

Por uma norma geral de acordos para ilícitos corporativos

Spacca



As novidades recentes introduzidas pela Lei nº 12.846/2013

no combate a ilícitos corporativos (*in casu*, corrupção), com a possibilidade de celebração de acordos de leniência, impulsionou, no Brasil, o desenvolvimento de uma cultura de acordos administrativos para ilícitos corporativos e de expansão de conceitos de justiça negociada.

Fato é que essa possibilidade de acordo de leniência para atos de corrupção não constava do projeto de lei original (PL 6286/2010), e ela foi incluída inspirada no programa de leniência já existente para as infrações contra a ordem econômica há quase duas décadas. Isso fez com que o modelo brasileiro ficasse ligeiramente diferente do modelo norte-americano no qual a praxe brasileira para celebração de acordos acabou se inspirando posteriormente. Essa inspiração antitruste acabou trazendo algumas idiossincrasias brasileiras na celebração de acordos em sede de corrupção, como o enfoque na necessidade de a empresa ser a primeira a colaborar[1].

No país norte-americano, o *leniency program* não se aplica para esses ilícitos corporativos fora do direito antitruste, e toda uma tipologia de acordos foi desenvolvida ao longo das décadas pelas autoridades do país para que as empresas possam colocar termo à discussão (ou, como eles dizem, *settle the case*).

Lá, é possível, por exemplo, a autoridade não exercer o seu poder persecutório por meio de um *declination*; ou, então, de não processar a empresa, mesmo mantendo o direito de propor acusações (*non-prosecution agreement* – *NPA*). Também há possibilidade de celebrar um *deferred prosecution agreement* – *DPA*, com a diferença de que, nesse caso, existe o processo, mas ele é diferido por conta do acordo. Também existem os *plea agreements* e as *cease and desist orders*[2]. Em resumo, há um leque de opções em acordos que é utilizado pelas autoridades em casos de ilícitos corporativos – e isso não se

restringe apenas ao combate à corrupção, sendo também utilizado em outros ilícitos, como falhas na prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (AML/CFT), por exemplo. Geralmente, ninguém quer levar o caso a um *trial*, nem empresa, nem autoridades, por entenderem que esse é o método mais eficiente para a resolução do problema.

No Brasil, com o desenvolvimento doutrinário do direito administrativo no sentido de que há necessidade de exigência específica de lei para transações administrativas, haja vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, os acordos para ilícitos administrativos ficaram um pouco adstritos ao seu marco normativo próprio, impondo algumas questões controvertidas em casos específicos. Uma delas, por exemplo, é que algumas leis, em razão do momento histórico que foram concebidas[3], restringem a celebração de acordos (tal como o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92) – limitação esta que tentou ser suprimida pela Medida Provisória nº 703, de 2015, mas que acabou não vingando, reforçando a tese da derrogação do dispositivo com o advento da nova legislação que trata do tema[4].

Outra das questões que merece destaque é o desafio na coordenação entre órgãos, inclusive no âmbito interfederativo, o que implica certa insegurança jurídica para a parte que firma um acordo dessa natureza – conforme já tratamos em outra oportunidade[5]. Um acordo celebrado na esfera federal não torna “preventivo” aquele nível federativo para os fatos ilícitos em questão, permitindo medidas sancionatórias oriundas de outras autoridades regionais e locais. Isso é ligeiramente diferente do que ocorre em outros países, como nos EUA, visto que os acordos são celebrados com o país, e não com os órgãos – nos EUA, aparentemente, a teoria de Otto Gierke da imputação volitiva funciona melhor do que por aqui. É certo que, para endereçar esse problema, seria necessária uma reforma constitucional de maneira a conformar a competência (sem suprimi-la) de cada um dos entes federativos, o que não é o propósito deste texto.

O objetivo aqui é chamar a atenção para a necessidade de um marco normativo específico, mas abrangente (a fim de trazer a previsibilidade e segurança jurídicas necessárias, juntamente com a amplitude na sua aplicação)[6], para a celebração de acordos em geral em sede de ilícitos administrativos, sobretudo com o crescimento de tipificação de ilícitos administrativos no Brasil nos últimos anos[7]. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 3º, § 2º, proclama pela solução consensual dos conflitos por parte do Estado. Logo, é necessário que o uso de acordos entre Estado e empresas infratoras seja estimulado, para cada vez mais trazer a pacificação dos conflitos e o soerguimento da empresa depois de dificuldades experimentadas por conta de falhas em relação a ilícitos corporativos.

