

<b>ATOS DE CORRUPÇÃO</b> <b>DEVER DO ADMINISTRADOR DE ATUAR NO INTERESSE DA COMPANHIA</b> <b>PRINCÍPIO DO <i>NON BIS IN IDEM</i></b> <b>PROVA INDICIÁRIA</b> <b>PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i></b> <b>DIREITO DE CONFIAR (<i>RELIANCE DEFENSE</i>)</b>	
<b>CASO EMBRAER – PAS CVM Nº RJ2015/1760</b>	
<b>Acusados:</b> Luiz Carlos Siqueira Aguiar Orlando José Ferreira Neto	<b>Membros do Colegiado presentes:</b> Gustavo Borba Henrique Machado Pablo Renteria
<b>Data do julgamento:</b> 11 de setembro de 2018	<b>Diretor Relator:</b> Pablo Renteria

**ASSUNTO:**

Trata-se de processo administrativo sancionador instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) para apurar a responsabilidade de Luiz Carlos Siqueira Aguiar (“Luiz Aguiar”), na qualidade de Diretor Vice-Presidente para o Mercado de Defesa entre 01.04.2006 e 01.01.2009, e Diretor Vice-Presidente Financeiro e de Relações com Investidores eleito em 12.12.2008, bem como de Orlando José Ferreira Neto (“Orlando Neto”), na qualidade de Diretor Vice-Presidente para o Mercado de Defesa, com mandato iniciado em 01.01.2009, da Embraer S.A. (“Embraer” ou “Companhia”), pelo descumprimento do art. 154 da Lei nº 6.404/76.

**FATOS:**

Este processo teve origem em denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (“MPF”) envolvendo a prática de corrupção ativa em transação comercial internacional por funcionários e administradores da Embraer. Em 08.08.2014, o MPF propôs ação penal pública incondicionada contra oito empregados e administradores da Embraer devido ao suposto pagamento de, aproximadamente, US\$ 3.520.000,00 de propina a C.P.N. (“Cel. P.”), Coronel

da Força Aérea Dominicana e Diretor de Projetos Especiais do Ministério das Forças Armadas Dominicanas, com o objetivo de que o Cel. P. viabilizasse a aquisição e transação, pela República Dominicana, de oito aeronaves militares Super Tucano da Embraer no valor total de US\$ 92.000.000,00.

A Embraer destacou que a investigação interna havia apontado atuação do Cel. P. como ponto de contato principal do governo dominicano, representando-o para os fins da realização da transação, tendo exigido da Companhia pagamento no montante de US\$ 3.520.000,00, relativos a serviços prestados no contexto da transação. Contudo, a investigação interna independente não teria fornecido informações conclusivas a respeito da natureza dos serviços prestados à Embraer, nem de sua efetiva prestação. A investigação interna não logrou identificar os beneficiários finais de tais pagamentos.

Em 06.11.2014, a SEP solicitou à Companhia relatório final produzido pela investigação interna, acompanhado dos documentos em que se fundamentam e do material apresentado pelos escritórios de advocacia. A resposta da Embraer foi de que não havia um relatório final sobre a investigação interna e que os documentos de suporte não estavam sob sua posse, esclarecendo que as discussões entre os escritórios de advocacia e a administração não estavam contidas em nenhum material escrito, já que foram realizadas oralmente.

A SEP solicitou, aos administradores da Companhia, manifestação acerca da participação no processo para a efetivação dos supostos pagamentos irregulares. Em 13.01.2015, Luiz Aguiar alegou que não houve qualquer pagamento realizado a empresas ou indivíduos da República Dominicana, já que a venda foi realizada sem a necessidade de representante comercial. Acrescentou, também, que, desde que começou a exercer o cargo de Diretor Vice-Presidente Executivo Financeiro e de Relações com o Mercado, não teve conhecimento nem participação no processo de pagamento à empresa ou a indivíduo do referido país.

