

Restituição de lucros indevidos em casos de fraude e corrupção no Brasil e nos Estados Unidos

13.10.2020 7 minutos de leitura

Autores

José Guilherme Berman

Áreas relacionadas

Compliance, Investigações e
Direito Sancionador

Assuntos

Compliance, Investigações e
Direito Sancionador José
Guilherme Berman

Uma decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA em junho passado pode ajudar a lançar luz sobre um tema que vem ganhando importância crescente no direito brasileiro: a restituição dos lucros indevidos decorrentes de atos de corrupção ou fraude envolvendo a Administração Pública brasileira.

A legislação brasileira não determina, de forma precisa, quais as consequências aplicáveis a contratos obtidos ilicitamente. Por exemplo, se uma empresa fraudula uma licitação e obtém, a partir dessa conduta, um contrato administrativo, o que se deve fazer quando o vício é descoberto depois que parte (ou todo) o objeto do contrato já tiver sido executado?

Pode parecer intuitivo dizer que o contrato deveria ser declarado nulo, e a empresa condenada a restituir tudo o que tivesse recebido. No entanto, esse resultado não seria justo ou apropriado juridicamente, uma vez que, nessa hipótese, teria havido a efetiva prestação dos serviços em benefício da Administração.

A Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, por meio da Instrução Normativa nº 2/2018, adotaram uma saída intermediária, ao prever que a restituição do lucro obtido a partir de contratos contaminados por fraude ou corrupção deve compor o cálculo do ressarcimento devido aos entes públicos lesados. Com isso, os custos efetivamente incorridos na execução do objeto contratual continuam sendo devidamente remunerados (como prevê o art. 20, § 3º, do Decreto nº 8.420/2015), mas evita-se que a empresa infratora obtenha vantagem a partir de instrumentos que podem ser considerados nulos. Por essa razão, nos acordos de leniência celebrados até aqui, uma parcela dos valores pagos às autoridades corresponde à restituição desses ganhos.

Em que pese a recente experiência decorrente dos acordos de leniência, fato é que não existe lei prevendo expressamente a restituição de lucros como uma espécie de sanção (ou ressarcimento) por atos ilícitos. Assim, diversas questões permanecem sem resposta, como saber para quem tais valores devem ser destinados ou como deve ser calculado o lucro indevido a ser restituído.

Nos Estados Unidos, a U.S. Securities and Exchange Commission (a “SEC”), a Comissão de Valores Mobiliários americana, é responsável por dar cumprimento às leis que regem o mercado de capitais por meio de procedimentos administrativos e civis (estes últimos, junto ao judiciário), dispondo para tanto de ferramentas que incluem a restituição de ganhos indevidos.

Como a SEC vem exigido a devolução de lucros indevidos – o chamado

disgorgement of ill-gotten gains – em casos de irregularidades financeiras há tempos, faz sentido analisar a decisão recente da Suprema Corte dos Estados Unidos (a “Suprema Corte”) no caso Liu v. SEC. Embora a decisão tenha suscitado perguntas que ainda não foram respondidas, ela traça princípios relevantes, que podem informar os debates no Brasil.

Em 2017, a Suprema Corte americana havia determinado no caso Kokesch v. SEC que restituição demandada pela SEC em procedimentos civis, sob o amparo do artigo 2462 do 28 U.S. Code, constitui “punição” e, portanto, se sujeita ao período prescricional de cinco anos. Antes de Kokesch, a SEC frequentemente demandava a restituição da totalidade de ganhos indevidos, ainda que a irregularidade tivesse ocorrido muitos anos antes. No entanto, a Suprema Corte não havia delineado limites ao conceito de restituição em ações judiciais no caso Kokesch.

No começo deste ano, o caso Liu v. SEC deu à Suprema Corte a oportunidade de esclarecer se e, em que medida, a SEC pode recorrer à autoridade de juízes federais de conceder equitable relief – uma espécie de tutela de equidade –, sob o amparo do artigo 78u(d)(5) do 15 U. S. Code, para demandar a restituição de lucros indevidos. Na decisão, a Suprema Corte concluiu que “restituição que não exceda os lucros líquidos do réu e seja restituída às vítimas” constitui tutela de equidade permitida. Noutras palavras, embora tenha confirmado o poder da SEC de demandar restituição por equidade em procedimentos civis, a Suprema Corte impôs parâmetros que limitam o alcance dessa restituição. Esses parâmetros se aplicam, por exemplo, quando a SEC busca restituição de ganhos indevidos por meio de fraude ou corrupção.

