

University of Brasilia



Economics and Politics Research Group

A CNPq-Brazil Research Group

<http://www.EconPoIRG.wordpress.com>

Research Center on Economics and Finance–CIEF

Research Center on Market Regulation–CERME

Research Laboratory on Political Behavior, Institutions
and Public Policy–LAPCIPP

Master's Program in Public Economics–MESP

Lei 12.846/13: atrai ou afugenta investimentos?

Roberto Neves Pedrosa di Cillo

Di Cillo Advogados

Economics and Politics Working Paper 34/2014
June 04, 2014

Economics and Politics Research Group
Working Paper Series

Lei 12.846/13: atrai ou afugenta investimentos?

Roberto Neves Pedrosa di Cillo*

1. Introdução

Em 2013 o Brasil completou quase 20 anos de estabilidade econômica que não foi fácil de atingir. Essa estabilidade foi conseguida na seqüência de uma série de marcos, inclusive uma transição para a democracia, congelamento (ou confisco) de recursos financeiros, *impeachment* presidencial no início da década de 90, em meio a um enorme escândalo de corrupção, e fim de uma hiperinflação que marcou gerações.

Difícilmente pode-se ou deve-se desvincular os acontecimentos das últimas 5 décadas no Brasil com o estabelecimento e restabelecimento da confiança na administração pública, tanto sob o ponto de vista nacional, quanto internacional.

Nesse contexto, ainda hoje se percebe o Brasil como um país com relativa alta corrupção, encarando, à sua frente, 70 países como possivelmente menos corruptos, segundo a renomada ONG Transparency International em 2013.

No legítimo interesse nacional de proteger a livre concorrência, o Brasil já tomou passos importantes, assumindo internacionalmente compromissos para combater a corrupção. Ainda na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o Brasil assinou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Convenção da OCDE) em 23 de outubro de 2000 e, anteriormente e em 29 de março de 1996, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OEA). Já no primeiro mandato do Presidente Luis Ignácio Lula da Silva e em 9 de dezembro de 2003, o Brasil assinou Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

A ratificação e promulgação das Convenções acima pelo Brasil ocorreu entre o ano 2000 e 2006. Enquanto a Convenção da OCDE foi ratificada em 15 de junho de 2000 (pelo Decreto Legislativo 125/2000) e entrou em vigor em 23 de outubro de 2000¹ e a Convenção da OEA foi ratificada em 25 de junho de 2002 (pelo Decreto Legislativo 152 de 2002) e foi promulgada em 7 de outubro de 2002 (pelo Decreto Presidencial 4.410/2002)², a da ONU foi promulgada em 13 de maio de 2005 (pelo Decreto Legislativo n. 348/2005) e promulgada em 31 de janeiro de 2006 (pelo Decreto Presidencial 5.687/2006).³

Em consonância com a ratificação e promulgação da Convenção da OCDE e, em alguma medida, da Convenção da OEA, em 2003 o Brasil alterou seu Código Penal

* Advogado em São Paulo, graduado pela Universidade de São Paulo e LLM pela University of Notre Dame (South Bend, Indiana, EUA).

¹ <http://www.cgu.gov.br/ocde/convencao/cronologia/index.asp> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

² <http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/info/index.asp> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

³ <http://www.cgu.gov.br/onu/convencao/info/index.asp> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

(Decreto-Lei no 2.848, de 1940) pelas Leis 10.467/2002, para acrescentar capítulo versando sobre crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, e 10.763/2003, para acrescentar artigo e modificar a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva.

Enquanto a Lei 10.467/2002 foi proposta em 19 de fevereiro de 2001 pelo Executivo Federal na forma do Projeto de Lei 4143/2001⁴ e foi concluído na mesma legislatura, a Lei 10.763/2003 teve como origem o Projeto de Lei 7007/2002 apresentado em 19 de junho de 2002, de autoria do Senado Federal (Comissão Mista conforme os artigos 142 e 143 do Regimento Comum) e foi concluído na legislatura seguinte.

O Projeto de Lei 7007/2002, assinado pelo Senador Ramez Tebet, então presidente do Senado Federal, foi objeto de emenda da Relatora da Comissão de Constituição e Justiça e Redação na Câmara dos Deputados, Deputada Juíza Denise Frossard, para acréscimo de dispositivo acerca da progressão de regime de cumprimento da pena condicionado à reparação do dano causado pelo condenado por crime contra a administração pública (ou devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais), incorporado ao texto em vigor da Lei 10.763/2003, que foi aprovada em regime de urgência a pedido do Deputado Luis Eduardo Greenhalgh em maio de 2003. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação o Projeto de Lei 7007/2002 havia sido aprovado por unanimidade em julho de 2003.⁵

Como fica visível a partir dos nomes dos agentes públicos acima, o interesse pelo assunto, no período entre 1996 e 2006, transcendeu qualquer bandeira ou filiação partidária, como se entenda ser razoável num país que nunca deixou de precisar atrair investimentos, inclusive externos, de longo prazo, sob a premissa de que com investimentos, sobretudo externos, o Brasil atrairá novas tecnologias, know-how e conhecimentos, elementos vitais para o desenvolvimento de seu parque industrial.

