

“Pós-acordo de leniência”: desafios das empresas para sua reabilitação

Ainda são muitas as dúvidas e problemáticas enfrentadas hodiernamente envolvendo a aplicação da Lei federal nº 12.846/13, a Lei Anticorrupção-LAC, a qual recentemente completou cinco anos de vida e que de certo modo representa o principal substrato jurídico-normativo motivacional dos acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal-MPF no âmbito da Operação Lava-Jato.[\[1\]](#)

Spacca



Inobstante isso, o presente artigo tratará de alguns dos

diversos desafios que emergem para a empresa que já firmou acordo de leniência com o Estado. Para começar, eu diria que tais desafios são inúmeros, porém tentarei destacar e analisar nesta oportunidade 3 (três) principais, não sem observar que empresas, Ministérios Públicos, órgãos de controle, advogados, acadêmicos, enfim, todos aqueles que lidam diária e profissionalmente com a temática encontram-se em um acelerado processo de aprendizado, o qual se renova a cada dia e pode ser traduzindo pela expressão “*learning by doing*”.[\[2\]](#)

Por “pós-leniência” refiro-me ao momento posterior àquele em que os acordos de leniência foram celebrados pela empresa e a autoridade competente, e portanto minha atenção aqui não reside tanto no âmbito da existência e da validade destes acordos, mas na sua eficácia, implementação e efetividade, ou seja, na sua execução, até o momento do seu final e fiel cumprimento.

Entendo que o legislador brasileiro levou em consideração o “pós-leniência”, ao determinar no art. 16, §4º, da LAC que “o acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”. De modo mais detido, o art. 36 do Decreto federal nº 8.420/15 estabeleceu que “o acordo de leniência estipulará as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, do qual constarão cláusulas e obrigações que, diante das

circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias”.

Nesse sentido, é o próprio acordo de leniência, em seu conteúdo regulamentar (“*regulation by prosecution*”), que a rigor deveria prever uma série de regras e providências que a empresa haverá seguir, visando o fiel e final cumprimento do acordo. Mas isto nem sempre acaba ocorrendo, e os desafios que a empresa passa a enfrentar na execução do acordo revelam-se inúmeros e de dificuldades superlativas.

O primeiro dos principais desafios para as empresas relaciona-se à busca da superação ou mitigação dos riscos políticos, institucionais e financeiros atinentes ao acordo de leniência em si, os quais tendem a dificultar sobremaneira a estabilização do vínculo leniente originalmente firmado, o que não tem se mostrado tarefa fácil, por fatores como: (i) ambiente de perseguição política e retaliação institucional (a depender do conteúdo das colaborações firmadas) e constantes trocas de comando e políticas internas das cúpulas e órgãos responsáveis pela leniência e de seu controle e fiscalização, o que usualmente interfere de forma negativa na segurança jurídica do acordo firmado, (ii) persistência de cenário de disputa institucional entre os diferentes órgãos e entidades competentes para firmar acordos desse gênero, como MPF, CGU, CADE, Ministérios Públicos Estaduais, sem contar a atuação de órgãos de controle como TCU e Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, os quais possuem diferentes olhares e opiniões sobre a regulamentação e o modo de execução das obrigações originalmente firmadas na leniência,^[3] e acabam

“concorrendo” entre si, instabilizando o vínculo da leniência firmada e (iii) dificuldades financeiras da empresa após a celebração da leniência, oriundas sobretudo da crise reputacional que se origina muitas vezes do fato “acordo de leniência”, e que leva estas empresas a quadros deficitários gravíssimos, incluindo falência ou recuperação judicial, e que por sua vez levam a pleitos de revisão das bases originais da leniência, pois o pagamento dos danos e multas tornam-se excessivamente onerosos (ciclo vicioso da leniência).^[4] Este e outros fatores similares tornam extremamente difícil à empresa antever e executar providências adequadas voltadas à razoável blindagem jurídica das leniências, embora tenha de ser este o maior objetivo das empresas que firma este tipo de acordo.

O segundo dos principais desafios para as empresas que firmaram acordos de leniência com o Ministério Público Federal-MPF – como Odebrecht (2016) e J&F (2017), e mais recentemente a Rodonorte, concessionária de rodovias integrante do grupo CCR (2019) – é a necessária submissão e convivência com o Monitor de Compliance Independente,^[5] a quem cabe (em apertadíssima síntese) realizar uma série de ações e tomada de providências voltadas à aderência da empresa aos termos da leniência rumo ao seu cumprimento integral, apoiando-a em seu caminho de final reabilitação empresarial e resgate reputacional, em decorrência das práticas de corrupção reconhecidas no acordo de leniência.

O Monitor Independente é um profissional de reputação ilibada, notória especialização e imparcial, indicado pela empresa, aprovado pelo MPF e remunerado pela empresa – no caso J&F, trata-se de Comitê Independente, composto por três profissionais – que se constitui em *longa manus* do MPF, e que terá uma série de atribuições voltadas ao acompanhamento da execução do acordo de leniência, verificando o cumprimento *in loco* das obrigações assumidas pela empresa no acordo. Concomitantemente *coach* e *referee* da empresa, o Monitor atuará de modo independente no processo de revitalização da empresa, para que esta possa o mais rapidamente possível retomar o curso natural dos

negócios e sair do pós-leniência melhor do que ingressou – *corporate get well program*.

Certamente aqui o desafio para a empresa será intentar compatibilizar o normal prosseguimento da atividade empresarial com o atendimento das constantes diretivas e intervenções do Monitor, com ele dialogando permanentemente, visando sempre a boa e fiel execução das obrigações assumidas no acordo de leniência, até o seu final cumprimento, o que nem sempre será fácil, pois eventuais conflitos costumam surgir e deverão ser prevenidos e/ou dirimidos com tenacidade e sofisticação ímpares.

