Mercatoria*, 63 Tul. L. Rev. 613, 628 (1989), n.11.

HILLS, Greg; FISKE, Leigh; MAHMUD, Adeeb. *Anti-corruption as Strategic CSR: A call to action for corporations*. Maio 2009. p. 38. Disponível em: < <https://www.bentley.edu/files/2015/04/15/Anti-Corruption%20as%20Strategic%20CSR-A%20Call%20to%20Action%20for%20Corporations.pdf>> . Acesso em: 06 set. 2017.

HILSENATH, Jon; NG, Serena; PALETTA, Damian. Worst crisis since '30s, with no end yet in sight. *The Wall Street Journal*. 18 set. 08. Disponível em: < <http://online.wsj.com/article/SB122169431617549947.html>>. Acesso em: 07 jun. 2017

HIMMELBERG, Charles P., HUBBARD, R. Glenn, LOVE, Lessa. *Investor Protection, Ownership and the Cost of Capital*. World Bank Policy Research Working Paper 2001n. 2834

HOLDSWORTH, William S. 1907 “The Development of the Law Merchant and Its Courts,” in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, pp. 289–331

HONNOLD. *The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of English and American Commercial Law*. IN: *International Association of Legal Science, the sources of the Law of International Trade* 70. C. Schmitthoff ed. 1964.

HOPKINS, Michael. *Corporate social responsibility: An issue paper*, ILO. Geneva: Working paper n 27. 2004. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=908181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.908181> > Acesso em: 17 set. 2017

HORWITZ, Morton J.. *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1982. Pp. 1423- 1424

Human Rights Watch Report 01 Jan 1999. *The Enron Corporation: Corporate Complicity in Human Rights Violations* . Disponível em: < <https://www.hrw.org/report/1999/01/01/enron-corporation/corporate-complicity-human-rights-violations> > . Acessado em 08 Jul 17.

HUMMER, W.; GIRSBERGER, D.; BOELE-WOELKI, K; ENGEL, Ch, FROWEIN, J. “*Volkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System- Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*”, Bericht der Deutschen Gesselchaft fur Volkerrecht, vol. 39, Heidelberg, 2000.

HURD, Ian. *Legitimacy and Authority in International Politics*, 53 INT'L ORG. 379, 383-85 (1999)

HUSKINS, Priya Cherian; *FCPA Prosecutions: Liability Trend to watch*. *Stanford Law Review*, v. 60, pp. 1447-1458, 2008

IBA. International Bar Association. IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction. p 21. Disponível em: <<http://tinyurl.com/taskforce-etj-pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017.

ICC. Disponível em: < <https://iccwbo.org/publication/icc-rules-of-conduct-and-recommendations-to-combat-extortion-and-bribery-2005-edition/> >. Acesso em: 21 jul. 2017

ICC. ICC Anti-corruption Clause. Disponível em: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2012/10/ICC-Anti-corruption-Clause.pdf>>. Acesso em 25 set. 2017.

ICC. *International Chamber of Commerce; Policy Statement; Extraterritoriality and business, Prepared by the Task Force on Extraterritoriality*. p. 1 Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/trade/Statements/103-33%205%20Final.pdf>>. Acesso em: 02 aug. 2017

ILO. International Labor Organization Governing Body, Working Party on the Social Dimensions of Liberalization of International Trade, Overview of global development and Office Activities

concerning labor issues, Executive Summary, GB 273/WP/SDL/ 1, 273rd session Geneva, November 1998

IMF Policy Paper The role of the Fund in governance issues – review of the guidance note – preliminary considerations – background notes. A Staff Supplement. August 2017.

IMF. Christine Lagarde, IMF Managing Director. Brookings Institution, Washington, DC, September 18, 2017. Disponível em: <<http://www.imf.org/en/news/articles/2017/09/18/sp091817-addressing-corruption-with-clarity>> Acessado em 19 set 17.

IMF. IMF Policy Paper The role of the Fund in governance issues – review of the guidance note – preliminary considerations – background notes. A Staff Supplement. August 2017.

IMF. Staff Guidance Note 1997

IMF. TANZI, Vito. Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures. May 1998

Índice de Percepção da Corrupção 2016: Breve nota metodológica. International Transparency. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table>. Acesso em: 1 jul. 2017

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Governança Corporativa*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em: 07 set. 2017.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>> Acesso em: 25 mai 2017.

INVESTOPEDIA. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/p/ponzischeme.asp>> Acessado em 14 jan 18

THE GUARDIAN. Is Transparency International’s measure of corruption still valid?.. Reino Unido, 3 dez, 2013. Disponível em: <[http:// https://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/03/transparency-international-measure-corruption-valid](https://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/03/transparency-international-measure-corruption-valid)>. Acesso em: 1 jul. 2017

ISO. International Organization for Standardization. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=65034> . Acesso em: 21 jul. 2017

J Clapp, ‘The Privatization of Global Environmental Governance: ISO 14000 and the Developing World’ (1998) 4 Global Governance 295, 301 (ISO como tendo natureza híbrida)

JACKSON, Kevin T. Global Corporate Governance: *soft-law and reputational accountability*. 35 Brook. J. Int’l L. 41 2010

JEAN Touscoz. Apud MELLO, Celso D.

JENNINGS, R. Y. The Limits Of State Jurisdiction. *Nordic Journal of International Law*, v. 32, n. 1-4, 1962 , pp. 209-229(21), Martinus Nijhoff Publishers.

JESSOP, R. (2002) *The Future of the Capitalist State*. Cambridge: Polity Press

JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven, CT, Yale University Press: 1956

KAETZLER, Joachim. RONKEN, Hannes. The new German corruption law. Germany. Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8df6e411-77b5-4a6e-842a-ced0db740a9e>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

Kal Raustiala & David G. Victor, *The Regime Complex for Plant Genetic Resources*, 58 *INr'L ORG.* 277, 279(2004).

KATZ, Samuel. Types of International Petroleum Contracts: their History and Development. In: STEINMETZ, Richard, ed. *The Business of Petroleum Exploration*. Tulsa, Texas: AAPG, 1992, pp. 297-305. (AAPG Treatise of Petroleum Geology. Hand book of Geology)

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. *Measuring Corruption: Myths and Realities*. World Bank paper, Washington DC, p. 2. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/Myths.pdf>> . Acesso em 14 jun. 2017

KEITH, Norm. Is Canada's Anti-Corruption Law in Step with International Trends?. *Business Law International*. v. 15, n. 3, 2014.

