

Revista Jurídica de Seguros



COMBATE À CORRUPÇÃO: A LEI 12.846/2013 - À LUZ DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL

Rodrigo Falk Fragoso

Promulgada em 1º de agosto de 2013, a Lei 12.846 ("Lei Anticorrupção") encontra raízes em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil¹ e é inspirada na Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) dos Estados Unidos (1977) e no UK Bribery Act do Reino Unido (2010).² A Lei Anticorrupção brasileira não é lei penal em sentido estrito porque não contém sanção privativa de liberdade, nem lei processual penal porque não regula atos de investigação criminal ou da ação penal. Não obstante, a Lei Anticorrupção está intimamente ligada a institutos jurídicos de Direito Penal e de Processo Penal.

Os atos lesivos à Administração Pública descritos nos incisos I a V do artigo 5º da Lei Anticorrupção já estavam previstos no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Código Penal, na Lei 8.666/93 ou na Lei 8429/92. A diferença, agora, é que a sanção da Lei Anticorrupção será aplicável somente e apenas às pessoas jurídicas (sociedades empresárias, sociedades simples, fundações, associações e sociedades estrangeiras com atividades no Brasil). As pessoas físicas que praticarem atos lesivos à Administração Pública continuam incursas nas sanções previstas naquelas leis, não na Lei Anticorrupção.

De outro lado, a responsabilidade das pessoas jurídicas é de natureza objetiva, significando que elas podem sofrer as sanções previstas na Lei Anticorrupção mesmo que as pessoas físicas não sejam individualmente punidas pelo Código Penal, pela Lei 8.666/93 ou pela Lei 8.429/92. Essa responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de Ato Lesivo à Administração Pública subsistirá mesmo em caso de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Nesses dois últimos casos, a responsabilidade da pessoa jurídica sucessora é limitada às sanções de multa e reparação do dano até o valor do patrimônio transferido, salvo em caso de comprovada simulação ou fraude. Respondem solidariamente as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, restringindo-se tal responsabilidade também à obrigação de pagamento da multa e reparação do dano.

A presente análise da Lei Anticorrupção - e de seus regulamentos estaduais³ e municipais⁴ - será realizada sob os seguintes enfoques:

- (i) o Ato Lesivo à Administração Pública;
- (ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a atuação de terceiros;
- (iii) o compliance criminal;
- (iv) o acordo de leniência; e
- (v) aspectos relevantes de natureza processual.

Esse estudo tem por objetivo auxiliar a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (Cnseg) na elaboração das diretrizes e recomendações no tocante à Lei Anticorrupção brasileira, buscando disseminar e reforçar as melhores práticas entre os participantes do mercado segurador nacional.

(i) Ato Lesivo à Administração Pública:

Os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, foram previstos no artigo 5º, nos incisos I a V, da Lei 12.846. Todavia, o presente estudo se dedicará somente ao exame dos incisos I, II, III e V do artigo 5º, restando o inciso IV a ser analisado pelo subgrupo de trabalho específico da Lei de Licitações.

Segundo o caput do artigo 5º, os bens e interesses jurídicos protegidos pela Lei Anticorrupção são o Patrimônio Público, nacional ou estrangeiro; os Princípios da Administração Pública; e os Compromissos Internacionais assumidos pelo Brasil.

No inciso I, o Ato Lesivo à Administração Pública consiste em prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Trata-se de figura análoga a do crime de corrupção ativa do artigo 333, caput, do Código Penal, porém com dois ajustes: (i) foi excluído o elemento subjetivo “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”; e (ii) foi acrescentada a expressão “terceira pessoa a ele relacionada”.

O Ato Lesivo do Inciso I não exige que a conduta esteja integrada pelo especial fim de agir “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. Historicamente, o Supremo Tribunal Federal sempre exigiu o nexo de causalidade entre a vantagem indevida e o ato de ofício para configuração do crime de corrupção ativa, vide “Inq 785/DF” e “AP 307/DF”. Porém, tal exigência foi sensivelmente mitigada na AP 470 (Caso Mensalão) que resultou em condenações baseadas na “mercancia do cargo público”.

No caso do inciso I da Lei Anticorrupção, mesmo sendo desnecessário o nexo causal entre a oferta da vantagem indevida e o ato de ofício praticado, omitido ou retardado pelo agente público, entendemos que é indispensável que a oferta ocorra em razão do cargo, do emprego ou da função do agente público. Essa é a interpretação mais coerente e condizente com a mens legis de proteção do patrimônio público, dos princípios da Administração Pública e dos compromissos internacionais do Brasil.

