

Roberto de Cillo: Lei Anticorrupção precisa de regulamentação razoável

“A principal premissa a ser levada em consideração é que a Administração Pública não é uma “ilha”, ou seja, isolada da sociedade e com vontade própria e desligada dos cidadãos.”[\[1\]](#)

O ponto nodal, abordado neste artigo, está intimamente relacionado com uma teoria do direito público inglês conhecida como “*legitimate expectations*”, muito ligada à idéia já amplamente difundida no Brasil de amplo e efetivo debate público antes da implementação de determinadas regras, sobretudo por agências regulatórias. Uma possível e talvez imperfeita definição da teoria é a seguinte:

“A teoria de *legitimate expectations* é uma teoria de direito público de que o sistema jurídico tutela indivíduos contra mudanças nas promessas feitas por órgãos do governo. Isto é feito por dar aos indivíduos o direito de participar no processo de tomada de decisões da administração, embora isto possa se estender a dar direitos a indivíduos em decisões específicas do órgão ou na política nacional específica.” (tradução livre).[\[2\]](#)

Pois bem. Do que podem ser classificadas como “justificativas” do anteprojeto da Lei 12.846 de 2013, constantes do ofício EMI 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23 de outubro de 2009[\[3\]](#), vale destacar o parágrafo 2º, transcrito parcialmente abaixo:

“Sabe-se que a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Ela compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos. (...)”.

Ora, não é possível negar que o anteprojeto da Lei 12.846 de 2013 estava a falar que novos investimentos do setor privado são absolutamente necessários. Logo, tais investimentos devem ser incentivados e não o contrário.

E como incentivar investimentos? Aqui deve-se estar atento às responsabilidades que serão assumidas ou arcadas por velhos e, sobretudo, novos investidores, muitos dos quais não estão habituados a determinados aspectos da cultura brasileira. Não é novidade que há uma grande percepção de insegurança jurídica a respeito do Brasil, percepção esta que talvez seja parcialmente mitigada, em algumas instâncias concretas, e parcialmente aumentada, em outras, por um sistema de resolução de controvérsias, tanto no administrativo quanto no Judiciário, relativamente complexo e moroso.

E como atingir um grau de maior segurança jurídica numa situação em que o cumprimento da lei deve dar-se de forma extremamente descentralizada? Não seria justamente pela adoção do conceito análogo ao que leva à criação de *legitimate expectations* pelo setor privado, com um debate efetivo?

A tal da Responsabilidade Objetiva na Lei

Diz ainda o ofício mencionado anteriormente em seu parágrafo 5º:

“Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão do agente na prática da infração. (...)”.

Paremos aqui, por enquanto. Carece de especificidade o texto do ofício. O “agente” neste caso, seria o agente público? Tomemos como verdade que se trata de agente da empresa, empregado ou não, pois no contexto está a se falar de responsabilidade objetiva da empresa. O parágrafo do ofício em questão continua da seguinte forma:

“A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais”.

Dentre as várias questões que se podem apontar no texto acima, a primeira que se deveria discutir é a dificuldade, facilmente observável no Judiciário e doutrina nacionais, a respeito da aplicação de responsabilidade objetiva em casos de danos ambientais, dentre os poucos casos que comportam tal tipo de responsabilidade.

Ouvir-se-á o argumento, como em questões ambientais, que responsabilidade objetiva é algo puro, orientada pela teoria do risco integral. Mas não pode ser, sob pena de desincentivar os tão importantes novos investimentos, sobretudo quando se fala em causas excludentes, como a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior^[4].

E o problema da responsabilidade objetiva não acaba aí.

Vale lembrar do Princípio da Precaução em matéria ambiental. Ali a questão da responsabilização objetiva já está mais sedimentada ao longo de anos de existência de leis aplicáveis. Deve-se observar o seguinte trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça, autoexplicativa neste trabalho:

(...)

“II – Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III – Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85.” REsp 104.982-2.

Pois bem. Cabível uma inversão do ônus da prova com relação à Lei 12.846/2013? Em que medida?