KELLY, P.F. The geographies and politics of globalization. 1999, *Progress in Human Geography*, 23: 379– 400. Apud Dicken, Peter. *Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy*. SAGE Publications. Kindle Edition

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*

KEOHANE, Robert O. 'Global Governance and Democratic Accountability', in David Held and Mathias Koenig-Archibugi (eds), *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, Cambridge, Polity Press, 2003

KEOHANE, Robert O; Nye, Joseph S. jr. Power and Interdependence in the information age. *Foreign Affairs*. Vol. 77 n 5., p 81 – 94

KEOHANE, Robert Owen; NYE, Joseph S. Power and interdependence: *world politics in transition*. Little Brown.1977

Kersbergen, Kees van, and Frans van Waarden. 2004. "Governance as a Bridge between Disciplines: Cross-disciplinary Inspiration Regarding Shifts in Governance and Problems of Governability, Accountability and Legitimacy." *European Journal of Political Research* 43 (2). Wiley Online Library: 143–71

Killingsworth, Scott, *The Privatization of Compliance* (May 29, 2014). RAND Center for Corporate Ethics and Governance Symposium White Paper Series, Symposium on "Transforming Compliance: Emerging Paradigms for Boards, Management, Compliance Officers, and Government" (2014). p. 4. Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2443887>>. Acessado em 21 set 17

Kingsbury, 'The Concept of "Law" in Global Administrative Law', 20 *EJIL* (2009) 23

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B., *The Emergence of Global Administrative Law*, Research Project on Global Administrative Law, NYU School of Law, Institute of International Law and Justice em conjunto com o Center on Environmental and Land Use Law, 2005

KIRAFLY, A. Potter's historical introduction to English law and its institutions 183-210 (4th ed. 1958)

KLAUS, Vogel. The justification for taxation: *A forgotten question*. The American Journal Of Jurisprudence (1988),

KLITGAARD, Robert. A corrupção sob controle. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

KLITGAARD, Robert. Cleaning Up and Invigorating the Civil Service. World Bank Operations Evaluation Department, November 1996

KOEHLER, Mike. Foreign Corrupt Practices Act Enforcement in 2010: Big, Bold, and Bizarre. White Collar Crime Rep., 25 Fev 11. Disponível em:
<<http://www.scribd.com/doc/49497409/FCPA-Enforcement-in-2010-Big-Bold-and-Bizarre>>
Acesso em: 02 aug. 2017.

KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. Transnational Corporations and Public Accountability. *Government and Opposition an International Journal of Comparative Politics*, v. 39, n 2, p. 234–259, abr 2004

KRASNER, Stephen D. International Regimes. Cornell University Press, 1983

LAGARDE, Christine. 13 - Christine Lagarde: Addressing corruption – openly. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/against-corruption-a-collection-of-essays/against-corruption-a-collection-of-essays#christine-lagarde-addressing-corruption--openly>> Acessado em 19 set 17.

LAKE, David. A. Hierarchy in International Relations.. Cornell University Press, 2009

LAMAS, Natália Mizrahi. A Cláusula Compromissória Estatutária como Regra de Governança Corporativa: Uma Análise de seu Alcance Subjetivo. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito; Agência Nacional do Petróleo, 2004. 94f. Monografia (Bacharel em Direito). Orientadora professora Doutora Carmem Tiburcio e professores avaliadores Dr. Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Pedro Batista Martins,

LAWRENCE, D. Brown; CAYLOR, Marcus L. Corporate Governance and Firm Performance. 7 Dez 2004. p. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=586423>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.586423>>. Acesso em: 02 aug. 2017

LE PERA, Sergio. Joint Venture y Sociedad. Buenos Aires. Astrea. 1989

LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos filosófico-políticos do fenômeno da corrupção: *Considerações preliminares*. IN Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Vol. VII, nº 1, ano 2012. ISSN 1678-5029

LEFF, N. H. Economic development through bureaucratic corruption. In: Heindenheimer, A. J. *Political corruption – readings in comparative analysis*. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1970.

LEOPOLDINO, Juliana. Regime Jurídico das Sociedades Transnacionais e Efeitos Extraterritoriais das Leis. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito á obtenção do grau de mestre, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ: Rio de Janeiro, 2008, orientadora professora Dra Carmen Tibúrcio

LEXOLOGY. Anti-corruption clauses new to contract practice. Disponível em: < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fa3fb500-3fa6-49eb-a036-cc05583d5a75>> . Acessado em 20 jan 18

LEXOLOGY. Disponível em: < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=91b7a440-f3ef-475e-8d4e-11c551856ba9>>. Acesso em: 20 ago 17.

LIM, Alwyn; TSUTSUI, Kiyoteru. *The Globalization of Corporate Social Responsibility: Cross-National Analyses on Global CSR Framework Commitment The Globalization of Corporate Social Responsibility: Cross-National Analyses on Global CSR Framework*. Commitment Department of Sociology University of Michigan.

LITIGATOR. Oppression class actions now recognized in both British Columbia and Ontario. Disponível em: <<https://www.thelitigator.ca/2011/01/oppression-class-actions-now-recognized-in-both-british-columbia-and-ontario/>> . Acessado em 14 jan 18.

LOGIC. Leading Oil & Gas Industry Competitiveness. Disponível em: < www.logic-oil.com/>. Acessado em 20 jan 18.

LOPES, Marcos Felipe Mendes. Corrupção: estudo sobre as formas de mensuração, seus determinantes e perspectivas sobre as formas de combate. 2011. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo

LORD, Nicholas. Regulating transnational corporate bribery: Anti-bribery and corruption in the UK and Germany. *Criminal, Law and Social Change*. Cardiff, v. 60, n. 2, p. 133, 2013.