Os atos de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida têm que estar relacionados ao cargo, emprego ou função desempenhado pelo agente público. Essa é a atual interpretação da corrupção ativa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde remanesce a exigência de demonstração fático-probatória do nexo de causalidade entre o cargo e o motivo da vantagem indevida. Com efeito, o suborno tem que estar relacionado com a ocupação do agente público, mesmo que ele não seja capaz de exercer a influência ou de realizar o ato específico pretendido pelo corruptor. No STJ também

é a “mercancia da função” per se que caracteriza o delito, não o seu resultado ou alguma ação específica (Resp 440106/RJ; HC 135142/MS; HC 113027/MG).

Em suma: só haverá a infração do inciso I se o agente público ocupar cargo ou emprego ou exercer função que esteja de algum modo relacionado à atividade da empresa. Isto porque é circunstância elementar e necessária à configuração dessa infração que a oferta tenha potencialidade lesiva à Administração Pública. Caso contrário, a situação será análoga a do crime impossível no qual não há consumação por impropriedade absoluta do meio ou inadequação do objeto.

O sujeito ativo são as sociedades empresárias, sociedades simples, fundações, associações e sociedades estrangeiras com atividades no Brasil. Sujeito passivo é o agente público ou o terceiro a ele relacionado. O acréscimo da expressão “terceira pessoa a ele relacionada” amplia o sujeito passivo da corrupção ativa para pessoas que não ocupam cargos públicos. É dizer que o fato será punível também se a vantagem for prometida, ofertada ou dada a intermediários agindo em nome do agente público.

Segundo a dogmática jurídico-penal, a vantagem pode ser de qualquer natureza e deve ser indevida, ou seja, não autorizada por lei. Tanto a promessa como o oferecimento podem ser feitos verbalmente, por escrito ou por gestos, mas é indispensável que não seja consequência de exigência, expressa ou velada, do agente público (hipótese esta em que a empresa será vítima do crime de concussão, art. 316 do Código Penal). Por fim, a corrupção privada não é tipificada como crime no Brasil em que pese haver tipificação penal para atos de concorrência desleal.

No inciso II, a Lei Anticorrupção pune a pessoa jurídica que, comprovadamente, financia, custeia, patrocina ou de qualquer modo subvenciona a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

A lei não previu aqui um Ato Lesivo autônomo, mas sim a participação punível em Ato Lesivo praticado por outrem. A participação é sempre acessória e dependente da conduta punível do autor. Significa dizer que se o autor não praticar ou tentar praticar o ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção, a pessoa jurídica não poderá responder pela infração do inciso II. Exige-se que o autor pratique ato de execução, isto é, que ele, tendo recebido o financiamento, dê início à realização de uma das ações típicas previstas nos demais incisos. Caso contrário, o financiamento resta impunível, mesmo que se comprove a finalidade ilícita.

Nesse caso, é evidente a deficiência de técnica legislativa da Lei Anticorrupção. O legislador, no rol das infrações, inseriu uma conduta acessória, lateral, dependente e que, por si só, não é configuradora de infração autônoma. Assim agindo, tornou impunível o financiamento, o custeio ou o patrocínio de ato ilícito que não chega a se concretizar, no mundo exterior, porque o autor não deu início à ação típica.

No inciso III, a punição recai sobre a empresa 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.

No tocante a este inciso, o núcleo do tipo “utilizar-se de interposta pessoa física

ou jurídica” adquire especial relevância, pois exige conduta dolosa. A infração é dolosa por três razões: (1) “utilizar-se” pressupõe conhecimento e vontade; (2) “utilizar” e “inutilizar” são modalidades de conduta punível de crimes sempre dolosos; e (3) se o legislador quisesse punir a empresa, mesmo sem ela ter conhecimento da ilicitude da ação do terceiro, a redação típica seria diversa.

