

Direito de Defesa: Lei Anticorrupção como lei penal encoberta

Spacca

Mais uma vez tratamos da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Das muitas questões levantadas sobre ela, destacamos uma que tem merecido especial atenção: qual a real natureza desta norma? Trata-se de uma lei meramente *administrativa* ou há elementos de *direito penal material* em seus dispositivos? A indagação — longe de ser meramente acadêmica — tem aspectos práticos relevantes, como mostram as seguintes considerações.

A lei apresenta-se como norma *administrativa*. Talvez o legislador não tenha definido os comportamentos ali descritos como *crimes*, nem as sanções como *penas*, para afastar problemas de constitucionalidade. Isso porque a norma destina-se a *pessoas jurídicas* e, nesta seara, há quem refute a adequação constitucional da criminalização destes entes¹, ou que limite tal hipótese aos âmbitos *expressamente* previstos na Carta Maior: atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (Constituição Federal, artigo 173, parágrafo 5º) ou contra o *meio ambiente* (Constituição Federal, artigo 225, parágrafo 3º).



Para além disso, a lei trabalha com a *responsabilidade objetiva*, forma de imputação inconcebível na *seara penal*, ao menos em um ordenamento jurídico no qual a pena se assenta na *culpabilidade*.

Por isso, e talvez para evitar tais questionamentos, o legislador classificou as normas previstas na lei em comento como *administrativas*, afastando-a do terreno *penal* e das polêmicas que sempre o rondam.

No entanto, uma análise mais apurada do texto legal revela que, seja qual for o escopo do legislador, os comportamentos descritos e as consequências a eles atreladas, embora *formalmente* intitulados como “*administrativos*”, têm *substância* penal, ou quase penal². Não se quer — nos estreitos limites deste texto — discutir os limites quantitativos ou qualitativos que marcam a fronteira entre o direito penal e o administrativo³. Porém, uma rápida e superficial análise revela o quanto do primeiro há nos atos ilícitos e nas sanções previstas na Lei 12.846/13.

Quanto aos atos ilícitos, quase todos têm correspondente na seara criminal, com uma ou outra distinção peculiar. O artigo 5º da lei, por exemplo, elenca a prática ou o financiamento da *corrupção ativa*, o uso de interposta pessoa para ocultar interesses ou beneficiários dos atos ilícitos e a fraude à licitação, cujos correspondentes penais são conhecidos.

Quanto às consequências/sanções, sua extensão e gravidade são equiparadas às penais. Uma breve passagem de olhos pelas sanções *penais* aplicáveis às *pessoas jurídicas* previstas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) demonstra que estas são mais *brandas* do que as instituídas pela lei *pretensamente administrativa* de combate à corrupção. Na primeira, a consequência mais grave é a *interdição temporária* de estabelecimento, obra ou atividade, ou a *proibição* de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (artigo 22). Na segunda, a infração aos seus preceitos pode ensejar, além das mesmas sanções, o *perdimento de bens* e da *dissolução compulsória da pessoa jurídica*.

Isso significa que, independente do nome dado pelo legislador, a gravidade ou extensão das sanções previstas na Lei 12.846/13 corresponde ou ultrapassa aquelas previstas em normas *expressamente* incriminadoras. Há um caráter de *lei penal encoberta* na norma em discussão.

Não cabe aqui discutir quais as implicações disso para a sua constitucionalidade. O que importa é destacar que, quanto mais nítido o caráter *sancionador* da lei — que no caso concreto se equipara à sanção penal —, mais legítimo exigir que algumas garantias do direito penal e do processo penal sejam reconhecidas quando de sua aplicação⁴.

Nessa linha, inúmeras questões concretas podem ser levantadas, a começar pelos parâmetros para a interpretação da Lei Anticorrupção. Sua natureza *penal*, ou *quase-penal*, impede a *analogia* ou o recurso a fontes que extrapolem o *teor literal* dos dispositivos. Assim, por exemplo, quando a lei fixa como ilícito o “*uso de interposta pessoa jurídica para dissimular reais interesses ou a identidade dos beneficiados dos atos praticados*” (artigo 5º, III), a sanção somente poderá recair sobre aquele que usa a pessoa jurídica interposta e não sobre a *própria* pessoa jurídica interposta. Talvez essa não tenha sido a ideia do legislador, talvez pretendesse responsabilizar também a *pessoa jurídica* usada, mas uma interpretação que não viole o conteúdo semântico dos termos empregados na lei, — única possível para textos penais e similares — impede tal extensão.

Do lado processual, o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) deve ser reconhecido na aplicação da lei. Diante de uma investigação para apuração da eventual prática dos ilícitos nela previstos, a empresa pode optar por não colaborar com as investigações, não podendo, por isso, ser penalizada. Daí a inaplicabilidade, em tal circunstância, do ilícito descrito no artigo 5º, inciso V (“*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*”). Deixar de entregar documentos ou de responder a ofícios é direito da empresa, de forma que o inciso V mencionado somente será aplicável se a instituição praticar *fraude processual* ou ato similar, ou se a empresa que *dificulta* não for a investigada ou suspeita, mas outra que possui dados ou informações relevantes.

Essas questões, que evidentemente dependem de reflexão mais apurada e até mesmo de situações concretas para melhor análise, servem de alerta os responsáveis pela aplicação da lei, dos advogados às autoridades públicas, pois esse caráter *penal*, ou muito próximo do *penal*, que ostenta a norma em comento, traz consigo a necessidade da observância e do respeito aos limites inerentes às normas de caráter repressivo. Do contrário, bastará transformar *crimes e penas* em ilícitos administrativos para deixar de lado todas as garantias que a custo tornaram-se indispensáveis em um direito penal ambientado em um Estado Democrático de Direito.

¹Sem contar os inúmeros autores que entendem inconstitucional qualquer responsabilização criminal da pessoa jurídica. Nessa linha, REALE JR., A responsabilidade penal da pessoa jurídica, in PRADO, Luis Regis (org.) Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: RT, 2001, p.139. Na mesma obra, LUISI, Luis. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, p.99.

²Nessa linha, SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Conjur, 05/02/2014

³Sobre o tema, ver GRECO FILHO, Vicente e RASSI, Joao. A corrupção e o direito administrativo

sancionador. In PASCHOAL, Janaina Conceição e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, Livro Homenagem a Miguel Reale Jr., p.741 e ss.

⁴Nessa linha, OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3ª ed., São Paulo: RT, 2009, p.383 e ss. Embora negue a identidade entre direito penal e direito administrativo sancionador, COSTA reconhece a exigência de normas mais rigorosas para o direito administrativo sancionador, pois este não deixa de ser uma imissão estatal na esfera de direitos fundamentais. COSTA, Helena Regina Lobo da, Direito Penal Economico e direito administrativo sancionador. Tese de livre-docência USP.

Date Created

08/07/2014