

## NOVAS FORMAS DE “REGULAÇÃO” DE CONFLITOS NA ERA DA MUNDIALIZAÇÃO

*NEW FORMS OF REGULATION OF CONFLICTS IN GLOBALISATION ERA*

Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>1</sup>

Doutora em Direito

**Autor:** Antoine Garapon e Pierre Servan-Schreiber (Dir.).

**Obra:** *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris: Puf, 2013, 199 p.

O livro organizado por Antoine Garapon e Pierre Servan-Schreiber reúne textos de sete autores, incluídos textos dos dois organizadores.

Antoine Garapon, Magistrado francês e Secretário-Geral do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, possui uma larga trajetória intelectual comprometida com a análise crítica do direito e da justiça. Sua refinada verve de jurista é resultado da sua abertura ao conhecimento transdisciplinar, para além das fronteiras e das interdições que o tão só conhecimento da dogmática jurídica teria impedido fosse construída e lapidada.

A obra aqui resenhada representa a continuidade dessa trajetória comprometida em revolver o chão dos clichês jurídicos. Escrita em parceria com Pierre Servan-Schreiber, advogado com sofisticada militância em questões internacionais, o livro propõe uma séria reflexão acerca da influência dos inúmeros movimentos da mundialização, não somente sobre as novas formas de resolver litígios, mas também, mais significativamente, sobre os modelos de prestação de justiça de tradição civil, como o francês, que, a despeito do rompimento de fronteiras que a economia provoca, ainda se encontra fortemente atrelado ao modelo soberano de Estado.

<sup>1</sup> Realiza estudos de pós-doutorado junto ao IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice e também junto à Université Sorbonne Paris II – Panthéon-Assas, Bolsista Capes Proc-Bex 2417146, Professora Associada do PPG em Direito da UFSM, Advogada.

Mais particularmente, a introdução da obra *Deals de Justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée* desenha o propósito dos organizadores: propiciar que os inúmeros autores apresentassem temas que evidenciam, de um lado, as profundas transformações pelas quais a justiça passa nos dias atuais e, de outro, os novos modelos de regulação de conflitos que existem fora dos modelos tradicionais. O que chama a atenção é justamente a demonstração dos caminhos diversos que se construíram, a partir das práticas do direito americano, para solucionar conflitos que envolvem interesses de grandes empresas. Ausência de processo, ausência de juiz, ausência de defesa e de decisão. O que se apresenta são as transações e a dúvida do que teria acontecido se o conflito tivesse sido submetido à jurisdição do Estado.

O que há de surpreendente nesse novo cenário é a novidade dessa forma de solução de conflitos que conduzem os juristas – e os organizadores da obra – a perguntar: a) para que lado olhar? b) quais obras consultar?; c) o que refletir?.

Esses questionamentos estão vinculados a outros, de conteúdo mais profundo, justamente porque dizem respeito à necessidade da regulação da mundialização, aos desafios que essa apresenta e que remetem à necessidade de equilíbrios fundamentais entre direito, filosofia e política. Alguns campos específicos e nevrálgicos a qualquer jurista são desde logo destacados, pois, afinal, a mundialização suscita novos modos de solucionar os conflitos que estão sendo produzidos em seu vasto universo.

Os organizadores chamam a atenção, desde logo, para a situação de empresas que tenham algum vínculo com os Estados Unidos, por exemplo, que sejam titulares de ações cotadas nas bolsas americanas. Se estiverem em dificuldade por terem descumprido as leis americanas, serão convidadas a participar de um procedimento de investigação extrajudicial sobre sua situação. Constatadas irregularidades, tudo se passa fora da justiça e, muitas vezes, as empresas são levadas a fazer acordos e a pagar multas. Esses acordos são realizados entre as empresas e as autoridades administrativas americanas.

Mediante notícias de corrupção, a empresa se submete à investigação interna para depois fazer o acordo, como ocorreu no célebre caso “Siemens”. Mas por que essa empresa concordou com tal situação? Para não se submeter a três jurisdições, no mínimo: a alemã, a americana e a dos estados onde os atos de corrupção foram praticados. E submeteu-se, outrossim, porque não pretendia ficar esperando por muito tempo a resposta da justiça, mesmo que os custos das investigações internas fossem elevados. Um *deal* para as empresas é rápido

e acaba sendo uma escolha razoável. E as investigações internas elas confiam aos escritórios de advogados. Esse parece ser, segundo os autores, um caminho sedutor, na medida em que a investigação que se faz não está ligada a nenhum poder centralizado.