A ação punível do inciso III (“utilizar-se” de interposta pessoa) pressupõe que a empresa tenha prévio conhecimento da ilicitude do comportamento da pessoa interposta. No Dicionário Aurélio, o verbo “utilizar” possui os seguintes verbetes: “1. Tornar útil; empregar com utilidade, aproveitar; 2. Fazer uso de; valer-se de; usar; 3. tirar utilidade de; aproveitar; 4. Ganhar, lucrar; 5. Empregar utilmente; 6. Ser útil ou proveitoso; ter uso ou préstimo; 7. Lançar mão de, tirar proveito de; servir-se.”⁵. Todos esses significados demonstram, numa interpretação literal, que a norma definiu uma conduta necessariamente dolosa, e não culposa, negligente, acidental, omissiva ou imprudente.

Vale acrescentar que na lei penal os verbos “utilizar” e “inutilizar” são empregados descrevendo o comportamento proibido de crimes sempre dolosos. Numa interpretação sistemática, constata-se que são dolosos os crimes previstos no Código Penal que possuem tais modalidades de conduta. À guisa de exemplo, vejamos os tipos subjetivos do crime de dano (artigo 163, caput, CP): dolo - vontade livre e consciente de destruir, inutilizar ou deteriorar; crime de outras fraudes (art. 176 CP): dolo - vontade livre e consciente de praticar qualquer uma das condutas (p.ex. utilizar-se de meio de transporte) sem dispor de recursos para custear tais despesas; e crime de perigo de inundação (art. 255 CP): dolo - vontade livre e consciente de remover, destruir ou inutilizar o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação.⁶

Ademais, um terceiro argumento que comprova ser dolosa essa infração, i.e., que a empresa só a praticará se ela tiver prévio conhecimento da ilicitude do comportamento da pessoa interposta, deflui da opção do legislador quanto à redação do tipo do inciso III. Com efeito, se o legislador quisesse punir a empresa beneficiada mesmo sem que ela tivesse conhecimento do agir ilícito do terceiro, a redação típica seria diversa.

Se fosse para punir a empresa pela mera obtenção da vantagem, o núcleo do tipo seria “obter vantagem ou benefício indevido (por meio de interposta pessoa física ou jurídica)”, tal como ocorre no crime de estelionato (art. 171, caput, CP). Se a intenção fosse puni-la por dolo eventual, o núcleo do tipo conteria as expressões características de tal modalidade, como nos crimes dos artigos 180, §1º, 234-A e 316, §1º, CP, p. ex. “que sabe ou deveria saber”. Por fim, se fosse para punir a empresa por agir culposamente, a Lei Anticorrupção deveria prever expressamente que a infração também seria punível a título de culpa, tal como ocorre no artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa⁷ ou, em último caso, deveria valer-se da fórmula da receptação culposa (artigo 180, §3º, CP): “pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminosos”.

É bem verdade que o legislador talvez tenha tido a intenção de punir a empresa em razão da ação do intermediário, independentemente de prova da ciência dela quanto à atuação ilícita dele, mas a lei, tal como posta, não permite responsabilizá-la nesses

moldes. A responsabilidade da pessoa jurídica é de natureza objetiva, mas isto não significa desprezo ao princípio da legalidade estrita. Tal princípio exige a subsunção exata do fato ao tipo legal da infração. Nesse caso, uma eventual condenação violaria a tipicidade e, além de violar tipicidade, careceria também de coerência lógica na medida em que não é possível afirmar ter alguém “se utilizado” de algo sem conhecimento. Portanto, se a pessoa jurídica não tem prévio conhecimento do ato lesivo praticado pela interposta pessoa, ela não deve ser punida pelo inciso III.

Quanto ao inciso V, responderá pela Lei Anticorrupção a empresa que 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.

Trata-se de Ato Lesivo autônomo inspirado no crime do artigo 10⁸, caput, da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública. O núcleo do tipo consiste em dificultar atividade de investigação ou fiscalização ou intervir em sua atuação. Trata-se de norma aberta, vaga, indeterminada e de conteúdo muito vasto, dando margem ao arbítrio e colocando as empresas em posição de perigosa vulnerabilidade nas mais diversas situações de fiscalização. De outro lado, tal dispositivo precisará ser interpretado à luz da garantia contra a não auto-incriminação assegurada no artigo 8º, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº 678/92).

(ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a atuação de terceiros:

A responsabilidade da pessoa jurídica é de natureza objetiva, independente de culpa do administrador ou do funcionário, dividindo-se em responsabilidade civil e administrativa. Por ato de corrupção, não há responsabilidade penal da pessoa jurídica. O administrador e o funcionário que pratiquem Ato Lesivo à Administração Pública não estão sujeitos às sanções da Lei Anticorrupção, pois esta se restringe à pessoa jurídica. As pessoas físicas respondem por crimes contra a Administração Pública e por crimes da Lei de Licitações.