Liu v. SEC trata de uma suposta fraude perpetrada por Charles Liu e sua esposa. O casal teria solicitado 27 milhões de dólares de investidores estrangeiros com base em um programa do governo americano que permite que estrangeiros pleiteiem residência permanente em troca investimentos em projetos que promovam desenvolvimento econômico. Após uma investigação, a SEC concluiu que o casal teria aplicado apenas uma fração dos fundos recebidos ao projeto em questão, embolsando o restante. Em vista disso, a SEC demandou solidariamente do casal a restituição da totalidade dos fundos arrecadados junto aos investidores. Como os memoriais das partes careciam de detalhes e elementos suficientes para uma determinação mais específica, a Suprema Corte se limitou a delinear os princípios decisórios a serem seguidos pelo juízo de primeira instância ao qual o caso foi devolvido.

Como princípio geral, a Suprema Corte decidiu que ordens de restituição constituem tutela por equidade apropriada quando estiverem limitadas aos lucros líquidos do réu e os lucros em questão forem devolvidos às vítimas, confirmando – mas, também, delimitando – a autoridade da SEC. A Suprema Corte então aplicou esse princípio a três objeções formuladas por Liu e sua esposa, concluindo que a SEC poderá exceder sua autoridade de demandar restituição se: (1) exigir que os lucros do(s) réu(s) sejam depositados junto ao tesouro americano, e não devolvidos às vítimas; (2) impuser responsabilidade solidária a réus que não atuaram de forma concertada; ou (3) se recusar a deduzir despesas legítimas do(s) réu(s) do valor da restituição.

Em conjunto, esses princípios podem ter o efeito prático de limitar a autoridade da SEC para demandar restituição em diversos cenários, como casos de corrupção envolvendo o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) – a lei

americana usada no combate à corrupção de agentes públicos estrangeiros (i.e., não americanos), que foi empregada em uma série de perseguições e acordos recentes envolvendo empresas brasileiras, inclusive empresas que negociam American Depositary Receipts (ADRs) em bolsas de valores nos Estados Unidos.

A segunda e terceira partes do teste não suscitam obstáculos significativos para a aplicação do FCPA pela SEC. A terceira parte do teste – a dedução de despesas legítimas – não deve ser complexa, já que a SEC historicamente costuma calcular lucros líquidos em casos de FCPA, mas *Liu v. SEC* pode encorajar réus a tentar expandir o conjunto de despesas dedutíveis. A segunda parte do teste – a imposição de responsabilidade solidária apenas quando os réus agem de forma concertada – dependerá das circunstâncias específicas de cada caso. É a primeira parte do teste – a devolução dos valores restituídos às vítimas – que tende a ser mais desafiadora para a SEC, visto que os valores restituídos em casos de corrupção sob o FCPA costumam ser depositados junto ao tesouro americano, dada a dificuldade em identificar as vítimas nominalmente.

Caberá, portanto, aos juízos de primeira e segunda instância interpretar a decisão da Suprema Corte em *Liu v. SEC* e definir mais pormenorizadamente a autoridade da SEC para demandar restituição em tais casos. Por ora, algumas questões importantes permanecem em aberto. Em primeiro lugar, se, e em que medida, a decisão se limita a demandas por restituição em procedimentos civis, perante o judiciário, ou se também se aplica a procedimentos administrativos, no âmbito da SEC. Em segundo lugar, se, na prática, em resposta à decisão da Suprema Corte, a SEC aumentará o valor das multas civis impostas em seus casos, de forma a compensar monetariamente as restrições aplicáveis ao seu poder de demandar restituição. E, por fim, se a SEC se absterá de demandar restituição em casos em que não consegue identificar ou distribuir ganhos restituídos às vítimas, ou se irá encontrar um caminho alternativo, compatível com os princípios estabelecidos pela Suprema Corte, como, por exemplo, depositar valores restituídos em programas ou fundos de proteção a investidores, e não no tesouro americano.

No Brasil, o caminho parece ser mais longo – muitas dessas questões sequer começaram a ser enfrentadas. O que se pode afirmar é que, nos termos da legislação em vigor, a restituição dos lucros indevidos resultantes de contratos contaminados por fraude ou corrupção deve ser considerada como a consequência lógica da sanção de perda dos bens ilicitamente obtidos, a qual está prevista tanto na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 12, I e II) quanto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013, art. 19, I). Em ambos os casos, não se trata de sanção que possa ser imposta administrativamente – depende, portanto, da propositura de ação judicial própria por parte dos legitimados para tanto. Outros parâmetros, como os limites, base de cálculo e destinação desses valores, ainda precisam ser definidos. O direito comparado, como sempre, pode ser uma ferramenta útil para tais desenvolvimentos.

*Nosso sócio da área de Compliance, Investigações e Direito Sancionador, José Guilherme Berman é coautor deste artigo junto à Andrew M. Levine e Daniel Aun, integrantes da equipe de White Collar & Regulatory Defense do escritório de advocacia internacional Debevoise & Plimpton LLP, nos Estados Unidos. A publicação foi veiculada pelo Estadão em 09/10/2020. Clique aqui e confira a matéria na íntegra.

Profissionais que aliam visão jurídica e visão de mercado



José Guilherme Berman