A SEP levou em consideração o que a Embraer pôde apurar em sua investigação interna, e constatou ter sido o Cel. P. quem exigiu o referido pagamento indevido, indicando três empresas sediadas na República Dominicana para receber tal montante: Ferrobooc, Magycorp e 4D Business Group S.A. Ao analisar o teor das mensagens eletrônicas, verificou que o Cel. P. haveria pressionado empregados da Embraer para receber vantagens indevidas e que, em determinado momento, um representante da Globaltix, empresa sediada no Uruguai, passou a servir de intermediário entre a Embraer e a República

Dominicana incumbindo-se da tarefa de viabilizar o pagamento do montante prometido.

### IMPUTAÇÃO:

Luiz Carlos Siqueira Aguiar, na qualidade de Diretor Vice-presidente para o Mercado de Defesa, Diretor Vice-Presidente Financeiro e de Relações com Investidores, e Orlando José Ferreira Neto, na qualidade de Diretor Vice-Presidente para o Mercado de Defesa, foram acusados de descumprir o art. 154 da Lei nº 6.404/76.

### QUESTÕES RELEVANTES:

Quais as principais orientações estabelecidas pelo art. 154 da Lei nº 6.404/76?

O que caracteriza o desvio de finalidade?

Quando aplicar o princípio do *non bis in idem*?

Quando o fato apurado administrativamente também configurar um ilícito penal, o julgamento da CVM deve aguardar a decisão definitiva do juízo criminal?

### ACUSAÇÃO:

**Vantagem indevida.** A SEP responsabilizou os acusados por praticar atos objetivando viabilizar o pagamento ao Cel. P. de vantagem indevida relacionada à venda de aeronaves à Força Aérea da República Dominicana, em descumprimento ao art. 154 da Lei nº 6.404/76.

### DEFESA:

#### DEFESA DE LUIZ AGUIAR

**Ausência de elementos que comprovem o conhecimento da natureza ilícita da operação.** Luiz Aguiar alegou que não figurava dentre as pessoas vinculadas à Embraer denunciadas na Ação Penal pelo MPF, que deu origem ao presente processo. Alegou que os elementos apontados como sua participação resumiam-se a quatro e-mails e duas assinaturas, que não evidenciariam que o defendente estava ciente das irregularidades em questão.

Sustentou que, embora as negociações referentes à Transação tenham ocorrido no período em que era Vice-Presidente Executivo para o Mercado

de Defesa e Governo, não era responsável pela operação, visto que se tratava de uma negociação de menor valor, e, portanto, ficava a cargo da área comercial da divisão de defesa da Companhia. O acusado alegou que sua responsabilidade, como Vice-Presidente Financeiro e de Relação com Investidores, era apenas a de verificar se todos os aspectos necessários à contratação do representante haviam sido preenchidos adequadamente, sustentando que não havia nenhum aspecto anormal que pudesse levá-lo a suspeitar da ocorrência de irregularidades.

**O cumprimento do art. 154.** A defesa afirmou que o acusado atuou de forma diligente, visando a atender aos fins e aos interesses da Companhia, pois observou as exigências do bem público e sua função social, não tendo conhecimento de que o negócio se destinaria ao pagamento de vantagens indevidas, visto que confiou nos funcionários e nos mecanismos de controles internos da Companhia, que, a seu ver, mostraram-se absolutamente eficientes.

**Prova indiciária e o princípio da presunção de inocência.** A defesa de Luiz Aguiar constatou que não há indícios “convergentes e unívocos” de que o acusado teria agido para viabilizar o pagamento de vantagem indevida. Ressalta que a prova indiciária somente é considerada suficiente para permitir a condenação quando há uma cadeia de indícios que relacione a atuação do acusado à infração praticada e quando não existem contra indícios que lancem dúvidas sobre a responsabilidade.

#### DEFESA DE ORLANDO NETO

O acusado alegou que a acusação de envolvimento no pagamento à empresa 4D não deveria prosperar, pois apenas recebeu informações superficiais acerca do assunto, que estava dentro da alçada de seus subordinados, não exigindo sua aprovação. Segundo as informações que recebeu, o pagamento do montante referia-se a serviços de consultoria prestados em campanha de venda de aeronaves concluída antes de sua gestão. O acusado, portanto, confiou nas informações que lhe foram prestadas. Em relação à contratação da Globaltix, a defesa reconheceu que Orlando Neto participou da aprovação, destacando não ser possível concluir que participou de qualquer esquema ilícito.

