Direito de Defesa: Independência dos âmbitos administrativo e penal é mito

Spacca

Um mantra sempre repetido em doutrina e jurisprudência: processo administrativo e penal são independentes, autônomos, seguem princípios distintos, e as decisões em um deles *não se comunicam* com o outro.

Com base nisso, é comum que a absolvição de investigado na seara administrativa seja ignorada na seara penal, e vice-versa, como se cada segmento do Poder Público fosse uma unidade hermética e indevassável a valorações feitas em outros terrenos. Isso ocorre nos crimes financeiros, concorrenciais, ambientais, e em outros, em que eventuais decisões dos órgãos que apuram ilícitos administrativos (Banco Central, Cade, Ibama) são praticamente desconsideradas na esfera penal. Ocorre que a cada dia se constata que tal *independência* é *relativa*.

Em primeiro lugar, a própria legislação e a jurisprudência têm conferido efeitos cada vez mais relevantes a atos praticados no âmbito administrativo, em especial em relação ao processo penal. Apenas para fins ilustrativos, podemos citar a conhecida Súmula 24 do STF, que faz depender a "materialidade típica do crime fiscal da constituição administrativa do crédito tributário", e a Lei 12.259/11, que determina a *extinção da punibilidade* dos crimes de cartel quando cumprido do acordo de *leniência*, firmado no âmbito do Cade.

Mas, mesmo que a lei não estabeleça relação direta entre as instâncias administrativa e penal, os princípios consagrados neste último impõem uma ligação importante entre elas, em especial nos casos em que o comportamento seja considerado *lícito* na seara administrativa.

Nessas hipóteses, o princípio da subsidiariedade tem interferência central. Se o direito penal é a *ultima ratio* do controle social, se é tratado como o instrumento que age apenas diante de ineficácia de outros mecanismos de inibição de condutas, como explicar a legitimidade da pena para uma ação ou omissão considerada lícita na seara cível ou administrativa? Como justificar a necessidade da repressão penal a uma conduta supostamente anticoncorrencial considerada lícita pelo Cade? Ou uma gestão *temerária* de instituição financeira reputada *insignificante* pelo Banco Central do Brasil?

É evidente que os valores protegidos pelo Direito Administrativo são distintos daqueles presentes na esfera penal. Ocorre que, a existência de justa causa para a persecução penal exige a verificação do desvalor da conduta para todas as outras esferas de controle social. Do contrário restará subvertido o princípio mais caro ao sistema: a *ultima ratio* da intervenção penal e sua fragmentariedade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É sempre oportuno frisar que os valores protegidos pelo Direito Penal são os mais relevantes e importantes para o funcionamento de determinada sociedade. A lógica do princípio da fragmentariedade impõe que a norma penal declare injusto apenas aquele comportamento absolutamente inaceitável, insuportável para o convívio em sociedade, e rechaçado pelo ordenamento jurídico como um todo.

Aceitar que um ato tolerado na esfera administrativa ou cível seja reconhecido como injusto penal seria inverter completamente o princípio da fragmentariedade, que, nas palavras de Roxin "*sería una contradiccion axiológica insoportable, y contradiria además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extreo de la política social, que una conducta autiruzada em cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente*"[1]. Na mesma linha, explica Bittencourt:

> "Por isso, um ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, como a civil, administrativa, etc. No entanto, o inverso não é verdadeiro: um ato licito civil não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal. Dessa forma, apesar de as ações penal e extrapenal serem independentes, o ilícito penal, em regra, confunde-se com o ilícito extrapenal. Em outros termos, sustentar a independência das instâncias administrativa e penal é uma conclusão de natureza processual, ao passo que a afirmação que a ilicitude é única implica uma conclusão de natureza material"[2]

Não é diferente o entendimento do STF nesta seara:

> "1. De acordo com o artigo 20 da Lei n° 10.522/02, na redação dada pela Lei n° 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal. (STF, HC 92438 / PR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 19/08/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-04 PP-00925, sem grifo no original).

Cumpre destacar o seguinte trecho do voto do E. Ministro Joaquim Barbosa nos autos do Habeas Corpus supra mencionado (HC 92438)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> "Torno a dizer: não é possível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e não o seja para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido quando, quando falham os outros meios de proteção e não são suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito."

Também nesse sentido:

> "(…) I. – No caso, tendo a denúncia se fundado exclusivamente em representação do Banco Central, não há como dar curso à persecução criminal que acusa o paciente de realizar atividade privativa de instituição financeira, se a decisão proferida na esfera administrativa afirma que ele não pratica tal atividade. Inocorrência, portanto, de justa causa para o prosseguimento da ação penal contra o paciente. II. – HC deferido. (STF, HC 83674, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 16-04-2004 PP-00088 EMENT VOL-02147-13 PP-02629)

Em caso bastante similar, o STJ reconheceu a relatividade da independência das instâncias:

> " (…) No Estado Democrático de Direito, o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal, vedando-se ao julgador a faculdade discricionária de, abstraindo as conclusões dos órgãos fiscalizadores estatais sobre a inexistência de fato definido como ilícito, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, alcançar penalmente o cidadão com a aplicação de sanção limitadora de sua liberdade de ir e vir.
>
> 5. É certo que esta independência também funciona como uma garantia de que as infrações às normas serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a indispensável liberdade; entretanto, tal autonomia não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador da lei, afastando-o da verdade real almejada, porquanto não são poucas as situações em que os fatos permeiam todos os ramos do direito. (…) (STJ, HC 77228/RS (2007/0034711-6), Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª T., DJ 07/02/2008 p. 1, sem grifo no original)

Ou o seguinte julgado:

> "(…) 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente cabe quando a atipicidade e a inexistência dos indícios de autoria se mostram na luz da evidência, primus ictus oculi. 2. Em resultando manifesta a atipicidade da conduta atribuída ao agente, como nas hipóteses em que, descomprometido com o aferimento de lucro, quanto mais ilícito, tomou medidas urgentes e necessárias ao bom funcionamento do órgão que geria, o trancamento da ação penal é medida que se impõe. 3. Carece de justa

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

causa a ação penal fundada em representação de Autarquia Federal, quando ela própria vem a considerar como lícita a conduta do agente (Precedente do STF). 4. Recurso provido". (STJ, RHC 12192/RJ (2001/0184954-7), Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª T., DJ 10/03/2003 p. 311)

Ora, se determinado comportamento é reconhecido por um sistema de controle social menos grave que o direito penal como aceitável — ou ao menos como não intolerável — não há legitimidade para a incidência da norma penal, caracterizada como intervenção de *ultima ratio*, cuja incidência é mais restrita e limitada. Como atesta Figueiredo Dias: "se uma ação é considerada lícita (sc. conforme ao 'Direito') pelo direito civil, administrativo ou por qualquer outro, essa licitude – ou ausência de ilicitude – tem de impor-se a nível do direito penal" [3].

Por isso, a decisão administrativa que reconhece a *licitude* do comportamento — se isenta de vícios e cercada das formalidades legais — interfere diretamente na seara criminal, porque afasta a *necessidade* deste último controle, pelo principio da *subsidiariedade.*

[1] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. 2. ed. Madrid: Civitas,1997. p.570
[2] BITTENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal*. p.297, sem grifo no original
[3] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 388, sem grifo no original

Date Created
21/05/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.