LOWE, John S. *Oil and Gas Law in a Nutshell*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1983 (Nutshell Series),

LOWENFELD, Andreas F. Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction. *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haya*, Leiden, Holanda, NL, v.163, pp. 311-436, 1979

LUKES, Steven. 2005. *Power: A Radical Review*. 2nd ed. New York: Palgrave Macmillan

- LUNDERS, Cristina K. Facilitating Payments. Houston. Disponível em: <
<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/126090/facilitating-payments>>.
 Acesso em: 27 jul. 2017.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais. In: *Revista Forense*, v. 293. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p 89-99
- MAGALHÃES, José Carlos. *Empresa Multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo*. In: Revista de Direito Mercantil, n. XIV, ano XIII,
- MAHDAVI, Paasha. Oil, Corruption, and the institutions that foster transnational bribery. May, 21, 2016. “New Faces in Political Methodology” workshop at Penn State University, the Energy Politics Colloquium at ETH Zürich, the Political Science Board of Visitors at UCLA, and the International Politics workshop at Columbia University
- MAIRAL, Héctor. *A las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción em lugar de combatirla*. Buenos Aires: RAP, 2007
- MALYNES, Gerard. Consuetudo, vel, Lex Mercatoria or the ancient Law-Merchant. 3 ed. London: F. Redmayne, 1685, p.
- MANNARINO, Remo. Aspectos Econômicos e Negociais dos Contratos de Risco. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO DIREITO DO PETRÓLEO, 1, Rio de Janeiro, 1988. [Trabalhos Apresentados] Rio de Janeiro: Braspetro, 1988
- MANNARINO, Remo. Economic and Fiscal Aspects of Petroleum Risk Contracts. In: WORLD PETROLEUM CONGRESS, 13, Buenos Aires, 1991. *Proceedings...* Chichester, Nova York: J. Wiley, 1992, v. 2, pp. 163-173.
- MARES, David R. Sector energético latinoamericano: Integración a todo gas. In Contrapunto. Abril/junio 2006
- MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas bormas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- MARTIN, A. Timothy. Canadian Law on Corruption of Foreign Public Officials. *National Journal of Constitutional Law*, 10 (1999) 189
- _____ ; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010

MARTINI, M. Local content policies and corruption in the oil and gas industry. *U4 Expert Answer* 2014:15, September.

MAYER, Frederick ; PICKLES, John. Re-embedding governance: global apparel value chains and decent work. Vol.150 of the *International Labour Review*. Capturing the Gains Working Paper 1

_____ ; GEREFFI, Gary. Regulation and Economic Globalization: *Prospects and Limits of Private Governance*. Business and Politics: Vol. 12 : Iss. 3, Article 11, 2010. Disponível em:<<http://www.bepress.com/bap/vol12/iss3/art11> DOI:10.2202/1469-3569.1325>

MAZZACANO, Peter. The lex mercatoria as autonomous law. CLPE Research Paper Series, v. 4, n. 6, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 343.

MCGREW, A. G. Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization, 1998, p. 325. In: GRESSER, V.; BUDAK, A.C. (eds), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of the Law*, Aldersshot and Brookfield: Asghate and Dartmouth, pp. 325-345

MCLEAY, Fiona, Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle. In: *Transnational Corporations and Human Rights*, edited by Olivier De Schutter, Studies in International Law.Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006

MCMILLAN, J. The Main Institution in the Country Is Corruption: *Creating Transparency in*

MEARSCHEIMER, John. The False Promise of International Institutions, *International Security* 19 (3), 1995, 5-49

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol. 1, 14 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993

MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Trnasnormatividade*. Editora Unijui, 2005

MESICIC As Recomendações da Terceira Reunião da Conferência dos Estados Partes no MESICIC (MESICIC/CEPIII/doc.4/10 rev. 1) podem ser consultadas em: <www.oas.org/juridico/portuguese/cepIII_recom_por.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MEYER, W. H. Indigenous Rights, Global Governance, and State Sovereignty. *Human Rights Review*, Vol. 13, No. 3, 2012, pp. 327-347

MICHAELIS, Ralf. The mirage of non-state governance. *Utah Law Review*, North America. 2010. 9 07 2019.

MICHAELS, Ralf. The mirage of non-state governance. *Utah Law Review*, v. 201, n.01, 31-45, 2010

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da Ordem Pública e os direitos humanos. Elementos para um Direito Internacional pós-moderno. p. 312 e 348. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme* / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MISHRA, Vivek Kumar. The Role of Global Civil Society in Global Governance. *Beijing Law Review*, 2012, 3, 206-212

MITTELMAN, J.H. (2000) *The Globalization Syndrome: Transformation and Resistance*. Princeton, NJ: Princeton University Press

MORE, Rodrigo F. A prevenção e solução de litígios internacionais no direito penal internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma corte penal internacional (tratado de roma, 1998). “Solução e Prevenção de Litígios Internacionais”, vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 317. Coord. José Carlos de Magalhães e Araminta de Azevedo Mercadante, do Núcleo de Estudos de Controvérsias Internacionais da Faculdade de Direito da USP

MOROSINI, Fabio. *Globalização e Novas tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre o Público e o Privado da Cláusula de Estabilização*, p. 552. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme* / Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005

MRE. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em:
<<http://www2.mre.gov.br/dai/corrupt.htm>>. Acesso em: 07 set. 2011

MUHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the law*, 2 ed., Oxford: Oxford, 2007, nota 378,

N Roht-Arriaza, ‘Soft Law’ in a ‘Hybrid’ organization: The International Organization for Standardization’ in D Shelton (ed), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (OUP 2000),

NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em:
<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017

NAKAGAWA, Louise. A arquitetura da governança privada e a dinâmica das *roundtables* globais sobre a produção de insumos para biocombustíveis. Tese de Doutorado. Universidade Federal do ABC. Curso de Pós-Graduação em Energia. Santo Andre. 2014

Natural Resource Governance Institute. Data Index. Disponível em:
<<http://resourcegovernanceindex.org/data/oil-gas/issue?region=global>> . Acessado em 01 jan 2017.

NEW YORK TIMES. Siemens to Pay \$1.34 Billion in Fines. Disponível em: <
<http://www.nytimes.com/2008/12/16/business/worldbusiness/16siemens.html>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

NICOLAIDIS, Kalypso; SHAFFER, Gregory. Transnational Mutual Recognition Regimes: *governance without global government*. 68 *Law & Contemp. Probs.* 263 2004-2005

NIEKERK, P.; PETERSON, L. Greasing the skids of corruption. Center for Public Integrity, November, 2002. Disponível em: <www.publicintegrity.org/2002/11/04/5684/greasing-skids-corruption>. Apud OCDE. Corruption in the extractive value chain. 2013

NIGHTINGFALE, Christopher. Joint Ventures: Linklaters & Paines, London. Longman, 1990

PASSOS, Nikos. *Palestra proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da UERJ*, no dia 26 abr 12, sobre A Convenção da ONU sobre Corrupção.