Na percepção dos organizadores, esse cenário trata de uma nova forma de governar, como referiu Foucault. Ele ultrapassa os pilares do paradigma jurídico: soberania; autoridade do direito e territorialidade. É um novo tipo de governo: indireto; desterritorializado, pois se aplica às operações comerciais globais e; universal, porque é endereçado a todas as empresas, sejam americanas ou não. Esse perfil produz novas práticas não desconectadas da cultura. Com efeito, elas derivam mesmo da cultura americana e também das empresas, as quais encontram interlocutores capazes de resolver rapidamente seus litígios. Ora, essa estratégia americana repousa sobre os mercados, justamente porque são desterritorializados. Nessa ótica, nem o direito internacional público tampouco o direito internacional privado conseguem dar as respostas a esses novos desenhos dos litígios. O que é verdadeiramente curioso, na visão dos autores, é o quanto essas práticas mostram no que se transforma o direito quando a economia se transforma no último lugar de verificação.

A relação hoje ocorre entre entidades calculantes – estados, empresas, ONGs, grupos de pressão – e é por meio delas que se efetua a regulação. Combinando com os princípios neoliberais, as decisões não se orientam mais pela política, mas sim pelo cálculo. A nova forma de governar é fazer convergir interesse e cálculo. Assim, o Estado economiza, deixando as empresas investigarem a condição de que são acusadas. E há um fenômeno curioso, isto é, a mundialização acusa a dissimetria entre as forças não estatais, por exemplo, para praticar corrupção – empresas, organizações criminais ou associações terroristas – e as forças estatais para investigar e punir.

Dizem os autores que o Estado não pode estar em todos os lugares e os custos são imensos contra resultados ainda modestos. Essas dificuldades são acrescidas quando se percebe os novos tipos de crimes: corrupção, acordos ilícitos, violação de embargos. Eles não só violam frontalmente o direito, mas também o falseiam. Abandonada a ingenuidade, então, a luta contra a criminalidade global também deve se mostrar astuciosa e inventiva. Nessa análise, o que se tem é uma justiça dos acordos – sem que haja processo, o momento da verdade, que é aquele em que os cidadãos poderiam vir a conhecer o que se passa no interior das empresas multinacionais, jamais chega a ocorrer.

Os capítulos da obra mantêm uma íntima coerência com essa percepção. Hubert de Vauplane, ao tratar de uma nova geopolítica da norma, mostra com competência um duplo fenômeno, visível, mas silencioso. Ele indica que as grandes empresas conduzem a diplomacia dos estados e que, por outro lado, existe em curso uma politização do comércio. O que há, então, é uma “diplomacia” das empresas, o que faz testemunhar o alargamento das fronteiras da governança econômica. Essa percepção ajuda a entender bem o que segue no segundo capítulo da obra.

Com efeito, sobre a existência de “uma justiça negociada”, Olivier Boulon refere que ela possui como pressuposto impertinente a própria ausência do juiz. Grandes empresas europeias têm negociado com as autoridades americanas a fim de escapar do processo judicial. Assim, nenhum juiz americano condenou essas empresas. Trata-se de submissão às leis americanas que, segundo os Estados Unidos, possuem efeitos extraterritoriais e que, por isso, submeteriam as empresas aos seus efeitos. Os Estados Unidos abriram numerosas investigações contra essas empresas ao argumento de que elas violaram os programas americanos de sanção econômica, seu direito aduaneiro e sua legislação anticorrupção. Um novo paradigma toma forma nesse cenário: é o relativo à emergência da justiça negociada, no qual, paradoxalmente, o juiz está ausente. Significa dizer que, nesse modelo de justiça, as empresas participam de sua própria incriminação para escapar do juiz. Como resultado, o que se vê é uma enorme multiplicação de acordos transnacionais em que tais empresas concordam em pagar elevadas multas, geralmente de muitos milhões de dólares.

Essas práticas, ao contrário do que se pode imaginar, interessam a essas empresas. A atitude colaborativa com as autoridades americanas, no quadro de um processo informal, permite que tais empresas façam economia e evitem publicidades negativas em torno de seu nome, o que seria efeito imediato da abertura de um processo judicial, cuja publicidade é uma garantia constitucional na maioria dos estados. Mas, antes disso, o que essas empresas buscam evitar adotando essa postura de concordância é o risco de um processo nos Estados Unidos, o que prejudicaria, a toda evidência, o seu direito de contratar com as autoridades públicas americanas. O preço a pagar, então, é submeter-se a esse processo informal e caro, que se desenvolve fora dos quadros legais da jurisdição e que é sigiloso.

