



Lei anticorrupção deve observar regime do Direito Administrativo Sancionador

20/09/2013

A lei 12.846/13, conhecida por lei anticorrupção, deve impactar o funcionamento, a dinâmica e a cultura empresariais no Brasil. Fortalece a ética empresarial e a lógica da probidade administrativa. No entanto, forçoso anotar que antes mesmo da vigência desta Lei já seria possível enquadrar pessoas jurídicas em atos de corrupção ou de improbidade por força da Lei 8.429/92, legislação que remanesce aplicável à matéria, como autêntico Código Geral de Conduta das pessoas físicas e jurídicas. E a nova legislação pode trazer preocupações adicionais quanto à segurança jurídica e à razoabilidade da atuação de autoridades fiscalizadoras.

A interpretação deste novo instrumento normativo consubstanciado na Lei 12.846/13 não poderá escapar à incidência de outras normas não menos importantes, tais como aquelas inscritas nas Leis nº 9.613/1998 (lei da lavagem de dinheiro), 8.666/1993 (lei de licitações), LC 101/2000 (lei de responsabilidade fiscal), LC 105/2001 (lei do sigilo das operações financeiras), 4.717/1965 (lei da ação popular), 7.347/1985 (lei da ação civil pública), 9.784/1999 (lei federal do processo administrativo) e 6.385/1976 (lei do mercado de valores mobiliários). Importante destacar a probabilidade de confluírem diversas normativas regulamentares na configuração dos ilícitos, como Circulares Bacen e Susep; Instruções CVM; Resoluções Coaf; Instruções RF, dentre tantas outras. As normativas infralegais integram suporte fático de ilícitos administrativos e penais, de modo que sua compreensão é imperiosa.

De fato, acrescentou-se ao rol de sanções do Direito brasileiro uma pesadíssima multa administrativa contemplada diretamente na Lei 12.846/13, associada tal multa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, a ser imposta através de veículo designado como processo administrativo. Em realidade, há previsão de sanção administrativa cujo espectro de oscilação (nos graus mínimo e máximo) outorga gigantesco espaço aparentemente livre à autoridade competente.

Em realidade, deve-se exigir exauriente fundamentação da autoridade administrativa na individualização e imposição da penalidade cabível, sem espaço a juízos discricionários. O ato de fixar uma penalidade há de ser fundamentado e transparente. Não pode ocultar motivos, nem abrir espaço ao desvio de poder.

Com efeito, a partir da mencionada Lei 12.846/13 – que entra em vigor em fevereiro de 2014 – há quem diga que as empresas tornam-se obrigadas a prevenir e descobrir os desvios e transgressões tipificadas como corrupção, transformando-se em colaboradoras do Estado, sob pena de sofrerem graves consequências econômicas e danos à imagem. Todavia, os deveres das empresas não de estar previstos em leis. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. As normativas infralegais complementam as leis. O princípio da legalidade das infrações e das penas é que domina o Direito Administrativo Sancionador.

O desdobramento previsto aos atos tidos como ilícitos, nos termos da Lei 12.846/13, é de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, sem prejuízo das sanções penais cabíveis e das sanções da Lei 8.429/92, que se aplica a pessoas físicas e jurídicas (suspensão de direitos políticos, multa civil, reparação do dano, proibição de contratar com a Administração Pública ou dela receber benefícios de qualquer natureza). Noutras palavras, para além da multa criada aqui, cabe ainda a incidência da multa civil prevista na Lei de Improbidade.

A Lei 12.846/13 ostenta natureza punitiva e deve submeter-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, não é cabível falar em responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas para fins de imposição de penalidades administrativas. Cabe ao acusador o ônus da prova, que não pode ser invertido. Necessário trabalhar a culpabilidade da empresa, o que requer níveis prudenciais de conduta na tomada de decisões, para atender padrões de probidade (boa gestão), e é precisamente neste campo que pode surgir novo espaço para responsabilidade de pareceristas e maior consistência nos processos de tomada de decisões empresariais[1].

Os atos de corrupção elencados pelo legislador estão descritos como atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, o que ampliou o raio de incidência da Lei 8.429/92, justificando-a como conjunto de normas sancionadoras em branco.