Ressalte-se que a decisão judicial cuja ementa se transcreveu parcialmente acima traça uma importante distinção entre inversão do ônus da prova, que vem sendo aceita pelo STJ, e inversão dos custos da

prova, rejeitada pela maioria naquele caso específico[5]. No STJ e em matéria ambiental destacam-se os seguintes pontos a este respeito:

1. O Princípio da Precaução não é aplicado naquelas matérias absolutamente em todos os casos[6];
2. Há decisão do STJ a respeito da aplicação do Princípio da Precaução em casos de danos incontestes.[7]
3. Se não aplicável o Princípio da Precaução, é incoerente que se inverta o ônus da prova.

Reparação integral do dano causado

Em passagens distintas, a Lei 12.846 de 2013 fala em “reparação integral do dano causado”, que não será excluída — pelo menos em princípio e se interpretada a lei literalmente — em virtude de celebração de acordo de leniência (cf. Parágrafo 3º do Artigo 16).

Estará sujeita, então, qualquer empresa — dentre aquelas previstas no parágrafo único do artigo 1º, ou seja, tantas — a uma responsabilidade objetiva independente de culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, ensejando sua obrigação de reparação integral do dano causado?

Mas e como determinar o dano e o quanto e como repará-lo? Na ausência de qualquer base para avaliar a viabilidade, como poderão empresas tomar uma decisão sobre um novo investimento, pois os riscos estão, em princípio, ilimitados?

Responsabilidade limitada: fusão e incorporação versus responsabilidade do grupo e consorciadas

O parágrafo 1º do artigo 4º da Lei cria um possível incentivo a novos investimentos, limitando a responsabilidade de sucessora “até o limite do patrimônio transferido” — com a ponderação de que o patrimônio transferido pode ser significativo e exigir captação de recursos que criará um dever de realizar uma extensa diligência nas empresas alvo do investimento, mas eventualmente o exercício do dever de diligência será inútil, em caso de situações de difícil constatação, mesmo porque não há parâmetro mínimo para aplicação da lei. O limite não é aplicável, justificadamente, no caso de “simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”, denotando uma necessidade culpa e sua prova, ou seja, fora do escopo de aplicação da responsabilidade objetiva.

Ocorre, porém, que está ausente qualquer limitação no caso de infração à lei por empresas controladas, controladoras ou coligadas. Muito pelo contrário, estabelece-se solidariedade. Quanto à responsabilidade do grupo econômico de empresas, não se tecerão maiores comentários neste artigo.

A parte realmente curiosa — e que merece comentários neste ensaio — diz respeito à solidariedade expressamente prevista na lei para consorciadas. Não há qualquer alívio real na limitação prevista no parágrafo 2º do artigo 4º da lei, que restringe a responsabilidade de uma consorciada à “obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”. Ora, é óbvio que a reputação da consorciada está em jogo e seria parcialmente afetada numa situação de violação da Lei. Por outro lado, não há incentivo real na restrição da responsabilidade ao pagamento de multa — que pode chegar a R\$60 milhões, segundo parâmetros que ainda não estão claros, muito embora haja uma previsão genérica no artigo 7º, parcialmente vetado pela Presidência, que entendeu que a conduta do agente público não deveria pesar na definição de sanções — e à obrigação de reparação integral do dano causado, a ser

aferido, como se disse anteriormente, de forma incerta e não obstante culpa ou qualquer causa excludente!!

Vale a pena comparar com direito estrangeiro?

A questão do dano indenizável, sob a Lei 12.846 de 2013, pode ser comparada pelo menos sob dois aspectos com vários sistemas legais estrangeiros. Tomemos como paradigma o sistema federal Norte-Americano. Pois bem, os fatos divulgados pelo Departamento de Justiça de lá servem para ilustrar como a questão da corrupção e seu combate vem sendo tratada naquele país.

