

APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO COMBATE À CORRUPÇÃO

APPLICATION OF THE PUNITIVE ADMINISTRATIVE LAW IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION

Talyz William Rech

*Técnico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina
Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional
Signorelli
Pós-Graduando em Prevenção e Repressão à Corrupção pela
Universidade Estácio de Sá*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a utilização do Direito Administrativo Sancionador no combate à corrupção, por meio de uma análise de sua presença nos dispositivos da Lei Anticorrupção e da Lei n. 12.846/2013. Para tanto, compara as características dos ilícitos penais e administrativos e suas respectivas sanções, buscando identificar critérios de diferenciação entre eles, capazes de explicar a escolha do legislador pela via administrativa para a repressão das condutas lesivas ao patrimônio da Administração Pública. Após, traça um panorama dos aspectos mais importantes das condutas identificadas como corrupção, extraíndo delas distinções relevantes a partir das quais o Direito Administrativo Sancionador pode se aproveitar, por meio de instrumentos e técnicas próprios deste regime jurídico, a fim de desestimular, coibir, prevenir e punir essas condutas. Conclui-se pela utilidade do Direito Administrativo Sancionador, bem como a sua vantagem em relação ao Direito Penal na repressão das condutas previstas na norma jurídica, no âmbito do combate à corrupção no Brasil. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, e a técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, em fontes primárias, secundárias e terciárias.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo sancionador. Combate à corrupção. Lei 12.846/2013.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the use of the Punitive Administrative Law in the fight against corruption, through the analysis of its presence in the arrangements of the Anti-Corruption Act, Law n. 12,846/2013. In this regard, this paper compares the characteristics of the criminal and administrative offenses in relation to their respective sanctions, seeking to identify any criteria of differentiation among them, which could be capable of explaining the legislator's choice for the administrative channel for repression of the abusive practice against the Public Administration property. Afterwards, it outlines one aspect of the most important conduct, identified as corruption; in this way, this work has chosen to point some relevant distinctions that can be useful for the Punitive Administrative Act, by means of common instruments and techniques in this legal system, in order to discourage, stem, prevent and to punish illegal conducts. It is concluded that the Punitive Administrative Act is useful, in the sense that it presents advantages in relation to the Criminal Law for the repression of the conduct established in the legal norm, considering the Brazil's fight against corruption. The method of research adopted was the deductive one and the technique used was the bibliographical research, in primary, secondary and tertiary sources.

KEYWORDS: Punitive Administrative Act. Fight against corruption. Law n. 12,846/2013.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção consiste em uma série de práticas ilícitas que são de difícil investigação, uma vez que se revestem de aparência de legalidade. Ela promove, todos os anos, graves danos ao patrimônio público, refletindo negativamente no bem-estar da população, ao afetar o montante disponível para investimentos em bens de capital necessários para a infraestrutura do país e reduzir a qualidade dos serviços públicos prestados.

O custo médio anual da corrupção no Brasil atinge valores que representam de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), cerca R\$ 69,1 bilhões por ano, conforme pesquisa realizada no ano de 2008 pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP, 2008).

A Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/2013, é um dos dispositivos legais mais importantes à disposição das autoridades públicas para promover o efetivo combate às práticas corruptivas. Nela estão previstas condutas que correspondem às infrações administrativas que lesam o patrimônio da Administração Pública, suas sanções e instrumentos probatórios úteis voltados a deslindar a existência e a coibir a gênese dessas práticas.

O presente artigo busca esclarecer a opção legislativa na formulação da Lei n. 12.846/2013, realizada no âmbito da necessária resposta social ao fenômeno da corrupção, pela utilização da via administrativa, em detrimento da penal, na repressão das condutas caracterizadas como tal. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo e a técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, em fontes primárias, secundárias e terciárias.

A fim de alcançar esse objetivo, será necessário entender as diferenças doutrinárias entre os ilícitos administrativos e penais, bem como os limites e alcances das sanções a eles impostas, utilizando-se de critérios funcionais, na busca de relacionar a eficiência das medidas pretendidas com o funcionamento do regime jurídico próprio de cada esfera de responsabilização.

Espera-se, ao final do presente trabalho, demonstrar as vantagens da utilização dos mecanismos e procedimentos peculiares do Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal, e identificar os benefícios trazidos pelo novel tratamento conferido pela Lei Anticorrupção no combate à corrupção.

2 CARACTERÍSTICAS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

De forma geral, podemos entender o par ilícito-sanção pela interação conceitual que existe entre essas duas concepções jurídicas, não apenas para o Direito Penal e para o Direito Administrativo Sancionador, mas para todo o ordenamento.

A norma jurídica como comando de conduta necessita de um estímulo para garantir o seu cumprimento. Desta forma, a sanção é uma consequência negativa atribuída pelo ordenamento jurídico à ocorrência de um ilícito, à violação de um direito ou ao descumprimento de um dever jurídico.

O objetivo do legislador, ao estabelecer que o descumprimento da norma dá origem ao ilícito, à conduta antijurídica e a esse ilícito vincular uma sanção, não é outro senão incentivar a observância da lei (MELLO, 2007, p. 42).

É claro que, incentivar o cumprimento de uma determinada norma jurídica, ou desestimular o seu desrespeito, prevendo a aflição de um mal “justo”, não é a única forma de garantir a sua efetividade. Também a premiação de condutas preferíveis, ou a substituição de consequências jurídicas previstas por lei podem ser, a depender da circunstância concreta, meios adequados de produzir o resultado desejado; sempre se aproveitando do mecanismo de *feedback* positivo e negativo das condutas humanas.

Assim, a sanção jurídica é uma forma de garantir o cumprimento de uma previsão legal. Nas palavras de Fábio Medina Osório, “sanção é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamento ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito” (OSÓRIO, 2015, p. 101).

A sanção administrativa, por sua vez, é uma prática repressiva, de caráter negativo, realizada pela Administração Pública em resposta a uma infração administrativa (ou ilícito administrativo).

Rafael Munhoz de Mello analisa que existem três elementos fundamentais inerentes ao conceito. A medida aflitiva a) deve ser imposta pela Administração Pública; b) possui caráter negativo; e c) é aplicada em resposta a um comportamento ilícito.

Os elementos elencados acima constituem os mais comumente apontados pela doutrina pátria. No entanto, Fábio Medina Osório diverge e traz como elementos fundamentais para caracterização da sanção administrativa:

a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito afitivo: medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico, em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres: c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal). (OSÓRIO, 2015, p. 89).

O autor defende que o elemento subjetivo como aspecto caracterizador da definição de sanção administrativa não é algo absoluto, entendimento esse contrário à maioria dos autores. Para ele:

Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa, a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela dos valores protegidos pelo Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2015, p. 97).

Consequentemente, diante da flexibilidade que os Poderes possuem para exercer funções típicas do Estado, é possível que o Judiciário possa aplicar sanções administrativas,

[...] já que estas não integram sequer nenhuma função privativa do Poder Executivo, não se confundindo com funções administrativas. As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas. (OSÓRIO, 2015, p. 96).

Desta forma, função administrativa e sanção administrativa seriam elementos não intercambiáveis, e, no exercício do poder punitivo estatal, uma autoridade judiciária, autorizada por lei, poderia aplicar sanção administrativa cominada a ilícito da mesma natureza. Fábio Medina Osório conclui, portanto, que o elemento subjetivo da sanção administrativa é

[...] bastante amplo, pois o Direito Administrativo, não obstante sua natureza historicamente estatutária, volta-se mais à tutela funcional de determinadas atividades, do que propriamente à tutela orgânica de instituições, sem desconsiderar as profundas e frequentes conexões entre ambas. (OSÓRIO, 2015, p. 100).

