

5. Uma revolução silenciosa: lei anticorrupção e a governança empresarial

Brazilian anticorruption act and corporate governance: a silent revolution

(Autor)

NAPOLEÃO CASADO FILHO

Doutor e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. Pesquisador visitante da Société de Législation Comparée (Université de Paris II – Pantheon Assas). Fellow do Chartered Institute of Arbitrators de Londres. Professor. Advogado em São Paulo. napoleao@ccflaw.com.br

Sumário:

- A) A governança corporativa após a Lei 12.846/2013
- B) O caso Petrobras e as class actions americanas
- C) O valor do delator
- D) Conclusões

Área do Direito: Administrativo

Resumo:

O custo da corrupção para o setor público tem sido enorme para os brasileiros, revelando um desafio que as corporações que contratam com este setor. As normas de governança corporativa, já implementadas no Brasil para as relações em geral das companhias, podem ter um papel preponderante na forma como o Brasil irá sair da atual crise. O artigo analisa a verdadeira revolução silenciosa que se passa no Brasil em termos de compliance desde a aprovação da Lei Anticorrupção em 2013.

Abstract:

The cost of corruption in the public sector has been huge for Brazilian citizens, revealing a challenge that corporations that engage contracts with public entities have to face. The rules of corporate governance – already in force in Brazil as a general duty for many of the main local companies- may

have a major role in how Brazil will emerge from the current crisis. The article analyzes what the Author the calls a “silent revolution” that is happening in Brazil in terms of compliance since the adoption of the Brazilian Anti-Corruption Act in 2013.

Palavra Chave: Lei Anticorrupção brasileira - Governança Corporativa - Natureza Jurídica - Análise Econômica do Direito.

Keywords: Brazilian Anticorruption Act - Corporate Governance - Legal origins - Law and Economics.

Há algumas décadas o mundo despertou para a necessidade da regulação dos mercados ir além da atuação estatal, normalmente limitadora e pouco eficiente. As regras de boa governança, calcadas em princípios como transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa (social e ambiental), começaram a ser espalhadas dentro das grandes corporações, criando junto a todos os colaboradores uma cultura de boas práticas que passou a ser uma verdadeira tendência no final do séc. XX.

Essa preocupação e regras não surgiram do nada. O controle das atividades daqueles que lideram as empresas ou que, de alguma forma, possuem interesses nela vem desde as tentativas de controle financeiro nos anos 40, e materializou-se, também, no chamado “planejamento de longo prazo” muito usual na década de 60 e no “planejamento ou gestão estratégicas” mais comuns nas décadas de 80 e 90.

Esta evolução levou à adoção pelas empresas da chamada “Governança Corporativa”, conceito que tomou destaque na década de 2000, entendida como *uma série de normas autônomas, do mercado ou oriundas do Estado, com objetivo de controlar a atividade empresarial*.¹

Estas práticas passaram a ser demandadas pelo Mercado de Capitais e hoje são exigência para novas aberturas de capital, os chamados IPO (Initial Public Offer).

Foram justamente essas aberturas de capital que, no Brasil, tornaram a Governança Corporativa algo corriqueiro no discurso acadêmico e empresarial. Com a crescente abertura de capital de empresas brasileiras em bolsas norte americanas, estas passaram a se submeter às regras da Securities and Exchange Commission (SEC).

Com o tempo, a própria Bolsa de Valores brasileira e o órgão regulador nacional (Comissão de Valores Mobiliários) passariam a valorar tais regras e inseri-las em suas atividades e regulamentos.

A década de 1990, notadamente marcada por uma maior liberdade nos negócios e pela clara ineficiência estatal em fiscalizar a ocorrência de fraudes trouxe consigo a normatização dessas regras de governança empresariais antes constantes apenas de manuais de conduta e códigos de ética internos.

Nos Estados Unidos da América os parâmetros estabelecidos pela Governança Corporativa alcançaram o posto de norma legal através da Sarbanes-Oxley Act, de 2002, como resposta ao caso Enron que aparecera no ano anterior. Já no Brasil, até recentemente não tínhamos uma norma legal impondo tais controles as corporações brasileiras, embora tais normas internas tivessem certo valor normativo.²

Contudo, em 2013, tivemos a publicação da chamada “Lei Anticorrupção brasileira” em clara resposta às manifestações populares que tiveram início em junho daquele ano e mostravam uma insatisfação insustentável com a corrupção no trato da coisa pública, na qual entidades privadas têm

um papel de destaque para sua ocorrência.