O terceiro e último desafio a ser exposto nesta oportunidade diz respeito à convivência nem sempre harmoniosa entre acordos de leniência, fatos relevantes para o mercado financeiro (Instrução CVM nº 358/02), [6] alienação e venda de ativos pós-leniência [7] e cláusulas contratuais anticorrupção (hoje previstas de modo generalizado em contratos públicos e privados, nacionais e internacionais).

Se em um primeiro momento a celebração de um acordo de leniência mostra-se como a melhor solução de última *ratio* para a empresa que teve descoberta participação sua em práticas de corrupção, é igualmente verdadeiro que por afetar a situação econômico-financeira da companhia, a leniência em si constitui fato relevante ao mercado financeiro e deve ser comunicada de modo amplo, desencadeando reações que nem sempre são favoráveis à empresa, [8] piorando inclusive a sua já comprometida saúde financeira. Além disso, a existência do acordo de leniência pode ser interpretada por parceiros comerciais da empresa que o celebrou como hipótese de incidência das sanções típicas de “cláusula anticorrupção”, podendo motivar açodada rescisão de contratos firmados anteriormente à celebração do acordo de leniência. [9]

O que pretendo destacar aqui é que, se por um lado a leniência procura mitigar ou reduzir danos ao negócio, imagem e reputação corporativa no mercado e na sociedade, de outro lado ela desencadeia uma série de novos fatos, os quais passam a ser foco de novas preocupações para a empresa, que por sua vez necessitam ser geridos adequadamente, para não impingir mais e piores prejuízos à corporação. O desafio para a empresa, portanto, é tentar alinhar acordo de leniência, comunicações para o mercado, alienação de ativos pós-leniência e interpretação razoável de cláusulas contratuais anticorrupção, para que não se comprometa ainda mais a difícil situação que a descoberta e reconhecimento de práticas de corrupção acabaram por acarretar à empresa.

Atuei como consultor e parecerista em diversos casos de corrupção corporativa, em sede judicial e extrajudicial, inclusive antes, no transcurso e após a celebração de acordos de leniência. Minha experiência profissional e atuação acadêmica nacional e estrangeira levam-me a indicar aquilo que aparentemente possa soar lugar comum: o acordo de leniência pode até finalizar uma fase de instabilidade que a empresa deseja superar rapidamente, mas os desafios que a ela se impõem no pós-leniência muitas vezes são maiores e muito mais complexos do que o processo de negociação da leniência possa eventualmente ter demonstrado. Por isso, a presença e o acompanhamento de *experts* externos à corporação podem ser cruciais para que a empresa possa retomar definitivamente, em um horizonte não muito longínquo e sem maiores perdas, o percurso para a sua mais completa reabilitação, revitalização e resgate reputacional.

[1] Sobre os 5 anos da LAC, cf. nosso

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI285444,21048->

[Lei+anticorrupcao+brasileira+completa+5+anos+a+corrupcao+diminuiu](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-aonde-caminha-a-lava-jato/) e sobre os 5 anos da Lava Jato, <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-aonde-caminha-a-lava-jato/>

[2] A lista de pontos de atenção pós-leniência é extensa, e dela tentaremos tratar nesta coluna em outras oportunidades, cabendo elencar, p. ex., a) revisão, revogação e desfazimento do acordo de leniência, b) efeitos extrapenais da colaboração premiada, c) efeitos sociais dos acordos de leniência, d) contratos de seguro *D&O* e acordos de leniência, e e) efeitos transnacionais dos acordos de leniência estrangeiros, entre muitos outros.

[3] A respeito da temática da concertação interinstitucional anticorrupção, cf. nosso

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+ac>

[4] É o caso que pode envolver a Odebrecht brevemente:

<https://www.bahianoticias.com.br/folha/noticia/43351-justica-aceita-pedido-de-recuperacao-judicial-da-odebrecht.html>

[5] A inspiração brasileira reside no *Independent Compliance Monitoring* norte-americano, implementado como método de acompanhamento de acordos de leniência pelo *DOJ* e *SEC*, cujas *guidelines* principais constam no *Memorandum Morford, Office of the Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, March 7, 2008*.

[6] Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHIEFLER, Gustavo H. C. Operações de fusão e aquisição e as intercorrências a partir dos acordos de leniência. In: CARVALHO, André Castro et al. (Coords.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Forense, 2019. p. 421-442.

[7] “Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: (...) XXII – pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia”.

[8] Além dos acordos de leniência, os denominados Termos de Autocomposição correntemente firmados pelos Ministérios Públicos Estaduais, também constituem-se fatos relevantes, a exemplo do firmado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e a CCR S.A. em 2018 (<http://ri.ccr.com.br/noticia/ccr-fato-relevante-5/>), o qual mesmo tendo sido homologado pela Justiça Paulista acabou sendo refutado pelo Estado de São Paulo (<https://br.reuters.com/article/idBRKCN1UE1EX-OB RTP>).

[9] Caso paradigmático é o envolvendo Âmbar Energia Ltda. e PETROBRAS, em trâmite na Justiça Fluminense, no qual a estatal petrolífera rescindiu contrato celebrado com a Âmbar, em virtude de interpretação de preexistente cláusula contratual anticorrupção, considerando motivo rescisório fatos revelados pelo acordo de leniência firmado pelo MPF e a J&F (Agravamento nº 0050528-43.2017.8.19.0000).

Date Created

28/08/2019