Difere deste entendimento Rafael Munhoz Mello, ao explicar que:

As sanções administrativas são objeto do direito administrativo justamente por serem impostas no exercício da função administrativo.

Se não fossem impostas no exercício de função administrativa não seriam parte do direito administrativo. Não haveria espaço, portanto, para um direito administrativo sancionador. Há um direito administrativo sancionador porque há sanções impostas no exercício da função administrativa. (MELLO, 2007, p. 66).

García de Enterría, vai além, entendendo que o elemento subjetivo é o caracterizador da sanção administrativa, servindo para diferenciá-lo de sanções de outras naturezas. Ensina o doutrinador que:

Distinguem-se estas sanções das penas propriamente ditas por um dado formal, a autoridade que as impõe: aquelas, a Administração; estas, os tribunais penais. Justamente o problema mais importante que provocam as sanções administrativas é o de sua delimitação com as penas, tanto por razão de sua natureza quanto no relativo a seus respectivos âmbitos de aplicação. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990, p. 876).

Como medida necessária a assegurar o cumprimento da norma, a sanção possui natureza vinculante, pois protege interesses que vão além daqueles pertencentes à própria Administração Pública. Por esse motivo:

A Administração Pública tem o poder-dever de atuar na defesa dos interesses públicos. [...]. Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de consequência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. (MELLO, 2007, p. 71).

Assim sendo, ao verificar a ocorrência do ilícito, a Administração Pública não possui liberdade na imposição de sanção administrativa; pode apenas, nos casos previstos em lei, optar por uma dentre as modalidades de sanção elencadas por ela, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador.

Cabe aqui destacar que as sanções administrativas, advindas do poder punitivo do Estado, não se confundem com as medidas de polícia, advindas do poder de administrativo de polícia, pois:

[...] neste estreito espaço, adota-se a ideia de que o poder administrativo de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado. (OSÓRIO, 2015, p. 107).

Para Hely Lopes Meirelles, o poder administrativo de polícia é “o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual” (MEIRELLES, 2000, p. 122).

Desta forma, as medidas de polícia se diferenciam das sanções administrativas pela possibilidade de adquirirem um caráter preventivo, “perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando ao exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes” (OSÓRIO, 2015, p. 109).

Conclui-se que a aplicação de sanções administrativas, ao contrário do que ocorre nas medidas de polícia, precisam observar princípios e garantias constitucionais impostos ao poder punitivo geral, porque representam uma limitação de direitos e imposição de deveres, adentrando a esfera jurídica particular do administrado (OSÓRIO, 2015, p. 111).

O mesmo pode ser dito pela característica do referido atributo de autoexecutoriedade das decisões administrativas. Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade. (DI PIETRO, 2017, p. 241).

A doutrina brasileira entende que a autoexecutoriedade é admitida apenas se existir expressa previsão legal ou em caso de urgência, e apenas se a medida for necessária para a preservação do interesse público e não puder suportar as delongas do processo judicial (MELLO, 2014, p. 426).

As sanções administrativas aplicadas pela Administração Pública diferem de outras medidas à disposição do Direito Administrativo, no sentido de que devem observar os princípios constitucionais que regem qualquer forma de manifestação sancionatória do Estado. Isto ocorre porque, apesar das diferenças entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, que podem influenciar na escolha do legislador pela utilização de uma ou de outra modalidade na repressão de condutas ilícitas, ambos os ramos possuem em comum o fato de serem derivados do poder punitivo estatal. Conforme explica Miguel Reale Júnior,

[...] há um *jus puniendi* do Estado, que se expressa pela via penal ou administrativa, mas ambos os caminhos submetidos aos mesmos princípios de proteção do sujeito sancionado, normas essas comuns, estabelecidas no capítulo das garantias individuais de nossa Constituição Federal. (REALE JÚNIOR, 2007, p. 93).

Assim sendo, para analisar a sanção administrativa faz-se necessário contextualizá-la no âmbito geral do poder punitivo estatal, admitindo a existência de um regime jurídico próprio ao chamado Direito Público Punitivo.

Nesse sentido, observa-se a evolução histórica da teoria da sanção administrativa, verificando o desprendimento da pena administrativa do escopo do poder administrativo estatal para o Direito Administrativo Sancionador. Na lição de Fábio Medina Osório:

O que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e sanções administrativas, além de outras possíveis categorias menos relevantes ou impactantes no meio social. Da pertinência da sanção administrativa no universo do Direito Punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador. (OSÓRIO, 2015, p. 86-87).

Isto posto, admite-se que todas as formas de sanção a ilícitos concebidas em um Estado Democrático de Direito devem estar submetidas ao mesmo regime jurídico, ao qual Rafael Munhoz de Mello denomina de regime jurídico punitivo. O autor equipara a aplicação no Direito Administrativo Sancionador dos princípios constitucionais de Direito Penal, dispondo que “o regime jurídico punitivo de um Estado de Direito, em suma, tem por princípios a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a culpabilidade, o *non bis in idem* e o devido processo legal” (MELLO, 2007, p. 102-103).

Este poder punitivo estatal uno que dá azo à existência da sanção administrativa, independentemente da sanção penal, mas unida a ela pelo mesmo regime jurídico punitivo, é muito bem explicada pelo professor Miguel Reale Júnior, na passagem:

Entendo que, em face do *jus puniendi* único e geral, devam ser, no campo do ilícito administrativo, respeitados as garantias e princípios gerais consagrados no âmbito penal que sejam próprios do Estado de Direito, muitos consagrados no texto constitucional, tais como o princípio da legalidade, da irretroatividade das disposições des-

favoráveis, a segurança jurídica e a proporcionalidade. Assim, aplicam-se princípios comuns ao ordenamento punitivo do Estado que estejam constitucionalizados, ainda que originários do direito penal, bem como princípios não constitucionalizados, mas que se entende estarem implícitos no texto constitucional, como o da proporcionalidade, por exemplo. (REALE JÚNIOR, 2007, p. 96).

É claro que, apesar de estarem sujeitos aos mesmos princípios constitucionais, uma vez que se tratam de institutos diferentes, as sanções penais e administrativas estarão sujeitas a diferenças de procedimentos, que dão características operacionais próprias a cada uma delas (OSÓRIO, 2015, p. 155).

Em suma, há princípios obrigatoriamente observáveis pelo Direito Administrativo Sancionador, por força do reconhecimento de um poder punitivo geral do Estado, "são eles: as exigências de legalidade para tipificação dessas infrações, a imprescindibilidade de dolo ou culpa na esfera administrativa e a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias punitivas". (ARÊDES, 2017, p. 472).

3 CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL

Partindo do pressuposto de que tanto as sanções penais quanto as sanções administrativas têm por origem o poder punitivo estatal geral, e se utilizam do mesmo regime jurídico punitivo, parece arbitrária a tipificação de uma conduta como crime e de outra como infração administrativa.

A doutrina realizou diversas tentativas, ao longo dos anos, para reconhecer alguma característica particular que pudesse permitir o agrupamento das condutas em categorias específicas, a fim de definir um critério claro para a definição de qual o tipo de sancionamento seria mais adequado para cada uma delas (MELLO, 2007, p. 46).

Nos tópicos seguintes, serão analisadas algumas dessas teorias, a fim de entender a opção do legislador em moderar determinada conduta utilizando o Direito Penal ou o Direito Administrativo Sancionador. Serão estudadas também as diferenças entre os ilícitos e as sanções de cada uma dessas categorias.