O discurso sobre o desenvolvimento contínuo, ou modernização, do parque industrial do Brasil necessariamente está ligado ao conceito adotado como chave numa lei editada durante o mandato do Presidente Fernando Collor de Mello. Sob aludida lei criou-se o já outrora guerreado Programa Nacional de Desestatização, ou PND, replicado em diversos estados da federação para as diversas estatais que haviam sido criados antecedentemente, inclusive aquelas que contribuíram para o “Milagre Econômico” e a captação de recursos para projetos essenciais de infra-estrutura, com o uso de estatais ao invés dos próprios ente das federação.

O PND e programas ou medidas estaduais no mesmo sentido foram implementados com vigor após o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello. Diferentemente de outros países que executaram programas de desestatização na mesma época, com a mera venda do controle ou capital de estatais sem implementação de concorrência, como a Argentina no setor de Telecom, apenas como um exemplo, o Brasil adotou a idéia britânica da década de 80, quando possível e para alguns setores-

⁴ http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=26352&st=1 (data de acesso: 29 de novembro de 2013).

⁵ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=58431> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

chave, de privatização concomitantemente com a criação de concorrência. Este foi o caso das empresas-espelho no setor de Telecom.

Já naquela época, na década de 90, estava evidente para uma ampla gama de agentes públicos que competição seria vital para o bom funcionamento da economia brasileira, expurgando-se, também, qualquer medida equivocada, como a substituição de importações adotada anteriormente (e que, em momentos de ufanismo recente, correu o risco de ser trazida de volta).

Em 2013 os projetos desenvolvidos no Brasil continuam chave para seu desenvolvimento e são, por óbvio, grandes e/ou arriscados demais e sob vários prisms para que sejam cuidados e/ou financiados diretamente pela nação, inclusive estatais, ou mesmo por investidores locais, por maiores que sejam, sem um necessário intercâmbio de experiências e, até certo ponto, uma desejável transferência de tecnologia do exterior. E, visivelmente, a administração federal está plenamente consciente disto.

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, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, a francesa Total, a Anglo-Holandesa Shell, bem como as estatais chinesas CNPC e CNOOC.⁶

2. Para onde vai o dinheiro da corrupção?

Em outubro de 2013 o diretor de combate ao crime organizado da Polícia Federal, Oslain Santana, divulgou publicamente que “nas investigações da Polícia Federal, onde você tem desvios de recursos públicos, 50% tem como pano de fundo fazer caixa para campanha política, se não for um número maior”⁷.

E, de fato, nos recém-discutido escândalos do ISS em São Paulo, além de se falar em distribuição de propinas entre fiscais de carreira do município, falou-se amplamente e sujeito à conclusão de investigações em contribuições a campanhas de agentes que pertenceriam, em 2013, à Câmara dos Vereadores.

Também de fato, não há proibição absoluta para que empresas doem verbas para campanhas eleitorais. Mas o ponto a que se deve ater são as doações ilícitas, objeto principal deste trabalho e da Lei 10.846/13.

Para fins ilustrativos deste, propõe-se partir da premissa que a relevância de campanhas políticas, no contexto de corrupção, é realmente aquele apontado acima.

⁶ <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).

⁷ <http://oglobo.globo.com/pais/campanhas-eleitorais-concentram-corrupcao-10439104> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

3. De onde vem o dinheiro da corrupção?

Já se falou neste trabalho que esforços foram há muito feitos para incorporar na legislação nacional conceitos em processo de universalização quanto à criminalização da corrupção.

Novamente e questões morais à parte, isto é, sobre a conveniência ou legitimidade de doações legais a campanhas eleitorais e divulgadas ao Tribunal Superior do Trabalho por empresas legítimas no Brasil, há um aparente consenso na comunidade jurídica brasileira de que empresas, mesmo aquelas que estão à margem da legalidade em doações a campanhas eleitorais ou pagamentos, ofertas, etc. a agentes públicos em troca de vantagens indevidas, não podem ser responsabilizadas criminalmente. E são obviamente aquelas, as que atuam à margem da legalidade no relacionamento com agentes públicos, dentro e até fora do contexto de campanhas eleitorais, que obviamente merecem ser sancionadas, dentro de critérios que possam, naturalmente, ser justificados.