A tal "Lei Anticorrupção" acentuou as penalidades sobre as pessoas jurídicas que atuem ilegalmente e sobre seus dirigentes. De forma mais notória, foram estabelecidas penalidades (multas) que podem chegar a 20% do faturamento bruto do exercício anterior de uma determinada empresa.

Foi criado o conceito de responsabilidade objetiva das empresas pela prática de atos contra a Administração Pública, mantida a responsabilidade subjetiva de dirigentes e administradores. Tal responsabilidade, vale destacar, é extensiva às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou mesmo, no âmbito do contrato que deu ensejo ao ilícito, às consorciadas, de forma solidária.

Gary Becker já afirmava, desde os anos 1970,³ que a conduta humana é gerida por incentivos e que, no aspecto criminal, quanto maior a probabilidade de punição do ofensor, menor as chances da sua famosa equação do crime⁴ fazer sentido.

No Brasil, há sempre a possibilidade de uma lei não ter eficácia social. Contudo, é inegável que em face do momento vivido pelo país com prisões constantes de agentes públicos e executivos de grandes corporações, a probabilidade de punição de corporações que causem prejuízos à Administração Pública foi consideravelmente aumentada.

Assim, podemos afirmar que o Brasil passa por uma verdadeira revolução silenciosa nos sistemas de governança de boa parte de suas empresas. Não apenas as grandes corporações, mas também empresas médias que lidam como Poder Público, passaram a buscar implantar sistemas de controle internos, como Comitês de Auditoria e a estabelecer Códigos de Ética e Canais de Denúncia de Irregularidades.

Tudo com o intuito de diminuir as chances de se envolverem em casos de corrupção que podem significar a falência da própria corporação ou para ao menos mitigarem as severas consequências em caso de serem flagradas em tais malfeitos.

A). A governança corporativa após a Lei 12.846/2013

Os pilares da Governança Corporativa sempre foram a transparência (*disclosure*), o tratamento equitativo, a *compliance* e *accountability*.

A Lei 12.846/2013 claramente contempla cada um desses pilares quando estabelece os fatores atenuantes das sanções administrativas por ela previstas. Eis a dicção do art. 7.º, VIII:

"Art. 7.º - Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

Com a referida lei e, sobretudo, com a sua aplicação de forma sistemática pelos órgãos punitivos estatais brasileiros, a Governança, que se impunha normativamente, principalmente em defesa de acionistas ou quotistas minoritários no controle da atuação das empresas de que participassem, passa a ser instrumento fundamental para todas as empresas que travam negócios com a Administração Pública e sobretudo para aquelas que têm o Estado como acionista, não apenas como prevenção à ocorrência de irregularidades, mas como fator capaz de amenizar eventuais penalidades que lhe sejam aplicadas com base na "Lei Anticorrupção".

A Governança Corporativa passa, então, a ter novo valor e significado para as empresas que travam negócios com o Estado, sempre com o intuito de se evitar a tão falada, mas pouco definida

corrupção.

Corrupção pode ser definida de várias formas. Robert Klitgaard⁵ afirma que corrupção “é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o status, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados”.

A definição é clara, mas muito focada na corporação de funcionários estatais. Distancia-se, assim, da vertente mais conhecida da corrupção no mundo empresarial: a corrupção privada, tão combatida pelas normas de governança corporativa.

Nossa Lei Anticorrupção não conceituou corrupção. Preferiu usar o termo “atos lesivos” sendo bastante abrangente ao prever suas hipóteses, no art. 5.º da Lei:

Art. 5.º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Em que pese a extensão das hipóteses previstas na lei, é de se lamentar que a Lei não tenha buscado coibir a corrupção privada, tão comum dentro das companhias e que também repercutem no público em geral, especialmente aqueles que investem parte de sua poupança em companhias listadas em Bolsa de Valores.

Um outro ponto relevante na nossa Lei Anticorrupção e que estimula as práticas de governança corporativa nas empresas que se relacionam com o Poder Público é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Ainda em seu art. 1.º, a Lei 12.846/2013 prevê que será objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados em desfavor da Administração Pública.

Ainda que não seja efetivamente uma novidade para o mundo jurídico⁶ e que não tenha se estendido para responsabilização objetiva em caso dos atos de corrupção impactarem os investidores, tal fato tem se mostrado um importante incentivador da instituição de programas de *compliance* dentro das empresas.

