

PROJETO DE LEI DO SENADO N° , DE 2019

Altera dispositivos da Lei nº 12.846, de 2013, para prever a restituição de incentivos financeiros (clawback) devidos ou pagos a dirigentes e administradores, em caso de atos cometidos contra a administração pública.



SF/19521.30792-92

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 12.846, de 2013 passa a vigorar com a inclusão do artigo 24-A, com a seguinte redação:

“Art. 24-A. A pessoa jurídica poderá recuperar a totalidade dos bônus, gratificações, participações nos lucros e qualquer outro meio de incentivo financeiro adicional à remuneração-base, que tenham sido pagos aos seus dirigentes, administradores e demais pessoas referidas no §3º do art. 5º, com ou sem vínculo empregatício, sempre que:

I – houver previsão em políticas internas, em acordos coletivos ou em contratos celebrados com as pessoas mencionadas no caput deste artigo, de que o direito ao recebimento dos incentivos financeiros adicionais à remuneração-base está condicionado ao não envolvimento de seus beneficiários nos atos previstos no art. 5º desta Lei;

II – ficar caracterizada a participação das pessoas referidas no caput, por ação ou omissão, de caráter culposo ou doloso, em quaisquer dos atos previstos no art. 5º desta Lei; e

III – comprovar-se que a pessoa jurídica realizou procedimentos administrativos internos apropriados para a apuração do envolvimento das pessoas referidas no caput nos atos previstos no art. 5º desta Lei, com base em regulamentos e políticas internas que assegurem a ampla defesa e o contraditório.

§ 1º Os incentivos passíveis de recuperação são todos aqueles que tiveram origem no exercício social em que houve a participação de seus beneficiários nos atos previstos no art. 5º desta Lei, limitados aos três exercícios sociais que antecedem o início de tal apuração

§ 2º Na ausência da previsão a que se refere o inciso I deste artigo, a pessoa jurídica poderá recuperar os valores que não teriam sido pagos sem a prática dos atos previstos no art. 5º desta Lei.



SF/19521.30792-92

§ 3º A previsão referida no inciso I deste artigo poderá ser pactuada em qualquer momento da relação contratual, não se presumindo tal como vício de consentimento ou alteração lesiva aos contratos de trabalho ou demais contratos então vigentes.

§ 4º A restituição de incentivos financeiros poderá se dar por meio de compensações envolvendo incentivos financeiros futuros, caso os envolvidos não tiverem sido desligados de suas atividades.

§ 5º Exceto nos casos em que houver coautoria, colaboração, conivência, atuação conjunta ou ciência sobre a prática dos atos previstos no art. 5º desta Lei, a responsabilidade das pessoas mencionadas no caput será individual e não solidária.

§ 6º O pagamento do incentivo em qualquer exercício ou a aprovação das contas dos administradores não prejudicará o direito à recuperação dos valores pagos, nos termos desta Lei.

§ 7º As pessoas jurídicas que incluírem a cláusula de recuperação de incentivos no contrato com as pessoas referidas no “caput” e, tomando ciência da prática dos atos previstos no art. 5º desta Lei, decidirem não a executar e não perseguir a restituição de incentivos financeiros indevidos, deverão dar publicidade dessa decisão aos sócios ou acionistas da pessoa jurídica, mediante deliberação do órgão competente, que deverá ser levada a registro no órgão competente.

§ 8º Prescreverá em 5 (cinco) anos, contados do encerramento exercício social em que houve a participação de seus beneficiários em atos contra a administração pública, o direito de as pessoas jurídicas cobrarem a devolução dos incentivos passíveis de recuperação nos termos deste artigo 24-A.

§ 9º A sanção prevista neste artigo não substitui nem prejudica o direito da pessoa jurídica de promover ação de indenização contra seus dirigentes, administradores e demais pessoas referidas no §3º do art. 1º da Lei n. 12.846/2013, incluindo ação de responsabilidade civil contra o administrador para requerer a restituição de remuneração paga em excesso, com base no disposto no art. 159 da Lei n. 6.404/76.

§ 10. A existência e efetiva aplicação de cláusula de recuperação de incentivos nos contratos com dirigentes, administradores e demais pessoas referidas no §3º do art. 5º da Lei n. 12.846/2013 deverá ser ponderada na determinação da multa decorrente desta Lei.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Trata-se de proposta legislativa extraída do documento “Novas Medidas Contra a Corrupção”, fruto de grandes esforços envolvendo 373 organizações civis e mais de 200 indivíduos com larga experiência, sob a coordenação da Transparência Internacional Brasil e das Escolas de Direito Rio e São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Esse processo produziu 70 sugestões, materializadas em projetos de lei, propostas de emenda à Constituição e resoluções que tratam de temas diversos como eleições, persecução criminal, transparência e integridade no setor privado.