NKWAE, Boipuso. Botswana's Experience on Recognizing Traditional Land Rights on a Large Scale. World Bank Paper. Disponível em: <

http://siteresources.worldbank.org/INTIE/Resources/475495-1202322503179/NKwae_Paper2008WB.doc_2_.pdf> Acessado em 07 jan 18.

NÖLKE, Andreas. Non-Triad Multinational Enterprises and Global Economic Institutions. In *Governing the Global Economy: Politics, Institutions, and Economic Development*, ed. Dag Harald Claes and Carl Henrik Knutsen. Abingdon, UK: Routledge, 2011, 277–91

NORUEGA. NORAD. Disponível em: < <https://www.norad.no/en/front/about-norad/five-main-tasks/>>. Acesso em 31 jul. 2017.

NORUEGA. ØKOKRIM. Disponível em: < <http://www.okokrim.no/>>. Acesso em 31 jul. 2017.

NY Times. Disponível em:< www.nytimes.com/2005/10/27/world/middleeast/un-to-detail-kickbacks-paid-for-iraqs-oil.html> . Acessado em 14 jan 2018.

NY Times. Walmart Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2017/08/08/business/walmart-academy-employee-training.html?smid=tw-nytimes&smtyp=cur>>. Acessado 20 jan 18

NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, n. 61, 1967

OALJ: Decisão Administrativa: WILLIAM VILLANUEVA x CORE LABORATORIES NV e SAYBOLT DE COLOMBIA LIMITADA, A sarbanes Oxley não tem efeitos extraterritoriais. Disponível em:

http://www.oalj.dol.gov/PUBLIC/ARB/DECISIONS/ARB_DECISIONS/SOX/09_108.SOXP.PDF

OCCUPY WALL STREET. Disponível em: < occupywallst.org> . Acessado em 14 jan 18.

OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/BRIBERY-AND-CORRUPTION-AWARENESS-HANDBOOK_Portuguese.pdf>. p. 28. Acesso em 24 abr 16

OECD Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>> . Acessado em 13 jan 2018.

OECD Report Norway. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389183.pdf>>. Acessado em 19 set 17.

OECD. Directorate for financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Codes of Corporate Conduct: Expanded review of their Contents (May 2001), Working papers on International Investment, Novembro 2001/6.

OECD. *Guidelines For Multinational Enterprises* 27 June 2000 I Concepts and Principles. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetext.htm> at p.3>. Acesso em: 29 mar 2017

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. 2ª ed, 2004, 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 251. XAVIER, Mônica Antão. *Grupo Transnacional: unicidade ou pluralidade de entes?* 2008. 129 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008

ONU. A Declaração sobre a Soberania Permanente em Relação aos Recursos Naturais, adotada na Assembléia Geral da ONU por meio da Resolução 1.803, de 14 de dezembro de 1962

ONU. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/organised-crime/UNITED_NATIONS_CONVENTION_AGAINST_TRANSNATIONAL_ORGANIZED_CRIME_AND_THE_PROTOCOLS_THERE_TO.pdf> . Acesso em 19 ago 17.

ONU. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/links/norms-Aug2003.html>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

ONU. *Economic, Social And Cultural Rights. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En>> . Acesso em: 29 mar 2017.

ONU. GLOBAL COMPACT. Disponível em: <http://www.globalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/index.html>. Acesso em: 07 jun 2017

ONU. Oil-for-food. Disponível em:< <http://www.un.org/Depts/oip/background/>> . Acessado em 14 jan 2018.

ONU. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 'Business and Human Rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework'*, April 22, 2009, A/HRC/11/13. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

OSISA. Effectiveness of Anti-Corruption Agencies in Southern Africa Angola, Botswana, DRC, Lesotho, Malawi, Mozambique, Namibia, South Africa, Swaziland, Zambia, Zimbabwe. Disponível em: <http://www.osisa.org/sites/default/files/publications/osisa_acc_text_29mar1130_web.pdf>. Acesso em 13 ago 17.

OSTRY, Jonathan D.; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, David. Neoliberalism: Oversold? Finance & Development, June 2016, Vol. 53, No. 2.

Our Global Neighborhood. Report of the Commission on Global Governance. The Concept of Global Governance. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>> . Consultado em 23 Jun 17.

PACI. Disponível em: < <https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative> >. Acesso em 21 jul. 2017.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. O combate à corrupção: *a contribuição do direito econômico*. Tese de doutorado Direito Econômico e Financeiro. USP, São Paulo. 2010

PARCHOMOVSKY, Gideon; STAVANG, Endre. Alternative Approaches to Regulatory Agency Structures and Powers: Eastern and Western Europe. ENERGY & NAT. RESOURCES L. No. 41, 1997

PASSOS, Nikos. *Palestra proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da UERJ*, no dia 26 abr 2012, sobre A Convenção da ONU sobre Corrupção

PATTERB, P. Private Governance and the South: *Lessons from Global Forest Politics*. Third World Quarterly 27 (4): 579-93. 2006

PEDROSO JUNIOR, Jorge. A internacionalização das *National Oil Companies e o Direito Internacional*. 2008. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ: Rio de Janeiro, 2008

PEREIRA, Antônio Celso. *Anotações da disciplina Teoria das Relações Internacionais, ministrada no primeiro semestre de 2006, no âmbito do programa de mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica da Faculdade de Direito da UERJ*

PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello

PEREIRA, Luiz César Ramos. *Costume internacional: gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERIVOLARIS, Ana Carolina. Offshore Contracts: liability and indemnity regimes. Masters Dissertation, University of Oslo, Faculty of Law, Prof. Rosa Greaves, 05.09.2008. p.14. Disponível em: <<http://urn.nb.no/URN:NBN:no-20701>> Acessado em 03.08.2017

PETROBRAS. Disponível em: <http://sites.petrobras.com.br/CANALFORNECEDOR/PORTUGUES/requisitocontratacao/requisito_integridade_conformidade.asp> Acessado em 23 Nov 17

_____. Fato Relevante. Petrobras assina acordo para encerrar Class Action em curso nos Estados Unidos. 03 jan 2018. Disponível em: <

<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/petrobras-assina-acordo-para-encerrar-class-action-em-curso-nos-estados-unidos>> Acessado em 14 jan 18.