Afinal, a empresa poderá ser responsabilizada mesmo que não demonstrada sua culpa. Tal fato, mesmo tendo sua constitucionalidade discutida, é suficiente para justificar o crescente interesse das empresas não apenas em combater os atos de corrupção ocorridos, mas sobretudo de identificar os corruptos e corruptores e afastá-los do convívio empresarial, seja demitindo-os, seja destituindo-os.

B). O caso Petrobras e as class actions americanas

Um exemplo interessante de como a Lei Anticorrupção e, sobretudo a sua aplicação no Brasil, repercutem nas corporações brasileiras é o caso da Petrobras, talvez a principal protagonista (e vítima) dos escândalos de desvios de recursos para fins privados que foram objeto de investigação da chamada “Operação Lava-Jato”.

Além das evidentes consequências criminais para os agentes que operaram os desvios e da possibilidade de multa já mencionada acima, a Petrobras está a sofrer consequências bem relevantes em outra jurisdição: a norte-americana.

E tais consequências se devem a um instrumento interessante daquele país e que, infelizmente, não foi replicado no Brasil: as *class actions*. Isso porque a Petrobras emitiu títulos no mercado americano (os *American Depositary Receipts* ou ADRs) emitidos na Bolsa de Nova York entre 20.05.2010 até 21.11.2014. Tal fato possibilitou aos investidores reclamarem seus prejuízos por meio de *Class Actions*.

As *Class Actions* são um procedimento judicial especial, previsto na legislação norte-americana como uma das formas de tutelar interesses transindividuais. É muito utilizada para proteger os investidores contra prejuízos causados por má-administração da companhia, inobservância dos princípios de Governança Corporativa e irregularidades, como fraudes e corrupção, entre outros argumentos.

Evidentemente, tal instrumento não pode ser usado para buscar ressarcimentos decorrentes da simples desvalorização das ações de uma empresa pela prática de mercado ou queda em bolsas de valores. Tal possibilidade seria uma tentativa de um capitalismo sem risco, algo muito comum no nosso país que aprecia as benesses do sistema capitalista, mas sempre tenta socializar as consequências negativas do risco que lhe é inerente.

Contudo, uma vez comprovadas as más práticas e onexo de causalidade entre estas e o resultado prejudicial para o investidor, a *Class Action* pode se mostrar como uma ferramenta essencial na

busca de ressarcimento dos investidores que forem prejudicados.

Ao juntar todos os investidores potencialmente prejudicados em um único processo, é evidente que o magistrado que a analisa terá maior capacidade de buscar compreender o que de fato ocorreu, bem como será possível aos investidores serem melhor representados, eis que dividem os custos legais e sobretudo os honorários de advogados entre os diversos atores prejudicados com os eventos.

É bem verdade que com o novo  CPC, podem-se vislumbrar algumas formas de reunião de tais processos em uma única ação.⁷ Ou ainda pode-se afirmar que tais investidores podem se reunir em associações e ingressar com ações coletivas, de modo que a *Class Action* teria, de alguma forma, um congênere nacional.⁸

Contudo, a tradição judiciária norte-americana de punir de forma exemplar aqueles que atentam contra o mercado financeiro local é que transformou as referidas ações em um verdadeiro risco para a Petrobras.

Assim, é de se lamentar que nossa Lei Anticorrupção não tenha previsto que órgãos como a CVM possam buscar ressarcimento aos investidores de forma coletiva, em processos que não apenas exibiriam as entranhas do esquema de corrupção (transparência) como possibilitariam uma enorme economia processual ao liquidar de forma coletiva os prejuízos sofridos pela coletividade de investidores.

C). O valor do delator

Em muitas culturas, aquele que delata não é visto com bons olhos. Dentro do meio criminal, então, o delator é um ser indigno que não merece respeito ou mesmo a vida.

Contudo, em esquemas sofisticados de corrupção, seja ele implementado em corporações ou no Poder Público, este ser pouco apreciado na sociedade é essencial.

E sua importância tem uma natureza dúplice: primeiro, permite às vítimas (em geral representadas pelos investigadores) obter informação preciosa por um custo que elas não poderiam arcar. Em segundo lugar, permite uma prestação jurisdicional célere, eis que a fase investigativa (normalmente a mais demorada) se encerra em pouco tempo.

Em países de Common Law, o uso de delatores, com os incentivos próprios que viabilizam sua existência,⁹ já é há anos utilizado. Tal negociação é tão utilizada que costuma ser chamada de *plea bargain* ou, numa tradução livre, “negociação da acusação”.