O legislador considera corrupção o ato de prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada. O principal problema aqui pode ser o conceito jurídico indeterminado "vantagem indevida". Muitos podem entender que o pagamento de uma viagem por uma empresa a um funcionário público, para estudar um projeto implantado em determinado local, configura vantagem indevida, quando em realidade seria apenas parte de um acordo entre setores público e privado. Conceituar e delimitar vantagem indevida é um desafio que requer sólida visão jurisprudencial das regras e princípios aplicáveis à Administração Pública. O que é devido ou indevido, o que é razoável, ou não, depende de parâmetros jurisprudenciais, de construções bem alicerçadas, ou de consistentes embasamentos doutrinários, que passarão a se incorporar à tomada de decisões, evidenciando paradigmas de responsabilização de outros atores (pareceristas).

Questão complicada diz respeito a uma vantagem supostamente indevida a terceira pessoa relacionada ao agente público. Torna-se elástica a norma punitiva e, no plano processual, é possível que implique desdobramentos altamente relevantes. Quais vínculos tornam uma pessoa conectada a um agente público aos fins da norma sancionadora? Essa indagação deve perpassar, como se disse alhures, uma análise jurisprudencial sobre os vínculos que ensejam conflitos de interesses ou nepotismo. É óbvio que pode haver situações de artificialidade extrema em que a relação entre as pessoas ocorre com finalidades econômicas, e tal constatação dependerá de dilação probatória (transferências bancárias, interceptações telefônicas, etc).

Considera-se ato de corrupção o de, comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei. Atos ilegais, que configurem corrupção, como desvios de recursos públicos, superfaturamentos, sonegação, abuso de prerrogativas públicas para fins privados, podem ser custeados pela iniciativa privada? Parece-nos que, de duas, uma: ou o privado está envolvido diretamente na prática desses atos, ou deles se beneficia, incidindo em qualquer hipótese a Lei 8.429/92. Essa modalidade de financiar, custear ou patrocinar a prática dos atos ilegais deve deixar claro o liame de interesses conectados. Imagina-se uma organização criminosa nesse contexto. O legislador novamente trabalha com conceitos elásticos e perigosos. O que significa custear ou patrocinar as práticas de ilícitos proibidos pela Lei? Os diretores financeiros das empresas devem adotar máximas cautelas sobre como e onde alocam recursos. Devem balizar-se por toda a prudência possível, a partir de pareceres e *legal opinions*.

Também é previsto como corrupção o comportamento daquele que, comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Novamente, o legislador ataca comportamentos ambíguos. Permite-se um amplo poder discricionário às autoridades investigantes. Ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados envolve uma teia infundável de condutas possíveis.

Vale observar que soa estranha a referência à necessidade de que haja prova para condenar em determinados tipos sancionadores e noutros não. Essa é uma exigência processual inarredável para todo e qualquer decreto condenatório, observado o princípio da presunção de inocência.

Considera-se ilícito de corrupção impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público. Se uma empresa, ao ajuizar ações temerárias, impedir ou perturbar atos de procedimentos licitatórios, estará potencialmente enredada na Lei? Entendemos que deve preponderar uma visão restritiva. Será necessário comprovar atos dolosos, intencionais, no sentido da concretização de fraude. O exercício regular de direito não pode configurar ilícito de corrupção.

Finalmente, chama a atenção a tipificação do ato de dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. É dever das empresas facilitar atos investigatórios e de fiscalização, e nesse contexto fala-se no reforço das estruturas de *compliance*. Até que ponto, no entanto, à luz da presunção de inocência e da garantia de não produzir provas contra si mesma, a empresa é realmente obrigada a colaborar com uma investigação? Esse é um limite importante: o setor privado não tem as mesmas obrigações dos agentes públicos estatais. Pode e deve colaborar no limite da lei e resguardando a confidencialidade dos compromissos assumidos, assim como os direitos de terceiros.

[1] Cf. MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011; MEDINA OSÓRIO, Fábio. Direitos imanes ao devido processo legal sancionador na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). **Constituição Federal**: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149-166; MEDINA OSÓRIO, Fábio. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out.



2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html. Acesso em: 12 set. 2013.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador/>