



Hamilton Dias de Souza: Combate à corrupção deve ser razoável

É fácil constatar que o momento do país é delicado. Basta ler os jornais ou conversar informalmente com quem quer que seja. Problemas econômicos existem, como provam a desvalorização do real, o aumento do desemprego, a baixa produtividade e a comentada perda do grau de investimento do país e de diversas empresas nacionais. Porém, não se pode confundir os *efeitos* com a *causa*, pois tais problemas decorrem de anomalias mais graves. Não se trata de simples dificuldades financeiras ou monetárias, mas de séria *crise de legitimidade* estatal, fruto da *desconfiança* nas relações do poder político com o econômico, alimentada por escandalosos casos de corrupção.

Em tempos de *desconforto generalizado*, como os atuais, as sociedades tendem a negociar a própria liberdade em nome da ordem. Esquecem-se de que *o poder vai até onde encontra limites*[\[i\]](#). Os resultados dessas concessões são comumente desastrosos, valendo recordar do Grande Terror francês e das diversas ditaduras do século XX. Assim, no contexto da permanente *tensão entre liberdade e ordem*, deve-se ter presente que as liberdades públicas compõem o *núcleo duro* da democracia. Existem essencialmente para impedir abusos por parte do Estado e são inegociáveis [\[ii\]](#) [\[iii\]](#) [\[iv\]](#).

Por isso, a sociedade brasileira deve estar atenta aos rumos que a adoção da Lei Anticorrupção (LAC) irá tomar. A aplicação indiscriminada de seus preceitos será inaceitável, por representar evidente retrocesso quanto às conquistas de 1988. Isto é, a lei deve ser interpretada e implementada em *estrita conformidade* com o artigo 5º da CF/88. Do que emergem questões de suma importância em matéria de *defesa das pessoas jurídicas acusadas*:

A LAC é multidisciplinar. Contém normas penais (sanções), civis (reparação do dano), administrativas (responsabilização parajudicial) e processuais (responsabilização judicial) etc. Assim, impróprio o Parecer 649/2013 do Senado Federal, que indica os artigos 22 e 173, parágrafo 5º, da CF/88 como fundamentos do diploma, pois o primeiro dispositivo não alberga todas aquelas matérias e o segundo, por sua vez, respeita às infrações à ordem econômica, matéria fora do escopo da LAC e regulada pela Lei 12.529/2011. No caso, a competência para dispor sobre questões administrativas decorre do artigo 23, inciso I, combinado com artigo 24 e parágrafos do texto constitucional[\[v\]](#).

O artigo 24 da CF/88 confere à União competência para editar **normas gerais**, “*não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano*”, mas “*sem descer a pormenores*”[\[vi\]](#), para serem minudenciadas por leis ordinárias decorrentes. Aos Estados e Distrito Federal atribui-se competência para editar normas *suplementares* sobre as mesmas matérias, com relativa autonomia legislativa, em função de suas particularidades e dentro do “quadro” traçado pelo legislativo central. Logo, nesse condomínio legislativo, a União não pode dispor sobre situações particulares, sob pena de usurpação de competência legislativa reservada aos Estados e Distrito Federal[\[vii\]](#). Estes, por seu turno, não podem editar leis que extrapolem o “quadro” central, sob pena de ilegalidade, no sentido *material* da expressão.

Como o artigo 24 da CF/88 cuida de competência legislativa, não cabem decretos estaduais e mesmo municipais para regulamentar o previsto na LAC, em matéria administrativa. Eles destinam-se a dar *fiel cumprimento à lei*, não a inovar na ordem jurídica. Somente podem ser expedidos pelo chefe do executivo que haja sancionado, promulgado e feito publicar a lei regulamentada, a teor do artigo 84, IV,



da CF/88, jamais por autoridades de outras esferas. Consequentemente, são ilegais os decretos baixados por Estados e Municípios para esmiuçar a Lei 12.846/13, sem prévia lei ordinária estadual ou municipal (artigo 30, CF/88) decorrente.