**Investigações paralelas em outros países.** Em razão de os Estados Unidos e a República Dominicana também estarem apurando a prática de conduta criminosa, a defesa entendeu que não há como três países distintos se acharem no direito de realizar investigações paralelas, aplicando penalidades pelos mesmos fatos.

**Inépcia da peça acusatória e ausência de base legal.** Entendeu que o termo de acusação seria peça inepta, sob o argumento de que não indicaria de modo claro e fundamentado a forma pela qual o acusado teria violado o art. 154 da Lei nº 6.404/76 – o que prejudicaria o exercício de seu direito de defesa.

**Prática de crime de corrupção.** Sustentou que se trata de um caso diferente dos demais julgados pela CVM, uma vez que o suposto descumprimento do art. 154 da lei societária decorreria da prática do crime de corrupção. A esse respeito, destacou que, da forma como a acusação foi construída, qualquer condenação administrativa implicaria também na condenação pela prática de conduta tipificada no art. 337-B do Código Penal. Por se tratar de delito penal, portanto, é competente sua análise por um juízo criminal. Sustentou, com base na manifestação do MPF e da PFE, que a configuração da ilicitude administrativa somente poderia ser apurada pela CVM após a decisão definitiva da ação penal em relação ao crime de corrupção.

**Impossibilidade de produção de provas, indícios e contra indícios.** Alegou que as mensagens eletrônicas apresentadas pela acusação como prova não apresentam indicação do pagamento de propina à República Dominicana, nem mesmo que tal pagamento teria sido feito por intermédio da Globaltix ou que o acusado tivesse conhecimento da referida “dívida” da Companhia. A defesa ressaltou que Orlando Neto se encontraria em situação desfavorecida, visto ter-se desligado da Embraer em 2011, não podendo recuperar as mensagens trocadas com outros funcionários da Companhia que pudessem evidenciar sua conduta durante o período em análise.

**Breves considerações sobre a indústria de defesa e a área de defesa da Embraer.** O acusado sustentou que a complexidade do mercado de defesa, e a forma como o departamento de defesa na Embraer era estruturado à época em que o acusado atuou como Vice-Presidente para o Mercado de Defesa, deveriam ser ponderadas no julgamento.

**Fatos narrados na acusação.** Destacou que, embora tenha sido eleito em dezembro de 2008, somente tomou posse do cargo de Vice-Presidente Executivo para o Mercado de Defesa em janeiro de 2009. Antes disso, era Diretor Geral da subsidiária da Embraer para a região da Ásia-Pacífico desde 2007. Em fevereiro, o acusado foi mencionado nas mensagens referentes à operação com a República Dominicana, especificamente sobre o pagamento realizado à empresa 4D no valor de US\$ 100.000,00. Para a defesa, nenhum conteúdo das

mensagens levaria à conclusão de que Orlando Neto estaria a par de qualquer “esquema”. Argumentou que, tendo em vista seu valor pouco expressivo frente ao contrato firmado com a República Dominicana, tal pagamento não gerou qualquer suspeita. Ainda sobre as mensagens, ressaltou que a do dia 18.02.2009 faz referência às diretrizes dadas pelo acusado para aperfeiçoar os controles internos da Embraer, a fim de evitar problemas, o que não denotaria nenhuma ilicitude, mas, ao contrário, uma preocupação em melhorar a governança da Companhia.

**Inaplicabilidade do art. 154.** A defesa sustentou que os atos praticados pelo acusado não podem ser tipificados como quebra dos deveres fiduciários com a Companhia, especialmente como desvio de finalidade previsto naquele dispositivo, e que a CVM deve aguardar a decisão transitada em julgado pela autoridade competente para julgar o ato ilícito. Alegou que uma condenação por violação ao art. 154 da lei societária inovaria com relação aos precedentes da CVM, por ser baseada em atos não praticados pelo acusado, mas sim por outros funcionários da Companhia, inclusive alguns que não eram seus subordinados.