Um ponto delicado da Lei Anticorrupção é o da eventual responsabilidade da empresa por ato lesivo praticado por terceiros. Isto é, pode a empresa ser considerada “autora” de um ato lesivo sem que este tenha sido praticado por seus dirigentes ou empregados? Para responder a questão é necessário buscar orientação na dogmática jurídico-penal em torno dos conceitos de autoria e de participação.

O Código Penal adotou no artigo 29 o sistema unitário em que são autores todos que concorrem para o crime, indistintamente, na medida da sua culpabilidade. Mas o próprio artigo 29, parágrafo 1º, previu causa especial de diminuição de pena na hipótese de participação de menor importância, demonstrando a pertinência da adequada conceituação da autoria e de sua diferenciação da participação.

Assim, “autor” é quem realiza diretamente a conduta típica ou quem a realiza através de outrem (autoria mediata). Partícipe é aquele que, sem realizar a conduta típica, contribui para a ação típica de outrem. Seja qual for a forma de participação

(cumplicidade ou instigação), esta não constitui fato punível autônomo, estando sempre subordinada à realização de fato típico por parte de outrem. Também é considerado “autor” o mandante, i.e., aquele que, embora não realizando pessoalmente a atividade executiva, é responsável pela “estruturação do transcurso do sucesso”. Essa é também conhecida como teoria do domínio final do fato (de Claus Roxin).

Recentemente, o conceito de autoria tem sido ampliado para abranger as situações em que o crime é cometido no âmbito de um aparato de poder, i.e., no bojo de uma organização empresarial multifacetada e hierarquizada. De igual sorte, a doutrina penal vem se debruçando sob a questão da autoria por cegueira deliberada onde o agente sabe possível a prática de ilícitos no âmbito em que atua e cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação dos fatos. Exemplo⁹ do dilema que suscita que alguns de seus clientes possam lhe entregar dinheiro sujo para operações de câmbio e, por isso, toma medidas para não ter ciência de qualquer informação mais precisa sobre os usuários de seus serviços ou sobre a procedência do objeto do câmbio.

Voltando ao ponto da responsabilidade da empresa por ato lesivo à Administração Pública praticado por terceiro, entendemos que a punição só será legítima se a empresa puder ser enquadrada como “autora” ou “partícipe” da infração. Explico. Como vimos, os atos lesivos são necessariamente dolosos, exigindo a consciência e a vontade de alguma pessoa física direcionada à realização da conduta punível. Se o terceiro executar a conduta por conta e ordem da empresa, não há dúvida de que esta responderá pela Lei Anticorrupção, como autora (p. ex., autoria por domínio final do fato) ou como partícipe (cúmplice). No entanto, e se o terceiro for contratado para a realização de um serviço lícito, porém ele decide, sozinho, por praticá-lo por meio de atos ilícitos (corrupção), sem o conhecimento da empresa? A meu ver, é absolutamente necessário haver prova – mínima que seja – de que a empresa sabia da atividade ilícita, mesmo que o autor não seja identificado nem punido.

Nesse caso, o mero beneficiamento da empresa não é suficiente para legitimar a sua punição pela Lei Anticorrupção porque: (i) a norma seria inconstitucional por violar os princípios da pessoalidade da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade; e (ii) a norma geraria demasiada insegurança jurídica e até estimularia a concorrência desleal.

Se o mero beneficiamento da empresa fosse suficiente para legitimar a punição, a Lei Anticorrupção seria inconstitucional por violar os princípios da pessoalidade da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade. Pune-se alguém que agiu de modo reprovável. Se uma empresa fizer todo o possível para evitar um ato irregular, não faz sentido punir caso esse ato ocorra. Por exemplo, pode ocorrer de não haver ciência da empresa de ato de corrupção de um representante comercial ou de um mero despachante.

Se a punição da empresa adviesse do mero benefício (sem a prova de que a empresa concordou, participou, aderiu ou ao menos teve ciência prévio do ato ilícito), a norma geraria demasiada insegurança jurídica e até estimularia a concorrência desleal. Basta pensar na hipótese de uma empresa inescrupulosa que, subornando prestador de serviços da concorrente, o induz a praticar em nome dela um Ato Lesivo à Administração Pública.