SF/19521.30792-92

Assim, ao apresentar algumas dessas propostas, homenageio essas pessoas e instituições por seu nobre intuito de buscar modificar este País; pela crença de que a transformação social pode sim ocorrer; pela virtude de perseguir o interesse público, de valorizar a ética e a integridade que tanto têm faltado a parte dos gestores públicos do Brasil.

A proposição ora apresentada versa sobre a possibilidade de *clawback*, ou recuperação de incentivo financeiro dos Executivos que tenha como base um ato fraudulento, não é novidade. Já existe nos Estados Unidos, e o Brasil possui iniciativas que demonstram preocupações nesse mesmo sentido. Nessa direção, propõe-se a introdução do *clawback* no ordenamento jurídico brasileiro, mediante alteração da Lei nº 12.846 de 2013, e que sejam realizadas alterações no Código de Governança Corporativa para Companhias Abertas e, por consequência, no Anexo 29-A da Instrução Normativa 480/2009 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A instrução normativa 480/2009 da CVM e a Resolução nº 3.921, de 2010 do Banco Central, ainda que, no caso desta última, somente em relação às instituições financeiras, mostram uma preocupação dos órgãos reguladores quanto à necessidade de transparência quanto à remuneração de seus executivos. No mesmo sentido, o Regulamento do Novo Mercado, vigente desde 2018, inclui esse mesmo requisito para empresas de capital aberto com maior sofisticação no âmbito da governança corporativa. A transparência quanto à remuneração dos executivos é parte também do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa emitido pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).

A possibilidade *clawback* está presente em discussões atuais no Brasil, tendo sido, inclusive, mencionada no relatório final da “CPI BNDES”

(datado de fevereiro de 2016), resultado da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades envolvendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, ocorridas entre 2003 e 2015, relacionadas à concessão de empréstimos suspeitos e prejudicais ao interesse público.

Na indústria bancária também é recomendado o uso das chamadas *clawback provisions*, cláusulas contratuais incluídas em contratos de empregados de instituições financeiras que asseguram ao empregador a possibilidade de limitar bônus, gratificações ou outras espécies remuneratórias em caso de mudanças drásticas no rumo dos negócios. Se um produto adquirido tem bom desempenho por dois anos, mas após esse período – mesmo muitos anos depois – passa a produzir prejuízos ou variações patrimoniais negativas, a firma tem o direito de revogar ou mesmo retomar, total ou parcialmente, bônus pagos anteriormente. Inibe-se, dessa maneira, o risco de que operações com potencial de gerar altos retornos no curto prazo, mas insustentáveis em horizonte mais amplo, sejam aprovadas pelos administradores de bancos.

Na parte de recomendações desse mesmo relatório, afirmou-se que “mecanismos de remuneração devem ser sensíveis ao horizonte temporal dos riscos assumidos em decorrência de determinada operação. Essa é uma das orientações do Comitê de Estabilidade Financeira da Basileia (Financial Stability Board, ou FSB), referendada pelo Fundo Monetário Internacional. É preciso evitar que executivos aprovem operações de longo prazo pensando apenas em resultados imediatos, ainda que, em longo prazo, a contratação possa ser prejudicial para a instituição financeira em que trabalham”.

Nos Estados Unidos, a lei Sarbanes Oxley (SOx), desde 2002, traz a possibilidade de recuperar incentivos financeiros pagos a *Chief Executive Officers* e *Chief Financial Officers* que tivessem ativamente contribuído para mascarar os resultados de uma empresa, enquanto a *Dodd Frank*, de 2010, ampliou as possibilidades de recuperação de valores aos demais cargos e incluiu a desnecessidade de comprovação quanto ao dolo ou envolvimento ativo por parte deles.

Estudos sobre o anúncio da adoção de *clawback* realizados por empresas abertas nos Estados Unidos demonstram estatísticas de reação favorável do mercado à implementação desse tipo de ferramenta.

Conforme pesquisa realizada nos Estados Unidos, após a entrada em vigor do *Dodd Frank*, “[...] aproximadamente 73% das cem maiores



SF/19521.30792-92

empresas ranqueadas pela Fortune possuíam cláusulas de *clawback* em 2009, contra 18% em 2006”.

Além disso, a referida cláusula tem sido muito utilizada lá em decorrência da violação de padrões éticos das companhias.

