



Lei Anticorrupção em São Paulo tem pontos perigosos às empresas

A Lei Anticorrupção passou a vigorar em São Paulo no dia 15 de maio. O Decreto municipal 55.107, que regulamenta a Lei federal 12.846/13, foi publicado antes mesmo do federal. Há pontos interessantes e outros questionáveis.

A publicação da Lei federal trouxe o risco de que a investigação e a decisão pudessem ser feitas por autoridade ligada ao órgão contratante (ou potencial contratante) da empresa investigada, o que criaria uma situação de extremas parcialidade e insegurança jurídica.

O Decreto municipal estabeleceu a competência da Controladoria Geral do Município para a instauração das sindicâncias e dos processos administrativos. Com isso, as empresas podem crer na maior isenção das decisões, pois ficaram a cargo de autoridade distinta da que mantém relações comerciais com as empresas e que, portanto, poderiam até mesmo ter envolvimento nos fatos investigados.

O rito processual ficou bem demarcado no que se refere ao exercício do direito de defesa. A apuração dos fatos, a cargo da comissão processante (composta por três servidores estáveis), se encerra com elaboração de *relatório*, que será encaminhado à Procuradoria Geral do Município para que apresente *manifestação* jurídica. Na sequência, abre-se prazo para *alegações finais* pelo investigado, o último a falar nos autos. A decisão não precisa acompanhar o descrito no relatório e dela cabem recurso administrativo e pedido de reconsideração.

O artigo 5º do Decreto municipal, enfim, atende a uma antiga preocupação, a de *prevenir danos* em vez de apenas *punir os agentes*. Para tanto, previu a possibilidade de que, a pedido da comissão processante, a Controladoria Geral do Município poderá suspender os efeitos do ato investigado ou do processo a ele relacionado.

Há muitos debates sobre a valorização dos programas de conformidade (“Compliance”) e a possibilidade de atenuação das penalidades aplicadas às empresas. Neste ponto, o Decreto municipal mostrou qualidade, pois prevê expressamente parâmetros a serem considerados. Para tanto, não bastará mera existência formal do programa de conformidade, devendo ser comprovada sua seriedade e efetiva aplicação.

No entanto, apesar de suas diversas qualidades, há pontos do Decreto que, à primeira vista, se mostram perigosos às empresas.

O artigo 9º, por exemplo, apenas *faculta* à empresa constituir advogado no processo administrativo, o que não condiz com a gravidade das penas aplicáveis. Os efeitos potenciais desse processo recomendam justamente o contrário, sem o que se coloca em grave risco o direito de defesa.



Não menos espinhosa é a previsão do acordo de leniência, que deveria ser de ganhos mútuos. A ideia seria estimular a contribuição efetiva com a apuração dos fatos e identificação dos envolvidos e, em troca, a empresa poderia ter suas penas minoradas. O grande problema, entretanto, é que as exigências são firmes, mas os benefícios, nem tanto.

O artigo 27 dispõe que a proposta de acordo não terá efeito de confissão quanto aos fatos e nada será divulgado até que o acordo de leniência seja assinado, o que levaria a crer que “não custa tentar”. Errado. Apesar da confidencialidade da negociação do acordo, as consequências de eventual insucesso podem ser as piores possíveis.

Supondo que a empresa se prontifique, seja a primeira a se manifestar, tente contribuir com a apuração dos fatos e espere a redução (que é de *até* dois terços) da multa prevista no artigo 16, parágrafo 2º, da Lei federal. Se a empresa tiver pouco a oferecer, mas entregar tudo o que pode, terá sua pena reduzida no mínimo por ter contribuído “pouco”, ou no máximo, por ter entregado *tudo o que podia*? Eis um problema. O benefício pode ser muito desproporcional frente ao risco corrido.

Ainda mais grave é a previsão do artigo 33 do Decreto municipal: não havendo sucesso nas tratativas do acordo de leniência, eventuais documentos serão devolvidos para a proponente (empresa), sendo proibido o uso para fins de responsabilização. Como se sabe, o perigo mora nos detalhes. Essa proibição tem uma ressalva nada restrita e permite que a Administração utilize tais documentos para fins de responsabilização “*quando deles já se tinha conhecimento antes da proposta de acordo de leniência ou pudesse obtê-los por meios ordinários*”.

Tal dispositivo abre a discussão: o que configura o “conhecimento” para esses fins? É necessário que a Administração demonstre efetivo conhecimento prévio do *conteúdo* do documento ou bastaria estar ciente de sua existência, ainda que não o tivesse à mão? E mais: o que são os “meios ordinários”? Note-se que, em uma interpretação restrita, “meios ordinários” seriam meios comuns e amigáveis, como a mera solicitação enviada à empresa. Em outros casos, o Direito prevê a prática da busca e apreensão de documentos, o que, portanto, poderia ser considerado, em uma interpretação mais tendenciosa, “meio ordinário”.

A vagueza dos termos e a falta de parâmetros trazem a certeza do comprometimento da empresa e a incerteza sobre qualquer retribuição. Ao que tudo indica, nesses termos, valerá a pena para quem tiver muita técnica, muito poder de barganha e souber se resguardar de todos os lados durante as negociações. Aos outros, o preço poderá ser alto demais.

Date Created

20/06/2014