No meio corporativo, o delator também sempre foi valorizado. Chamado de *whistleblower* na maior parte dos Códigos de Governança Corporativa, ele sempre teve alguma proteção.¹⁰ Vale lembrar que o *whistleblower* nem sempre está envolvido com os atos de corrupção, podendo ser alguém que simplesmente tomou conhecimento dos atos por outras fontes.

Assim, valorizar aquele que denuncia os malfeitos, com premiações ou perdões é essencial para que se tenha um sistema de *compliance* efetivo. A Lei Anticorrupção privilegiou tal fato ao prever que, na quantificação das multas, o magistrado ou o agente público fiscalizador deve levar em consideração a existência de programas de integridade:

Art. 7.º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Contudo, o legislador brasileiro pecou ao não contemplar possíveis efeitos penais do pacto de leniência, podendo o Ministério Público se utilizar das delações para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e eventuais reparações de danos no âmbito civil.

A Lei Anticorrupção também falhou em não disciplinar a extinção da punibilidade à pessoa jurídica infratora que efetivamente cooperar com as investigações,¹¹ limitando-se a estipular apenas redução da pena de multa aplicada.

É importante perceber que ao se possibilitar ao MPF o poder de oferecer até a extinção da punibilidade não se está colaborando para a impunidade. Ao revés, está-se aumentando o poder de barganha da autoridade investigadora, permitindo que esta possa obter ainda mais informações.

Assim, também neste aspecto parece-nos falhar a nossa Lei, ao não dar o devido valor ao Delator, algo essencial para que, cada vez mais, tenhamos maiores descobertas e maior transparência nas corporações e na gestão da coisa pública.

D). Conclusões

O custo da corrupção para o setor público tem sido enorme. O Fórum Econômico Mundial estima que cerca 5% do Produto Interno Bruto (PIB) global (ou quase 3 trilhões de dólares seja desviado daqueles que efetivamente fazem jus a tais recursos.¹²

Esse indicador revela o tamanho do desafio que as corporações, em todo mundo, têm enfrentado no combate ao envolvimento em atos ilícitos, que, muitas vezes, sequer são de conhecimento da própria direção da companhia.

A revolução digital, com informação em abundância e em tempo real tem sido um dos grandes responsáveis pelo fato do combate a corrupção ter ganho bastante espaço no Brasil e no mundo ultimamente.

Mas, não podemos nos olvidar de um outro interessantíssimo instrumento que é colaboração premiada (também conhecida como delação premiada) que vem contribuindo para a investigação de atos ilícitos, na medida em que incentiva a denúncia por parte dos próprios envolvidos, reduzindo-lhes as penas em troca de informações relevantes sobre os malfeitos.

A Revolução está em curso. E ela é discreta. As empresas buscam reforçar seus programas de *compliance* e já compreendem que há possibilidade de se contratar com o Poder Público sem corrupção. As pessoas começam a acreditar que políticos podem ser presos e que a lei de fato pode ser aplicada a ricos e poderosos.

Esse é o passo inicial. Algo tímido, digno de um bebê que está a aprender a andar. Muito aprendizado será necessário nos próximos anos e passos essenciais como aprimorar a educação empresarial e de nossos jovens sobre a importância de proceder corretamente no trato com a coisa pública e com interesses corporativos precisarão ser dados.

O esforço de formação e conscientização da sociedade para uma cultura de ética e responsabilidade deve ser constante e fazer parte de um panorama mais amplo, no qual a Lei é apenas mais uma entre as ferramentas fundamentais nesse processo.

Precisamos reforçar as nossas instituições, dando espaço a práticas ainda mais de vanguarda na luta contra a corrupção, como as *class actions* americanas e aumentando poder de barganha dos órgãos de repressão. Ter uma lei específica para a corrupção empresarial, impondo normas de governança nos moldes da Lei Sarbanes Oxley americana, pode ser um passo relevante.

Quando nossas instituições estiverem firmes, a caminhada será mais tranquila e poderemos, quem sabe, pensar em correr, algo essencial em um mundo onde vários de nossos concorrentes são bons velocistas e já estão vários passos a nossa frente. E eles correm em silêncio.

Pesquisas do Editorial

- **CORRUPÇÃO EMPRESARIAL: A SUCESSÃO DA RESPONSABILIDADE NAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS LESIVAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, de Felipe Palhares - RDPriv 67/2016/343