É certo que a lei nacional poderá realizar conceituações ou instituir regras a serem aplicadas uniformemente em todo o território, por imperativo de coesão do ordenamento. Nunca, porém, criar *vazio normativo*, nem permitir que regulamento dê densidade normativa à lei central. Isso significa, por exemplo, que, em matéria sancionatória, a fixação de penas não poderá ficar a cargo do aplicador ou de disposições baixadas pelo executivo. Apenas a lei pode disciplinar a matéria, sob pena de inaceitável delegação (arbitrio).

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isto significaria, na real verdade, a outorga de uma discricionariedade tão desatada, que a sanção seria determinável pelo administrador, e não pela lei, incorrendo esta em manifesto vício de falta de razoabilidade”[[viii](#)]. É que nesse caso haveria apenas “um **simulacro de obediência ao princípio da legalidade**; não, porém, uma verdadeira obediência a ele. Norma que padecesse deste vício seria nula, por insuficiência de delimitação da sanção”[[ix](#)].

É o que ocorre com o artigo 6º, I e parágrafo 4º, da LAC, ao estabelecer multas de 0,1% a 20% (por exemplo, o teto equivale a 200 vezes o piso) do faturamento bruto da Pessoa Jurídica (PJ) ou de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões (por exemplo, o teto equivale a 10 mil vezes o piso), sem parâmetros que norteiem sua aplicação e permitam o seu *teste de adequação* em concreto. Os vícios dos dispositivos agravam-se quando se constata que foi o Decreto Federal 8.420/15 que veiculou tais parâmetros (que não decorrem diretamente da LAC). Ao fazê-lo, foi ele, e não a lei, que criou as hipóteses de incidência das multas e os critérios de dosimetria, ofendendo a legalidade[[x](#)].

Mesmo admitindo-se que a LAC tenha se limitado a criar normas gerais em matéria de multas, o princípio da legalidade só seria atendido se e quando leis ordinárias — federal, estaduais e municipais — dessem maior densidade normativa às penas nela genericamente previstas. Não podem os regulamentos fazê-lo, por falta de mínimos parâmetros legais, sob pena de invasão ao campo do Legislativo. Logo, de duas, uma: ou a multa, se plenamente eficaz, é inconstitucional, por vício de razoabilidade da LAC; ou a multa, se norma “geral”, é inaplicável até que leis ordinárias decorrentes lhe confirmem concreção adequada (não pode o decreto fazê-lo).

Isso pode tornar ineficaz o conjunto da LAC, pois, como as demais sanções são relativamente *dependentes* da multa, não poderão ser aplicadas, em qualquer hipótese acima. A gravidade é ainda maior no plano estadual e municipal, indispensável que é a edição de lei ordinária decorrente, sendo impensável possa a lei ser “regulamentada” por decretos dessas esferas ou que estes “incorporem” normas do executivo federal. A inconstitucionalidade é grosseira.



Ademais, a LAC foi econômica quanto ao processo administrativo. Dispôs singelamente sobre os deveres da Administração (manifestações, comissões processantes, prazos de conclusão etc.) no âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Mas, salvo as previsões de defesa e razões finais pela PJ, nada disse sobre instrução e provas ou sobre direitos e garantias do acusado. O que parece incrível. Quais as garantias processuais do administrado na matéria?

A primeira questão é saber se seriam subsidiariamente aplicáveis ao PAR as normas de processo administrativo previstas na Lei 9.784/99 (federal) ou nas leis processuais estaduais. Parece que não, pois o PAR é um sistema processual específico, com fases e tempos próprios, incompatível, assim, com o sistema dos processos administrativos em geral. Basta ver que a exiguidade do prazo de 180 dias para sua conclusão não se coaduna com o rito da lei geral de processo administrativo. Não cabe, pois, aplicação da Lei 9.784/99 ao PAR, o que se reforça pelo próprio Decreto 8.420/15, que a ela se refere exclusivamente quanto à intimação.