Enquanto uma revisão do Código Penal encontra-se em discussão no Congresso Nacional para que se possa, eventualmente, ampliar a possibilidade de responsabilização criminal de empresas para situações além de danos ambientais, em 2013, após mais de 3 (três) anos de discussão no Congresso, o Brasil adotou a 10.846/13, que entrará em vigor em 29 de janeiro de 2014.

A propósito, falando-se do ano de 2014, em que se realizará ampla eleição para Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, resta saber, tanto no caso da legislação criminal, quanto da nova legislação administrativa e cível, como vai se dar a sua execução (como tradução da expressão em inglês *enforcement*), inclusive com respeito aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no Artigo 37 da Constituição Federal e que vinculam a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

4. Aspectos Iniciais da Lei 10.846/13 (ou simplesmente a “Lei”)

Conforme seu próprio preâmbulo anuncia, a Lei 10.846/13 dispõe sobre a “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Em primeiro lugar, cabe uma análise do que seriam “atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

A Lei 10.846/13 fala em 5 grupos de potenciais ilícitos, todos relacionados, de forma direta ou indireta, a uma preocupação com tutela da livre concorrência.

De fato, segundo o Artigo 5º da Lei será ilícito:

1. prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, **vantagem indevida** a agente público, **ou a terceira pessoa a ele relacionada**;
2. comprovadamente, **financiar**, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
3. comprovadamente, utilizar-se de **interposta pessoa** física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
4. no tocante a licitações e contratos: **frustrar ou fraudar**, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento **licitatório público** ou contrato *governamental*.
5. **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

A Lei fala em “vantagem indevida” a agente público, mas é implícito e logicamente vago o motivo para que tal vantagem seria dada. É importante falar em motivo, como, por exemplo, o propósito de *obter ou manter um contrato*?

Na sistemática da Lei 10.846/13 adotou-se a responsabilidade objetiva de quem cometer uma infração das espécies acima descritas parcialmente. Antes de adentrar na questão da responsabilidade objetiva e sua ramificação para ônus probatório, convém explorar quem são agentes públicos para fins de aplicação da Lei.

Agentes públicos estrangeiros têm uma definição mais clara no Parágrafo 3º de seu Artigo 5º: “quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”.

A compreensão de quem seriam os agentes públicos brasileiros exige uma interpretação do mesmo Parágrafo 3º do Artigo 5º, bem como do ofício EMI No. 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23 de outubro de 2009⁸, que submeteu à consideração da presidência da república uma proposta de regulamentação da matéria, ou anteprojeto. Veja-se o seguinte trecho do Parágrafo 6 de aludido ofício:

“(...) Observe-se que a Administração Pública aqui tratada é a Administração dos três Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – em todas as esferas de governo – União, Distrito Federal, estados e municípios -, (...).

Infere-se, portanto, que agente público nacional seria quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos ou entidades da União, Distrito Federal, estado ou município, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pela União, Distrito Federal, estado ou município. Neste contexto e sujeito a críticas e estudos aprofundados, todos os empregados da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras poderiam ser considerados agentes públicos!

⁸ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1> (data de acesso: 27 de novembro de 2013).

Ora, e onde estão candidatos a cargos eletivos, partidos políticos e quadros de partidos políticos? Novamente, tomando-se como verdadeira a premissa de que a maioria dos casos de corrupção no Brasil está relacionada a eleições, qual o objetivo de deixá-los de fora do âmbito de aplicação da Lei? Estariam candidatos a cargos eletivos, partidos políticos e quadros de partidos políticos implícitos? Estariam eles sempre cobertos pela inclusão de “terceira pessoa”, relacionada a agente público?

Sob a perspectiva do princípio da legalidade estrita, provavelmente não devem estar implícitos ou incluídos em absolutamente todas as circunstâncias, restando um óbvio *gap*.

Retorna-se, neste ponto, à questão do propósito vis-a-vis a adoção da responsabilização objetiva. É possível, embora questionável inclusive à luz do texto de quem propôs o ante-projeto da Lei, que pela adoção da responsabilidade objetiva, independente do propósito (inclusive contribuição *ilegítima* para campanhas eleitorais), a pessoa jurídica envolvida terá responsabilidades, desde que satisfeita a condição de comprovação de fato, resultado e nexos causal entre fato e resultado.

Impossível, contudo, ignorar o seguinte trecho do Ofício mencionado acima e que encaminhou o anteprojeto da Lei para a Presidência da República em outubro de 2009:

“5. Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexos 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.” (grifos nossos).

Se o objetivo declarado da adoção da responsabilização objetiva era afastar “a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração”, evitando-se, “assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano”, o que, de alguma forma, pode parecer razoável, exceto pela parte de “vontade de causar um dano”, eis que se estaria falando, mais adequadamente, de locupletamento ilícito e não intenção de causar dano, fica uma imensa nuvem de dúvida que paira sobre o silêncio quanto ao propósito.