PETRONECT. Disponível em: <<https://www.petronect.com.br>> . Acessado em 14 jan 18.

PFEIFER, Stuart. U.S. cracks down on firms that pay bribes to foreign officials. *Los Angeles Times*. 11 Mar 11. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/2011/mar/11/business/la-fi-foreign-corrupt-20110311>>. Acesso em: 02 aug. 2017

PIGEAT, M. La Corruption et les Contrats Publics Internationaux. Mémoire pour l'obtention du grade de Master en Droit Public. Université de Paris 1. 2007

PIRELLI. Disponível em:

<https://www.pirelli.com/mediaObject/corporate/documents/common/governance/program/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN/original/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN.pdf> . Acessado 23 Nov 2017

_____. Disponível em:

https://www.pirelli.com/mediaObject/corporate/documents/common/governance/program/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN/original/Pirelli_Compliance_Program_Anti-Corruption_EN.pdf> . Acessado 23 Nov 2017.

PIZOEIRO, Carolina Araújo de Azevedo. A ISO 37001:2016: *Desdobramentos do Direito Administrativo Global no Combate à corrupção*. IN: IN Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.). Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017

PIZOEIRO, Carolina Araújo de Azevedo. Soft Law e Compliance no Ambiente Empresarial: *Respostas à Corrupção Transnacional*. Congresso de Direito Internacional. Agosto 2017

PODOLNY, J.; ROBERTS, J. The Global Oil Industry. Stanford: Graduate School of Business – Stanford University, 1998

PORTER, Michael; KRAMER, Mark. Strategy and Society: The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility. *Harvard Business Review*, Dezembro 2006

PRAKASH, Aseem; POTOSKI, Matthew. 2006. The Voluntary Environmentalists: Green Clubs, ISO 14001, and Voluntary Environmental Regulations. Cambridge: Cambridge University Press

QGEP. Disponível em:

<http://www.qgep.com.br/ptb/1603/01_QGEP_PDF_Politica_anticorruptc_ao_rm.pdf> Acessado em 23 Nov 17

RAMINA, Larissa O. *Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: a convenção interamericana contra a corrupção da OEA e a Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*.

RAWLS, John. Political liberalism. Columbia University Press, 1993

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, Editora Saraiva

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 13 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010

REMIRO Brotons, Antonio. *Derecho Internacional Público. Principios fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982.

REPSOL. Disponível em: < <https://www.repsol.energy/en/sustainability/human-rights/suppliers-and-contractors/index.cshtml> > . Acessado em 20 jan 18.

REPUTATION MANAGMENT. The Cost of a Bad Reputation. Jun2, 2015. Disponível em: < <https://www.reputationmanagement.com/blog/the-cost-of-a-bad-reputation/> > Acessado em 20 jan 18.

REVISTA EXAME. Odebrecht e o fim de uma marca. Reportagem de 26 jan 17. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/branding-consumo-negocios/odebrecht-e-o-fim-de-uma-marca/>> Acessado em 20 jan 18.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. p. 455-492. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.)* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____. AZEVEDO, Carolina Araújo de. *Uma Análise Da Nova Lei Brasileira Anticorrupção: Impactos Nas Transnacionais E Nas Joint Ventures Do Petróleo E Gás*. Rio Oil and Gás 2014

_____. AZEVEDO, Carolina Araújo de. *Uma Análise Da Nova Lei Brasileira Anticorrupção: Impactos Nas Transnacionais E Nas Joint Ventures Do Petróleo E Gás*. Rio Oil and Gás 2014

_____. *Direito do petróleo – as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

_____. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Vol. 1, n. 18 (2010).

_____. *Direito dos Investimentos e petróleo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

_____; ALMEIDA, Bruno. *A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo Do Direito Internacional Privado Contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011

_____; XAVIER JR, Ely Caetano. *Regulação dos Investimentos Estrangeiros e a Governança Global: Convergência das Dimensões Públicas e Privadas do Direito Internacional*. p. 2-28 IN: *Governança Global, Vol I, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.), Fernanda Torres Volpon (Colab.)*. Belo Horizonte, Editora Arraes. 2017

_____. *Direito do Petróleo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ROBINSON, R.D. *The Developing Countries, Development and the Multinational Corporation*. The American Academy of Political and Social Sciences, 1972, Apud DOELLINGER, Carlos von;

CAVALVANTI, Leonardo C. *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro, Instituto de Planejamento Econômico e Social / Instituto de Pesquisas, 1975

RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995

RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza. A Regulação privada no contexto da governança global. Artigo apresentado no IX Workshop “Empresas, empresários e sociedade” UFF – Niterói, Rio de Janeiro – 01 a 03 de Setembro de 2014

RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox: Why Markets, States and Democracy Can't Coexist* (Oxford, Oxford University Press, 2011)

ROMZEK Barbara S.; DUBNICK Melvin J. *Accountability*, In SHAFRITZ, Jay M. (ed.), *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, Boulder, Westview Press, 1998

ROSA, Alberto Lopes da. As joint ventures da indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada. 2013. 161 f. Dissertação (mestrado em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: A Study in Political Economy*. Academic Press, Inc. A subsidiary of Harcourt Brace Jovanovich, Publishers. New York, 1978

_____. The Challenge of poor governance and corruption. *Revista de Direito FGV*. 2005. p. 207 – 266

_____; HUNT, Sinead. Transparency and Business Advantage: the Impact of International Anti-corruption Policies on the United States National Interest. *New York University Annual Survey of American Law*, v. 67, pp433-466, 2012

ROSENAU, James N. Distant Proximities: Dynamics beyond globalization 308 (2003)

ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Governança Corporativa. In: *Revista de Direito Renovar*, nº 31/2005. Rio de Janeiro: Renovar

ROSNEFT. NOC. Disponível em: < https://www.rosneft.com/Development/Corruption_control/ > Acessado em 20 dez 17

ROY, Achinto M. Corruption-related Decision-making in the Multinational Business Arena. Tese de doutorado, University of Canterbury. Novembro 2005. Disponível em: <https://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/handle/10092/858/thesis_fulltext.pdf?sequence=1> Acessado em 02 Jan 17.