Consequentemente, não há quaisquer garantias legais ao acusado no que tange à instrução e produção de provas. Isso é preocupante, pois, sendo os “regulamentos” vinculantes às autoridades incumbidas de aplicar a LAC, não poderá ser adotado rito diferente do neles previsto. O silêncio da lei quanto às garantias processuais do acusado é uma agressão ao contraditório e à ampla defesa. A instrução e a produção de provas devem contar com efetiva participação do interessado, em todas as suas fases, sem que haja margem de manobra pela autoridade, porque se trata de competência vinculada, e não discricionária. Sem tais garantias, perde sentido a própria noção de processo, já que são verdadeiras condições de eficácia do contraditório^[xi].

Quanto à responsabilidade “objetiva” da PJ, em princípio, seria suficiente para sua deflagração que alguém funcionalmente ligado à empresa praticasse conduta enquadrada no artigo 5º da LAC. A interpretação não resiste a um exame mais detido, pois, segundo os artigos 1º e 2º da lei, a PJ somente poderá responder por atos praticados no seu interesse ou em seu benefício, o que, obviamente, deverá ser demonstrado pela autoridade, ficando sujeito a contraprova pelo acusado.

Exemplo: Funcionário/mandatário de empresa X, em mora perante esta e objetivando resguardar seu emprego (no seu exclusivo interesse), promete/dá, por sua conta e risco, certa importância a funcionário público, com objetivo de acelerar expedição de documento cuja atualização é de sua responsabilidade. Em caso de instauração do PAR, a empresa poderá defender-se, provando que o delito não foi praticado em seu interesse ou benefício, o que literalmente *exclui* a responsabilidade.

Ainda, como os “tipos” previstos na LAC implicam intenção do agente (dolo ou, no mínimo, culpa), não há falar-se em responsabilização sem que haja apuração da conduta culposa, motivação de fato, i.e., descrição detalhada e verdadeira do ocorrido, obviamente a cargo da acusação. Aplica-se a “teoria dos motivos determinantes” como teste de adequação da peça acusatória, de modo que, provado que inexistem ou são falsos os fatos narrados como razão de responsabilizar, será nula a acusação ^[xii].

Assim, devendo a pessoa natural envolvida ser penalizada civil e criminalmente, eventual reconhecimento judicial de que a conduta praticada não acarreta materialidade delitiva punível repercutirá sobre o PAR. Se já tiver sido concluído, deverá ser anulado *ex officio* ou mediante decisão judicial. Se ainda em andamento, deverá ser arquivado. Tudo conforme o artigo 386, I e IV, do CPP e os



julgados do STJ[xiii].

Em caso de transformação, cisão, incorporação etc., não há dúvida de que a responsabilidade deve limitar-se ao valor do patrimônio vertido. Além disso, sempre se poderá alegar que o fato objeto é estranho ao interesse da pessoa jurídica, pois, sem que haja efetivo proveito do acusado no evento, não cabe responsabilização.

De todo preocupante, aliás, a previsão de responsabilidade solidária de controladas/coligadas, pois o simples fato de se integrar o mesmo grupo econômico de empresa acusada não poderia dar causa à responsabilização, sobretudo quando a empresa vinculada não concorre para o delito, simplesmente não tem meios de impedi-lo ou dele não se beneficia. Por isso, deve a autoridade demonstrar o interesse comum na situação que, em tese, deflagra a pretensão punitiva administrativa. Tem-se, aqui, *algo como* a dita solidariedade pelo fato, consagrada, em matéria tributária, pelo artigo 124, I, do CTN (“são solidariamente obrigadas... as pessoas que tenham **interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação**”, no caso, da multa). A inexistência de interesse novamente poderá e deverá ser explorada na defesa da pessoa jurídica.

Todos os pontos suscitados, por excelência, são defesas administrativas, porque, excluída a multa, não cabe processo judicial de responsabilização (artigo 20), salvo omissão da autoridade responsável por aplicar as sanções do artigo 6º, demonstrada pelos legitimados a instaurá-lo (MP, advocacias públicas etc.), após provocação formal daquela. Mas, por óbvio, esses pontos podem e devem ser levantados em âmbito judicial. Afinal, “*nenhuma lesão ou ameaça a direito*” é excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, conforme didático preceito constitucional (artigo 5º, XXXV). Portanto, equivocam-se aqueles que defendem a impossibilidade de discussão judicial quanto à existência ou não de materialidade delitiva.

