

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO ADMINISTRATIVO
PALOMA DE MAMAN SANGUINÉ

ASPECTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO

São Paulo – SP
Janeiro de 2014

PALOMA DE MAMAN SANGUINÉ

**ASPECTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Pós-
Graduação *lato sensu* em Direito
Administrativo da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo, como requisito parcial para
a obtenção do título de
Especialista em Direito
Administrativo.**

**Orientador: Prof. Thúlio
Caminhoto Nassa**

São Paulo – SP

2014

Dedico este trabalho ao meu esposo amado, Felipe, que me incentivou a iniciar o estudo do Direito Administrativo e, com o seu entusiasmo e conversas no dia-a-dia, fez eu me encantar por este ramo do Direito.

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar a recente Lei n. 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção. Para tanto, foram analisados os seus principais dispositivos, em cotejo com a doutrina sobre as infrações e sanções administrativas, a Teoria do Direito Administrativo Sancionador e alguns aspectos principais do processo administrativo sancionador. Com esta pesquisa, não pretendemos esgotar o estudo da nova legislação, mas, apenas, chamar a atenção para a sua importância como instrumento para o controle da corrupção e, portanto, a necessidade do seu estudo a fim de que seja aplicada de forma eficaz.

Palavras-chave: Corrupção. Responsabilização administrativa das pessoas jurídicas. Lei n. 12.846/13.

ABSTRACT

This study pretends to present the recent Law n. 12.846/13, which provides for administrative liability of legal persons for acts of corruption. For this purpose, we analyzed its main devices in comparison with the doctrine of the offenses and administrative penalties, Sanctioning Administrative Law Theory and some key aspects of sanctioning administrative process. With this research, we do not intend to exhaust the study of new legislation, but simply to draw attention to its importance as a tool for controlling corruption and hence the need for your study so that it is effectively implemented.

Keywords: Corruption. Administrative liability of legal persons. Law n. 12.846/13.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	----

PRIMEIRA PARTE. A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO I. Causas da corrupção.....	12
CAPÍTULO II. A importância da Lei n. 12.846/2013 no controle da corrupção.....	18

SEGUNDA PARTE. A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO

CAPÍTULO I. Pessoas sujeitas à Lei n. 12.846/2013.....	25
1.1. Sujeito infrator.....	25
1.2. Responsáveis.....	26
1.3. Responsabilidade dos sucessores.....	27
1.4. Responsabilidade solidária.....	28
1.5. Responsabilidade por omissão.....	29
CAPÍTULO II. Infrações administrativas e atos de corrupção.....	29
2.1. Conceito de infração administrativa.....	29
2.2. Unidade do poder punitivo estatal.....	31
2.3. Princípios.....	33
2.3.1. Princípio da legalidade.....	33
2.3.2. Princípio da tipicidade.....	35
2.3.3. Princípio da anterioridade.....	37
2.3.4. Princípio da irretroatividade.....	37
2.3.5. Princípio da processualidade.....	40
2.3.6. Princípio da insignificância.....	40
2.3.7. Princípio da presunção de inocência.....	43

2.4. Conceito de corrupção.....	46
2.5. Bem jurídico protegido.....	48
2.6. Responsabilidade objetiva.....	49
2.7. Atos de corrupção na Lei n. 12.846/13.....	57
2.7.1. “Corrupção ativa”	57
2.7.2. Financiamento ou patrocínio de atos de corrupção.....	60
2.7.3. Uso de interposta pessoa.....	61
2.7.4. Atos de corrupção nas licitações e contratos administrativos.....	63
(a) <i>Fraude ou frustração ao caráter competitivo da licitação</i>	63
(b) <i>Impedimento, perturbação ou fraude a atos da licitação</i>	65
(c) <i>Afastamento de licitante</i>	65
(d) <i>Fraude a licitação ou contrato</i>	65
(e) <i>Criação de pessoa jurídica fictícia ou irregular</i>	66
(f) <i>Modificação ou prorrogação fraudulenta de contratos ou do seu equilíbrio econômico-financeiro</i>	66
2.7.5. Dificultar ou intervir em procedimento de investigação ou fiscalização.....	67
2.8. Excludentes.....	68
CAPÍTULO III. Das sanções administrativas.....	69
3.1. Conceito.....	69
3.2. Compatibilidade entre pena e sanção administrativa e comunicabilidade e incomunicabilidade das instâncias.....	73
3.3. Princípio <i>non bis in idem</i>	75
3.4. Princípio da proporcionalidade.....	82
3.5. Espécies.....	84
3.5.1. Multa.....	85
3.5.2. Publicação extraordinária da decisão condenatória.....	86
3.5.3. Reparação integral do dano.....	87
3.6. Critérios de aplicação das sanções.....	87
3.6.1. O “compliance” como critério de redução da pena.....	89
3.6.1.1. Conceito de “compliance”.....	91

3.6.1.2. Princípios.....	93
3.6.1.2.1. <i>Apoio do alto nível da empresa</i>	93
3.6.1.2.2. <i>Objetivos, estruturas organizativas e políticas da empresa</i>	94
3.6.1.2.3 <i>Determinação dos focos de riscos do compliance</i>	95
3.6.1.2.4. <i>Estabelecimento dos controles de compliance</i>	96
3.6.1.2.5. <i>Reporte de compliance</i>	96
3.6.1.2.6. <i>Execução de ações corretivas</i>	97
3.6.1.2.7. <i>Monitoramento</i>	98
3.6.1.3. Efeitos.....	98
3.7. Acordo de leniência.....	99
3.7.1. Questões preliminares.....	99
3.7.2. Origem histórica	100
3.7.3. O acordo de leniência na Lei de Controle da Corrupção.....	101
3.7.4. Críticas.....	104
3.8. Extinção das sanções administrativas.....	105
CAPÍTULO IV. Aspectos do processo administrativo de responsabilização por atos de corrupção.....	106
4.1. Considerações iniciais.....	106
4.2. Garantias e princípios aplicáveis ao processo administrativo.....	108
4.2.1. Princípio do devido processo legal.....	108
4.2.2. Princípio da ampla defesa e do contraditório	110
4.2.3. Princípio da publicidade.....	113
4.2.4. Princípio da oficialidade.....	113
4.2.5. Princípio da formalidade.....	114
4.2.6. Princípio da pluralidade de instâncias.....	115
4.2.7. Princípio da <i>non reformatio in pejus</i>	116
4.3. Fases.....	116
4.3.1. Fase de iniciativa.....	116
4.3.2. Fase instrutória.....	117
4.3.3. Fase dispositiva	118
4.3.4. Fase recursal.....	118

4.4. Medidas cautelares.....	119
4.5. Desconsideração da pessoa jurídica.....	120
4.6. Prescrição.....	121
4.7. Revisão das sanções administrativas pelo Poder Judiciário.....	121
CONCLUSÕES.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	131

INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.846 de 2013, promulgada em 01 de agosto de 2013, “*Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*”.

Trata-se de legislação aprovada pelo Poder Legislativo em um momento de intensa comoção social, em que a população saiu às ruas manifestando-se contra os atos de corrupção divulgados na mídia e que tem se mostrado cada vez mais comuns, exigindo, assim, providências das autoridades competentes.

Muitos desses casos de corrupção mostrados nos meios de comunicação envolvem pessoas jurídicas, especialmente, aquelas que possuem algum tipo de vínculo ou relacionamento com a Administração Pública.

É nesse contexto que a chamada *Lei Anticorrupção* revela-se como instrumento eficaz na luta contra as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção.