Além disso, ainda falando da responsabilização objetiva, há de se ponderar que ao se optar pela adoção do critério de comprovação de nexos causal, está-se diante de um possível e significativo dilema, que pode ser resumido da seguinte forma: até que ponto o nexos causal comporta uma ampla flexibilização para compreender toda e qualquer situação indireta e que resulte, remotamente, em princípio tutelado, mas não expressamente vedado pela Lei 10.846/2013. Ora, todos nós sabemos que a intenção era coibir corrupção, mas até que ponto a interpretação extensiva da lei é permitida em nossos sistemas?

Em termos concretos, e se se tratar, por exemplo, de doação a partir do caixa de uma empresa existente para uma campanha eleitoral e em que não seja possível individualizar a vantagem indevida que seria auferida por agente público em um ou mais casos específicos? Não ficaria prejudicado o estabelecimento do nexos causal?

Este ponto, de qualquer forma, é curioso e merece desenvolvimento em trabalho adicional, inclusive para fins de comparação com o *Foreign Corrupt Practices Act*, dos EUA e/ou do *Anti-Bribery Act* do Reino Unido.

Mas ainda na questão da responsabilização objetiva e com relação a um de seus desdobramentos, um tema crucial e que muito interesse despertará a todo aqueles que estarão sujeitos à Lei 10.846/2013 (e serão muitos, conforme se desenvolverá em breve) é o tema de inversão do ônus da prova.

Tratando do princípio da precaução e em matéria ambiental, em que 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, auto-explicativa 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 (**grifos nossos**).

Pois bem. Partindo-se da premissa que o combate à corrupção em sentido amplo atende interesses difusos ou coletivos, em que difere ou deve diferir, no que tange ao interesse da sociedade, a proteção do meio ambiente e o combate à corrupção? Em outras palavras, em que medida é viável ou prático criar categorias distintas de interesses difusos e coletivos para justificar uma inversão do ônus da prova? Também com relação à Lei 10.846/2013 dever-se-ia aplicar a inversão do ônus da prova? Por fim, a inversão do ônus da prova poderá ser a regra e/ou ser automática?

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 específico⁹. Certamente a distinção entre os dois conceitos tem uma conotação distinta em matérias de proteção ao meio-ambiente e combate à corrupção, sobretudo em momento crítico do Brasil, em que o último é refletido amplamente na imprensa e foi, de alguma forma, explorado ao longo do ano de 2013 em manifestações públicas pelo país afora.

Enquanto os custos e perdas de oportunidade relativos à matéria de meio-ambiente não sejam de forma alguma desprezíveis e podem ser absolutamente

⁹ 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)).

incomensuráveis, um estudo que merece desenvolvimento em apartado seriam os custos e perdas de oportunidade no caso de um escândalo de corrupção. Não se trata, aqui, de uma tentativa de criar categorias distintas entre matérias objeto de interesses difusos e coletivos sob toda e qualquer perspectiva, mas sim sob a perspectiva empresarial, de quem vai incorrer e ter de justificar tais custos e perdas, diretos ou indiretos, inclusive diminuição do valor do negócio (inclusive de ações, com potencial impacto no mercado de capitais nacional e até internacional, a depender de cada caso, e suas consequências que inegavelmente estão revestidas de interesse público).

Por fim, ainda no subtema de inversão do ônus da prova e aproveitando a jurisprudência já formada no STJ em matéria ambiental, destacam-se os seguintes pontos:

1. O Princípio da Precaução não é aplicado naquelas matérias absolutamente em todos os casos¹⁰;
2. Há decisão do STJ a respeito da aplicação do Princípio da Precaução em casos de danos incontestes.¹¹
3. Se não aplicável o Princípio da Precaução, é incoerente que se inverta o ônus da prova.

Resta, para finalizar este trecho do trabalho, discutir quem está sujeito à Lei 10.846/2013. O texto da Lei comporta um amplo rol de potenciais sujeitos:

“sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.” (Parágrafo Único do Artigo 1º).

Pelo que está nítido do trecho apenas transcrito, o direito brasileiro está evoluindo para que a substância seja mais importante do que a forma. Porém, há um ponto de preocupação com relação à falta de qualquer limitação em norma que veio para evitar que se afugente “novos investimentos”.¹² Este ponto merece ser estudado sob a perspectiva da execução (ou *enforcement*) da Lei, tema que será desenvolvido mais abaixo.

5. Sanções sob a Lei 10.846/13

Antes de se adentrar na questão de como se dará, possivelmente, a execução da Lei, convém avaliar o que pode acontecer em caso de violação de seus dispositivos.

Dentre as possíveis sanções administrativas previstas na Lei, incluem-se multa e publicação da decisão condenatória de diversas formas.

