

Culpa por decreto

*
FABIO TOFIC
SIMANTOB

Qualquer empresário atento às mudanças legislativas convive atualmente com dois fantasmas rondarem a vida da empresa. Um é a nova lei de lavagem de dinheiro (Lei n.º 12.683/12) e o outro, a Lei Anticorrupção, que entrou em vigor mais recentemente (Lei n.º 12.846/13).

Alavagem de dinheiro esconde-se amiúde em operações cotidianas aparentemente lícitas, de modo que detectar sua desfaçatez é tarefa complexa para o funcionário subalterno normalmente defrontado com esse tipo de situação. Aliada aos rigores da nova lei de lavagem, essa dificuldade tem levado empresas a criar regras internas, certas de evitarem, assim, o risco de cumplicidade de seus funcionários. Ainda persiste, no entanto, a dúvida. Afinal, é justo condenar o empresário, ou um funcionário da empresa, não por ter desejado e premeditado o crime, mas apenas porque não foi capaz de impedi-lo, como é o caso da incriminação por lavagem no ambiente empresarial?

Existe um dispositivo no Código Penal, o artigo 13, que trata da questão, equiparando o autor do crime àquele que, embora tendo o dever legal de evitar o resultado, não procede dessa forma. É a responsabilização por omissão. Esse dispositivo torna possível acusar por homicídio a mãe que deixa o filho morrer de inanição, ou o médico que deixa morrer o doente sem prestar socorro.

Dá para imaginar, entretanto, a perplexidade do empresário que se depara com uma lei que, apesar de acenar com sanções pesadas, não aponta caminhos claros de como evitar a prática da lavagem de dinheiro. Sim, porque, em situações normais da vida, as chamadas posições de garante ou de responsável legal decorrem de regras claras. A mãe não precisa conhecer a lei para saber que deve alimentar o filho, assim como o salva-vidas não precisa conhecer o Direito Penal para se incumbir do dever de auxiliar o afogado.

Mas uma empresa obrigada por lei a evitar que seus serviços sejam usados para camuflar dinheiro sujo encontra

grandes dificuldades de natureza operacional para cumprir essa obrigação. Afinal, o empresário briga contra si mesmo quando precisa ir atrás do lucro, sua atividade-fim, e ao mesmo tempo ser polícia do seu cliente, o que, além de não ser sua vocação, implica necessariamente perder negócios.

Somado a isso ainda há o fato de que, na área penal, em que ao Estado é dado o poder de aplicar as penas mais graves – inclusive de natureza corporal, como a prisão –, as condutas proibidas precisam estar muito bem definidas. E a razão para isso está na comprovação histórica de que, quanto mais imprecisa é a lei, maior a margem de arbitrariedade do Estado.

Como é possível, porém, responsabilizar, criminalmente, alguém por não fazer alguma coisa a que a lei o obriga, se, primeiro, esse alguém não está precisamente identificado na lei e, segundo, se o comportamento dele exigido não decorre de uma regra definida de forma estrita no ordenamento, mas de programas de governança, ou “compliance”, que cada qual, a seu modo, deverá estabelecer na sua empresa, com grande dose de fé em que tais programas um dia sejam aprovados pelas autoridades competentes? Uma loteria ou,

É difícil para a empresa ser a polícia de seus clientes e, pior, xerife de seus funcionários

quem sabe, mais uma roleta, porque é enorme o risco de apostar no que acha correto e, no entanto, acabar perdendo tudo.

Por falar em perder tudo, esse é o risco real de quem estiver incurso na nova Lei Anticorrupção. Adotando lógica até mais perversa, embora não haja sanção de natureza criminal, a nova lei prevê penalidades severas para a empresa que não evitar a prática de corrupção no âmbito de suas atividades, podendo até ser extinta, dependendo do caso, com prejuízo para muita gente inocente, conspurcando, é forçoso lembrar, a garantia constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

O que o legislador claramen-

te visou com a promulgação dessa nova lei não foi punir o empresário que individualmente pratica a corrupção, mas, sim, a empresa como um todo, caso o funcionário, não importa de que escalão, seja descoberto corrompendo um agente público. Eis aí o grande erro do legislador.

Se a empresa tem dificuldades para ser a polícia de seus clientes, tal como o Estado a quer no combate à lavagem, pior ainda a tarefa de xerife de seus funcionários. A responsabilidade pelo cometimento de um crime deve ser sempre individual e cabe ao Estado investigar o fato para poder punir os responsáveis, até o mais alto escalão, se necessário, inclusive com medidas de afastamento dos culpados da direção da empresa e mesmo com sanções à própria empresa, dependendo de como o ato de corrupção estiver atrelado à sua forma de condução dos negócios.

O que o Estado não pode é abreviar essa missão investigativa mediante a responsabilização de todo um regimento por mero decreto, sem critério algum, apenas porque a empresa não foi capaz de estabelecer programas de prevenção das práticas ilícitas. Ora, as pessoas mal conseguem prevenir acidentes, o que dirá crimes intencionais de terceiros, como a corrupção.

O legislador finge ignorar, ademais, que o grande vilão da corrupção não está dentro da empresa, mas no agente estatal que muitas vezes cria dificuldade para vender facilidade ou, o que é mais comum, vai direto para o açaque puro e despudorado. Mas desse velho personagem da história nacional a nova lei não cuidou.

Leis como essas, com indistigável viés totalitário, além de criarem um forte clima de desconfiança dentro das empresas, permitem uma alta dose de subjetivismo e arbítrio do agente estatal incumbido de aplicá-las, prova maior da incompreensão do legislador acerca do mal que se propôs a debelar. Dominasse o tema, saberia que o arbítrio estatal é, na verdade, um dos grandes responsáveis pela corrupção que assola o País.

*
ADVOGADO CRIMINALISTA