Neste trabalho, pretendemos estudar os diversos dispositivos da Lei n. 12.846/13, apresentando os seus institutos, à luz dos princípios básicos de Direito Administrativo referentes ao tema das infrações e sanções administrativas, tudo à luz da teoria da unidade do *ius puniendi* estatal, sem a intenção de esgotar a matéria, mas, apenas, de realizar um primeiro contato com a nova legislação, que passa a ser um instrumento de suma importância no controle da corrupção.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte, trataremos de analisar o objeto "corrupção" antes dele ingressar nos diversos ramos do Direito, e, portanto, antes de sofrer as influências das normas jurídicas que o definirão de múltiplas maneiras, a fim de que seja possível, numa primeira tomada, compreendê-lo como objeto puro de

estudo. No primeiro capítulo, analisaremos as principais causas da corrupção e, no segundo, a importância da Lei n. 12.846/2013 no seu controle. A segunda parte é voltada o estudo propriamente dito do conteúdo da Lei n. 12.846/13. No primeiro capítulo, serão descritas quais são as pessoas sujeitas à Lei; no segundo, serão analisadas as infrações administrativas previstas na Lei, partindo-se da teoria da unidade do poder punitivo estatal e sempre à luz dos princípios constitucionais que regem a matéria. No terceiro capítulo, serão estudadas as sanções administrativas e os seus critérios de aplicação, bem como os institutos do *compliance* e do acordo de leniência; no quarto capítulo, faremos uma breve incursão em alguns aspectos do processo administrativo de responsabilização por atos de corrupção, para então, apresentar nossas conclusões finais.

PRIMEIRA PARTE

A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO I. Causas da corrupção

A corrupção não é um problema das sociedades contemporâneas e inúmeras causas tem sido apontadas para o seu desenvolvimento e crescimento sistemático, ao ponto de se tornar um problema endêmico.

Um dos fatores apontados para a corrupção de hoje é a degradação dos valores morais, na medida em que estamos vivendo um dos momentos em que as sociedades ocidentais se veem rodeadas por uma interna e externa crise de valores em que a toda uma civilização a falta de vigor moral ameaça destruí-la. Em uma sociedade que valoriza, acima de tudo, a produtividade e a eficácia, a riqueza material e o individualismo, não é de se estranhar que os valores morais não encontrem espaço nem aplicação. Assistimos a uma quebra geral dos valores morais, na vida pública e na privada. O mesmo cidadão que postula medidas contra a corrupção é incapaz de respeitar as regras de trânsito, de manter limpa a cidade ou de entender e aceitar que deve pagar impostos¹.

Além disso, em muitas sociedades, a distinção entre as relações privadas e as relações de Direito Público não é muito clara para os cidadãos, fator este que também pode ensejar o desenvolvimento de atos de corrupção. Com efeito, no setor privado, dar presentes é altamente valorado e parece natural proporcionar empregos e contratos aos próprios amigos e parentes. E, se não há um conhecimento das peculiaridades das normas públicas, também pode não ser encontrada razão para deixar de lado essas práticas no setor público. A distinção entre vida pública e vida privada parece alheia a muitas pessoas. Os cidadãos de países desenvolvidos fazem distinções entre conduta apropriada e inapropriada em função de suas

¹ PÉREZ, Jesús González. Corrupción, ética y moral em las Administraciones Públicas, Thomson Civitas, 2006, pp. 38-41.

próprias normas culturais. Assim, a corrupção também não deixa de ser um problema cultural².

Outro fator que contribuiu para a corrupção é a ausência de espírito de serviço público. Nos primeiros anos do século XX foi se consolidando um modelo continental europeu de função pública que respondia a ideia de um funcionário permanente e profissionalizado, devoto do serviço público, orgulhoso de servir aos interesses gerais e com maiores obrigações e motivações das que poderiam resultar de uma simples contratação sujeita às leis do mercado. Este modelo começa a ser erodido pelo contágio ao setor público do sindicalismo do setor primário. O modelo tradicional – informado pelo princípio do serviço público – impedia reconhecer um direito associativo e sindical pleno; o princípio da continuidade do serviço público e era incompatível com o uso dos meios de ação e luta do proletariado e, em especial, com o direito de greve. Mas a pressão sindical foi impondo-se em todos os Estados Europeus e, ao reconhecer-se aqueles direitos a Administração Pública foi equiparando-se ao patrão, do qual há que se desconfiar e há que se enfrentar. Aqui termina a fidelidade ao serviço público³.

A corrupção também pode ser encarada como um problema político, na medida em que descreve uma relação entre o Estado e o setor privado. Às vezes, os funcionários públicos são os atores dominantes e, em outras, os atores privados são as forças mais poderosas. O relativo poder de negociação destes grupos determina o impacto geral da corrupção na

² ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma. Siglo Veintiuno de España Editores, 2001, pp. 126-127. Na Tailândia, fazer doações é altamente valorado e as pessoas acreditam que se um funcionário proporciona um bom serviço deve ser mostrado seu apreço com um donativo. Mas é importante notar que, mesmo sendo bem aceitos, os donativos podem impor custos ocultos que não são apreciados pelo cidadão comum. A economia não pode responder perguntas culturais, mas pode ajudar a entender as implicações das decisões de uma sociedade, mostrando às pessoas que certos hábitos podem impor custos à capacidade da economia para crescer e ao Governo para funcionar eficientemente. As definições da conduta aceitável podem mudar uma vez que se informa à população os custos de tolerar pagamentos e subornos aos políticos e aos funcionários públicos.

³ PÉREZ, Jesús González. Corrupción, ética y moral..., *op. cit.*, pp. 41-42.

sociedade, assim como a distribuição dos benefícios entre subornadores e subornados⁴.

A análise da corrupção forma parte do atual debate sem conclusões sobre qual forma de governo é mais apta para o desenvolvimento econômico. Embora os países ricos tendam a ser democracias, não existe uma relação simples entre desenvolvimento e Governo democrático, e isso porque democracia é um termo demasiado amplo e genérico para captar a gama de formas de governo que existem sob esta expressão. Além disso, uma estrutura de governo que funciona bem em um país pode ser disfuncional em outro contexto, e a corrupção generalizada e arraizada é uma forma de disfunção. Constitui o estabelecimento da democracia uma estratégia anticorrupção? O desejo de reeleição limita a ganância dos políticos e a proteção das liberdades civis e de expressão, que geralmente acompanha os processos eleitorais democráticos, fazem possível governos abertos e transparentes. Pelo contrário, os Estados não democráticos são especialmente suscetíveis de incentivos à corrupção, porque os governantes têm a possibilidade de organizar o governo com poucos controles e equilíbrios. Mas este contraste é demasiado agudo. Há sistemas corruptos bem estabelecidos em países democráticos, como os Estados Unidos. Claramente, as formas democráticas nem sempre têm êxito em controlar a corrupção. Assim vale a pena avaliar quais características de um governo democrático ajudam a imitar o enriquecimento no setor público e quais contribuem para a corrupção⁵. As democracias baseadas em sólidas bases legais proporcionam um marco estável para a atividade econômica. Para que este marco funcione com eficácia, não obstante, os políticos devem buscar sua reeleição e devem sentir-se inseguros sobre suas perspectivas, mas não demasiadamente inseguros. Demasiada segurança no cargo pode dar lugar à corrupção, e demasiada insegurança pode ter o mesmo efeito. Os incentivos concretos à corrupção nas democracias dependem da organização dos processos eleitorais e legislativos e de

⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción..., *op. cit.*, p. 156.

⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción..., *op. cit.*, pp. 156-157.

métodos de financiamento de campanhas políticas. As possibilidades de corrupção se relacionam, também, com o vínculo existente entre a estrutura política e a riqueza privada. Para resumir, existem três dimensões que são fundamentais para determinar a incidência da corrupção política. Afetam a disponibilidade dos políticos para aceitar subornos e financiamento ilegal das suas campanhas eleitorais, a tolerância dos eleitores a estes pagamentos e a vontade de pagar dos grupos economicamente poderosos. A primeira dimensão é a existência de favores centrados em poucas pessoas a disposição dos políticos. A segunda é a capacidade dos grupos economicamente poderosos para obter certos benefícios legalmente. A terceira é a estabilidade temporal das alianças políticas. A instabilidade pode induzir tanto aos políticos como aos grupos econômicos a obterem o máximo de benefícios privados a curto prazo⁶.

A corrupção, portanto, é uma questão de poder e portanto podemos encontrá-la em qualquer relação de dominação, não somente no âmbito da política, mas também em muitos outros, como o familiar, o escolar e o amoroso. Antes que um político, o sujeito é um cidadão, um consumidor, talvez um pai de família, em suma, um sujeito que respira em um ambiente cultural que em certo grau tolera ou favorece as atitudes pouco honestas que constituem o terreno fértil para a corrupção⁷.

Assim, a corrupção está estreitamente ligada ao poder, a todo o poder, político e econômico. A economia é uma poderosa ferramenta para a análise da corrupção. As diferenças culturais e a moral proporcionam matizes e sutilezas, mas um enfoque econômico é fundamental para compreender onde estão os maiores alicerces para a corrupção e onde exercem seu impacto maior.

Dito de outro modo, é que o poder, o verdadeiro poder é o econômico. Por isso, quando um grupo, uma classe tenta apoderar-se de um Estado, sabe que não é suficiente nem definitivo ocupar os postos políticos chaves, se não que o que realmente lhe dará poder será apoderar-se da

⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción..., *op. cit.*, pp. 174-182.

⁷ VILLA, Fernando Gil. La cultura de la corrupción, Maia Ediciones, 2008, pp. 72.

economia do País. E se produzem duas facetas do fenômeno altamente sugestivas: de um lado, o uso dos mecanismos de poder para alimentar e nutrir a voracidade de certas empresas, que adquirem uma prosperidade ilimitada, graças ao decisivo apoio das autoridades políticas que manejam uma economia mais ou menos dirigida; de outro, o apoio decidido dessas empresas aos homens do grupo que aparecem na primeira fila do cenário político⁸.

Todos os Estados controlam a distribuição de benefícios e a imposição de custos aos cidadãos, e essa distribuição, geralmente, se acha sob o controle de funcionários públicos que possuem um poder discricionários. As pessoas físicas e as empresas privadas que desejam um tratamento favorável podem estar dispostas a pagar por isso. Esses pagamentos são corruptos se feitos ilegalmente a funcionários públicos com a finalidade de obter um benefício ou evitar um custo. A corrupção é um sintoma de que algo não funcionou bem na gestão do Estado. As instituições criadas para governar a relação entre cidadãos e Estado se utilizam das suas funções para o enriquecimento pessoal e para proporcionar benefícios aos corruptos. Aliás, muitos ainda defendem os chamados “subornos”, os quais se justificariam para compensar a ineficácia e as arbitrariedades de muitas leis e regulamentos governamentais. Se são administradas por funcionários mal pagos e sem motivação, são altos os estímulos para pagar subornos e os benefícios parecem óbvios: as empresas e os cidadãos podem se ocupar de suas coisas. Neste contexto, os funcionários públicos corruptos frequentemente criam atrasos e obstáculos burocráticos para estimular o suborno, chegando até mesmo a ameaçar os administrados com detenções e processos. Nesses casos, as pessoas podem justificar os pagamentos ilegais como forma de evitar maiores prejuízos⁹.

É evidente que a corrupção ultrapassa esses pequenos pagamentos e atinge os níveis superiores de Governo, podendo ser citadas

⁸ PÉREZ, Jesús González. *Corrupción, ética y moral...*, *op. cit.*, pp. 38-41.

⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Siglo veintiuno de España Editores, 2001, p. 11 e 34-35.

as hipóteses de pagamentos ilegais para obter grandes contratos ou concessões de serviços públicos. Esta é uma das manifestações mais evidentes do poder econômico como causa da corrupção. Os funcionários corruptos distorcem as decisões setoriais para gerar grandes benefícios a si mesmos e gerar políticas públicas ineficientes. O Governo produz demasiados tipos de projetos inúteis e gasta em excesso e determinadas empresas assumem o poder de monopólio através do suborno¹⁰.

Conforme se observa, são muitas as causas da corrupção, razão pela qual devem ser muitos, também, os mecanismos de combate.

Uma reforma estrutural seria uma primeira linha de ataque. A eliminação de programas públicos que não servem a um objetivo público legítimo, não fazendo mais nada do que criar oportunidades para a corrupção, seria outra ferramenta importante. Outros programas servem a importantes objetivos e devem ser redesenhados para limitar o poder discricionário dos funcionários. A reforma dos processos de licitação também deve ser encarada como outra estratégia anticorrupção. Há, ainda, a questão da reforma salarial e estrutural do funcionalismo público¹¹.

Os limites ao poder dos políticos e das instituições políticas, combinadas com uma vigilância e uma aplicação da lei independente também podem ser poderosas estratégias anticorrupção. Pode limitar-se a corrupção tanto através das estruturas internas de governo, como através de estruturas externas, como o Poder Judicial e a pressão externa da sociedade (através dos meios de comunicação, por exemplo e, principalmente, no processo eleitoral).

O Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são outra ferramenta essencial no controle da corrupção, mas não basta criar leis e recrudescer penas e sanções, sendo essencial a sua efetiva e correta aplicação.

¹⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción..., *op. cit.*, pp. 51-52.

¹¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción..., *op. cit.*, p. 94 e 121.

Há, ainda, a necessidade de fortalecimento dos valores morais da sociedade, em todos os níveis, desde o núcleo familiar e escolar até o âmbito profissional.

Conforme se pode observar, as causas e as formas de controle da corrupção são diversas, razão pela qual não se pode cair em reducionismos ao se pretender, de forma séria, combatê-la¹².

CAPÍTULO II. A importância da Lei n. 12.846/2013 no controle da corrupção

Se o fenômeno da corrupção não é de hoje, sim é o fato de que haja se convertido em norma e se reconheça como uma situação generalizada. Porém, de modo algum resulta admissível aceitá-la, o que exige que os Estados busquem medidas para coibir tais práticas.

A ONU retomou suas iniciativas contra a corrupção com duas resoluções da Assembleia Geral em 1996. Em 1998, 1999 e 2000 houveram novas resoluções mediante as quais a ONU apoiou as iniciativas internacionais e apelou aos Estados Membros para que executassem essa declaração e implementassem os instrumentos internacionais, além de formular mais exigências a respeito do apoio dos Estados na aplicação desses instrumentos e das informações sobre as medidas tomadas. Por fim, a Convenção da ONU contra o crime organizado em nível internacional de

¹² Veja-se que, para os juristas, a corrupção se resume a uma simples questão de aplicação da lei, enquanto que para o filósofo, é uma questão de educação de valores e de azar. Para os primeiros, podemos acabar com o problema desde agora mesmo. Para os segundos, devemos esperar o futuro. Para os primeiros é uma questão de desconfiança com as pessoas, para os segundos é precisamente o contrário; pessimismo frente o otimismo. Para os juristas, o grau de corrupção é inversamente proporcional ao grau de tolerância social à ruptura de normas. Para os filósofos, ao contrário, é um clima de tolerância que fomentará com maior probabilidade a autorregulação ética; fomentando com políticas sociais os pontos do sistema onde a honestidade grupal parece ter sido fortalecida – por exemplo através de certos códigos profissionais que sancionam as práticas corruptas entre seus membros – o resto do sistema irá se regenerando. Assim expostas, ambas as posturas correm o risco de cair no reducionismo (conforme VILLA, Fernando Gil. La cultura ..., op.cit., pp. 49-52).