3.1 CRITÉRIO MATERIAL – CORRENTE QUALITATIVA

O primeiro desses processos que buscava a diferenciação clara entre ilícitos administrativos e penais nasceu na Alemanha, no início do século XX, com as

teorias de James Goldschmidt. Diante dos tribunais abarrotados de processos e do Judiciário sobrecarregado para processar todas as ofensas aos diversos bens jurídicos, o objetivo dos juristas da época era iniciar um processo de despenalização capaz de retirar ilícitos de menor importância da esfera do Direito Penal, realocando-os na alçada de atuação do Direito Administrativo.

Para isso, James Goldschmidt procurou demonstrar que havia uma seara própria para os crimes e outra para as infrações administrativas, cuja diferença era qualitativa: enquanto os “crimes seriam ilícitos que atingiriam interesses caros a toda a sociedade [...] infrações administrativas seriam comportamentos que ofenderiam interesses menores muitas vezes confundidos com interesses da própria Administração Pública” (MELLO, 2007, p. 47-48).

Desta forma, ele procurou delinear um critério material qualitativo para diferenciar os dois tipos de ilícitos; “os ilícitos penais tinham por conteúdo material um dano concreto a bens jurídicos dos particulares, enquanto os ilícitos administrativos teriam por conteúdo o descumprimento de um dever de obediência em face da Administração Pública”. (MELLO, 2007, p. 51).

O conteúdo das duas condutas era, portanto, diferente. Para que uma conduta fosse alocada no campo dos ilícitos regidos pelo Direito Penal, ela deveria possuir conteúdo eticamente reprovável e atingir a coletividade na forma de um delito natural, antecedente ao próprio direito. Já uma conduta que caracterizasse descumprimento da norma positiva mas que possuísse conteúdo de valor ético neutro, ofendendo, assim, apenas os interesses da própria Administração, deveria ser regida pelo Direito Administrativo.

As teorias que procuravam diferenciar os dois tipos de ilícitos por critérios materiais qualitativos também foram desenvolvidas na Itália. Lá também havia a necessidade de canalização das lides com menor ofensividade para o Direito Administrativo, buscando uma resolução mais célere e o desafogamento do Judiciário. Fábio Medina Osório explica que nesse país a doutrina buscou sustentar que:

[...] as sanções administrativas divergem, qualitativamente, das penais, porque há um conteúdo diverso, bem como diversos são seus efeitos. O poder sancionador da Administração Pública seria uma função administrativa, ao passo que o poder judicial sancionador seria uma função jurisdicional, ambas cumprindo finalidades diversas, diferenciando-se, pois, qualitativamente. (OSÓRIO, 2015, p. 122).

Na doutrina brasileira, alguns doutrinadores, como Fabio Roberto D'Ávila, parecem defender esse posicionamento, estabelecendo que:

[...] o acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador (ou de mera ordenação social) passa a incidir não mais em uma diferença meramente quantitativa, mas qualitativa, estabelecida em uma diferente refração normativa da relação onto-anropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal. É, pois, a ofensa a um bem jurídico penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade. (D'ÁVILA, 2006, p. 35).

Desta forma, as teorias que buscam identificar um critério material qualitativo para diferenciar os ilícitos penais e administrativos determinam que os dois são fenômenos distintos que descrevem condutas divergentes em sua natureza.

3.2 CRITÉRIO MATERIAL – CORRENTE QUANTITATIVA

Acompanhando a tendência europeia, iniciada pela Alemanha e pela Itália, os teóricos espanhóis buscaram aprimorar as teorias de diferenciação de ilícitos penais e administrativos, almejando desencadear um processo de despenalização (MELLO, 2007, p. 55).

Ocorre que, diferentemente dos dois países citados anteriormente, a Espanha não possuía um Judiciário atravancado pela judicialização da análise de condutas pouco lesivas. Isto porque o país, a exemplo da França, conta com tribunais administrativos cujo objetivo é, justamente, o julgamento dos ilícitos administrativos, com a aplicação das sanções correlatas.

Por esse motivo, os doutrinadores espanhóis adaptaram as teorias de Goldschmidt para a realidade do país ibérico, intentando alcançar uma redução da atividade administrativa sancionadora (MELLO, 2007, p. 56).

Para atingir esse objetivo, os espanhóis abandonaram a ideia de que os dois tipos de ilícitos representam fenômenos distintos, separados pela natureza da ofensividade da conduta, ou seja, o seu conteúdo qualitativo. Bastava a eles estabelecer uma diferenciação de ordem quantitativa, ou seja, os ilícitos administrativos e penais não possuíam diferenciação nem quanto ao valor ético da lesividade da conduta, nem quanto ao alcance da parcela da sociedade afetada;

mas sim distinguem-se quanto à intensidade da gravidade da conduta. Condutas julgadas mais graves deveriam receber atenção do Direito Penal, enquanto aquelas que o legislador considerasse mais brandas, deveriam continuar sob a égide do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, conforme apontado pelo Professor José Cerezo Mir, “parte da doutrina sustenta que a diferença entre infrações e sanções penais e administrativas é meramente quantitativa, pois as infrações e sanções mais graves da ordem jurídica devem ser destinadas à esfera penal” (CEREZO MIR, 1994, p. 29).

Por conseguinte, não há mais a diferenciação entre ilícitos penais e administrativos por meio de sua natureza, ou por meio do titular dos interesses ofendidos pela conduta praticada e do desvalor ético-social desta conduta. Pelo contrário, as condutas não podem ser classificadas por este critério, já que ilícitos penais e administrativos consistem no mesmo fenômeno, separados apenas pela gravidade da conduta (MELLO, 2007, p. 54).

Como explicado, a distinção gerada por essa teoria objetiva melhor distribuir os ilícitos diante das formas de restrição de condutas lesivas à norma, possibilitando que todo o sistema se beneficie, pois

[...] aparelhando-se um direito administrativo sancionador, estar-se-ia optando por aferir um tratamento menos formal a condutas que, *per se*, não danificam ou colocam em risco os bens jurídicos mais relevantes em um Estado Democrático de Direito, ou seja, aqueles que não vulneram a dignidade da pessoa humana, considerada em concreto. (CORACINI, 2004b, p. 259).

No Brasil, assim como em países que herdaram a tradição jurídica europeia-continental, a diferenciação dos ilícitos usando o critério quantitativo como fundamento é, ainda hoje, percebida por meio do princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Por este princípio, reserva-se a sanção penal para as condutas que mais intensamente o ordenamento jurídico deseja desestimular, utilizando-se o Direito Penal como a *ultima ratio* do controle social (ARÊDES, 2017, p. 463).

Yuri Corrêa da Luz explica a influência que a teoria quantitativa teve no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do desenvolvimento e aprimoramento das Ciências Jurídicas, em especial, no campo do Direito Administrativo Sancionador, deve-se ao fato de que:

Nelson Hungria, um dos mais importantes juristas brasileiros, foi talvez um dos mais conhecidos defensores deste tipo de diferen-

ciação. Para ele, a punição de certos ilícitos na esfera do Direito Administrativo, ao invés de o ser na órbita do Direito Penal comum, não obedece senão a razões de conveniência política: para o Direito Penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. (LUZ, 2011, p. 435).

Em suma, as teorias que buscam identificar um critério material quantitativo para diferenciar os ilícitos penais e administrativos determinam que os dois fenômenos são idênticos, possuindo a mesma natureza, e que a diferença entre eles não reside no interesse ofendido pela conduta, mas em sua gravidade (MELLO, 2007, p. 57).