Para além de todo quadro legal específico, o modelo do *Speed Trial Act*, adotado pelos Estados Unidos, afasta realmente o controle do Poder Judiciário. Os advogados assinam os acordos e as empresas envolvidas concordam

em pagar sanções financeiras consideráveis e reconhecem um quadro fático complexo que as submete a medidas de prevenção. É da autodefesa assumida pelas empresas que trata Astrid Mignon Colombert neste terceiro capítulo. A “norma” *self*, uma sorte de diretiva não escrita, impõe às empresas um modo único de autorregulação. Detectada uma situação reputada de ilícita, a empresa denuncia os fatos à autoridade americana – *self reporting* –, coopera com ela, reconhece os fatos, compromete-se a não os discutir, seja no solo americano ou fora dele, produz seus próprios recursos de erradicação das fontes da ilicitude, aceita ser monitorada por um terceiro – o monitor. Esse novo modo de tratar os ilícitos impõe, do ponto de vista do processo, uma radical transformação da noção de defesa, que é, em geral, associada a uma acusação formal, no quadro de um processo judiciário ou no processo de arbitragem. Ao contrário da defesa em processo, aqui no *Speed Trial Act* a defesa é concebida como uma estratégia de recuperação de iniciativa. Trata-se de uma defesa em que, essencialmente, “se trata menos de combater com dignidade que de restar vivo a qualquer preço”.

Pierre Servan-Schreiber, tomando por base a própria experiência de advogado militante, diz que nesse processo negociado a figura do advogado pode mesmo ser questionada. Mas é certo, não é de ser ignorada a existência de diferenças entre ser um advogado na Europa e nos Estados Unidos. O fato que se coloca, para os advogados do velho mundo, é que nesse modelo de solução de conflitos em que as empresas são conduzidas a cooperar, fatalmente emergirá a tensão entre a manifestação da verdade (que está ao centro do modelo do processo americano) e a satisfação do cliente. Essas questões, seguramente, brotam nesses novos modelos de processo e não são, certamente, desprezíveis.

Mesmo sob reticências iniciais com relação ao papel que deverá exercer, há boas razões para o advogado orientar seu cliente a concordar em fazer o acordo. Ele deve mesmo aceitar esse dado de realidade e cooperar, pois, do ponto de vista sistêmico, é o mal menor a correr. Outrossim, se não pode ser negado ter a empresa atividades nos Estados Unidos, parece ser hoje inevitável furtrar-se ao acordo. E após essa tomada de posição, segundo a tradição americana, não será mais possível ao advogado omitir a verdade ou fazer-se cúmplice de seu cliente, sob pena de ser acusado não só de cumplicidade, mas de obstruir a própria justiça. Ao contrário, fazer da cooperação um verdadeiro colaboracionismo é importante para convencer as autoridades americanas. É, então, defender os interesses da empresa. Seria verdadeiramente desastroso para os interesses da empresa apresentar resultados inconsistentes ou incompletos por erro ou deliberadamente. Este tipo de conduta, no sistema americano, joga uma forte

dose de descrédito, em prejuízo certo à empresa, risco que ela, no fundo, não está disposta a correr.

Reinventar a defesa é, então, tarefa irrenunciável ao advogado nesse novo cenário de resolução de conflitos. A *theory of the case*, segundo o direito americano, deverá estar ao centro da defesa. Isso significa dizer que a cooperação não dispensa, mas mantém o lugar da defesa que, no entanto, precisa ser reinventada. Não deixa de ser um poderoso desafio aos práticos da tradição civil.

A economia, para o Estado, passa a ser a marca desse modelo de resolução de controvérsias, se é possível orientar o pensamento por essa perspectiva de análise. Antoine Garapon, no quinto capítulo, afirma, ancorado em boas razões teóricas, que os *deals de justice* não se tratam de “modos alternativos de solução de conflitos”, mas sim de um novo modelo de regulação. Por isso mesmo nós hesitamos de denominá-lo de jurídico, na medida em que ele perturba os fundamentos do direito. É que, segundo ele, neste novo cenário, o direito não é mais destinado a ser aplicado, mas consiste apenas na alavanca da cooperação.

Tais práticas são coerentes com os princípios do Estado americano que, com eficiência e competência, sabe combinar bem seu poder político com seu poder econômico. No caso de descumprimento das leis americanas por parte de empresas, a aplicação estrita do direito e a possibilidade de sanções econômicas têm valor como mecanismo de pressão que, no entanto, devem ser neutralizados a qualquer preço. Assim, a novidade que está instalada é que o destino não é, no final, cumprir o direito, mas, antes, ficar fora dele, de renunciar a ele. Assim, aplicação do direito e de sanções econômicas não se destina à proteção, mas sim à “devastação”, como refere o autor. Para evitá-la, é preciso transigir. A condição, portanto, é que se o Poder Judiciário renuncia a exercer suas prerrogativas, as empresas também deverão renunciar ao processo e à oposição de seus direitos aos outros.