13 de novembro de 2000 incluiu algumas pautas nos arts. 8 e 9 para criminalizar a corrupção¹³.

A chamada Convenção de Palermo foi ratificada pelo Brasil e promulgada como Decreto n. 5015/2004, sendo que os seus arts. 8, 9 e 10 assim dispõem:

“Artigo 8. Criminalização da corrupção

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os seguintes atos, quando intencionalmente cometidos:

a) Prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais;

b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para conferir o carácter de infração penal aos atos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo que envolvam um agente público estrangeiro ou um funcionário internacional. Do mesmo modo, cada Estado Parte considerará a possibilidade de conferir o carácter de infração penal a outras formas de corrupção.

3. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas

¹³ LÓPEZ, Pedro Rodriguez; MARTÍNEZ, Ana I. Sobrino. Delitos contra la Administración Pública, Bosch, 2008, pp. 227-228.

necessárias para conferir o caráter de infração penal à cumplicidade na prática de uma infração enunciada no presente Artigo.

4. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo e do Artigo 9, a expressão "agente público" designa, além do funcionário público, qualquer pessoa que preste um serviço público, tal como a expressão é definida no direito interno e aplicada no direito penal do Estado Parte onde a pessoa em questão exerce as suas funções.

Artigo 9. Medidas contra a corrupção

1. Para além das medidas enunciadas no Artigo 8 da presente Convenção, cada Estado Parte, na medida em que seja procedente e conforme ao seu ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos.

2. Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.

Artigo 10. Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção.

*2. No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil **ou administrativa**.*

3. A responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as infrações.

4. Cada Estado Parte diligenciará, em especial, no sentido de que as pessoas jurídicas consideradas responsáveis em conformidade com o presente Artigo sejam objeto de sanções eficazes, proporcionais e acautelatórias, de natureza penal e não penal, incluindo sanções pecuniárias.”

Conforme se verifica, o Brasil assumiu o compromisso internacional de adotar medidas para coibir a corrupção, tanto no âmbito criminal, como civil e administrativo.

Dentre as medidas para coibir a corrupção destaca-se, primeiramente, a necessidade de estrita observância das formas e do procedimento administrativo. Com efeito, os procedimentos objetivos representam a primeira instituição de defesa frente à corrupção nas contratações públicas, por exemplo¹⁴.

Sob outro viés, a burocracia tem sido um campo fértil para as práticas corruptas. A concessão de alvarás, por exemplo, demorada e sujeita a critérios subjetivos, é um convite à corrupção. O Índice de Percepção de Corrupção 2013, divulgado pelo ONG Transparência

¹⁴ ORTEGA, Ricardo Rivero, Corrupción y contratos publicos: Las respuestas europea y latinoamericana, in VVAA LA Corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar, Coordinadores Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo A. Fabián Caparrós, 2004, Ratio Legis, pp. 109-125.

Internacional¹⁵, confirma a relação entre o excesso de burocracia e corrupção, ou seja, países com maior burocracia são mais sujeitos à desonestidade¹⁶.

Outra medida importante é a conscientização dos funcionários públicos, a partir de códigos de conduta éticos, internos a cada setor da Administração Pública.

Por fim, já no âmbito repressivo, temos o recurso a medidas sancionatórias previstas em lei, para tipificar infrações e sancioná-las de forma mais dura. Aqui entra não apenas a responsabilização direta das autoridades e funcionários, mas, também, a responsabilização dos particulares – pessoas físicas e jurídicas – envolvidas nas práticas corruptas¹⁷.

Os atos de corrupção exigem uma repressão mais dura, uma resposta mais enérgica, em especial para servir de exemplo aos demais funcionários públicos e membros da sociedade, desestimulando novos comportamentos corruptos. Surge, daí, a necessidade de criação de legislações como a Lei de Improbidade Administrativa.

Inclusive, para certos comportamentos, a consciência social exige até mesmo uma condenação penal. Os comportamentos antiéticos podem ser de tal transcendência que o ordenamento jurídico deve reagir a fim de que, apesar de qualquer outro tipo de responsabilidade que possam originar, se sancionem penalmente¹⁸. Em razão disso, nosso Código Penal e outras leis esparsas (como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

¹⁵ Os dados da transparência internacional podem ser encontrados em www.transparency.org.

¹⁶ Revista Época, Editora Globo, Edição de 16 de dezembro de 2013., p. 76-78. Para exemplificar, em fevereiro de 2013, o Ministério Público do Rio de Janeiro começou a investigar fiscais da Vigilância Sanitária, acusados de cobrar propina para não aplicar multas desnecessárias a empresários. Em São Paulo, o Ministério Público investiga fiscais da prefeitura e funcionários da Secretaria de Finanças por fraude na cobrança do Imposto Sobre Serviços (ISS), necessário à concessão de habite-se.

¹⁷ Não se pode olvidar, ainda, a importância da criação de órgãos especializados no combate à corrupção, como Promotorias de Justiça e Varas Judiciais especializadas (seja na esfera administrativa, como no regime de improbidade administrativa, seja na esfera criminal), com o escopo de garantir que os instrumentos legais de combate à corrupção sejam aplicados de forma eficaz.

¹⁸ PÉREZ, Jesús González. Corrupción, ética y moral..., *op. cit.*, p. 121.

tipificam uma série de condutas como crimes contra a Administração Pública.

No caso de pessoas jurídicas, contudo, nosso sistema jurídico não admite a responsabilização criminal, salvo no caso de crimes ambientais¹⁹.

Daí a importância da Lei n. 12.846/13, como mecanismo de combate às práticas corruptas, voltado para o controle das atividades das pessoas jurídicas que, de alguma forma, direta ou indiretamente, se relacionem com a Administração Pública.

Com efeito, a agrupação cria um ambiente que favorece e facilita o cometimento de atos de corrupção. As pessoas físicas, muitas vezes, utilizam as pessoas jurídicas para infringir a lei e escapar a eventual responsabilização administrativa, civil e criminal. Daí a necessidade de incremento da legislação, com a criação de um sistema de responsabilização administrativa adequado à natureza das pessoas jurídicas.

Por outro lado, a contratação pública é atualmente um dos maiores focos de corrupção, na qual se verifica, em regra, algum tipo de acerto entre servidores e agentes públicos com os empresários para que ambos obtenham um enriquecimento às custas do Poder Público e da sociedade, ao adjudicar ou executar de forma irregular um contrato administrativo. Assim, como se verá adiante, a Lei n. 12.846/13 tem como contexto, embora não exclusivamente, as contratações entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas de Direito Privado.

Trata-se, portanto, de uma lei que recorre ao Direito Administrativo para garantir o atendimento do interesse público e coibir os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas, prevendo um regime de responsabilização administrativa bastante detalhado, com sanções severas,

¹⁹ Art. 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal: *“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*.

recorrendo, inclusive, a mecanismos característicos do Direito Penal, como o acordo de leniência, que visa a facilitar a atuação dos órgãos de controle.

SEGUNDA PARTE

A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO

CAPÍTULO I. Pessoas sujeitas à Lei n. 12.846/2013

1.1. Sujeito infrator

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal²⁰, no âmbito administrativo, o sujeito infrator pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, independentemente da modalidade associativa ou forma de organização.

A Lei n. 12.486/13 destina-se a sancionar as condutas praticadas por pessoas jurídicas, assim dispondo:

*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de **peçoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

²⁰ Com exceção para os crimes ambientais, como já referido na primeira parte deste estudo.