Apenas a título de exemplo:

“Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines”^[8]

O que está dito acima é que o sistema norte-americano está baseado em culpa (*guilt*), tanto com relação a aspectos criminais, quanto civis, e não em responsabilidade objetiva. Além do valor das multas de US\$ 450 milhões que a Siemens concordou em pagar naquela época no processo penal, a empresa concordou em pagar no processo civil americano US\$ 350 milhões a título do que naquele sistema se chama *disgorgement of profits*, que em uma tradução livre equivaleria a renúncia aos lucros. A Siemens também se comprometeu a tomar outras medidas, a custo adicional, para implementar um sistema de controle e reporte ao Departamento de Justiça. Medidas adicionais a custos adicionais foram acordado entre Siemens e autoridades alemãs, em valor um pouco maior, mas compreendendo os mesmos itens, ou seja, multas e renúncia aos lucros. Ou seja, ainda que uma parcela do acordo entre Siemens e autoridades governamentais estivesse sujeita a flutuação por valores de mercado, sobretudo com relação à implementação de um sistema de controle e reporte ao Departamento de Justiça — inclusive via *monitor* —, houve uma limitação, num sistema jurídico que está acostumado conceitualmente com limitações, independente de previsão em lei e em que a regra, típica da *common law*, é o efeito vinculante de decisões prévias, como traço de relativa objetividade.

Isto é obviamente diferente de, como a Lei 12.846 de 2013 prevê, empresa sujeitas à obrigação de reparação integral dos danos causados, que podem e devem variar na aplicação descentralizada da Lei entre os mais de 5 mil Estados e municípios — além da própria União — e seus órgãos, denotando uma enorme carga de subjetividade. Ausente limitação prevista expressamente pela lei, num país de cultura civilista arraigada, as autoridades que a aplicarão arriscar-se-ão a criar um limite?

Conclusão

Fica difícil acreditar, com todas as incertezas, que é realmente seguro investir no Brasil. Enquanto a lei não for regulamentada de forma razoável, com ampla participação da sociedade civil — e não somente com participação de qualquer organização simpática à ideia refletida na lei —, e muitas o serão, sob o risco de “políticação” do uso do direito de participação popular”^[9], criando-se uma percepção real de que as expectativas legítimas do setor privado serão atendidas, é questionável se a Lei poderá surtir seus efeitos desejáveis, inclusive a contínua atração de novos investimentos, contribuindo para o desenvolvimento econômico do Brasil.

Não é demais lembrar o seguinte: (1) a aplicação da lei não será feita exclusivamente pela administração

federal; e (2) somente com investidores locais dificilmente o Brasil terá capacidade de continuar a se desenvolver — tanto é assim que no caso da 1ª Rodada do Pré-sal a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a ANP, concluiu a licitação da área de Libra, arrematada por consórcio do qual participam, pelo menos numa primeira etapa, Petrobras, a francesa Total, a Anglo-Holandesa Shell, bem como as estatais chinesas CNPC e CNOOC[10]).

[1] CARVALHO, André Castro. “A participação da Sociedade Civil na Administração Pública: As audiências públicas no setor regulado de Transportes Terrestres” em Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório n. 6 (2012), MP Editora, p. 23.

[2] Pandya, Abhijit P.G. “Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration”, em http://etheses.lse.ac.uk/338/1/Pandya_Interpretations%20and%20Coherence%20of%20the.pdf (data de acesso: 27 de fevereiro de 2014).

[3] Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

[4] Há diversos textos doutrinários neste sentido. Dentre eles, um que é claro e fácil de localizar é o texto do desembargador Ivan Sartori, que pode ser acessado em <http://jus.com.br/artigos/12734/responsabilidade-civil-objetiva-e-excludente> (data de acesso: 17 de fevereiro de 2014).

[5] A polêmica sobre o ônus financeiro de prova em matéria ambiental restou pacificada, posteriormente, quando do julgamento dos Embargos de Divergência 981.949/RS, sob a relatoria do Min. Herman Benjamin, no qual “se assentou a impossibilidade de adiantamento dos honorários periciais pelo Parquet, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ” (cf. o recentíssimo Resp 1237893, em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100265904&dt_publicacao=01/10/2013 (data de acesso: 28 de novembro de 2013).

[6] Cf. voto do Ministro Ari Pargendler no AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.419 – DF.

[7] Cf. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 206.748 – SP

[8] <http://www.justice.gov/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html> (data de acesso: 27 de fevereiro de 2014)

[9] CARVALHO, op. cit, p. 48

[10] <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/10/consorcio-petrobras-cnpc-cnooc-shell-e-total-vencem-1a-rodada-do-pre-sal> (data de acesso: 28 de novembro de 2013).

Date Created

02/03/2014