#### ENTENDIMENTO DA CVM:

##### VOTO DO DIRETOR RELATOR PABLO RENTERIA

###### PRESUNÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO E VINCULAÇÃO À ESFERA PENAL

O Relator não acolheu a alegação de que o julgamento da CVM deveria aguardar a decisão definitiva do juízo criminal para analisar as responsabilidades no âmbito administrativo, por entender que prevalece o princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal.

###### VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*

O Relator afastou o argumento de que o princípio do *non bis in idem* estaria sendo violando, afirmando que, observado o princípio de independência das instâncias, a proibição ao *bis in idem* consiste na impossibilidade de um mesmo sujeito ser sancionado mais de uma vez, na mesma esfera de competência estatal e com base no mesmo fundamento jurídico, pela prática de determinado ato, destacando ser incontestável a competência territorial da CVM para atuar no caso, por se tratar de análise da conduta de diretores de uma companhia aberta com sede no Brasil.

### INÉPCIA DO TERMO DE ACUSAÇÃO

O Relator afastou a alegação de inépcia da acusação, afirmando que a mesma se baseou em provas abundantes, não ocorrendo qualquer cerceamento ao direito de defesa dos acusados.

### NÃO CONFIGURAÇÃO DE INDÍCIOS CONVERGENTES E SUFICIENTES

Quanto à afirmação de que os documentos que embasam a acusação não seriam consideráveis para formar indícios convergentes e suficientes acerca da materialidade e da autoria da infração, o Relator entendeu que a análise da suficiência dos elementos probatórios na caracterização da autoria e da materialidade do ilícito imputado confunde-se com o próprio mérito da acusação.

### MATERIALIDADE

O Relator entendeu que os elementos trazidos aos autos evidenciam a utilização de um estratagema para dissimular a realização de pagamentos indevidos a um funcionário público estrangeiro, no contexto da alienação das aeronaves Super Tucano para a Força Aérea da República Dominicana.

Ressaltou que a realização desses pagamentos, sem que houvesse qualquer comprovação dos serviços prestados em contrapartida ou da natureza dos serviços que teriam sido prometidos, foi confirmada pela Embraer em resposta a ofício da SEP. O conteúdo das diversas mensagens reproduzidas demonstra o esforço realizado por funcionários do Setor de Defesa da Embraer de “encontrar uma solução” para viabilizar os pagamentos destinados às sociedades apontadas pelo Cel. P., de tal modo que não fossem detectados pelos controles internos da Companhia, revestindo de aparente legitimidade o pagamento efetuado, mediante a emissão de uma *Purchase Order*. O Relator destacou, da troca de mensagens, o desconforto causado em certos funcionários, que se negam a participar do esquema ou pedem para serem poupados, clara indicação de que tinham consciência das irregularidades.

Por fim, o Relator considerou que recursos da Embraer foram transferidos em favor do Cel. P. mediante a execução de fraude sofisticada, envolvendo a interposição de intermediários (a Globaltix e as sociedades 4D, Ferroboc e Magycorp) e a simulação de despesas falsas (como comissões de venda e consultoria), de maneira a dissimular a finalidade e o beneficiário dos pagamentos, ludibriando os controles internos da Companhia.

### AUTORIA

O Relator destacou que Luiz Aguiar ocupou o cargo de Vice-Presidente para o Mercado de Defesa e Governo da Companhia entre 01.04.2006 e 01.01.2009, e que, durante sua gestão, transcorreu o processo de venda das oito aeronaves Super Tucanos para a Força Aérea da República Dominicana, cabendo-lhe coordenar a área comercial junto aos diretores regionais de vendas.