§1º *As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.*

§ 2º *A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.*

Cabe referir que é plenamente admissível a sanção imposta por uma entidade de Direito Público contra outra ou sobre ente meramente administrativo, com personalidade de Direito Público ou Privado. Isso porque, como sujeitos de direito, sujeitam-se, também, a deveres e obrigações. Inexiste, portanto, qualquer imunidade legal ou constitucional que isente as pessoas jurídicas de Direito Público do regime de responsabilização administrativa²¹.

1.2. Responsáveis

Responsável é a pessoa que deve suportar as consequências da infração.

Não se confundem as figuras do *infrator* e a do *responsável subsidiário*. O infrator é o sujeito que pratica a infração e que, de regra, suportará a sanção; ao passo que o responsável subsidiário é aquele que, por força de lei, responderá pela infração, caso o infrator não possa responder ou não responda por ela²².

Alguns doutrinadores denominam *responsável principal* a pessoa que pratica a ação ou omissão antijurídica²³ e que, como regra,

²¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*, Editora Revista dos Tribunais, 1985, pp. 60/61; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 785.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, *op. cit.*, pp. 785-786.

²³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações...*, *op. cit.*, p. 14.

deve suportar as consequências do se ato, ou seja, sofrer a sanção, e *responsável subsidiário* a pessoa que, em razão de disposição legal, e por estar de alguma forma vinculada ao agente, devem suportar a sanção²⁴.

Em outras palavras, é possível que haja dissociação entre o sujeito infrator e o responsável, seja porque aquele é inimputável, seja porque a sanção pode ser transmitida à outra pessoa²⁵.

Discute-se, no entanto, se todas as espécies de sanções são transmissíveis, ou não.

A maioria da doutrina entende ser necessário distinguir a sanção meramente reparatória de algum dano, hipótese em que é transmissível, das sanções punitivas ou aflitivas, que não se transmitem. Caso contrário, estaria infringida a condição de validade denominada “finalidade dos atos administrativos”, presente em toda a atividade administrativa. Quando a sanção puder converter-se em pecúnia ou for apurável em cifra correspondente e tiver caráter reparatório, caberá a transmissão. Caso contrário, quando objetiva apenas castigar o infrator, será intransmissível²⁶.

1.3. Responsabilidade dos sucessores

A Lei *anticorrupção* também admite a responsabilização nos casos de sucessão da pessoa jurídica, dispondo que:

*Art. 4º. Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de **alteração** contratual, **transformação**, **incorporação**, **fusão** ou **cisão** societária.*

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a

²⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações...*, *op. cit.*, p. 14.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, *op. cit.*, p. 865-866.

²⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações...*, *op. cit.*, p. 14-15; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, *op. cit.*, p. 786.

*responsabilidade da sucessora será **restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido**, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.*

É importante notar que a lei limita a responsabilização das sucessoras ao pagamento de multa e à reparação do dano (sanções pecuniárias, e não pessoais), até o limite do patrimônio transferido.

1.4. Responsabilidade solidária

A Lei ainda prevê a responsabilidade solidária entre sociedades, dispondo, no parágrafo 2º do art. 4º, que:

“Art. 4º. (...)

*Parágrafo 2º. “As sociedades **controladoras, controladas, coligadas** ou, no âmbito do respectivo contrato, as **consorciadas** serão **solidariamente** responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.*

Tal como no caso da responsabilidade das sucessoras, a lei limita a responsabilização ao pagamento de multa e à reparação do dano (sanções pecuniárias, e não pessoais).

1.5. Responsabilidade por omissão

Por fim, no art. 27, a lei trouxe uma importante previsão de responsabilização por omissão, dispondo que: “*A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável*”.

Entendemos que se trata de disposição salutar, na medida em que reforça os deveres das autoridades competentes de realizarem um efetivo controle das práticas corruptas e de tomarem as providências cabíveis quando delas tomarem conhecimento.

CAPÍTULO II. Infrações administrativas e atos de corrupção

2.1. Conceito de infração administrativa

As pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, podem ser punidas no âmbito administrativo, quando pratiquem uma infração administrativa.

Pode-se afirmar, em conceito amplo, que ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção. É o antijurídico. Ilícitude e antijuridicidade, assim, são sinônimos, quando houver qualquer agressão ao comportamento previsto na norma²⁷.

O *ilícito* compreende toda a ação (ou omissão) antijurídica humana, culpável, envolvendo responsabilidades e sanções, que pode assumir diversas conotações (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa), conforme a área jurídica focalizada²⁸.

²⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações...*, *op. cit.*, pp. 05-07.

²⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo e seu processo, *Revista dos Tribunais*, 1994, p. 27.

A doutrina procura distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo, argumentando-se que a base da diferença se encontra na vulneração do ordenamento que resulta infringido em cada caso²⁹.

Não se distinguem os ilícitos administrativo e penal em sua essência. Haverá crime, quando a previsão do comportamento estiver inscrita dentro ou fora do Código Penal, mas com previsão de pena de reclusão ou detenção, a ser aplicada pelo Poder Judiciário. Em direito Administrativo, fala-se também em ilícito, mas como gênero a identificar a espécie, infração, que significa o comportamento contrário ao previsto, na hipótese de a sanção ser aplicada pelo órgão administrativo. A infração será o pressuposto da sanção administrativa. Infração, portanto, é o comportamento típico, antijurídico, cuja sanção é aplicada por órgão administrativo, ou pelo Poder Legislativo ou Judiciário no exercício de função atípica. O que distingue crime e infração administrativa, portanto, é o regime jurídico e, em especial, a função exercida pelo órgão aplicador³⁰. Ainda, a diversidade de tratamento normativo dado aos crimes e às infrações administrativas, bem como às penas e às sanções, fica a critério exclusivo do legislador, de como ele irá valorizar o comportamento punível³¹.

Dito de outro modo, o ilícito, como categoria jurídica, é revestido de unidade ôntica, diversificada em penal, civil e administrativa, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não qualitativa ou de substância. Ou seja, o ilícito administrativo não dispõe de suficiente gravidade para ser erigido em ilícito penal. A diferença entre ambos, portanto, não é ontológica, mas de grau³².

Uma vez que não existem diferenças substanciais entre os ilícitos penal, civil e administrativo, costuma-se diferenciá-los a partir de um

²⁹ Neste sentido, PUERTO, Miguel Montoro, em "La infracción administrativa, características, manifestaciones y sanction, Nauta, Barcelona, 1965, p. 116/118, citado por CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo Perrot, 9a Edição, 2008, p. 577.

³⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, pp. 05-07.

³¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, p. 23.

³² PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. Dos Crimes contra a Administração Pública, 2ª Edição, Malheiros, 1999, p. 19.

critério formal, radicado na sanção atribuída. Assim, a natureza administrativa de uma infração é reconhecida pela natureza da sanção que lhe corresponde.

Em outras palavras, *infração administrativa é o comportamento ao qual se atribui uma sanção administrativa, ou seja, aplicada pela autoridade administrativa, no exercício da função administrativa e após regular processo administrativo.*

Assim, a infração administrativa pode ser caracterizada como ato ilícito de natureza administrativa, praticado por quem tem o dever de agir e realizar um comportamento socialmente útil, ou o dever de não agir e se abster de cometer um ato socialmente prejudicial, cuja sanção será aplicada pela Administração Pública³³.

Em síntese, reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção a partir da autoridade competente para impô-la (critério formal).

Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define infração administrativa como *“o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê uma sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”*³⁴.

2.2. Unidade do poder punitivo estatal

O mesmo poder punitivo do Estado pode manifestar-se tanto na via judicial criminal, como na via administrativa. Em razão disso, reconhece-se que a aplicação administrativa desse *ius puniendi* geral não pode separar-se em seus princípios, daqueles estabelecidos com maior rigor para a aplicação penal, de modo que a mais importante e fundamental

³³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 2013, p. 610.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 781.

consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é o reforço das garantias individuais³⁵.