¹⁰ Cf. voto do Ministro Ari Pargendler no AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.419 – DF.

¹¹ Cf. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 206.748 - SP

¹² Cf. Parágrafo 3 do Ofício EMI No. 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23 de outubro de 2009.

Enquanto a aplicação de multa possa se limitar, a depender de cada caso, à esfera da própria empresa e alguns potenciais interessados-legitimados, inclusive seus acionistas ou sócios, credores, administradores, empregados e toda a sua cadeia de fornecimento, dentre os stakeholders ou interessados mais óbvios, também a depender de cada caso a publicação da sentença administrativa¹³ pode causar danos de difícil reparação à imagem de uma empresa, com conseqüências graves para além dos interesses privados e contaminar, de alguma forma, a poupança pública e os cofres públicos, dentre outros.

Cabe notar que o montante de uma multa aplicada por violação da Lei pode girar entre 0,1% a 20% da receita do ano anterior ao do início da apuração de um potencial ilícito (ou entre R\$6.000,00 e R\$60.000.000,00, “caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica”).¹⁴

Passando-se para as possibilidades de medidas que exigem tomada de providências por parte da administração pública ou do Ministério Público ao Poder Judiciário, colocam-se as seguintes:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

E uma possibilidade adicional, mencionada em trechos diversos da Lei e não expressamente contido em nenhuma das anteriores, a seguir:

V - obrigação da reparação integral do dano causado.

Somam-se às sanções administrativas potenciais, bem como às medidas que possam ser tomadas judicialmente, custos e ônus relevantes e que fatalmente serão pesados quando de decisões sobre a implementação de projetos de investimento no Brasil por qualquer tipo de investidor: o Brasil é conhecido por ter um Judiciário excessivamente moroso, o que torna custos de acompanhamento de apuração de possíveis ilícitos sob a Lei e de patrocínio de defesas em ações judiciais promovidas com respaldo nela imprevisíveis e potencialmente altos, razões que reforçam um imperativo de razoabilidade na execução da Lei 10.846/2013, tarefa difícil em razão do sistema descentralizado de apuração de eventuais ilícitos, como se desenvolverá em breve.

¹³ “[N]a forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores” (Parágrafo 5º do Artigo 6º da Lei).

¹⁴ Há um aparente descompasso entre dispositivos da Lei, eis que no inciso I do Artigo 6º fala-se em “faturamento bruto”, “excluídos os tributos” e no Parágrafo 4º do mesmo artigo fala-se em “valor do faturamento bruto”, omitida a expressão “excluídos os tributos”.

6. Mitigação

A Lei prevê 9 “atenuantes” explícitas no caso, expressamente, de sanções administrativas, destacando-se as seguintes:

- a. a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- b. 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;

Certamente o Brasil não é o primeiro país a adotar um sistema de atenuação de sanções contra empresas supostamente envolvidas em esquemas de corrupção com base em sua cooperação durante as investigações, o que não comporta um desenvolvimento maior neste trabalho, além de destaque de que é um ponto importante.

O Brasil tampouco é o primeiro país a permitir que sanções sejam relativizadas ou atenuadas com base na adoção, pela empresa, de mecanismos antecedentes e visando coibir práticas ilícitas, como a corrupção. Quanto a isto, o Brasil não inovou na questão da qualificação dos mecanismos que serviriam para coibir práticas ilícitas, exindo-se deles que sejam “efetivos”.

Ocorre que tende a ser absolutamente impossível em qualquer sistema, ainda mais na sistemática da Lei 12.846, com a descentralização da função de apuração de ilícitos e aplicação de sanções, pré-definir uma norma ou forma do que seria efetivo em todos os casos, em todas as regiões ou em todos os estados ou mais de 5.000 municípios brasileiros.

A Lei fala em definição dos parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos “efetivos” ou eficazes, genericamente previstos na Lei, por regulamento do Poder Executivo federal.

A simples utilização de um cadastro nacional, com base em questionário e forencimento de documentação de suporte não parece promover a adequada efetividade almejada pela Lei. Falando-se em adequação, tampouco parece que atenda o melhor interesse público que um registro da espécie seja administrado por pasta que integra a Presidência Pública ao invés de agência independente.

A questão da independência e uma conseqüente segregação de funções toma ainda maior importância em razão do papel que a Controladora Geral da União desempenhará, por força da Lei 12.846/2013, na apuração de determinados ilícitos e aplicação de sanções, conforme se desenvolverá a seguir.