Para o Relator, a defesa apresentada por Luiz Aguiar é contraditória, pois, ao mesmo tempo em que nega responsabilidade pelas negociações, reconhece ter participado de tratativas negociais, em reuniões realizadas com a parte compradora. Além disso, apontou que não há prova de que existiam limites de alçada, conforme o valor da operação, que tivessem por efeito atribuir ao diretor regional não estatutário plena autonomia para conduzir a campanha de vendas na República Dominicana. Ao reverso, as informações constantes dos autos levam à conclusão de que tais regras não existiam no estatuto social nem em outro documento interno da Companhia. Ainda, encontra-se acostada aos autos correspondência eletrônica mantida entre o diretor regional não estatutário de vendas nas Américas, E.M., e Luiz Aguiar, que demonstram que este último acompanhava de perto a evolução das negociações. O Relator entendeu que as provas produzidas poderiam indicar que Luiz Aguiar tinha conhecimento de que, no curso da campanha de vendas da República Dominicana, haviam sido prometidos pagamentos em favor do Cel. P., bem como estava pessoalmente engajado em encontrar uma “solução” para contornar as regras e os controles internos da Embraer.

No entanto, reconheceu que as mensagens eletrônicas, apesar de serem indícios relevantes, não são suficientes, por si só, para demonstrar a participação efetiva do acusado na prática de atos destinados a viabilizar a realização de pagamentos irregulares, tal como sustentado pela acusação. O único ato efetivo de que se tem notícia é a assinatura, em 12.03.2010, dos documentos “*Authorization to Promote Sales of Embraer Aircraft*” e da “*Supplementary Provisions to our Reference Letter*”, que autorizaram a contratação da Globaltix para atuar como representante comercial na campanha de vendas da Jordânia, negócio aproveitado para dissimular o repasse de recursos para as sociedades vinculadas ao Cel. P.

O Relator destacou que existem circunstâncias a indicar que Luiz Aguiar pode ter assinado os documentos que autorizaram a contratação da Globaltix

sem ter conhecimento de que as comissões estipuladas em favor desta última escondiam o repasse irregular de recursos em favor de sociedades vinculadas ao Cel. P., visto que a contratação já havia sido previamente examinada e aprovada em diferentes instâncias da Companhia, gerando, assim, uma regularidade, ao menos aparente, na qual o acusado poderia legitimamente confiar.

Em relação a Orlando Neto, o Relator afirmou que sua participação no esquema fraudulento montado para viabilizar os pagamentos em favor do Cel. P. restou comprovada nos autos. O Relator verificou a extensa correspondência eletrônica entre funcionários subordinados do acusado, bem como mensagens trocadas com o Cel. P, tratando dos pagamentos devidos a este último, que demonstraram o envolvimento direto do acusado na trama montada para ludibriar os controles internos da Companhia e viabilizar a realização dos pagamentos em favor do Cel. P.

O Relator considerou que Orlando Neto foi o responsável por firmar, em 12.03.2010, na qualidade de Vice-Presidente para Mercado de Defesa e Governo da Embraer, o formulário de Contratação de Representante Comercial autorizando a Globaltix a atuar como representante comercial da Companhia perante a Força Aérea da Jordânia, permitindo a dissimulação dos pagamentos ajustados com o Cel. P. Apontou carta que lhe fora enviada por A.C., pouco mais de um mês depois da assinatura do contrato de representação comercial, solicitando a assinatura de Orlando Neto nos *invoices* referentes aos pagamentos de US\$ 2,5 milhões e US\$ 920 mil à Globaltix. O Relator entendeu devidamente comprovada a atuação de Orlando Neto a fim de viabilizar a realização dissimulada de pagamentos, sob a forma de consultoria e representação comercial.

#### **PENA:**

O Colegiado decidiu, por unanimidade:

- Condenar Orlando José Ferreira Neto, na qualidade de Diretor Vice-Presidente para o Mercado de Defesa, pela violação do art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76, à pena de inabilitação temporária, pelo prazo de cinco anos, para o exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta.
- Absolver Luiz Carlos Siqueira Aguiar, na qualidade de Diretor Vice-Presidente para o Mercado de Defesa, e de Diretor Vice-Presidente Financeiro e de Relações com Investidores, da violação do art. 154 da Lei nº 6.404/76.