Com efeito, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, embora não possuam as mesmas técnicas ou os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum. Em outras palavras, a unidade do Direito Sancionador deve ser extraída das cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo, as quais veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral³⁶.

Cabe referir que, historicamente, a separação de princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Punitivo se manteve como derivada de uma suposta e nunca explicada “substantividade” das sanções administrativas, e por influência do direito sancionador de polícia. Essa situação, determinada pela formação histórica desse poder administrativo, e por sua evolução independente como um simples instrumento de efetividade coercitiva, tentou, já tardiamente, corrigir-se mediante uma entrada em jogo dos princípios gerais de Direito Penal, concebidos como princípios gerais do Direito Sancionador. Assim, passou-se a entender que os princípios inspiradores da ordem penal são de aplicação, com certos matizes, ao

³⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 3ª Edição, 2009, Revista dos Tribunais,, p. 107. O autor refere corrente crítica contra a tese do *ius puniendi* unitário do Estado, destacando o entendimento de ALEJANDRO NIETO (II Derecho Administrativo Sancionador, 2ª Edição, Marid, Tecnos, 1994, p. 96), para quem o poder sancionador administrativo se integra no conceito genérico de “gestão” ou “intervenção”, próximo, portanto, à função administrativa (p. 128).

³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 131-132.

Direito Sancionador, dado que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado³⁷.

Assim, a unidade de direito repressivo e as garantias ínsitas no Estado de Direito conduzem à aplicabilidade às infrações administrativas dos princípios próprios de Direito Penal Substantivo, sendo que a maioria desses princípios possui base constitucional. Sua aplicação atua, em regra, por forma supletiva ou direta, sendo que nada impede acudir à técnica da analogia, desde que ela opere em favor do administrado. Deste modo, resultam aplicáveis aos Direito Administrativo Sancionador diversos princípios do Direito Penal Substantivo³⁸, sendo que adiante serão referidos aqueles que reputamos mais relevantes para efeito da responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção.

2.3. Princípios

2.3.1. Princípio da legalidade

A legalidade, como princípio de administração, significa que o Administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal³⁹.

No âmbito do Direito Sancionador, o princípio da legalidade é a expressão do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴⁰, no sentido de que a lei deve preceder à conduta sancionável, assim como determinar o conteúdo da sanções que possa ser imposta⁴¹.

³⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho administrativo, volume II, Edição Argentina, La Ley/Thomson Civitas, 2006, p. 168.

³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 587.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Editora RT, p. 60.

⁴⁰ Na Constituição Federal de 1988: art. 5º, inciso XXXIX - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

⁴¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., *op. cit.*, p. 174.

Em outras palavras, o comportamento desejado pela Administração Pública e que, descumprido pelo agente, pode configurar infração administrativa, pressupõe lei formal que o preveja.

Assim, tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei – não em regulamento, instrução, portaria etc., ressalvadas as chamadas relações de *supremacia especial*, em que a Administração Pública extrai seus poderes não diretamente da Lei, mas de um vínculo específico com o particular – como, por exemplo, a concessão de serviço público⁴².

Não se pode, portanto, aplicar sanção aos particulares, em geral, sem previsão legal, ao contrário, independem dela as impostas aos servidores públicos, sejam agentes públicos integrados na organização administrativa, sejam particulares colaborando com a Administração Pública, nos termos legais, como delegados ou prestacionistas de serviço⁴³.

Cabe referir, ainda, que o princípio exige lei formal (reserva absoluta de Lei), e isso porque, delimitando a lei sancionadora o âmbito do lícito e do ilícito sancionável, e, portanto, as fronteiras da liberdade, este efeito na vida social não pode ficar deferido a uma simples norma regulamentar⁴⁴.

Mas não haverá desrespeito ao princípio da legalidade nas hipóteses em que o enunciado legal pressupõe a elaboração de normas inteiramente dependentes de conclusões firmadas sobre averiguação ou operacionalização técnica, que só poderiam mesmo ser efetuadas na esfera administrativa. É o que ocorre com as situações em que é impossível, impraticável, desarrazoado efetuar precisões rigorosas ao nível da lei, dado o influxo de rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como de condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, níveis diversos no

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 787.

⁴³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, volume I, Forense, 2a Edição, 1979, p. 561.

⁴⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., *op. cit.*, p. 175.

grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados (é o caso das chamadas *normas penais em branco*)⁴⁵.

Apesar de opiniões em contrário, tem prevalecido o entendimento doutrinário de que não há violação ao princípio da legalidade (e da tipicidade) no caso da chamada *norma infracional em branco*, que é plenamente compatível com dito princípio, pois o seu conteúdo é preenchível pela Administração Pública. Pode ocorrer que a lei possibilite à Administração estabelecer determinada ordem cuja violação já vem sancionada em lei, mas que remete, por exemplo, a um regulamento⁴⁶.

O que não se admite são as disposições regulamentares independentes ou que tipifiquem condutas ou prevejam sanções sem cobertura legal precisa, nem as que pretendam amparar-se em uma cláusula de deslegalização ou de remissão inespecífica, não havendo vedação, por outro lado, a uma colaboração regulamentar na normativa sancionadora. Assim, as disposições regulamentárias poderão introduzir especificações ou graduações ao quadro de infrações ou sanções estabelecidas legalmente que, sem constituir novas infrações ou sanções, nem, alterar a natureza ou limites das que a lei já contempla, contribuam à mais correta identificação das condutas ou a mais precisa determinação das sanções correspondentes⁴⁷.

2.3.2. Princípio da tipicidade

Uma das principais garantias que possuem os administrados e as pessoas em geral se acha configurada no princípio da tipicidade, consistente na exigência de que as condutas puníveis se encontrem descritas ou delimitadas por uma norma legal⁴⁸.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 787.

⁴⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., *op. cit.*, pp. 175-176.

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 588.

A tipicidade aparece como um corolário do princípio da legalidade, com uma dupla faceta, isto é, como garantia frente à determinação subjetiva ou discricionária dos fatos que configuram o ilícito e como uma forma de prevenção individual e social, na medida em que o conhecimento público e oficial da ação punível desalenta a prática dos fatos reprimidos pela lei⁴⁹.

Como já visto, o princípio da legalidade impõe a exigência material absoluta de predeterminação normativa das condutas e das sanções correspondentes, exigência que afeta a tipificação das infrações, a graduação e escala das sanções e a correlação entre umas e outras, de tal modo que o conjunto das normas aplicáveis permita verificar, com suficiente grau de certeza, o tipo e o grau de sanção suscetível de ser imposta. Consequentemente, as normas definidoras de infrações e sanções não são suscetíveis de aplicação analógica. A tipicidade é, pois, a descrição de uma conduta específica a que se conectará uma sanção administrativa. Não cabem, portanto, cláusulas gerais ou indeterminadas da infração, que permitiriam ao órgão sancionador atuar com excessivo arbítrio⁵⁰.

Assim, exige-se a descrição legal de uma conduta específica a que se conectará uma sanção administrativa, e essa especificidade da conduta a tipificar decorre do princípio geral de liberdade e da segurança jurídica⁵¹.

A tipicidade exige a descrição exhaustiva e completa da conduta social permitida ou proibida pela norma, a fim de possibilitar ao administrado a exata noção do que é lícito e do que é ilícito fazer. A infração administrativa, por resultar em imposição de sanção e restrição à liberdade, não pode ser imprecisa e vaga⁵², proibindo-se o recurso a palavras ou expressões vagas, ambíguas ou obscuras, que possam gerar dúvidas e

⁴⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 588-589.

⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁵¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual...*, *op. cit.*, pp. 615-616.

⁵² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual...*, *op. cit.*, p. 611.

perplexidades a respeito da real conduta esperada pela Administração Pública⁵³.