Além disso, o acordo pode ser instrumento catalisador de mudanças significativas nas empresas, o que, por vezes, não se atinge na mera aplicação das sanções administrativas. É praxe nos acordos, seja no Brasil ou no exterior, a exigência de um aprimoramento do programa de compliance anticorrupção (*Anti-Bribery & Corruption Compliance*, ou *AB&C Compliance*)[7] segundo as melhores práticas de mercado, ou até mesmo de acordo com normas internacionais de padronização, como a ISO 19600 e a ISO 37001. Os acordos, igualmente, conseguem extrair, de maneira muito eficiente, o *tone at the top* em relação ao programa de compliance anticorrupção, visto que eles colocam holofotes na empresa e deixam o assunto mais evidenciado à alta administração.

O acordo, portanto, pode proporcionar resultados mais satisfatórios para ambas as partes do que o

simples exercício do direito sancionador pelo Estado.

Nesse sentido, a ausência de uma norma geral para acordos administrativos para ilícitos corporativos é sentida quando, por exemplo, deparamo-nos com a Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei nº 13.709/2018. O art. 52 da LGPD veicula as sanções administrativas que podem ser aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que envolvem advertência, multa, publicização da infração, bloqueio e eliminação de dados pessoais. Porém, a norma não vislumbra nenhuma possibilidade específica de celebração de acordos com as empresas para que se estimule o aprimoramento dos procedimentos internos e o programa de governança em privacidade da empresa, por exemplo, o que é justamente o foco da LGPD. Conforme comentado, contar somente com a previsão genérica do art. 26 da LINDB é algo arriscado para as partes em termos de segurança jurídica.

A LGPD é apenas um exemplo de normas que estão surgindo no contexto de intensificação da responsabilização corporativa das empresas – e cuja tendência deve continuar na próxima década com a intensificação internacional para o combate a ilícitos corporativos, como corrupção (a pública e a privada), lavagem de dinheiro, evasão fiscal, financiamento ao terrorismo, violação de privacidade, dentre outros.

É crucial, portanto, que fomentemos a discussão da necessidade de uma norma geral de acordos administrativos que permita às autoridades lidar com esses problemas de maneira mais eficiente e com a necessária segurança jurídica, visando sempre a preservação da empresa e o seu *going concern*[8]. A Lei da Liberdade Econômica, ao introduzir o art. 49-A e alterar o art. 50 do Código Civil, resgata novamente a importância da função social da empresa, deixando claro que ela não se confunde com a figura de seus sócios e administradores. No direito tributário, é célebre a frase do Chief Justice John Marshall no sentido de que “o poder de tributar envolve o poder de destruir”. Da mesma maneira, podemos dizer que o poder de sancionar pode também envolver o poder de destruir uma empresa – e esse poder de destruir não é a *mens legis* de nenhuma dessas legislações corporativas que estão surgindo no século XXI.

[1] Cf., com relação ao histórico, SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 80 et seq.

[2] Cf., a respeito do tema, VENTURINI, Otávio; CARVALHO, André Castro; MORELAND, Allen. Aspectos gerais do U. S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). In: CARVALHO, André Castro; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio (coords.). *Manual de compliance*. São Paulo: Gen Editorial, 2018, p. 343 et seq.

[3] Cf., com relação ao movimento legislativo anticorrupção da década de 1990, NOHARA, Irene Patrícia. Lei anticorrupção empresarial e compliance: programa de compliance efetivo e cultura de integridade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coords.) *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: RT, 2018, p. 33.

[4] Cf. a crítica de TAMASAUSKAS, Igor. Lei 12.846, ano 5, e novas relações entre Estado e empresas. *Consultor Jurídico*. 21 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/lei-12846-ano-novas-relacoes-entre-estado-empresas>>

>. Acesso em: 27 set. 2019.

[5] Cf. CARVALHO, André Castro. Acordos de leniência: recomendações da OCDE. *O Estado de São Paulo*. A2. 15 fev. 2019. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,acordos-de-leniencia-recomendacoes-da-ocde,70002721980>>. Acesso em: 27 set. 2019.

[6] Tendo em vista que o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que poderia fazer essa função, é dispositivo extremamente genérico e não traz a segurança jurídica necessária para as partes celebrarem acordos em sede de ilícitos corporativos, onde o clamor público costuma ser relevante e tem maior potencial de influenciar as decisões a serem tomadas pelas partes.

[7] Denominado pela legislação brasileira como “programa de integridade”.

[8] Gustavo Justino de Oliveira ("Pós-acordo de leniência": desafios das empresas para sua reabilitação. *Consultor jurídico*. 28 ago 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/pos-acordo-leniencia-desafios-empresas-reabilitacao>) chama a atenção para o *regulation by prosecution* por meio de acordos de leniência.

Date Created

02/10/2019