3.3 CRÍTICA AO CRITÉRIO MATERIAL

Antes de estabelecer a diferenciação entre os ilícitos penais e administrativos pelos critérios formal e funcional, com o intuito de realizar uma análise da escolha do legislador por estabelecer a responsabilização administrativa das condutas previstas na Lei Anticorrupção, é necessário registrar as críticas da doutrina moderna às teorias quantitativas e qualitativas.

Nesse diapasão, Rafael Munhoz de Mello aponta que os critérios criados por essas teorias são inservíveis para realizar a diferenciação pretendida, sendo:

[...] irrelevante afirmar que à infração administrativa deve corresponder comportamento ilícito menos grave, assim como inútil propugnar pela identidade do ilícito administrativo com comportamentos ofensivos a interesses da própria Administração Pública. Isso porque o legislador pode simplesmente dispor de outra forma, deixando de observar os critérios de distinção indicados pelas teorias quantitativa ou qualitativa. (MELLO, 2007, p. 58).

Para esse autor, ficou claro que “a experiência estrangeira demonstra que os critérios qualitativo e quantitativo de distinção servem para orientar o legislador no momento de definir se uma determinada conduta deve ser tipificada como crime ou infração administrativa” (MELLO, 2007, p. 59).

Porém, esses critérios não vinculam o legislador, uma vez que não possuem reforço constitucional. Dessa maneira, o legislador dispõe de “ampla liberdade para a seleção das condutas que serão tipificadas como ilícito penal ou como ilícito administrativo. Enfim, a escolha entre um ou outro tipo de ilícito é uma questão de política legislativa”. (MELLO, 2007, p. 59).

Da mesma forma pensa Sirlene Nunes Arêdes, ao dispor que a Constituição Federal de 1988 autorizou o legislador a “não criminalizar todas as condutas eticamente reprováveis, o critério serve apenas como medida de política criminal, mas não para identificar e delimitar as instâncias penal e administrativa”. (ARÊDES, 2017, p. 465).

A autora vai além, explicando que o critério quantitativo em relação à gravidade das infrações não é passível de ser aplicado, pois nunca haverá consenso necessário em relação à ordenação e ao escalonamento dos valores e bens jurídicos considerados mais importantes para o ordenamento jurídico (ARÊDES, 2017, p. 465).

De fato, ao mesmo tempo que é fácil apontar os valores historicamente essenciais para a constituição do Estado, abrigando-os na guarida do Direito Penal, é muito complexo delimitar a zona limítrofe a partir da qual se encerra a determinação de uma conduta como mera infração administrativa e se inicia a sua criminalização.

Da mesma opinião é Miguel Reale Júnior ao indicar que “a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social” (REALE JÚNIOR, 2007, p. 95).

Por fim, critica-se o fato de que o Poder Legislativo brasileiro não utiliza o Direito Penal de forma subsidiária às sanções impostas pelo Direito Administrativo Sancionador, como quer o princípio da subsidiariedade e da mínima intervenção penal.

Assim sendo, busca-se, por meio do Direito Penal, muitas vezes, dar vazão às demandas sociais e resposta às aflições do público, ao arrepio da estruturação do sistema jurídico, desperdiçando-o como instrumento de controle social efetivo, num processo conhecido como expansão do Direito Penal. Nas palavras de Arêdes, “o direito penal não seria mais para o legislador a *ultima ratio* senão, em medida crescente, *prima ratio*”. (ARÊDES, 2017, p. 463).

3.4 CRITÉRIO FORMAL

Com o aprimoramento da doutrina administrativista ao longo dos anos, o critério material foi sendo abandonado, substituindo-o pelo critério formal, advindo do desenvolvimento de outros conceitos que permitiram o estabelecimento de um regime jurídico estruturado para o Direito Administrativo Sancionador.

O critério formal de distinção entre ilícitos administrativos e penais é hoje o mais aceito pela doutrina, estando intimamente ligado à própria definição e ao delineamento das sanções administrativas. Isto quer dizer que um ilícito é administrativo, e não penal, porque a ele está cominada uma sanção administrativa, regida pelo regime jurídico administrativo. Da mesma forma, um ilícito é penal se a ele está cominada sanção penal, regida pelo regime jurídico característico do Direito Penal (MELLO, 2007, p. 61-62).

Para esta teoria, tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Sancionador possuem a mesma legitimidade para a defesa dos valores constitucionais estabelecidos, e a diferença não está presente no conteúdo ou na gravidade da conduta praticada, mas na área de incidência que a lei confere, bem como na competência que o legislador empresta a ela. Neste sentido, Fábio Medina Osório explica que:

A sanção administrativa *lato sensu*, ora examinada, resulta de um exercício de pretensão punitiva do Estado, com finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada, inibindo a possibilidade de novas infrações, dentro dos limites formais e materiais do Direito Administrativo, no que se encontram, em termos nucleares, este ramo jurídico e o Direito Penal, ambos com idênticas finalidades em sentido amplo. De um ponto de vista de eficácia, o Direito Administrativo é um instrumento tão legítimo quanto o Direito Penal para garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico, porém com uma área de incidência mais limitada em termos de valores, dado que exige a presença intervencionista estatal ou a existência de relações de especial sujeição, subordinando-se, nesse passo, a um exame crítico concreto em termos de resultados. (OSÓRIO, 2015, p. 142).

O estabelecimento do Direito Administrativo Sancionador como detentor de normas voltadas a proteger bens jurídicos a ele confiados, aparelhado com as características específicas fornecidas pelo regime jurídico que lhe dá sustentação, diferentes daquelas presentes no Direito Penal, justifica a autonomia daquele ramo, fundamentando a independência entre as instâncias. Isto porque:

[...] o direito administrativo sancionador não é parte do direito penal, nem é um direito penal especializado, tampouco contém normas incriminadoras (donde se refuta a expressão direito penal administrativo). Trata-se de ramo autônomo, mas que deve preservar limites à intervenção estatal, por um leque (constitucionalmente estabelecido) de direitos e garantias, por visar, e jamais da mesma forma, o estabelecimento de normas para cuja infração se cominam sanções graves, que representam limitação da esfera de liberdade individual. (CORACINI, 2004b, p. 259).

Mesmo que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador possuam técnicas diferentes entre si e que se encontrem vinculados a distintos regimes jurídicos de atuação, ambos possuem a capacidade de se defrontarem com os direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva e submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. É na Constituição Federal, no entanto, que residem os pontos comuns entre as duas correntes do Direito Público Punitivo:

[...] há cláusulas institucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral. (OSÓRIO, 2015, p. 144).

Pois bem, são os critérios formais, as descrições legais das condutas, os delineamentos dos regimes jurídicos, que permitem identificar um ilícito como administrativo ou penal. Assim sendo, por exemplo, se a sanção for aplicada por autoridade administrativa, então o ilícito será administrativo, e pertencerá ao Direito Administrativo Sancionador. Da mesma forma, se a sanção cominada incluir pena privativa de liberdade, então sua natureza será penal (ARÊDES, 2017, p. 466).

Ligado ao critério distintivo formal, está também a limitação de imposição de pena restritiva de liberdade às sanções administrativas. Isto porque a Constituição Federal restringiu a imposição dessa modalidade de sanção aos ilícitos penais (crimes), barrando a sua utilização no Direito Administrativo Sancionador (MELLO, 2007, p. 73).

Outro critério formal que cabe mencionar é a obrigatoriedade de comprovação da culpabilidade do agente, a fim de viabilizar sua punição na esfera penal, questão que pode ser dispensada pelo direito administrativo (ARÊDES, 2017, p. 439).