Os elementos do tipo dividem-se em objetivos e subjetivos. Os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato. Faltando alguns desses elementos descritos na norma, não haverá infração, salvo as de mero comportamento⁵⁴.

2.3.3. Princípio da anterioridade

Este princípio exige que a lei definidora da conduta caracterizada como infração administrativa seja prévia e anterior à própria conduta.

Desse modo, jamais se poderia sancionar um administrado por infração criada posteriormente à prática do ato censurado, assim como não se poderia aplicar uma sanção inexistente na ocasião da conduta censurada, ou mais enérgica do que as então existentes e só incrementada por norma posterior⁵⁵.

Em razão desse princípio, portanto, as infrações e sanções previstas na Lei Anticorrupção somente são aplicáveis aos fatos praticados após a sua vigência.

2.3.4. Princípio da irretroatividade

A Constituição Federal dispõe, no seu art. 5º, inciso XL, que *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

⁵³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual..., *op. cit.*, p. 616.

⁵⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, p. 08.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 788.

Via de regra, um fato deve ser punido pela lei em vigor na data da sua ocorrência, com exceção para as normas puramente processuais ou procedimentais, que podem se aplicar a fatos anteriores.

Assim, se um fato era punido de certo modo pela lei vigente ao tempo da infração, e sobrevém norma (material) mais rigorosa no curso do processo administrativo, prevalece a norma anterior, vigente ao tempo do cometimento da infração.

A irretroatividade das leis sancionadoras decorre dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional, mostrando-se inviável interpretar o sistema de modo a sancionar condutas que, antes, não admitiam determinadas sanções, eram lícitas ou não proibidas pela ordem jurídica⁵⁶. Desse modo, embora a norma constitucional se refira à lei penal, tal disposição aplica-se, também, aos casos de infração administrativa, dado se tratar de manifestação do poder punitivo estatal⁵⁷.

A irretroatividade não incide, contudo, no caso de condutas permanentes, continuadas, complexas etc., ou seja, aquelas que, não obstante iniciadas antes da vigência da Lei, perpetuam-se no tempo, de modo que um ou mais atos são praticados posteriormente. É que, nos ilícitos permanentes e continuados, entende-se que o agente tem o dolo de infringir a nova norma, em se tratando de sucessões de leis no tempo. Diferente, contudo, é a hipótese em que o ilícito administrativo se consuma inteiramente, na conduta e em seus efeitos, em período anterior à legislação mais gravosa, pois, nesse caso, não há possibilidade de efeito imediato da legislação e muito menos retroatividade⁵⁸.

Por outro lado, na órbita penal, vige o princípio da *retroatividade da norma mais favorável*. Isso porque, se há mudanças nos

⁵⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 265-271.

⁵⁷ FERAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, 3ª Edição, 2012, Malheiros, p. 253.

⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 265-271. Quanto a esta última hipótese, a doutrina penal denomina de *crimes instantâneos de efeitos permanentes*, diferenciando-os dos crimes permanentes propriamente ditos.

padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e valores relacionados à Justiça e à atualização das normas jurídicas. A retroatividade benéfica decorre de um imperativo ético de atualização do direito punitivo, em face do direito de igualdade⁵⁹. Alguns autores, como RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, entendem que, também no caso das infrações e sanções administrativas, caso haja alteração do regime jurídico, pode-se beneficiar o infrator com a retroação benigna. Ou seja, se houver redução da penalidade imposta, ou quando a infração deixar de existir, o infrator será beneficiado⁶⁰. Outros, contudo, como FÁBIO MEDINA OSÓRIO, entendem não ser possível realizar uma equiparação absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador neste ponto, dado o seu maior dinamismo. Desse modo, não se pode partir, aprioristicamente, e de forma absoluta, de uma presunção de retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador⁶¹.

Segundo este autor, primeiramente, deve-se atentar se o Legislador dispôs, de forma expressa, a respeito da retroatividade ou irretroatividade. No caso do silêncio legal na cadeia de normas sucessivas, podem ocorrer duas hipóteses. Se os valores tutelados pela norma são relativamente estáveis, daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, isso revelaria, a priori, vocação à retroatividade. Em tais casos, não há dúvidas de que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar critérios de Justiça e segurança. Mas no caso de normas em branco, podendo variar o conteúdo da norma superior na proporção em que variar o conteúdo das leis supletivas, e não havendo mudança radical nos valores e conceitos das

⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 268.

⁶⁰ *Infrações...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁶¹ *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 268-271.

normas punitivas, não há falar em retroatividade da norma mais benéfica⁶². Isso é bastante comum no caso dos Atos de Improbidade. Assim, em relação ao alcance temporal de eventuais modificações legislativas mais benéficas ou gravosas aos agentes, em princípio, não retroagem, ou seja, não alteram os atos de improbidade já configurados, a menos que signifiquem uma mudança radical de valores. Por exemplo, se há uma alteração na lei de licitações que beneficia o agente, essa modificação não retroage para alcançar o fato praticado antes da sua vigência, quando era vedado determinado procedimento. A irretroatividade da lei vem afirmada no princípio da proteção do interesse público e na intrínseca transitoriedade das características do procedimento licitatório. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado nas infrações administrativas previstas nesta Lei, relativas a atos de corrupção relacionados aos procedimentos licitatórios.

2.3.5. Princípio da processualidade

Este princípio impõe que o reconhecimento da ocorrência de uma infração administrativa seja realizado por meio de um processo. A infração administrativa precisa ser reconhecida e declarada por ato decisório da Administração Pública, após prévio esgotamento das fases do processo administrativo⁶³, no qual sejam garantidos aos acusados uma série de direitos e garantias.

2.3.6. Princípio da insignificância

A tipicidade exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, sendo inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo sancionador condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico protegido. Em casos tais, entende-se que a conduta é insignificante e a infração não se caracteriza. O princípio da insignificância,

⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 268-271.

⁶³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual...*, *op. cit.*, p. 617.

portanto, funciona como um corretivo da tipicidade meramente formal, de modo que, embora o fato praticado se enquadre na tipificação legal, caso a lesão ao bem jurídico seja irrelevante, entende-se que o fato não será materialmente típico⁶⁴.

Na doutrina, tem-se sustentado que o princípio da insignificância também se aplica ao Direito Administrativo⁶⁵, de modo que lesões muito pequenas ao bem jurídico tutelado pela norma sancionadora não caracterizam ilícitos administrativos.

Nesse sentido, HERALDO GARCIA VITTA ensina que: *“Apesar da obrigatoriedade de ser imposta a penalidade pela Administração, condutas que resultem danos ínfimos, irrisórios, podem ser desconsideradas como ilícitas. Trata-se de análise teleológico-funcional da pena: se o Estado-Administração infligisse pena aos infratores dos denominados ‘ilícitos de bagatela’, traria somente desprestígio à potestade punitiva, em vez de fazer com que os súditos se ajustassem aos padrões do ordenamento, finalidade de toda sanção administrativa”*⁶⁶.

Também FÁBIO MEDINA OSÓRIO admite a aplicação do princípio da insignificância na esfera do Direito Administrativo Punitivo, nos seguintes termos: *“De fato, o ato reprimido pelo Direito Administrativo sancionador não se confunde, necessariamente, com o ilícito criminal, tornando-se, todavia, relevante sublinhar que o princípio da proporcionalidade, origem da tese da insignificância na seara penal, também se aplica a outras esferas jurídicas, notadamente na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. A tipificação do ato ilícito, na esfera do*

⁶⁴ O STF, em linhas gerais, tem acolhido os seguintes vetores para aplicar o princípio da insignificância em matéria penal: (a) ausência de periculosidade social da ação; (b) mínima ofensividade da conduta; (c) inexpressividade da lesão (resultado) e (d) falta de reprovabilidade da conduta (HC n. 84412). Três deles dizem respeito ao desvalor da conduta, e um ao desvalor do resultado. Em outras palavras, o STF tem subjetivado o referido princípio. Com base nessas exigências, tem-se afastado o reconhecimento do princípio da insignificância, por exemplo, no caso de agente reincidente (nesse sentido, HC 100240/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 7.12.2010. (HC-100240).

