



Opinião: Incertezas no Brasil criminalizam atividades econômicas

** Artigo originalmente publicado no jornal O Estado de S. Paulo desta sexta-feira (2/2), com o título Incerteza punitiva como custo Brasil.*

A expressão custo Brasil é antiga e já virou até verbete do Wikipedia; engloba, entre outros, o custo da corrupção, spread bancário exagerado, tarifa de energia etc. Uma de suas variáveis é a insegurança jurídica.

A tomada ideal de decisão pressupõe alto índice de previsibilidade; é bastante segura a decisão de ferver água em uma panela colocada sobre a boca acesa de um fogão. É segura porque: (i) água esquentada em fogo, ferve; (ii) panelas são aptas a conter a água e conduzir o calor do fogo; e (iii) fogões são aparatos idôneos para fornecer fogo para a cocção de água.

Mas há riscos, claro. A panela pode conter furo que permita o escoamento da água antes da fervura; o gás pode acabar ou ser interrompido; o fogão pode explodir. São, porém, riscos marginais.

O tomador de decisões econômicas vive um mundo muito mais imprevisível: não se sabe quais medidas o governo vai tomar; como o consumidor vai se comportar; o impacto no negócio se um líder extremista resolver direcionar um míssil contra os Estados Unidos etc. Os riscos, portanto, são pouco tangíveis.

O risco Brasil torna a tomada de decisão, na média, mais difícil, e, assim, mais custosa. Coração do conceito de custo Brasil.

Um dos fatores que globalmente tem encarecido as atividades econômicas —e não se está a dizer que isso seja necessariamente um mal— é a carga de autorregulação que as empresas vêm assumindo na condução de suas atividades.

Elas têm que, no lugar do Estado, fiscalizar a (i)licitude da origem dos recursos de seus clientes (para fins de lavagem de capitais e combate ao terrorismo, por exemplo); fiscalizar a (i)licitude das interações de todos os seus funcionários e terceiros com o poder público, para fins de Lei Anticorrupção; fiscalizar a (i)licitude das interações de seus funcionários com os concorrentes, para fins de normas antitruste; etc.

Bem verdade que o horizonte último dessas medidas é o de se obterem condições ideais de mercado, com baixos índices de branqueamento de capitais, corrupção e práticas anticompetitivas.

Um marco legal excessivamente aberto, em nome do combate a esses males, todavia, é um contra-estímulo indesejável (e possivelmente insuportável), sobretudo em um ambiente jurídico em que o voluntarismo dos agentes públicos prepondera diante do apequenamento das instituições.



L'État c'est moi parece ser o motor de um sem número de operadores públicos que, imbuídos da certeza de que fazem o bem para o Brasil com as próprias mãos, passam ao largo das instituições, vistas como puídas e corruptas. Assim, com Agostinho Ramalho Marques Neto, indaga-se: “Quem nos protege da bondade dos bons”?

Um exemplo que já está batido é a via-crúcis dos acordos de leniência, em que as agências punitivas concorrem por proeminência, em desprestígio da coisa pública.

Mais recentemente, porém, duas novidades legislativas coloreem o quanto se vem aqui afirmando. A assim chamada lei da leniência dos bancos alterou a Lei 6.385/76 que, entre outros, criminaliza o *insider trading*. Na nova redação, é crime “utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários”.

O que mudou? Substancialmente, não se exige mais do possível autor do crime que ele tenha quebrado um dever de manter sigilo sobre a informação.

O dever de sigilo encerrava um certo racional criminalizante que poderia ter sido substituído por um especial fim de agir (já chamado de dolo específico, a exemplo de obter vantagem indevida), ou condicionado a um resultado (por exemplo que quem tenha utilizado a informação lograsse algum benefício escuso a si ou a terceiro).

A rigor, quem der conhecimento, em processo de *due diligence*, a advogados ou auditores, de fato relevante ainda não comunicado ao mercado (o que é o caso, por exemplo, de rotineiras auditorias preliminares para fusões e aquisições), poderá incidir no tipo penal. A interpretação seria absurda; mas não seria nem a primeira, nem a última interpretação punitiva absurda no Brasil.

A recente Resolução 29 do Coaf não é menos problemática. Ao ampliar o conceito de Pessoas Expostas Politicamente (PEP) para fins de controle de lavagem, criou a categoria de estreito colaborador, assim entendidos, entre outros, pessoas naturais que “possuam qualquer outro tipo de estreita relação de conhecimento público com uma” PEP.

Ora, não pode operar direito sancionador com expressão tão vaga quanto “estreita relação de conhecimento público”. Foto em coluna ou rede social serve? Será necessário passar a incluir os sítios de fofoca nos background checks? As instituições, ao fazerem perguntas para checagem de conflitos, indagarão gentilmente, se a senhora Silva possui estreita relação com o congressista Souza? Ou se o jovem Costa, flagrado no iate da Vereadora Santos se enquadra nessa categoria? [São os 4 sobrenomes mais populares no Brasil, nessa ordem].

Nunca é demais lembrar que a inobservância das regras de *compliance* no sistema financeiro geram, em princípio, sanções patrimoniais; mas já há precedentes em que essa mesma quebra de dever foi alçada à condição de participação criminosa (a exemplo de Kátia Rebello, na Ação Penal 470, no que toca à acusação de lavagem de capitais).



A abertura do texto poderia encontrar fechamento interpretativo. Essa aposta não é razoável hoje. Os tribunais vêm, majoritariamente, ecoando o incremento punitivo e quem buscar algum tipo de filtro será prontamente tachado de corrupto ou amigo de corrupto. A tendência atual, infelizmente, é no sentido oposto: de os tribunais ampliarem ainda mais as hipóteses legais, sempre produzindo maior nível de punitividade.

Como o sistema é altamente seletivo – isto é, pinça alguns casos, mais ou menos republicaneamente – não é raro que um agente econômico que, embora tivesse uma estrutura de *compliance* robusta, tenha falhado em alguma norma regulatória “menor” e acabe por se aproximar de um dos inimigos da vez, venha a ser criminalizado. A eles, só resta a advertência de Virgílio a Dante na porta do inferno: abram mão da esperança...

Em escala, toca ao agente econômico precificar uma desproporcional bordoadada estatal quando e se envolvido, ainda que tangencialmente, no escândalo do momento.

Texto aberto; interpretação ampliativa; sistema penal seletivo. Ingredientes perfeitos para um ambiente criminalizador das atividades econômicas. Mais um caro ingrediente do custo Brasil.

Date Created

03/02/2018