Em síntese, para Régis Fernandes de Oliveira, a distinção entre ilícitos administrativos e penais encontra-se no órgão que aplica a sanção, no regime jurídico ao qual ela está vinculada, e na necessidade ou não de processo judicial para sua perfectibilização:

Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuridicidade e aplicação da sanção), com

as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional, cujo ato final possua força específica de coisa julgada, estamos diante da pena criminal ou da sanção civil. De outro lado, estamos diante de sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica, deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato jurisdicional, possuindo presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade (quando não vedada por lei). (OLIVEIRA, 2005, p. 20).

Por fim, também pertence à categoria de critérios formais de distinção daquelas condutas que, por força de determinação expressa da Constituição Federal de 1988, receberam designação específica para figurarem em uma ou em outra espécie de ilicitude. Como exemplos, podemos citar os crimes de racismo, tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, retenção dolosa de salário e condutas lesivas ao meio ambiente, para os quais a Constituição não forneceu espaço para outra forma de controle, que não fosse aquele disposto em suas cláusulas. Assim sendo, não existe permissão para que o legislador infraconstitucional descriminalize a conduta identificada com o tipo ali expresso, realocando-a na categoria de infração administrativa.

3.5 CRITÉRIOS FUNCIONAIS

As teorias utilizadas para distinguir as modalidades do Direito Sancionador de acordo com os critérios formais estabelecidos na Constituição e em leis infraconstitucionais demonstraram-se adequadas para estruturar os regimes jurídicos próprios a essas esferas. Apesar disso, ainda restam lacunas que não puderam ser suficientemente preenchidas com a categorização formal da conduta, impossibilitando o melhor julgamento na produção legislativa para o combate à ilicitude.

Desta forma, muitos autores contemporâneos, dentre os quais se destaca Jesús María Silva Sánchez, passaram a argumentar que se fazia necessário conceber um critério de diferenciação que transpusesse características próprias da infração administrativa e penal. Caso esse estudo não fosse realizado, o controle social permaneceria prejudicado, depositado na mão da discricionariedade quase completa do legislador, abrindo o caminho para a ocorrência de arbitrariedade.

Propôs-se, assim, um estudo operacional dos critérios de imputação e das garantias presentes no funcionamento de cada um destes ramos, abandonando diferenciações essencialistas em prol de critérios funcionais. Desta forma,

[...] o decisivo estaria, assim, não mais nas características intrínsecas aos ilícitos penais e aos administrativos, mas sim nas diferentes finalidades de cada um destes ramos, bem como os meios disponíveis para persegui-las. Diante disso, alguns autores vêm afirmando que o Direito Penal teria por fim proteger bens concretos em casos concretos e seguiria critérios de lesividade ou periculosidade concretos, ao passo que o Direito Administrativo procuraria ordenar, de modo geral, setores de atividade ou reforçar modelos de gestão setorial, não estando, por conta disso, vinculado a critérios de lesividade concreta, mas sim a considerações acerca de efeitos globais ou estatísticos. (LUZ, 2011, p. 436-437).

A adoção dos critérios funcionais permite abdicar da análise das características intrínsecas de determinada conduta, na busca de padrões de correspondência com ilícitos penais ou ilícitos administrativos. Passa-se, então, a investigar os fenômenos de acordo com o funcionamento de cada uma das esferas jurídicas de proteção, identificando qual o melhor resultado prático consoante os critérios e as peculiaridades do fato social em tela. A partir da organização dos critérios funcionais de distinção, Silva Sánchez aponta parâmetros mais úteis na escolha do legislador. Para o autor:

Como se verá, o decisivo aqui volta a ser o critério teleológico: a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o Administrativo Sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem porque seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade). (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

Esse critério é, de longe, aquele mais indicado para entender a escolha de uma modalidade de repressão em detrimento da outra, pois permite analisar as vantagens e desvantagens de efetivar a regulação de determinada conduta pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo Sancionador, de acordo com as características próprias da conduta específica (LUZ, 2011, p. 445).

É à luz desses critérios que o presente estudo buscará entender a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no combate à corrupção, por meio da sua presença na Lei n. 12.846/2013, a Lei Anticorrupção. Para isso, estudar-se-á, a seguir, o fenômeno identificado como corrupção, para reconhecer nele características úteis na designação da melhor forma de repressão, uma vez que um melhor entendimento das condutas envolvidas certamente ajudará a compreender a visão e a intenção do legislador, ao organizar o sistema brasileiro de combate à corrupção.

4 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E SEU CONTEXTO

Foi a partir dos trabalhos de Edwin Sutherland, na década de 1940, que nasceu a expressão “crime de colarinho branco” (*white collar crime*), usado inicialmente pelo autor para diferenciar a criminalidade “comum” de uma criminalidade “privilegiada”, mas igualmente problemática para a sociedade.

Sutherland diferenciou a criminalidade “comum”, realizada por pessoas pertencentes às classes inferiores, de baixa renda e *status* social; de uma espécie de criminalidade econômica ou profissional, cometida por pessoas pertencentes às classes superiores, como empresários e políticos, aproveitando-se de sua situação privilegiada para auferir ganhos ilícitos (VERAS, 2006, p. 39).

Os estudos de Sutherland focaram-se na análise da violação de quatro tipos de legislação; as leis antimonopólios, leis relativas às relações de trabalho, leis que regulamentavam a publicidade e, por fim, leis que objetivavam a proteção às patentes e marcas industriais (LIVIANU, 2006, p. 140).

Sutherland objetivava demonstrar como os criminosos de colarinho branco eram tratados de forma privilegiada em relação aos criminosos “comuns”, pelo fato de o sistema de controle social estar estruturado de forma desigual. Ainda que as condutas não fossem perpetradas com violência ou houvesse dificuldade na identificação precisa de vítimas, no sentido clássico da palavra, Sutherland constatou serem essas práticas mais danosas à sociedade que os crimes patrimoniais ou mesmo os crimes contra a vida, justamente pela potencialidade de atingir a coletividade (VERAS, 2006, p. 37).

Foi a partir desses estudos que foi desenvolvida a teoria criminológica da associação diferencial. Essa teoria demonstra que a criminalidade não é resultado da personalidade do indivíduo ou das suas condições sociais, mas é fruto

do aprendizado adquirido pela interação com as pessoas, em especial as mais próximas. Observam, com propriedade, Natália Brasil Dib e Sérgio Fernando Ferreira de Lima, que:

Sutherland rompeu com o pensamento causal-naturalista fundado na etiologia do crime própria do início do século XIX, segundo a qual os menos favorecidos e excluídos socialmente estariam mais propensos à prática de crimes. Sutherland verificou, através de um vasto trabalho de pesquisa, que a criminalidade das classes sociais mais baixas possuía maior percepção social e, por isso, abafavam, tornando menos perceptíveis os crimes praticados pelos pertencentes aos altos escalões. Abolia-se a chamada criminologia do delinquente, própria do pensamento lisztiano: o efeito crime, segundo Sutherland, não possuía como “causa” a qualidade social do agente, mas era resultado do aprendizado adquirido a partir de situações reais enfrentadas pelo agente. Em outras palavras, e ainda que pareça afirmação reducionista, tem-se que o comportamento criminoso é aprendido em interação com as outras pessoas, e não herdado, o que se faz concluir quando se observa ou, ao menos quando observou Sutherland, que a pessoa se torna delinquente quando a maioria de suas interações é favorável ao delito. A principal forma de aprendizagem do delito é, afinal, no âmbito de atuação de grupos pessoais privados, como exemplo citem-se as atividades profissionais de um contador que pratica, reiteradamente, condutas ilícitas sem que se aperceba disso, eis que tais práticas estão incorporadas ao meio social da profissão, as chamadas associações diferenciais. Assim, em Sutherland, tem-se que, no seio de alguns grupos bem definidos, reiteram-se modelos de conduta delitivos. A partir desse “contágio”, os indivíduos passariam a ver como normais determinadas violações da lei, afinal, para eles, têm alto valor certas concepções, como a de que “trabalho é trabalho”. (DIB; LIMA, 2015, p. 122-123).