(iii) compliance criminal:

A Lei Anticorrupção prevê no artigo 7º, inciso VIII, que será levado em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Trata-se do denominado “compliance criminal”.

Inspirada na norte-americana FCPA e na britânica UK AntiBribery Act, a Lei 12.846/2013 criou novos deveres jurídicos para os administradores e funcionários de empresas. As companhias seguradoras já estão habituadas às exigências de compliance porque elas estão obrigadas a cumprir regras de controle para operações sujeitas a lavagem de dinheiro. Nada obstante, a partir da edição da Lei Anticorrupção, é preciso reavaliar o conteúdo, o alcance e o significado do compliance para nele incluir as exigências relacionadas às melhores práticas preventivas de corrupção.

Nos EUA, os programas de compliance são medidos por graus de independência e eficiência, sendo certo que o seu descumprimento deve acarretar sanções severas. Em 2012, um diretor do Morgan Stanley foi condenado por burlar, se evadir, iludir os sistemas de controle anticorrupção do banco para obter ganhos pessoais, pagando propina a um funcionário público na China. Na Alemanha, o administrador que se omite no compliance comete uma contravenção penal. No Brasil, o compliance não é tão rigoroso, ainda. Aqui não existe crime omissivo próprio. A omissão do administrador de compliance não é fato autônomo e penalmente relevante.

Pela Lei Anticorrupção brasileira, o compliance é circunstância atenuante da sanção. Vale recordar que, em recente palestra, o Min. Jorge Hage afirmou que a CGU reputará satisfatório o programa de compliance desde que haja comunicação, pronta e espontânea, do ato lesivo à administração pública, a remoção dos funcionários envolvidos no ato lesivo antes da notificação da autoridade pública e a comprovação quanto à não participação, tolerância ou ciência de pessoal do alto nível da pessoa jurídica.

Assim, o programa de compliance criminal deverá conter, via de regra, manual de conduta, treinamento de funcionários (específico para anticorrupção), análise de setores e atividades mais sensíveis, canais apropriados de denúncia e procedimento de investigação interna. Havendo instauração de inquérito ou processo administrativo por violação à Lei Anticorrupção, o programa de compliance será analisado segundo a sua eficácia e independência, valendo destacar alguns pontos como o comprometimento da alta direção, os padrões de conduta, o código de ética, a existência de treinamento periódico sobre o “programa de integridade”, a análise periódica de riscos, a existência e divulgação de canais de denúncia, a criação e manutenção de controles internos, as medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, a transparência quanto a doações para candidatos e partidos políticos e a completa identificação dos clientes e parceiros comerciais (“Know your customer, know your supply chain”).

(iv) acordo de leniência:

Inspirada na Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), a Lei Anticorrupção prevê no artigo 16 que a autoridade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas

que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais envolvidos na infração; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito.

Nos EUA, os acordos de leniência resultam no pagamento de cifras milionárias aos órgãos de controle da Lei Anticorrupção. Em 2012, por exemplo, o Departamento de Justiça celebrou acordos de valores vultosos por infrações à lei anticorrupção norte americana: Tyco (\$26MM), Smith & Nephew (\$16MM), Pfizer (\$60MM), Allianz (\$12MM) e Eli Lilly (\$29MM). É um negócio que emprega vinte advogados especialistas em FCPA no Departamento de Justiça e outros vinte e quatro na Securities and Exchange Commission.

No Brasil, a experiência dos últimos anos revelou uma acentuada tendência de negociação de acordos no âmbito penal. Nessa nova faceta da Justiça Penal, de matiz consensual, uma das legislações pioneiras foi a Lei 9.099/95, estabelecendo a possibilidade de negociação de pena antecipada entre a Defesa e o Ministério Público (Transação Penal) e a Suspensão Condicional da Ação Penal (com efeito de extinção da punibilidade). Em seguida, a Delação Premiada passou a ser admitida com a Lei 9.807/99, dispondo sobre medidas de proteção a vítimas ou testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal. São inúmeras as críticas da doutrina processual penal à delação premiada, sendo uma delas a de que a palavra do delator não pode ser reputada como meio válido de prova porque não há o ambiente de desinteresse que é essencial à produção da prova.¹⁰

Sem dúvida alguma, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção está inspirado no acordo previsto no artigo 35-B da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). É a principal diferença entre o artigo 35-B da Lei Antitruste e os métodos anteriores de resolução consensual do conflito penal (Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Delação Premiada) é que, no acordo de leniência, é preciso confessar a participação no delito.