Nunca é demais ressaltar o estudo que a própria administração federal realizou em setembro de 2003 a respeito das agências reguladoras no Brasil. Dentre as críticas possíveis àquele estudo, realizado pela Casa Civil, então capitaneada pelo ex-ministro José Dirceu, ressalta-se a composição do Grupo de Trabalho que dele se encarregou,

sem participantes externos ao Executivo Federal ou à base aliada do governo federal.¹⁵
16

O estudo mencionado acima, por outro lado, merece um elogio ao enfatizar, ainda que com ressalvas, a importância da independência de agências reguladoras já naquela época.

Aponta-se, por fim e para fim de complementar a crítica à notícia veiculada no site de uma organização não governamental a respeito do papel que ela desempenharia em colaboração com a Controladoria Geral da União, no controle da corrupção por via de um cadastro.¹⁷ É altamente questionável se a organização em questão deveria ter qualquer atuação neste sentido, tanto pelo fato de alguns de seus quadros terem tido tamanha intimidade com o Executivo Federal, quanto pela falta de informações sobre como teria sido o processo de escolha daquela organização específica.¹⁸ E, se a intenção do referido cadastro, era incorporar um conceito que é amplamente difundido nos EUA de evitar qualquer situação real ou aparente de conflito de interesse, isto não está sendo aplicado na prática da participação do Instituto Ethos no Cadastro Pró-Ética.

7. Apuração de responsabilidade da pessoa jurídica

A instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica (ou mais simplesmente, como se descreveu antes, apuração de ilícitos ou investigações e aplicação de sanções) serão descentralizadas, em princípio.

Nos termos da Lei, a CGU terá poderes para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, mas somente com relação a assuntos do Executivo Federal.

Por outro lado, a CGU terá poderes para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei praticados contra a administração pública estrangeira.

Investigações que não sejam conduzidas pela CGU – o que tende a representar a maioria em virtude do esmagador maior número de entes e órgãos fora de seu âmbito de

¹⁵ O relatório pode ser visualizado em http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf.

¹⁶ No relatório consta o seguinte trecho: “O Grupo também recebeu valiosa colaboração do Tribunal de Contas da União. A Subchefia da Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República também ouviu os Deputados Federais Telma de Souza, Fernando Ferro, Walter Pinheiro e Luciano Zica”, à época todos filiados ao Partido dos Trabalhadores.

¹⁷ <http://www3.ethos.org.br/cedoc/a-regulamentacao-da-lei-anticorruptcao-empresarial/> (data de acesso: 28 de novembro de 2013).

¹⁸ O próprio site do Cadastro Pró-Ética é vago neste sentido: <http://www.cgu.gov.br/empresaproetica/parceria-cgu-ethos/index.asp> (data de acesso: 28 de novembro de 2013).

atuação - o serão por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

A Lei nada fala em orçamento específico ou custeio de investigações. Há de se pressupor que todos os entes e órgãos que nos termos legais possam e devam apurar eventuais ilícitos terão o ônus de arcar com seus próprios processos, sem recurso a verbas centralizadas, federais ou a qualquer fundo. Sem entrar em detalhe ou definir parâmetros precisos, a Lei limita-se prever que “[A] multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas”, gerando potencial insegurança para órgãos e entes interessados.

Na justa medida em que em princípio não haverá necessariamente uma uniformização de medidas de interpretação e execução da Lei 12.846/2013, este sistema, que os autores do anteprojeto desejaram para criar um sistema uniforme, parece permissivo, no entanto, de sérias variações regionais, o que pode, de alguma forma, contribuir para mais desigualdades regionais, à medida em que decisões sobre investimentos – e mesmo e sobretudo os legítimos – sejam tomadas com base no receio de uma injusta (ou até justificada, mas irrazoável) alegação de violação da Lei 12.846/2013 em Regiões, Estados ou até Municípios específicos.

As desigualdades em questão poderão contribuir para, dentre outros efeitos, um aumento da já sobrecarga do Judiciário Brasileiro e até uma relativa ineficácia da Lei.

7 Aspectos finais da Lei 12.846/2013

Nos termos da Lei, acordos de leniência serão possíveis, mas com limitações que devem ser percebidas pela comunidade empresarial inclusive internacional como sérias. Tais limitações, de certa forma, contrariam o conceito expresso na Lei 8884/1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e deu outras providências.

Inevitável comparar a Lei 12.846/2013 com a Lei 8884/1994, revogada em sua quase totalidade pela Lei 12529/2011, no que tange a seus respectivos objetivos, que são muito próximos.

De qualquer sorte, o ponto principal que aqui se destaca e que estava presente no Artigo 53 da Lei 8884/1994 era a possibilidade de assinatura de compromisso de cessação de prática sob investigação, *que não importaria confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada*, ponto não repetido pela Lei 12529/2011.