Os estudos sobre os crimes de colarinho branco e a teoria da associação diferencial foram capazes de municiar a Criminologia e o Direito Penal com ferramentas capazes de entender o complexo liame de fatores em que se desenvolvem os crimes de corrupção. As observações que fizemos acima sobre os crimes de colarinho branco, de maneira geral, se encaixam perfeitamente com o prejuízo à sociedade que a corrupção é capaz de trazer. Guilherme Nucci traz uma noção bem próxima para os efeitos deletérios da corrupção daquela já preconizada por Sutherland:

Uma das maiores contradições do Direito, atualmente, é o falso entendimento de que o crime violento massacra a classe pobre enquanto o delito não violento (como a corrupção) afeta os ricos. Então, entra a demagogia estatal: aumentam-se as penas dos delitos violentos; mantêm-se as penas (ou até se diminuem) dos crimes não violentos, em que se encaixa a corrupção. A grande sacrificada

pelo volume da corrupção gerada no Brasil é a camada mais pobre. Afinal, o desvio de dinheiro público afeta justamente a infraestrutura indispensável a quem não possui recursos financeiros, tais como alimentação, ensino, saúde, lazer, moradia etc. (NUCCI, 2015, p. 11).

O conceito de corrupção, por si, é complexo. Além dos crimes previstos no Código Penal, nos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), que denotam uma situação de desmoralização da Administração Pública, os sentidos que a palavra recebe no âmbito privado estão sempre ligados à depravação e à destruição de princípios e virtudes, em favor de um ganho material ilegítimo.

Essa pluralidade de conceitos denota os tipos de corrupção existentes na sociedade, seja ela corrupção política, burocrática, sistêmica, individual, legal, moral etc. O conceito mais simples e claro de corrupção, capaz de se encaixar a qualquer situação possível, parece ser o da Transparência Internacional, uma organização não governamental com sede em Berlim, fundada em 1993, que tem como principal objetivo a luta contra a corrupção. Para a ONG, corrupção é “o abuso do poder confiado por outrem para o ganho particular”¹.

É interessante conferir, também, como a ONG classifica os três principais tipos de corrupção que se desenvolvem na sociedade. Para ela,

a corrupção pode ser classificada como pequena, grande e política, dependendo da quantidade de dinheiro perdido ou desviado no processo, e do setor social no qual ela ocorre. A pequena corrupção se refere ao abuso de poder perpetrado por representantes estatais de nível pequeno ou médio, nas suas interações com cidadãos comuns durante suas atividades de ofício. Em geral, ela ocorre enquanto os cidadãos tentam acessar bens ou serviços básicos, como hospitais, escolas, departamentos de polícia ou outras agências estatais. A grande corrupção consiste em atos praticados nos altos escalões governamentais, capazes de distorcer políticas sociais ou o próprio funcionamento central do aparato estatal, permitindo que os líderes se beneficiem, direta ou indiretamente, de bens e serviços públicos, em detrimento do bem-estar geral da população. Por fim, a corrupção política é a manipulação de políticas, instituições e normas legais de procedimento, aplicada na alocação de recursos públicos e nas concessões de financiamentos e em outras vantagens pecuniárias, perpetrada por autoridades públicas com poder decisório, que abusam de sua posição para manter seu próprio poder, status e riqueza.²

¹ Tradução livre do autor. No original: “the abuse of entrusted power for private gain”. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. What is Corruption? Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

² Tradução livre do autor. No original: “Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs. Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low- and mid-level public officials in

Sem dúvida, o combate às dimensões política e burocrática da corrupção institucionalizada no Estado é de grande interesse para a sociedade, pois é na mão dos detentores de cargos públicos, das autoridades políticas e dos gestores públicos, que se encontra concentrada a competência decisória voltada a dar destinação à coisa pública.

Em virtude do aspecto político da corrupção e da natureza dos próprios atos de abuso de poder, conclui-se que é muito difícil mensurar o nível de corrupção do nosso país. Os atos corruptos, por exemplo, são deliberadamente escondidos do público, tornando-se conhecidos apenas por meio de investigações e da divulgação de escândalos. Por outro lado, o número de denúncias de suborno ou o número de casos de corrupção levados à justiça não refletem necessariamente o nível de corrupção de um país, pois são dados que estão mais diretamente ligados à eficiência dos órgãos de investigação nacionais.

Apesar disso, não há dúvidas de que a maior parte da população percebe o Brasil como um país altamente corrupto. Inclusive, é justamente a percepção subjetiva o critério de escolha da Transparência Internacional para a medida da corrupção de um país. O Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index – CPI*), da Transparência Internacional, mede exatamente a percepção da corrupção do setor público. Dados qualitativos são coletados por meio de diversas fontes como empresários nacionais, estudiosos do sistema político de cada país e a população em geral, e transformados em um *score* quantitativo que varia de 0 (significando um país altamente corrupto), a 100 (significando um baixíssimo nível de corrupção percebida)³.

Os índices obtidos podem, então, ser comparados com outros indicadores para produzir informações relevantes. Por exemplo, comparando os índices de corrupção dos países, coletados pelo ranking da CPI em 2016, com o seu grau de exclusão social⁴, estimados por meio dos dados da OECD⁵ e dos estudos da

their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. What is Corruption? Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

³ A metodologia utilizada pela ONG pode ser facilmente entendida através do documento disponível em: <http://files.transparency.org/content/download/2054/13228/file/CPI_2016_ShortMethodologyNote_EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁴ O grau de exclusão social foi medido, para os países que fazem parte da OECD, através do Índice de Inclusão Social (Social Inclusion Index for OECD countries), disponível no estudo “Indicadores para Governança Sustentável” (Sustainable Governance Indicators), publicado pela Fundação Bertelsmann e disponível em: <http://www.sgi-network.org/docs/2016/thematic/SGI2016_Social_Inclusion.pdf>. Já para os países que não fazem parte da OECD, o indicador utilizado para representar o grau de exclusão social foi o Indicador de Bem-Estar Social (Welfare Regime Indicator), presente no estudo “Bertelsmann Transformation Index”, disponível em: <<https://www.bti-project.org/en/reports>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵ Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (Organisation for Economic Co-operation and

Fundação Bertelsmann⁶, a Transparência Internacional foi capaz de concluir que existe uma correlação muito forte entre inclusão social, desigualdade social, democracia social e corrupção.

Infelizmente, o Brasil figura em uma posição muito ruim no Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index*), da Transparência Internacional, ocupando, em 2017, a 96ª colocação dentro 180 países avaliados, com apenas 37 pontos⁷.

Dentre os desafios no combate à corrupção no Brasil apontados pela Transparência Internacional, estão a corrupção no governo e nos partidos, o financiamento de campanhas políticas, a corrupção em níveis estadual e municipal e as contratações para grandes obras públicas. Não obstante os pontos negativos elencados, os relatórios da ONG também destacam alguns pontos positivos, com grande potencial para tornarem-se evoluções significativa no que tange ao combate à corrupção institucionalizada⁸.