Com isso, bem se vê que a aceitação de uma transação não visa propriamente à ordem, e sim à cooperação com o poder, diz Garapon. Deve, então, ser aquilatada em termos políticos. Essa cooperação, nesse novo modelo de regulação, pode tomar diferentes formas: a apresentação de uma autodenúncia às autoridades (*voluntary disclosure*), aliás, contrária à Quinta Emenda da Constituição americana contra a autodiscriminação; a participação ativa em inquéritos internos etc. Mas por esse mecanismo de “solucionar conflitos” o poder resolve um dos problemas maiores quando se fala em decisões da justiça: em executá-las. Entretanto, em geral, as empresas não contestam esse método,

pois o preferem ao tempo moroso do processo que se constitui, segundo ele, “em uma penalização de fato” por terem escolhido exercer seus direitos. Mas a penalização real que não querem arriscar sofrer é a de ficarem “excluídas” do mercado.

Curiosamente ou não, esse sistema assim construído, segundo Garapon, independe do espaço público para existir. A relação que se estabelece, voltada à cooperação, não é mediatizada por uma regra, como nas relações decididas pela justiça. O ponto alto é que esse sistema de regulação pauta-se pelo alcance da eficiência, seja pela noção de controle, de supervisão e de sanção, seja pelo sucesso da execução, então são situações que podem ser associadas à palavra *enforcement*, cuja definição e tradução não são tarefas fáceis. De todo modo, o que parece emergir dessa cultura jurídica americana é um hiato, uma brecha entre a forma do direito e sua substância, entre o direito e a realidade que muito mais do que um problema cultural é, em verdade, uma questão de regulação do mercado que desembocará no mercado da virtude, com o bem posto por Daniel Soulez-Larivière.

Em seu último capítulo, a obra apresenta a perspicaz análise filosófica de Frédéric Gros, que, de certo modo, faz a síntese do pensamento dos que o antecederam. Para ele, a cooperação das empresas para, por si mesmas, resolverem os litígios de que são acusadas apresenta uma justiça com vias inéditas: justiça sem juiz, sem pronunciamento de uma pena pública, uma justiça sem garantia e negociada. Ao contrário do conhecido na tradição civil, a justiça emerge como ameaça. Trata-se de perceber que, no sistema do acordo livremente consentido à justiça americana – *deferred prosecution agreement* –, esse esquema americano é diferente. O ponto de partida é o de que a empresa violou as leis econômicas americanas e lhe é oferecida uma generosa solução de substituir o processo por meio de um acordo. Ora, como lembrado antes por Antoine Garapon, Gros diz que entrar em um processo é aceitar entrar em uma temporalidade incompatível com a urgência dos negócios. O surpreendente, desse ângulo de análise, é que a importância de uma empresa que tem ações na bolsa não é o que ela vale hoje, mas sim o que pode valer amanhã.

Confessar para não ser culpabilizado inverte a lógica da confissão que existe justamente para acarretar a culpabilidade. Assim, confessar é punir a si mesmo. Por essa razão, a confissão é considerada pelos sistemas de justiça não apenas como um meio de prova, mas a melhor prova. Nesse caso, a confissão desarma o processo. A pergunta é se, nesse cenário, os advogados nomeados pela empresa não se comportariam mais como juízes que propriamente como

advogados. Sim, porque, quando a empresa apela ao escritório dos advogados, ela já assinou um acordo concordando, por antecipação, a pagar uma multa. Essa realidade altera sensivelmente o sentido tradicional da defesa. A empresa coopera com sua própria acusação e o que faz é multiplicar os sinais de sua “boa vontade”. E o acordo que ela faz com as autoridades americanas pressupõe que ela renuncie às garantias clássicas da defesa.

Toda a política da empresa é conduzida à redução da eficácia do risco de transgressão da lei, algo que Foucault já antevira em o Nascimento da Biopolítica quando disse que o que as empresas buscam é o favorecimento de um meio que garanta a liberdade de ação, ou seja, ação essa que ela tem consciência dos riscos. O que está em destaque então não é mais a consciência moral relativa à transgressão, e sim a capacidade de percepção dos riscos.

Finalmente, o que a obra demonstra em seu conjunto é que os novos mecanismos americanos de repressão da delinquência econômica não contam mais com os meios tradicionais de solução de conflitos. Há mesmo um abandono das garantias processuais. Para isso, o procurador, os advogados e a empresa devem agir com transparência, já que é um requisito que demonstra que a empresa joga lisamente com as regras do jogo e que é confiável. No final, segundo os autores, a justiça não é mais para dizer a lei, ela também participa da regulação de fluxos.

A leitura dessa importante obra é fundamental em um tempo em que o sistema processual brasileiro sofre profunda transformação. Ela faz com que nos perguntemos, por exemplo, se o novo Código de Processo Civil contém instrumentos processuais alinhados com os problemas e com as demandas que a mundialização produz e que, inevitavelmente, reclamam a atuação das instâncias judiciais. E a leitura deste livro pode mesmo começar inspirada em Walter Benjamin: “O texto é trovão que segue ressoando por muito tempo”.

Em fevereiro de 2015, no inverno de Paris.