A questão principal que aqui se aponta não é a impossibilidade absoluta de exigir em casos específicos que se exija do leniente que confesse ou reconheça a ilicitude da matéria e sim uma falta de flexibilidade para que, na presença de elementos justificadores, fosse possível que um acordo de leniência fosse celebrado nas condições anteriormente possíveis.¹⁹ De qualquer forma, por expressa previsão legal esta questão

¹⁹ A questão não está adstrita ao Brasil, como se vê no noticiário internacional, porém é de se notar que na tradição do nosso sistema jurídico há pouca margem para flexibilização, sobretudo porque há matérias

está, por enquanto, ultrapassada, restando notar que no pacote de incentivos ou desincentivos para investimentos no Brasil este ponto tende a ser levado em consideração.

Outro ponto que merece comentário no presente é a questão da possibilidade de *reparação integral do dano causado*, mencionada em 7 parágrafos e 1 caput de artigos distintos da Lei. Dentre todas as referências, a que mais chama a atenção é o mais do que específico Parágrafo Único do Artigo 21, abaixo transcrito:

“Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.”

8 Conclusão

Não pode restar qualquer dúvida que, no ímpeto de tentar melhorar a imagem do Brasil e a própria imagem da administração e demais poderes, a vontade do Executivo e do Legislativo Federal foi de penalizar empresas que cometam ilícitos sob a Lei 12.846/2013 dupla, triplamente ou mais ao prever a aplicação de uma ou mais sanções nos termos do Artigo 16 (por exemplo, perdimento dos bens, direitos ou valores), além da aplicação de multa e uma ilimitada responsabilização por danos inespecíficos e cuja medição (ou liquidação), *in abstracto* ou mesmo em casos concretos, tende a ser de difícil ou impossível realização.

Qualquer decisão judicial que deixar de exigir que uma empresa sancionada sob a Lei 12.846/2013 deve gerar uma enorme incerteza sobre a obrigação de reparação integral do “dano causado”, inclusive dano causado por qualquer colaborador seu. Será fantasioso supor que qualquer empresa, por mais legítima, comprometida e séria que seja, será capaz de inibir a menor ilicitude sob a Lei 12.846/2013, com um sério e real risco de a norma afugentar investimentos, inviabilizando-os. E frise-se: dificilmente critérios vagos e subjetivos como “razoabilidade” na aplicação da Lei darão o necessário nível de conforto a quem a ela estiver sujeito, sobretudo numa situação de investimentos estrangeiros, em que há uma natural diferença cultural, que pode ser minimizada, mas nem sempre eliminada.

Certamente teria sido mais feliz o legislador ao expandir alguma limitação mais clara, como aquela encontrada no Parágrafo 1º do Artigo 4º. Tal dispositivo, com relativa facilidade de compreensão, prevê que a responsabilidade da sucessora, no caso de fusão e incorporação, estará limitada ao valor do patrimônio transferido, “não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas [na] Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”. A limitação, assim como sua excessão, neste caso, parecem plenamente razoáveis e facilmente explicáveis para investidores em geral.

--FIM--

que são tratadas em lei, diferentemente dos EUA, por exemplo. Vide, por exemplo: http://www.nytimes.com/2012/01/07/business/sec-to-change-policy-on-companies-admission-of-guilt.html?_r=0 (data de acesso: 28 de novembro de 2013).

The **Economics and Politics (CNPq) Research Group** started publishing its members' working papers on June 12, 2013. Online publication occurs every Wednesday. Please check the list below and click at <http://econpolrg.com/working-papers/> to access all publications.