Dentre eles, estão a maior vigilância da política nacional pela opinião pública, a exemplo do julgamento do Mensalão, e as investigações relativas à Operação Lava Jato, altamente retratadas pela mídia e acompanhada de perto pela população. Outro fator elencado é o aumento da participação da sociedade civil na vida política do país, a exemplo da promulgação da Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que foi resultado de iniciativa popular. Além disso, o maior acesso à informação e à transparência institucional, fomentadas pelo Estado mediante a Lei n. 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, foi destaque ao fornecer mecanismos facilitadores e ferramentas, como o Portal Transparência, para que o cidadão comum possa fiscalizar o uso do dinheiro público.

Por fim, a Transparência Internacional também elogiou a Lei Anticorrupção, especialmente no que tange à responsabilização administrativa das empresas que participam de esquemas de corrupção, sancionando-as com pesadas multas que podem variar de 0,1% até 20% do faturamento da empresa⁹.

Development) – OECD, mais informações disponíveis em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁶ Mais informações disponíveis em: <<https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/home>>. Acesso em: 10 de fev. 2018.

⁷ Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017> Acesso em: 10 fev. 2018.

⁸ Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_good_news>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁹ "Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação". In: BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de

5 SANÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/2013)

Conforme já mencionado ao longo do trabalho, fica a critério do legislador, por meio do exercício da discricionariedade fornecida pela Constituição, a definição da esfera ideal para o enquadramento de determinada conduta que se planeje coibir.

Pelos critérios funcionais, percebe-se que a escolha do Direito Penal ou do Direito Administrativo passa pela seleção dos instrumentos considerados mais adequados para o alcance do objetivo legal, dentre aqueles que cada ramo dispõe. Assim sendo,

[...] um dos mais importantes critérios para distinguir atualmente o Direito Penal do Direito Administrativo consiste nos diferentes procedimentos de cada um destes ramos. Neste registro, uma das questões centrais a serem consideradas na comparação com eventual escolha sobre a área que regulará o fenômeno da corrupção praticada por entes coletivos gira em torno da possibilidade que cada procedimento oferece para se utilizar de meios investigatórios e instrutórios. Por um lado, o Direito Penal parece dotado de mecanismos, a princípio, mais invasivos da intimidade do investigado, mas também mais eficientes, como as escutas ambientais e a quebra de sigilo bancário. Em contrapartida, há, a princípio, muito menos flexibilidade em termos de observância de garantias, posto que estas, no processo penal, são muito mais estritas e oferecem muito mais resistência em alguns pontos. Por outro lado, o Direito Administrativo também é dotado de instrumentos de investigação e instrução, que, entretanto, parecem em alguns casos menos eficazes. (LUZ, 2011, p. 461).

A corrupção é combatida no Brasil com a responsabilização do agente infrator nas três esferas. Na esfera penal, o Título XI da Parte Especial, Dos Crimes contra a Administração Pública, do Código Penal, é encarregado dessa tarefa. Na esfera civil, destaca-se a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92; assim como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/93, e a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85. A responsabilização administrativa das infrações cometidas contra o patrimônio da Administração Pública, desta forma, é regulada pela Lei Anticorrupção.

Assim, a Lei Anticorrupção, nasce da resposta do legislador brasileiro aos anseios sociais relativos às notícias, cada vez mais frequentes, de episódios de corrupção envolvendo órgãos estatais.

agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

A referida lei prevê, para os atos lesivos à Administração Pública, dispostos no seu artigo 5º, as sanções previstas no artigo 6º, de caráter administrativo, bem como as medidas ressarcitórias, de caráter civil, previstas pelo artigo 19.

Desta forma, o legislador brasileiro optou, neste diploma mais recente, pelo protagonismo da responsabilização administrativa na repressão das condutas identificadas como corrupção, conforme as características levantadas no tópico anterior.

Helena Regina Lobo da Costa indica que:

[...] não há dúvidas, destarte, de que a Lei Anticorrupção é expressão do direito administrativo sancionador, impondo sanções que, em virtude de seu caráter punitivo, têm como finalidade a prevenção de novas condutas contra a administração pública. (COSTA, 2015, p. 79).

Já na análise do Projeto de Lei n. 6.826/2010, que mais tarde transformar-se-ia na Lei n. 12.846/2013, Yuri Corrêa da Luz dispunha nesse sentido ao indicar que

Neste ponto, é importante salientar que os formuladores do Projeto de Lei optaram por regular esta prática a partir, fundamentalmente, do Direito Administrativo Sancionador. Foi deixada de lado, portanto, a possibilidade de se regular a questão a partir da responsabilidade penal de pessoas jurídicas que cometam atos de corrupção. Diante disso, parece interessante discutir, com base no quadro teórico apresentado anteriormente, quais seriam as diferenças entre estas duas esferas que deveriam ter sido consideradas na escolha entre ambos os tipos de regulação, de modo a se avaliar, e em que medida, a opção tomada pelo legislador brasileiro foi ou não a mais acertada. (LUZ, 2011, p. 451).

A mesma situação de escolha por coibir condutas semelhantes, tipificando-as como infrações administrativas e penais, ocorre com aquelas condutas lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, em especial com o caso dos cartéis.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado pela Lei n. 12.529/11, e a legislação penal antitruste, Lei n. 8.137/90, preveem punição aos mesmos atos praticados contra a ordem econômica, em esferas diferentes. Desta maneira, a formação de cartel é infração administrativa prevista no artigo 36, *caput*, da Lei n. 12.529/11, mas também é crime contra a Ordem Econômica, previsto pelo artigo 4º da Lei n. 8.137/90.

Assim como o desvelo dos atos lesivos à Administração Pública, a formação de um cartel é de muito difícil comprovação, uma vez que os atos praticados em conluio de empresas são perpetrados de forma fraudulenta e sigilosa e, na vasta maioria das ocasiões, não deixam indícios ou provas documentais, senão aqueles voltados a emprestar semelhança de legalidade para as operações realizadas.

Uma das vantagens da utilização da via administrativa para o sancionamento dessas condutas reside na mudança do paradigma punitivo estatal, passando por uma estratégia preventiva advinda de outras técnicas legais, como o Acordo de Leniência, proveniente do Direito Premial anglo-saxão.

Esses instrumentos com os quais o Direito Administrativo Sancionador conta, que vão além da ameaça com a privação da liberdade, típica do Direito Penal, são mais adequados para o desvelo, a repressão e a prevenção das condutas lesivas à Administração Pública.

O Acordo de Leniência está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, e nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção, bem como nos artigos 28 até 40 do Decreto 8.420/2015.

O Acordo de Leniência surge no Direito brasileiro como instrumento de política criminal cujo objetivo é ampliar o poder investigativo das autoridades responsáveis, utilizando-se, para isso, do Direito Premial. Trata-se de uma espécie de delação premiada, cuja natureza jurídica é de fonte probatória, importada do direito norte-americano, realizada na esfera administrativa, primariamente com pessoa jurídica interessada em corrigir situação de ilegalidade ter abrangida sanção eventualmente passível de ser aplicada a si, ou mesmo exonerada completamente das penalidades legais, em troca de confissão do ilícito e fornecimento de evidências capazes de levarem à apuração da infração na qual esteja envolvida, bem como da identificação dos demais envolvidos (LAMY, 2014, p. 47).