O artigo 35-B da Lei Antitruste prevê que a Secretaria de Direito Econômico poderá celebrar acordo de leniência, propiciando a extinção da ação punitiva ou a redução de um a dois terços da penalidade, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, e que dessa colaboração resultem: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Como dito, a lei Anticorrupção aproveitou-se do mesmo arcabouço. É preciso também cumprir essas mesmas exigências do artigo 35-B da Lei Antitruste. Vale sublinhar que o acordo somente poderá ser celebrado se a pessoa jurídica for a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, se ela cessar completamente seu envolvimento na infração investigada e se admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Um primeiro risco da Lei Anticorrupção é a possibilidade de rejeição do acordo mesmo após a empresa já ter fornecido as informações necessárias. Isto é, mesmo que a pessoa jurídica investigada concorde em colaborar com a autoridade pública, ela não terá a garantia de que se beneficiará da celebração do acordo de leniência. A empresa pode “cair numa cilada” a depender dos limites éticos dos agentes públicos encarregados do inquérito administrativo. A norma da Lei Anticorrupção, neste particular, deve ser interpretada à luz do direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado. (art. 8º, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica).

(v) aspectos relevantes de natureza processual:

A Lei Anticorrupção tem aspectos relevantes também de natureza processual, valendo destacar competência, citação, revelia e retirada dos representantes das empresas da sala de audiências.

No âmbito federal, compete à Controladoria Geral da União (CGU) o processo e o julgamento dos atos lesivos à Administração Pública. Nos Estados e Municípios, a tendência é que fique com as Controladorias a competência para instauração do inquérito administrativo e para processamento e julgamento do processo administrativo. No Estado de São Paulo, a competência é da Controladoria Geral do Estado de SP, e o recente Decreto Municipal nº 55.107, de 13.05.14, também conferiu competência à Controladoria do Município de São Paulo.

A Controladoria é órgão encarregado do controle contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial das entidades da Administração Direta e Indireta no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios. Em primeiro lugar, a Controladoria não é órgão habituado a lidar com investigações de fatos potencialmente criminais. Não tem estrutura adequada nem recursos humanos especificamente qualificados para tal atividade, dentre as quais se inclui a negociação com possíveis funcionários delatores. Ademais, a Controladoria não dispõe de poderes investigatórios próprios de Autoridade Judiciária, assegurados por lei, de tal modo que lhe faltam os instrumentos de natureza coercitiva indispensáveis à coleta das informações necessárias para a completa apuração dos fatos.

No âmbito do processo administrativo a ser instaurado na Controladoria do Município de São Paulo, o Decreto nº 55.107 estabeleceu no artigo 7º que a citação da empresa processada será por via postal com aviso de recebimento e, estando ela em local incerto, não sabido ou inacessível, por publicação no Diário Oficial e em jornal de grande circulação no domicílio da pessoa jurídica. Todavia, a citação por via postal com aviso de recebimento não é o instrumento adequado para a prática desse ato processual.

O Código de Processo Penal dispõe que a citação do réu será feita por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

A citação por via postal com aviso de recebimento não é admitida no ordenamento processual penal brasileiro, salvo na hipótese de crimes de menor potencial ofensivo (crimes apenados com reclusão até dois anos). Nada obstante, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, a própria Lei 9.099/95 estabelece que a citação far-se-á por correspondência mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória. A razão de ser da citação por mandado ou correspondência entregue pessoalmente à pessoa jurídica é óbvia: há enorme risco de extravio da correspondência, de fraude no aviso de recebimento e, por conseguinte, de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O Decreto Municipal de São Paulo prevê no artigo 9º que se a pessoa jurídica não apresentar defesa, será decretada a sua revelia. No Processo Penal, a revelia tem o efeito de suspender o curso da ação penal e o da prescrição (se o réu não tiver sido citado) ou o de desobrigar o juiz a intimar o réu da prática dos atos processuais supervenientes (se ocorrida a revelia após a citação). Considerando que a Lei Anticorrupção não é lei penal em sentido estrito, terá a citação o efeito de presumir a veracidade dos fatos alegados pelo autor? Penso que não. Primeiramente, porque são severíssimas as sanções administrativas da Lei Anticorrupção. De outro lado, a presunção de culpabilidade não se coaduna com a Constituição Federal de 1988.