#### **TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL:**

- O art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76, define que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.
- O desvio de finalidade não pressupõe que esteja presente interesse pessoal do administrador ou de quem o elegeu. Independentemente dessa circunstância, age com desvio de poder o administrador que desvirtua as atribuições do seu cargo para lograr fim estranho ao da companhia.
- Observado o princípio de independência das instâncias, a proibição ao *bis in idem* consiste na impossibilidade de um mesmo sujeito ser sancionado mais de uma vez, na mesma esfera de competência estatal e com base no mesmo fundamento jurídico, pela prática de determinado ato.

#### **OBSERVAÇÕES:**

##### **DOSIMETRIA**

O Relatou considerou, como atenuante, a primariedade de Orlando Neto. E, como agravante, a má-fé, o desvio de poder, a reprovabilidade da conduta fraudulenta, a importância dos controles internos no atual cenário jurídico brasileiro e as repercussões dos seus atos para a Companhia e para o mercado brasileiro em geral.

##### **TERMO DE COMPROMISSO**

Orlando Neto apresentou proposta de Termo de Compromisso, propondo-se a pagar R\$ 300.000,00. A PFE concluiu pela existência de óbice jurídico à sua celebração por não haver proposta de indenização dos prejuízos causados à Companhia. O Comitê de Termo de Compromisso propôs a rejeição da proposta, entendimento acompanhado pelo Colegiado em 22.03.2016.

#### **ANTECEDENTES JURISPRUDENCIAIS REFERIDOS:**

- Princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal: PAS CVM nº RJ2015/5002, julgado em 15.03.2016.
- Ainda que não haja previsão legal expressa sobre a aplicação do princípio do *non bis in idem* aos processos administrativos,

a impossibilidade de dupla apenação decorre do princípio da segurança jurídica: PAS CVM nº 02/09, julgado em 01.12.2010; PAS CVM nº 03/2006, julgado em 01.12.2010; PAS CVM nº 09/2006, julgado em 05.03.2013; PAS CVM nº RJ2012/1670, julgado em 29.07.2014; e, PAS 04/2010, julgado em 23.09.2014.

- Para a caracterização do *bis in idem*, ou dupla apenação, é necessário que se verifique a presença concomitante dos seguintes elementos: (i) identidade de sujeitos; (ii) identidade fática; e (iii) identidade de fundamentos jurídicos: PAS CVM nº RJ2012/1670, julgado em 29.07.2014; e, PAS CVM nº 04/2010, julgado em 23.09.2014.
- Acordo firmado com a *Securities and Exchange Commission* (SEC) em processo de natureza civil nos Estados Unidos não afasta a competência da CVM para apreciar o assunto na esfera administrativa: PAS CVM nº SP2007/0118, julgado em 26.02.2008.
- Cabe ao julgador tomar especial cuidado ao apreciar mensagens em que terceiros são mencionados, dado o risco de distorção daquilo que está sendo retransmitido: PAS CVM nº RJ2014/10082, julgado em 07.03.2016.
- Não é qualquer indício que enseja a condenação, mas apenas o conjunto de indícios graves, precisos e concordes que levem a uma conclusão robusta e fundamentada acerca do fato que se quer provar: PAS CVM nº 24/00, julgado em 18.08.2005; PAS CVM nº 06/95, julgado em 05.05.2005; e, PAS CVM nº 22/94, julgado em 15.04.2004.
- A existência de contra indícios suficientes para causar dúvida razoável no julgador deve conduzir à absolvição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.: PAS CVM nº 06/95, julgado em 05.05.2005.
- O exame do desvio de poder não depende do interesse do administrador ou de quem o tenha elegido. A sua natureza é distinta, assim como o seu alcance, vinculando o exercício das atribuições do cargo à perseguição do interesse social, e proibindo, dessa maneira, o administrador de se valer da posição que ocupa dentro da empresa para buscar outra finalidade: PAS CVM nº 03/96, julgado em 08.07.2004; PAS CVM nº RJ2011/5211, julgado em 01.07.2015; e, PAS CVM RJ2013/6183, julgado em 22.11.2016.