Ressalte-se que, no sistema desenhado pela LAC, as penalidades judiciais figuram como um *plus* à multa, em termos de severidade. Logo, entendendo-se administrativamente pela impossibilidade de aplicação da penalidade pecuniária, por falta de motivos de fato para tanto, também não caberá aplicação das demais penas. Além disso, o perdimento é consequência da condenação, mas não poderá ser aplicado cumulativamente com aquele decorrente da Lei 8.429/92 (*ne bis in idem*). A suspensão/interdição de atividade corresponde, em seus grandes traços, à privação de liberdade do processo penal. A dissolução da PJ é hipótese extrema e equivale à pena de morte da pessoa jurídica, devendo ser aplicada de modo estrito às hipóteses do artigo 19, §1º, da LAC, i.e., a empresas constituídas para a prática de delitos, sem verdadeiros fins econômicos. A proibição de receber incentivos, por último, é razoável: não poderia aquele que praticou ilícito receber empréstimos públicos para arcar com eventual sanção.

Por fim, será possível discutir, no âmbito judicial, todos os vícios normativos que eivam não apenas as multas anticorrupção, mas todo o sistema de normas contido na LAC. As ilegalidades e inconstitucionalidades perpetradas pela ou em decorrência da lei em comento constituem fortíssimos argumentos de defesa das empresas e devem ser abordadas.

Destaque-se, ainda, que, nos debates em torno da LAC, pouco se tem dito a respeito de possíveis defesas por parte das pessoas jurídicas, tema que é de altíssima relevância para efeito de enquadrar as medidas de combate à corrupção e torná-las procedimentos legítimos, e não meros instrumentos voltados ao



pernicioso sensacionalismo em torno da punição de empresas *supostamente* envolvidas em casos de corrupção.

É dizer: a punição não é um fim em si mesma, mas um instrumento voltado para a ética nas relações entre os poderes político e econômico. Como tal, só há de ser considerada *justa* na medida em que aplicada de maneira conforme ao ***devido processo legal*** (de modo razoável e proporcional) e com fundamento no plano dos fatos (suporte fático). Do contrário, pode e deve ser questionada perante *todas* as instâncias possíveis, sendo passível de anulação.

Portanto, às pessoas acusadas com base na lei comentada deve assegurar-se a observância das liberdades públicas previstas no texto constitucional.

[i](#) Cf. MONTESQUIEU, Baron de. Do espírito das leis. Martin Claret, 2014. P. 229.

[ii](#) Cf. CRETELLA JR., José. Dos atos administrativos especiais. Forense, 1995. PP. 450-451.

[iii](#) Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 2015. PP. 29-90.

[iv](#) Cf. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. Atlas, 2005. PP. 25-28.

[v](#) Como o escopo da LAC é a proteção ao patrimônio público (competência material comum à UF, Estados/DF e Municípios), de que trata o art. 23, I, da CF/88. Assim, a competência legislativa para dispor sobre o tema é concorrente, sujeita ao art. 24 da CF/88.

[vi](#) Cf. STF, ADI 4955, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 24/09/2014.

[vii](#) Se a UF dispor sobre particularidades, a norma será de lei ordinária e valerá como tal para a UF, sem vincular os demais entes.

[viii](#) *Op. cit.* PP. 879 e ss.

[ix](#) *Op. cit. Ibid.*

[x](#) Cf. DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz e outros. Lei Anticorrupção... Fórum, 2014. P. 81.

[xi](#) Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo administrativo



sancionatório. Revista do Advogado, n. 125/2014, n. 3.

[xii](#) Cf. STF, ARE 884289, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03-06-2015. Ainda: STJ, MS 19.374, Rel. Min. Arnaldo Esteves, 1ª Turma, DJ 02-10-2013; STJ, MS 15.920, Rel. Min. Mauro Campbell, 1ª Seção, DJ 05-02-2013.

[xiii](#) Cf. STJ, RMS 13.395, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 26/05/2004..

Date Created

21/10/2015