Desta forma, o Acordo de Leniência é ferramenta adequada para atingir os objetivos legais, frente às complexas características dessas condutas delituosas (aparência de legalidade, sigilo e dificuldade de verificação de sua existência e identificação dos envolvidos). Apesar de ocorrer na esfera administrativa, pode também ter efeitos penais na medida em que a participação do Ministério Público como parte e signatário do acordo barra a apresentação da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

Outros benefícios investigativos dizem respeito à possibilidade da exigência, por parte da autoridade administrativa, da prestação de informações e apresentação de documentos necessários para a comprovação da prática infratora, sob pena de multa. Tal situação nunca seria permitida no âmbito do Direito Penal, já que violaria o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo. Neste sentido, explica Yuri Corrêa da Luz que:

[...] cabe mencionar a possibilidade do Direito Administrativo de requisitar informações e documentos aos investigados sob pena de multa. O art.10, II, da Portaria MF 327/1977 e o art. 9.0, II, da Lei 6.385/1976, obrigam os intimados durante a instrução administrativa a comparecerem para esclarecimento ou prestação de informações. Caso o intimado não atenda ao chamado da CVM, pode ele receber uma multa administrativa. No procedimento penal, tal mecanismo nunca seria permitido, posto que faz parte de sua lógica interna o direito fundamental do réu ao silêncio. O mesmo valeria para o pedido de apresentação de documentos. (LUZ, 2011, p. 461).

Outra importante característica, melhor atendida pela responsabilização administrativa do ilícito, diz respeito à necessidade de grande conhecimento técnico a respeito da conduta perpetrada, a fim de identificar o descumprimento da norma jurídica. Neste sentido:

Para concretizar este argumento, pensemos, apenas a título de exemplo, em como a aplicação de medidas como as previstas nos incs. II e III do art.19 do PL 6.826/2010 precisam ser ponderadas por julgadores com alta capacidade de compreensão da realidade da empresa que pratica o ilícito, principalmente nos casos em que a pessoa jurídica, ao lado da prática de corrupção, também desempenha atividades lícitas. Isso porque é justamente neste caso que sanções como a extinção ou interdição temporária podem produzir efeitos danosos à sociedade como um todo. Além de implicar no afastamento de um ente produtivo da economia do país, com prejuízo para a comunidade de trabalhadores, consumidores e credores, estas sanções poderiam, ainda, impedir que a pessoa jurídica produzisse receita necessária para reparar o próprio dano derivado do ilícito. Tal avaliação, provavelmente, deve ter sido considerada pelo legislador que propôs o Projeto de Lei em tela, posto que, nele, a competência para conduzir o processo e avaliar todas estas questões foi atribuído à Controladoria Geral da União, o órgão mais especializado do governo para tratar do fenômeno da corrupção. Isto, por si só, parece ter sido um forte motivo para a opção do Projeto em regular este fenômeno através do Direito Administrativo. (LUZ, 2011, p. 455).

De fato, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, responsável pela investigação da corrupção, bem como o Conselho Administra-

tivo de Defesa Econômica – CADE, autarquia responsável pela investigação das infrações contra a concorrência, possuem pessoal treinado e expertise técnica para melhor lidar com essas condutas.

Ademais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é um dos temas mais controversos da Política Criminal contemporânea, de modo que a maioria da doutrina brasileira rejeita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque seus “sistemas de justiça criminal, fundados na unidade orgânica de instituições e normas jurídicas legisladas, criam obstáculos metodológicos ou científicos insuperáveis” (SANTOS, 2010, p. 275).

Deste modo, falta o elemento de culpabilidade às pessoas jurídicas, entes morais desprovidos de capacidade de ação, capazes apenas de expressar a vontade dos seus administradores (DOTTI, 1995, p. 196-197).

Sem o elemento subjetivo, capaz de permitir que a repressão das condutas lesivas ao patrimônio da Administração Pública ocorra no plano penal, a melhor alternativa é a persecução na esfera administrativa, com a posterior responsabilização penal à medida que o procedimento possibilitar a identificação dos gestores responsáveis pelo comando das ações delitivas (TIEDEMANN, 1995, p. 27-28).

No mesmo sentido,

O principal exemplo talvez constitua o princípio da culpabilidade. Regulado pelo art. 5º, XLV, da CF/1988, este princípio exige que a responsabilidade penal apenas seja imputada a quem for considerado individualmente culpável, não podendo a pena, portanto, ultrapassar a pessoa do condenado. Em oposição a isso, o Direito Administrativo não parece estar vinculado à culpabilidade, posto que a ele seria permitido levar em consideração, em seu processo de imputação, critérios de outra natureza. Neste sentido, observa Adán Nieto que, por meio desse ramo trata-se de chegar à responsabilidade não por meio da culpabilidade, mas por meio da capacidade de suportar a sanção. Aproximar-se-ia, assim, mais da responsabilidade civil do que da responsabilidade penal. (LUZ, 2011, p. 456).

A decisão do legislador, ao formular a Lei Anticorrupção, parece ter levado em consideração a resistência dogmática doutrinária em imputar infrações penais a pessoas jurídicas, tomando o ente coletivo como responsável em vez dos membros individualizados, o que pressupõe a formulação de um conceito de ação e de culpabilidade que seja aplicável também à pessoa jurídica.

Conforme expõe Helena Lobo da Costa,

A justificativa para se criar a nova lei voltou-se a que a legislação até então em vigor não apresentaria características aptas a garantir efetividade à sua aplicação: a lei penal não alcança a empresa, tida como importante propulsora de atos ilícitos contra a administração pública; a Lei de Improbidade Administrativa depende da identificação do agente público corresponsável pelo ato, não abarcando, assim, atos que ocorram sem sua participação; outros diplomas não preveem a imposição de multa etc. (COSTA, 2015, p. 74).

Ademais, Yuri Corrêa da Luz explica que o Direito Administrativo Sancionador é “um ramo marcado por uma maior flexibilidade, se comparado à esfera penal, principalmente porque, ao lado dos dois princípios já citados, estão também os princípios do interesse público e da eficiência”. (LUZ, 2011, p. 462).

Por todo o exposto, conclui-se que a opção do legislador brasileiro pela adoção da responsabilização administrativa das condutas previstas na Lei n. 12.846/2013, por meio da previsão de instrumentos investigativos e sancionatórios regidos pelo regime jurídico próprio do Direito Administrativo Sancionador, é adequada para o fim precípuo da referida lei, ou seja, o combate à corrupção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sanção administrativa difere-se da penal, pois representa uma ação afliativa, imposta pela Administração Pública, em resposta à ocorrência de um ilícito administrativo, com objetivo repressor voltado a desestimular condutas que descumpram a norma jurídica.

Submete-se aos princípios da legalidade, tipicidade, irretroatividade, culpabilidade, vedação do *bis in idem* e devido processo legal e não pode, por força constitucional, assumir a modalidade de privação da liberdade.

No entanto, apesar de possuir vinculação aos mesmos princípios e garantias constitucionais previstos para o Direito Penal, em consequência da derivação comum do poder punitivo estatal, o Direito Administrativo Sancionador possui características peculiares.

Utilizando critérios funcionais de distinção, o legislador pode relacionar o funcionamento de cada esfera de responsabilização com o objetivo da norma e as características peculiares da conduta que se deseja coibir, para decidir a melhor forma de reprimi-la.

Essa situação pode ser observada na Lei n. 12.846/2013, cuja vinculação ao Direito Administrativo Sancionador confere-lhe instrumentos investigativos e

repressores adequados contra práticas de difícil desvelo, como é o caso da corrupção.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 435-477, mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Lei Anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 fev. 2018.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 50, p. 237-279, set. 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e lei anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015.

D’AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 60, p. 9-35, mai. 2006.

DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro. In: DAVID, Décio Franco (Org.). GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 21-35, jul. 1995.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DE SÃO PAULO – FIESP. **Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com>>.

br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal**: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 429-470, mar./abr. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIR, Jose Cerezo. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, p. 26-35, abr. 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 21-35, jul. 1995.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **What is Corruption?** Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal.** 2006. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2006.