No artigo 10, §2º, do Decreto Municipal de São Paulo prevê a possibilidade de que o representante da pessoa jurídica processada seja retirado da sala de audiências acaso a sua presença no recinto possa “influir no ânimo da testemunha”, prejudicando a verdade do depoimento. Esse dispositivo é encontrado no artigo 217 do Código de Processo Penal, porém para situações menos frequentes: se a presença do réu puder causar “humilhação, temor, ou sério constrangimento” à testemunha ou ao ofendido. Humilhação, temor ou sério constrangimento são hipóteses mais taxativas do que “influir no ânimo da testemunha”. Além disso, de acordo com o artigo 271, o réu será retirado da sala somente na impossibilidade de que o depoimento seja feito por videoconferência e com a presença do seu defensor.

A retirada do réu da sala de audiências é medida sempre excepcional porque viola o direito à presença, que é corolário da ampla defesa. O Decreto Municipal de São Paulo ampliou a hipótese excepcional na medida em que tornou indeterminada a situação jurídica que a autorizaria. Ora, a “influência” no ânimo da testemunha é algo inerente à dinâmica das audiências. É natural que o réu queira e deva demonstrar a inconsistência de declarações que lhe sejam desfavoráveis. Que dizer da situação da testemunha contraditada ou constrangida, não pelo réu, mas por seu advogado, durante o exame cruzado? Portanto, retirar da sala de audiências o representante legal da pessoa jurídica processada somente porque a presença dele pode influir no ânimo da testemunha é fazer tábula rasa da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Ademais, no silêncio da Lei Anticorrupção, a lei municipal de São Paulo não poderia criar restrições a direitos individuais para além daqueles previstas nas leis federais que disciplinam os ritos do processo penal e do processo administrativo sancionador.

Conclusão

Em conclusão, a Lei Anticorrupção e seus regulamentos estaduais e municipais foram analisados sob os seguintes enfoques: (i) o Ato Lesivo à Administração Pública sob a perspectiva do exame dos elementos constitutivos de cada uma das infrações contidas nos incisos I, II, III e V da Lei 12.846/13; (ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a atuação de terceiros, advertindo que a eventual responsabilidade da empresa por ato lesivo praticado por terceiros deverá ser interpretada de acordo com os conceitos de autoria e participação consagrados no Direito Penal; (iii) o compliance criminal, concluindo que o Governo fará uma rigorosa apuração do nível de eficiência do programa de compliance, levando em conta a comunicação do ato lesivo à administração pública, a remoção dos funcionários envolvidos antes da notificação da autoridade pública e a comprovada não participação, tolerância ou ciência da alta administração da pessoa jurídica; (iv) o acordo de leniência, concluindo que a exigência de admissão de culpa poderá violar o princípio da vedação à auto incriminação mormente se o acordo puder ser recusado ao livre alvedrio da autoridade processante, sem garantia de que a empresa colaboradora receberá o benefício almejado; e (v) aspectos relevantes de natureza processual relativos à competência, citação, revelia e retirada de representantes da empresa da sala de audiências.

NOTAS

RODRIGO FALK FRAGOSO – Advogado. Mestre em Ciências Penais (UCAM). Professor de Direito Penal na UCAM.

1 Convenção Anticorrupção da OCDE de 1997 (Decreto 3678/2000); Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 (Decreto 4410/2002); e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Decreto 5687/2006).

2 Mais de 50 países já legislaram sobre o tema Anticorrupção.

3 Tocantins: Decreto nº 4.954, de 13.12.2013; São Paulo: Decreto nº 60.106, de 29.01.2014; e Paraná: Decreto nº 10.271, de 21.02.2014.

4 Município de São Paulo: Decreto Municipal/SP nº 55.107, de 13.05.2014.

5 “Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa”. Aurélio Buarque de Holanda. 4ª. Ed. Curitiba: ed. Positivo, 2009. p. 2027

6 Outros crimes dolosos cuja conduta punível está configurada pela ação de “utilizar” ou “inutilizar”: artigos 165, 257, 336, 337 e 356, todos do Código Penal.

7 “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

8 “Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.”

9 “Lavagem de dinheiro”. Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini. SP: RT, 2012. p. 97.

10 PRADO, Geraldo. “Elementos para uma análise crítica da transação penal” (Lúmen Júris, 2003). P. 120