_____. Enron's Dabhol power Project in India. *Int. J. Business and Globalisation*, Vol. 5, No. 2, 2010. P- 188 – 199. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/247834705_Enron%27s_Dabhol_power_project_in_India > . Acessado em 02 Jul 2017.

SALBU, Steven R. Transnational Bribery: The Big Questions. *Nw. J. INT'L L. & Bus.*, v. 21, 435, 446, 454 (2001).

SALZMAN, J. 2005. *Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development. Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3 & 4, p. 189. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=lcp>. Último acesso em: 10 jul. 2017.

SANBORN, F. *Origins of the early English maritime and commercial law 197* (1930)

SANTOS, Aline de Menezes. *Reflexões sobre a Governança Corporativa*. In: *Revista de Direito Mercantil* nº 130, pp. 180/206.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in the Paradigmatic Transition*. London and New York: Routledge. 1995

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Corrupção – Ensaio e Crítica*. Editora Humanitas

SAYNE, Aaron Sayne; GILLIES, Alexandra. *Initial Evidence of Corruption Risks in Government Oil and Gas Sales*. NRG, Jun 2016. Disponível em: <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/nrgi_trading-corruption-risk.pdf>. Acessado em 06 Jan 17.

SCHEPEL, Harm. *Rules of Recognition: a legal constructivist approach to transnational private regulation*. In: Muir Watt, Horatia and Fernandez Arroyo, Diego P., eds. *Private International Law and Global Governance*. Oxford University Press, Oxford, pp. 201-210. ISBN 978-0198727620

SCHLUMBERGER. Disponível em: <<http://www.slb.com/-/media/Files/about/other/The-Blue-Print-in-Action-Code-of-Conduct-2017.pdf?la=en&hash=C831A88836A001A735FA286EE657950E843E9755>> Acessado em 20 jan 18

SCHMIDT, Rolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens und Staatshaftungsrecht*. 14. Aufl. Bremen: Rolf Schmidt, 2010,

SCHNEIDER, Tomaz; DOELLINGER, Carlos von, *Algumas Considerações sobre o Comportamento das Empresas Multinacionais*. In *Pesquisa e Planejamento Econômico*, vol. 4, nº 2, 1974

SEC. *Chevron to Pay \$30 Million to Settle Charges For Improper Payments to Iraq Under U.N. Oil For Food Program*. Nov. 14, 2007. Disponível em: <<https://www.sec.gov/news/press/2007/2007-230.htm>>. Acessado em 20 jan 18.

SEC. *Press Release*. Halliburton paying \$29,2 Million to Settle FCPA Violations. Jul 27, 2017. Halliburton foi condenada em 2017 a pagar multa de US\$ 29,2 milhões por infração ao FCPA em Angola, foi condenada a contratar empresa independente para monitorar seus procedimentos anticorrupção na África. Disponível em: <<https://www.sec.gov/news/press-release/2017-133>> Acessado em 03 set 17.

SENNES, Ricardo Ubiraci e PEDROTI, Paula. “Entre a geopolítica e a geoeconomia: regimes internacionais e o tema da energia nas relações latino-americanas”. *Prospectiva Consultoria*, São Paulo, 2007

SHELL. Disponível em: <<http://www.shell.com/sustainability/transparency/transparency-and-anti-corruption.html>> Acessado em 23 Nov 17.

SHLEIFER, A.; VISHNY, R.W. A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*, v. 52, p. 737-783, 1997. p. 737. Apud DENIS, Diane K.; MCCONNELL, John J.. *International Corporate Governance*. Working Paper N°. 05/2003, January 2003. ECGI Working Paper Series in Finance

SHLEIFER, VISHNY. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, 1993

SILVA, Rogério Augusto Reis; MACHADO, Sulamita Crespo Carrilho. Aspectos jurídicos da prevenção e do controle da corrupção. *Revista Eletrônica Newton Paiva*

SIMMONS, Beth. International Law as a Mechanism of Global Governance: Empirical Evidence and Normative Implications. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/normative/papers/Session6_Simmons.pdf>. Acessado em 20 Nov 2017,

SINOPEC. Disponível em: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1040472/000119312504104452/dex111.htm>> Acessado em 23 Nov 17

SMITH, Ernest E. International Petroleum Agreements. *Journal of National Resources and Environment*, Londres, pp. 37-39, 61-63, outono, 1993

SMITH, Ernest E. INTERNATIONAL PETROLEUM TRANSACTIONS, THIRD EDITION (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2010).

_____. *World Energy Resources*, In: SMITH, Ernest E. et al. *Materials on International Petroleum Transactions*. 2a. ed., op. cit., 2000

SNIDER, Jamie; HILL, Ronald Paul; MARTIN, Diane. Corporate Social Responsibility in the 21st Century: A View from the World's Most Successful Firms. *Journal of Business Ethics*, v. 48, p. 175-187, 2003. Kluwer Academic Publishers. Holanda. p. 175

SOCO. Disponível em: <<https://www.socointernational.com/anti-bribery-and-corruption>> Acessado em 20 jan 18.

SOCO. Disponível em: <<https://www.socointernational.com/suppliers-and-partners>> Acessado em 20 jan18

SØREIDE, Tina; ERIKSEN, Birthe. Zero Tolerance to Corruption? Norway's Role in Petroleum-related corruption internationally. In: *Corruption, Natural Resources and Development: From Resource Curse to Political Ecology*. United Kingdom. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2887908>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SPAR, Deborah. 1999. Lost in (Cyber) space: The Private Rules of Online Commerce. In *Private Authority and International Affairs*, edited by A. Claire Cutler, Virginia Haufler, and Tony Porter, 31- 52. Albany: SUNY Press.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Mensurando a corrupção*: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas, p. 14. In: Cadernos Adenauer, 2000, n 10. Os Custos da. Corrupção. Fundação Konrad-Adenauer

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Disponível em:
<<http://plato.stanford.edu/entries/globalization/>> . Acesso em: 17 nov. 2017

STATOIL. NOC. Disponível em: <
[https://www.statoil.com/content/dam/statoil/documents/ethics/Statoil-Code-of-Conduct-\(5-Jan-2016\).pdf](https://www.statoil.com/content/dam/statoil/documents/ethics/Statoil-Code-of-Conduct-(5-Jan-2016).pdf)>. Acessado em 20 Jan 18