Entendemos que há possibilidade de expandir o conceito de *clawback* já reconhecido no mercado financeiro brasileiro a outras indústrias, como já é feito nos Estados Unidos.

O modelo proposto baseia-se no instituto norte-americano, mas busca aperfeiçoá-lo. Nos Estados Unidos, o executivo deve devolver o bônus se for feita retificação das demonstrações financeiras, sem necessidade de prova de ação ou omissão, ou, mesmo, de atos de corrupção. Contudo, tal modelo fica restrito a empresas com demonstrações financeiras publicadas e auditadas. Além disso, a punição de todos os executivos pela conduta de um deles não só pode ser interpretada como injusta, mas também gera um efeito rebote, já que a revelação do ato passa a ser desinteressante para uma grande quantidade de pessoas influentes dentro da empresa. O modelo proposto evita esses pontos negativos e, como medida de incentivo, traz a possibilidade de redução de pena da Lei Anticorrupção para empresas que adotam sistemas de *clawback*.

No caso da Lei nº 12.846, de 2015, a expansão do *clawback* traz uma nova roupagem a essa ferramenta, atrelada a atos praticados contra a administração pública, com o objetivo de evitar que executivos cometam atos dessa natureza visando a incentivos financeiros pessoais a que fariam jus regularmente, se os resultados da pessoa jurídica tivessem como base atos lícitos.

Nesse sentido, a ideia é trazer responsabilização à tomada de decisão do executivo, fazendo com que seja possível recuperar incentivos financeiros alcançados com base em resultados contaminados por atos ilícitos praticados contra a administração pública.

Essa proposta busca trazer uma sanção ao Executivo, espelhando para a seara particular a conduta já penalizada quando o agente público comete ato de improbidade. Vejamos:

 SF/19521.30792-92

A improbidade administrativa caracterizar-se-ia por ação ou omissão dolosa do agente público, ou de quem de qualquer forma concorresse para a realização da conduta, com a nota imprescindível da deslealdade, desonestade ou falta de caráter, que visse a acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao patrimônio das pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da LIA, ou ainda, que violasse os princípios da Administração Pública, nos termos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da citada lei.

No caso, o agente seria o executivo que, por ação ou omissão, e com violação de seus deveres fiduciários da Lei nº 6.404, de 1976, e visando acarretar enriquecimento ilícito, pratica os atos previstos no art. 5º da Lei 12.846, de 2013.

Propõe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro – ao contrário do que foi introduzido pela Dodd Frank –, mantenha-se a necessidade de comprovação do vínculo entre o ato contra a administração pública que teve impacto nos resultados e gerou incentivos financeiros ao executivo e a ação ou omissão por parte do executivo beneficiado.

Assim, o executivo que, por meio de ação ou omissão, culposa ou dolosa, tiver participação na conduta ilícita (contra a administração pública) que impactou nos resultados e acarretou incentivo financeiro a ele, poderá ter esses valores recuperados pela pessoa jurídica, obedecendo aos princípios do devido processo legal.

A proposta é que a pessoa jurídica não necessite se socorrer de medida contenciosa (judiciária ou arbitral) para que exista a recuperação dos valores pagos nos anos em que os resultados foram majorados pelo ato ilícito, em relação aos responsáveis pelo ato que receberam tais recursos. Há necessidade, todavia, de um processo interno, com base em respectiva política formal, que, de maneira diligente, proba e fundamentada, traga tanta agilidade para essa ferramenta quanto seja segura e respeite os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Não se entende que seja possível delimitar um processo interno único a ser seguido pelas pessoas jurídicas. Elas podem se munir dos recursos que julgarem mais adequados para determinar o cálculo dos valores a serem recuperados e o método de recuperação dos valores (pagamento por parte do executivo).



SF/19521.30792-92

Entende-se que o meio pelo qual as companhias implementarão as restituições de incentivos financeiros deverá observar o contexto fático de cada caso, sobretudo se os executivos serão ou não afastados de suas atividades, o que poderá implicar ausência de remuneração-base mensal e impedir o ajuste por meio de compensações periódicas a serem previamente estabelecidas com o executivo.

Por fim, foi incluído um período de *vacatio legis*, de modo a permitir que as pessoas jurídicas de direito privado possam se adequar à nova lei, passando a estabelecer políticas de *clawback*, o que, sob a égide da nova legislação, pode inclusive mitigar eventual multa decorrente de violação da Lei nº 12.846, de 2013.

Sala das Sessões,

Senador ALESSANDRO VIEIRA



SF/19521.30792-92