Number	Date	Publication
34/2014	06-06-2014	Lei 12.846/13: atrai ou afugenta investimentos? Roberto Neves Pedrosa di Cillo
33/2013	11-27-2013	Vale a pena ser um bom gestor? Comportamento Eleitoral e Reeleição no Brasil, Pedro Cavalcante
32/2013	11-13-2013	A pressa é inimiga da participação (e do controle)? Uma análise comparativa da implementação de programas estratégicos do governo federal, Roberto Rocha C. Pires and Alexandre de Avila Gomide
31/2013	10-30-2013	Crises de segurança do alimento e a demanda por carnes no Brasil, Moisés de Andrade Resende Filho, Karina Junqueira de Souza and Luís Cristóvão Ferreira Lima
30/2013	10-16-2013	Ética & Incentivos: O que diz a Teoria Econômica sobre recompensar quem denuncia a corrupção? Maurício Bugarin
29/2013	10-02-2013	Intra-Village Expansion of Welfare Programs, M. Christian Lehmann
28/2013	09-25-2013	Interações verticais e horizontais entre governos e seus efeitos sobre as decisões de descentralização educacional no Brasil, Ana Carolina Zoghbi, Enlison Mattos and Rafael Terra
27/2013	09-18-2013	Partidos, facções e a ocupação dos cargos de confiança no executivo federal (1999-2011), Felix Lopez, Mauricio Bugarin and Karina Bugarin
26/2013	09-11-2013	Metodologias de Análise da Concorrência no Setor Portuário, Pedro H. Albuquerque, Paulo P. de Britto, Paulo C. Coutinho, Adelaida Fonseca, Vander M. Lucas, Paulo R. Lustosa, Alexandre Y. Carvalho and André R. de Oliveira
25/2013	09-04-2013	Balancing the Power to Appoint officers, Salvador Barberà and Danilo Coelho
24/2013	08-28-2013	Modelos de Estrutura do Setor Portuário para Análise da Concorrência, Paulo C. Coutinho, Paulo P. de Britto, Vander M. Lucas, Paulo R. Lustosa, Pedro H. Albuquerque, Alexandre Y. Carvalho, Adelaida Fonseca and André Rossi de Oliveira
23/2013	08-21-2013	Hyperopic Strict Topologies, Jaime Orillo and Rudy José Rosas Bazán
22/2013	08-14-2013	Há Incompatibilidade entre Eficiência e Legalidade? Fernando B. Meneguín and Pedro Felipe de Oliveira Santos
21/2013	08-07-2013	A Note on Equivalent Comparisons of Information Channels, Luís Fernando Brands Barbosa and Gil Riella
20/2013	07-31-2013	Vertical Integration on Health Care Markets: Evidence from Brazil, Tainá Leandro and José Guilherme de Lara Resende
19/2013	07-24-2013	A Simple Method of Elicitation of Preferences under Risk, Patrícia Langasch Tecles and José Guilherme de Lara Resende
18/2013	07-17-2013	Algunas Nociones sobre el Sistema de Control Público en Argentina con Mención al Caso de los Hospitales Públicos de la Provincia de Mendoza, Luis Federico Giménez
17/2013	07-10-2013	Mensuração do Risco de Crédito em Carteiras de Financiamentos Comerciais e suas Implicações para o Spread Bancário, Paulo A. P. de Britto and Rogério N. Cerri
16/2013	07-03-2013	Previdências dos Trabalhadores dos Setores Público e Privado e Desigualdade no Brasil, Pedro H. G. F. de Souza and Marcelo Medeiros
15/2013	06-26-2013	Incentivos à Corrupção e à Inação no Serviço Público: Uma análise de desenho de mecanismos, Maurício Bugarin and Fernando Meneguín

Number	Date	Publication
14/2013	06-26-2013	The Decline in inequality in Brazil, 2003–2009: The Role of the State, Pedro H. G. F. de Souza and Marcelo Medeiros
13/2013	06-26-2013	Productivity Growth and Product Choice in Fisheries: the Case of the Alaskan pollock Fishery Revisited, Marcelo de O. Torres and Ronald G. Felthoven
12/2013	06-19-2003	The State and income inequality in Brazil, Marcelo Medeiros and Pedro H. G. F. de Souza
11/2013	06-19-2013	Uma alternativa para o cálculo do fator X no setor de distribuição de energia elétrica no Brasil, Paulo Cesar Coutinho and Ângelo Henrique Lopes da Silva
10/2013	06-12-2013	Mecanismos de difusão de Políticas Sociais no Brasil: uma análise do Programa Saúde da Família, Denilson Bandeira Coêlho, Pedro Cavalcante and Mathieu Turgeon
09/2013	06-12-2103	A Brief Analysis of Aggregate Measures as an Alternative to the Median at Central Bank of Brazil's Survey of Professional Forecasts, Fabia A. Carvalho
08/2013	06-12-2013	On the Optimality of Exclusion in Multidimensional Screening, Paulo Barelli, Suren Basov, Mauricio Bugarin and Ian King
07/2013	06-12-2013	Desenvolvimentos institucionais recentes no setor de telecomunicações no Brasil, Rodrigo A. F. de Sousa, Nathalia A. de Souza and Luis C. Kubota
06/2013	06-12-2013	Preference for Flexibility and Dynamic Consistency, Gil Riella
05/2013	06-12-2013	Partisan Voluntary Transfers in a Fiscal Federation: New evidence from Brazil, Mauricio Bugarin and Ricardo Ubrig
04/2013	06-12-2013	How Judges Think in the Brazilian Supreme Court: Estimating Ideal Points and Identifying Dimensions, Pedro F. A. Nery Ferreira and Bernardo Mueller
03/2013	06-12-2013	Democracy, Accountability, and Poverty Alleviation in Mexico: Self-Restraining Reform and the Depoliticization of Social Spending, Yuriko Takahashi
02/2013	06-12-2013	Yardstick Competition in Education Spending: a Spatial Analysis based on Different Educational and Electoral Accountability Regimes, Rafael Terra
01/2013	06-12-2013	On the Representation of Incomplete Preferences under Uncertainty with Indecisiveness in Tastes, Gil Riella