STELZ, Bernhard. Codes of Conduct. *Arbeits Betrieb* 2001, pp. 149 et sqq.,

STEPHAN, Paul B. The new international law: legitimacy, accountability, authority, and freedom in the new global order. *University of Colorado Law Review*, v. 70, p. 1555-1562, 1999

STEPHENS, Beth. The Amoralität of Profit: Transnational Corporations and Human Rights. *Berkeley Journal of International Law*. 2002, Volume 20, Issue 1 Article 3. p. . Disponível em: <
<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol20/iss1/3>>. Acessado em 22 Nov 2017

STOHL, Michael; LOPEZ, George. Westphalia, the End of the Cold War and the New World Order: *Old Roots to a 'New' Problem*. In: *Failed States and International Security: Causes, Prospects, and Consequences*. Purdue University, West Lafayette. February 25-27, 1998. Disponível em: <
www.comm.ucsb.edu/faculty/mstohl/failed_states/1998/papers/stohl-lopez.html> . Acessado em 22 jan 18

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996

SUPREME COURT USA: U.S. Supreme Court's decision in the *Morrison v. National Australia Bank* case. Disponível em: <
<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf>>. Acesso em: 03 mai 2012.

SURGUTNEFTGAS. Disponível em: <
www.surgutneftgas.ru/uploaded/polojenieEng.pdf>
Acessado em 02 jan 18

Symeon Symeonides, Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't, *FESTSCHRIFT FÜR K. KERAMEUS* 1397 (2009).

SYMEONIDES, Symeon. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: *The Lex Mercatoria that Isn't*. *Festschrift Für K. Kerameus* 1397, ano 2009

TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 3, London: Oxford University Press, 2012,

TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook: A Pratical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practioners*. 2 ed. Chicago: ABA Publishing, 2012

TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999

TAYLOR, John St. What are Private International Regimes and What are Their Global Governance Functions?. IN: <<http://www.e-ir.info/2008/04/15/what-are-private-international-regimes-and-what-are-their-global-governance-functions/>>. Para: Oxford University. P. 1. Consultado em: 31 Mai 2017

TEUBNER, Gunther (ed.) 1997 b. “‘Global Bukowina:’ Legal Pluralism in the World Society,” in Teubner (ed.), 1997 a, pp.3–30.

The point for Freedom and Democracy. Corruption biggest challenge to development: UN Rep. Notícia de terça-feira, 08 ago 17. Disponível em: <<http://thepoint.gm/africa/gambia/article/corruption-biggest-challenge-to-development-un-rep>> . Acesso em 14 ago 17.

THOMAS, Gail; NOWAK, Margaret. *Corporate Social Responsibility: A definition*. GSB WORKING PAPER NO.62, p 4. Disponível em: <http://ceebi.curtin.edu.au/local/docs/GSB_Working_Paper_No._62_Corp_Social_Resp_A_definition_Thomas___Nowak.pdf> . Acesso em: 17 set. 2017.

THOMPSON, Ana Carolina Rolim Tucunduva da Fonseca, MENDES, Edson de Paula Rodrigues, THOMPSON, Carlos Eduardo Marques. Os Processos de Institucionalização como Mecanismo de Conversão do Conhecimento Individual em Conhecimento Organizacional: *contribuições da aprendizagem e da gestão do conhecimento*. XXXV Encontro da ANPAD 2011. Rio de Janeiro 4 a 7 setembro

THOMPSON, Grahame. Limits to Globalization: questions for Held and Wolf. In HELD, David. *Debating Globalization* (p. 58). Wiley. Kindle Edition

TI. Disponível em < <https://www.transparency.org/what-is-corruption/>> . Acessado em: 09 Jul 17

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de Los Contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*. Tradução Pedro M. Herrera Molina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 2002 Barcelona.

TOLBERT, Pamela S.; ZUCKER, Lynne G. A institucionalização da teoria institucional. In: CLEGG, Stewart R.; HARDY, Cynthia; NORD, Walter R (org. edição original

TORRE, Ricardo Lobo. A Afirmação do Direito Cosmopolita. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello* / Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Augusto Cançado Trindade, Antônio Celso Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008

TOTAL. Disponível em:< <https://www.total.com/en/our-group/ethics/exemplary-behavior>> Acessado em 23 Nov 17

TRAKMAN. The evolution of the law Merchant: our comercial heritage (pts. 1 &2), 12 J. Mar. L. & Com. 1, 154 (1980)

TRANSPARENCIA BRASIL. Fonte: < <http://www.transparencia.org.br/>>.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (TI). Fonte: <<http://www.transparency.org>>

TURNER, RJ. *Corporate Social Responsibility: Should disclosure of social considerations be mandatory?*. Submission to the Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services Inquiry. Retrieved November 24, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.aph.gov.au/senate/committee/corporations_ctte/corporate_responsibility/submissions/sub05.pdf>

UA. African Union Convention on Preventing and Combating Corruption. Disponível em: < https://au.int/sites/default/files/treaties/7786-file-african_union_convention_preventing_combating_corruption.pdf> . Acesso em 14 ago 17.

UiO Det juridiske fakultet. A comparative analysis of the petroleum regime in Norway and in the U.S.A., with emphasis on the conduct to expect of the operator under the AAPL-810 Offshore Deep-water JOA and the mandatory operating agreement for participants on the Norwegian continental shelf. P. 22. Disponível em < <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/36227/178880.pdf?sequence=2>> Acessado em 23 Nov 2017.

UK. Bribery Act, 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>.

UK. FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE. Disponível em: <<http://www.fco.gov.uk/en/global-issues/conflict-minerals/legally-binding-process/uk-bribery-act>>.

_____. JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT BRIBERY BILL, FIRST REPORT, 2008-09. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200809/jtselect/jtbribe/115/11502.htm>>.

UKCS. Disponível: < <https://oilandgasuk.co.uk/about-us/>> . Acessado em 20 jan 18.

ULMER, Alexandra; GUPTA, Girish. Special Report: *In Venezuela's murky oil industry, the deal that went too far*. Reuters, 26 July 2016

UNCTAD. Press Release. 27 Feb 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=113>> Acessado em 18 Nov 2017

_____. *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy*, p. iv.

UNDOC. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/marco-legal.html>>. Acesso em: 2 jul. 2017

Universities Superannuation Scheme é um dos maiores regimes de pensões privadas principais para universidades e outras instituições de ensino superior no Reino Unido. Disponível em: < <https://www.uss.co.uk/>>. Acessado em: 14 jan 18.

UPHOFF, Norman. Distinguishing Power, Authority & Legitimacy: *Taking MaxWeber at His Word by Using Resource-Exchange Analysis*, 22 POLITY 295, 302 (1989).

US Senate. Apud DOJ. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>
Acessado em 03 jun. 2017

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional privado*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, v.1,

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959

VANDENBERGH, Michael P. The New Wal-Mart Effect: the role of Private Contracting in Global Governance. 54 UCLA L. Rev. 913 2006-2007

VASCONCELOS, Raphael Carvalho De. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*. 2016. Editora Arraes.

VIDIGAI, Erick. A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf?sequence=1>>.
Consultado em 01 jul 17.

VOGEL, David. Private Global Business Regulation. 2008. Annu. Rev. Polit. Sci. 11. Annual Reviews: 261–82. Disponível em: <
<https://pdfs.semanticscholar.org/3ed3/259b1aba93d795d4a2e5b1251fb54d977bbf.pdf>>. Acessado em 28 Jun 2017.

WAEDELDE, Thomas. *Changing Directions for International Investment Law in Global Economy an Overview of Selected Issues*. CEPMLP Internet Journal, v. 4, 1999. Disponível em:
<www.dunee.ac.uk/cepmlp>. Acesso em: 17 set 2017

WAI, Robert. Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society. Harvard International Law Journal / Vol. 46, Number 2, Summer 2005.

WALLACE C.D. *Control of the Multinational Enterprise - National Legal Control Techniques of Industrialized Host States and the Prospects for International Controls*, University of Cambridge, 1983

WALMART. Disponível em: < <https://corporate.walmart.com/global-responsibility/global-compliance-program-report-on-fiscal-year-2017>>. Acessado 23 Nov 2017.

WARE, Glenn T.; NOONE, Gregory P. The Anatomy of Transnational Corruption. International Affairs Review. Volume 14, No. 2. Fall 2005

WARIN, F. Joseph, FALCONER, Charles e DIAMANT, Michael S.. *The British are Coming!: Britain Changes its Law on Foreign Bribery and Joins the International Fight Against Corruption*. Texas International Law Journal. Vol. 46:1, 2010-2011. p 1-72

WATT, Horatia Muir (2014-12-17T23:58:59). Private International Law and Global Governance (Kindle Locations 173-177). OUP Oxford. Kindle Edition

WAWRYK, Alex. Regulating Transnational Corporations Through Corporate Codes of Conduct. p 53-78. In: Transnational Corporations and Human Rights, editado por Jędrzej George Frynas e Scott Pegg. Palgrave Macmillan, 2003

WEATHERFORD. SUPPLIER CODE OF CONDUCT. Disponível em: <<https://www.weatherford.com/en/documents/corporate-documents/supplier-code-of-conduct/supplier-code-of-conduct-english.pdf>> Acessado em 20 jan 18.

WEEDE, Erich. Dicionário de Ética Econômica. Organizado por Georges Enderle “et alli”. 1997

WEI, Shang-Jin. Local Corruption and Global Capital Flows. *Brookings Papers on Economic Activity*. 2000

WEISS, David C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC Disgorgement of Profits, and the Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, and Deterrence. *Michigan Journal of International Law*, v. 30, p. 471-515, 2009. p. 476. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1319814>>. Acesso em: 02 aug. 2017

WIKIPEDIA. Occupy Wall Street Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Occupy_Wall_Street> Acessado em 20 jan 2018.

WILLIAMS, Bob. Oxy’s Strategy on Environment, Community Issues Key to Success of Project in Ecuador’s Rain Forest. *Oil and Gas Journal*, 21 de abril de 1997, 45-9

WINDSOR, D. 2001, *The future of corporate responsibility*. International Journal of Organizational Analysis, vol. 9, no. 3, pp. 225-56., p. 229 Apud. THOMAS, Gail; NOWAK, Margaret. *Corporate Social Responsibility: A definition*. GSB WORKING PAPERNO.62, p 4. Disponível em: <http://www.business.curtin.edu.au/files/GSB_Working_Paper_No._62_Corp_Social_Resp_A_definition_Thomas___Nowak.pdf>

WORLD BANK GROUP. 2017. *World Development Report 2017 : Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank. © World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25880> License: CC BY 3.0 IGO.> Acessado em 30 jun 17

WORLD BANK. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>> Acessado em: 09 Jul 17.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Next steps*. p. 7. Disponível em <https://members.weforum.org/pdf/gac/next_steps.pdf>. Acesso em 26 fev. 2012

WORLD ENERGY OUTLOOK 2017. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/KeyWorld2017.pdf>> . Acessado em 06 jan 18

WU, X. Corporate Governance and Corruption: A Cross-Country Analysis. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, v. 18, n. 2, p. 151-170, 2005. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=921520> >.

XAVIER, Mônica Antão. *Grupo Transnacional: unicidade ou pluralidade de entes?* 2008. 129 f. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008

YERGIN, Daniel. *O Petróleo, uma História de Ganância, Dinheiro e Poder*. Trad. Leila Marina Di Natale, Maria Cristina Guimarães, Maria Cristina L. de Góes. São Paulo: Scritta, 1992

YOUNG, Oran R.. 1999. *Governance in World Affairs*, Ithaca, New York: Cornell University Press

ZAFFARONI, E.R. *La corrupción; su perspectiva latinoamericana*. In: OLIVEIRA, E. (org.). *Criminologia crítica*. Belém, Edições Cejup, 1990,

ZARB, Bert J. On Corruption and Accounting: No Panacea for a Modern Disease. *The CPA Journal online*. Dez 2005. Disponível em: <<http://www.nysscpa.org/cpajournal/2005/1205/perspectives/p6.htm>>. Acesso em: 16 abr 2017.

ZERK, Jennifer A. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights. Working Paper No. 59. Junho 2010. p. 5. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017

ZUMBANSEN, Peer C., Liberalism's Global Mirror: Worldwide Contracting and 'No Alternative'? (August 5, 2016). Forthcoming in: A.Claire Cutler & Thomas Dietz (eds.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*; TLI Think! Paper No. 35/2016; King's College London Law School Research Paper No. 2016-41. Disponível SSRN: < <https://ssrn.com/abstract=2835171> > . Acessado 22 Nov 17

ANEXO A - Mapa da Corrupção