⁶⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*, Coleção Temas de Direito Administrativo, n.º 8, São Paulo, Malheiros, p. 58.

Direito Administrativo Sancionatório, passa por um duplice estágio: formal e material. E, nessa perspectiva, há uma aproximação com o Direito Penal que também permite incorporar técnicas relevantes de exclusão do tipo ou da ilicitude antecipada no tipo. (...) Lembre-se que a tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente, fruto, via de regra, de uma leitura preliminar do texto legal, na perspectiva de incidência da norma. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta a norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas (...) Todo tipo sancionador é formulado, no plano legislativo, in abstracto, sem levar em linha de conta fatores complexos e múltiplos que podem aparecer nos casos concretos”⁶⁷.

É preciso destacar, contudo, que a questão não é pacífica, inclusive, no âmbito dos Tribunais Superiores, discute-se a aplicação do princípio em crimes contra a Administração Pública. Há julgados do Supremo Tribunal Federal admitindo:

Princípio da insignificância e ato de prefeito. A 2ª Turma concedeu habeas corpus para aplicar o princípio da insignificância em favor de ex-prefeito que, no exercício de suas atividades funcionais, utilizara-se de máquinas e caminhões de propriedade da prefeitura para efetuar terraplenagem em terreno de sua residência. Por esse motivo, fora denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67 (“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores ... II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”). Asseverou-se tratar-se de prática comum na municipalidade em questão, mediante ressarcimento, para fins de remuneração dos condutores e abastecimento de óleo diesel. Concluiu-se pela plausibilidade da tese defensiva quanto ao referido postulado, dado que o serviço prestado, se contabilizado hoje, não ultrapassaria o valor de R\$ 40,00.

⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 197.

(HC 104286/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 03.05.2011).

No Superior Tribunal de Justiça, porém, há julgados tanto admitindo como afastando a incidência do princípio. A título de exemplo:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. (...) DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE ESPECÍFICO. (...) 6. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades verificadas. 7. Ordem parcialmente concedida.” (STJ, MS 2005.01.182740, Relator(a): Ministro Paulo Gallotti, Órgão Julgador: Terceira Seção, j. 02/10/2006).

*CRIME. PREFEITO. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. A Turma, por maioria, denegou a ordem de **habeas corpus** por entender que a conduta do prefeito que emitiu ordem de fornecimento de combustível (20 litros) a ser pago pelo município para pessoa que não era funcionário público, nem estava realizando qualquer serviço público e, ainda, conduzia veículo privado estaria tipificada no art. 1º, I, do DL n. 201/1967. O Min. Nilson Naves concedeu a ordem aplicando, ao caso, o princípio da insignificância. Contudo o Relator entendeu que não se aplica tal princípio quando há crime contra a Administração Pública, pois o que se busca resguardar não é somente o ajuste patrimonial, mas a moral administrativa. (HC 132.021/PB, Rel. Min. Celso Limongi, julgado em 20/10/2009)*

2.3.7. Princípio da presunção de inocência

A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, inciso LVII, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Embora a norma constitucional faça referência, apenas, à sentença penal, pelas razões já expostas, é extensível a todo o Direito Sancionador.

A garantia da presunção de inocência possui uma dupla significação: de um lado, é regra de tratamento, no sentido de que os acusados serão tratados como inocentes, até a decisão final condenatória; de outro, é regra probatória e de julgamento (*in dubio pro reo*).

No que se refere à esfera probatória, a garantia conflita com a presunção da veracidade de determinados atos administrativos e seus efeitos nos direitos dos acusados em geral.

Para FÁBIO MEDINA OSÓRIO, no Direito Administrativo Sancionador, alguns atos gozam de alguma presunção de veracidade (que não é absoluta), embora tais presunções estejam expostas a uma crítica pautada por parâmetros razoáveis. Documentos, atas, atos administrativos elaborados por funcionários públicos gozam, no mínimo, do *status* de meios de prova, não sendo considerados meras denúncias. Assim, determinados atos administrativos (e não há um rol exaustivo) possuem inegável valor probante, não sendo lícito ao intérprete invocar, genericamente, a presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos. O que pode o acusado fazer, por não se tratar de presunção absoluta de veracidade, é produzir uma contraprova que desmoralize a validade e a eficácia da prova acusatória⁶⁸.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, por sua vez, entendem que a aplicação da garantia da presunção de inocência no Direito Administrativo Sancionador desfez velhos privilégios, como a presunção *absoluta* de veracidade dos atos administrativos e a chamada *verdade sabida*. Com efeito, a presunção constitucional de inocência supõe que somente sobre a base de provas produzidas no processo, cujo ônus é de quem acusa (aqui, a própria Administração, na fase instrutória), poderá alguém ser sancionado. É inimaginável impor a alguém o ônus de provar a sua inocência, o que normalmente equivale a uma *probatio diabólica*. Toda a sanção deve apoiar-se em uma atividade probatória de demonstração da realidade da infração

⁶⁸ Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 392-396.

que se reprime, sem a qual a repressão mesma não é possível. Nesse sentido, o direito à presunção de inocência comporta: que a sanção esteja baseada em atos ou meios probatórios de incriminação da conduta reprovável; que o ônus da prova corresponda a quem acusa, sendo que ninguém está obrigado a provar a sua inocência; e que qualquer insuficiência no resultado das provas praticadas, livremente valorado pelo órgão sancionador, deve traduzir-se como um pronunciamento absolutório⁶⁹.

Para nós, a presunção de inocência não afasta a presunção de veracidade dos atos administrativos, contudo, garante ao acusado a possibilidade de apresentar contraprova, pois não se trata de uma presunção absoluta, sendo que isso é suficiente para que se reconheça como observada a garantia constitucional no processo administrativo sancionador. Por outro lado, a presunção de inocência afasta qualquer possibilidade de aplicação da chamada *verdade sabida*.

Cabe destacar, ainda, o princípio correlato à presunção de inocência de *não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo*. Com efeito, o infrator não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, colaborando com a acusação à custa da sua liberdade ou de outros direitos. Os poderes administrativos não podem autorizar que se force alguém a produzir provas ou declarações contra seus próprios interesses, visto que, em tal hipótese, se estaria a efetuar um constrangimento incompatível com a garantia de não declarar-se culpado, garantia intimamente ligada à presunção de inocência, e que não se esgota na formalidade de não ser obrigado a prestar declarações verbais. Em síntese, tem-se como necessária a proibição de que se force alguém a adotar comportamentos contrários a seus interesses, embora não seja vedado o uso de mecanismos consensuais e negociais na esfera punitiva⁷⁰.

⁶⁹ Curso..., *op. cit.*, pp. 181-182.

⁷⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 401-405.

2.4. Conceito de corrupção

A ideia de supremacia do interesse público (finalidade) deve presidir a atuação de quem realiza uma função pública. Autoridade ou funcionário, político ou empregado, deve fazer sempre o que seja melhor para o interesse público.

Com efeito, a própria definição de Administração Pública está relacionada à atividade vinculada – não a uma vontade livremente determinada, mas a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita⁷¹.

A corrupção funda-se, precisamente, no uso de potestades públicas para interesses particulares, qualquer que seja a forma de manifestação, seja em benefício próprio ou de um terceiro, seja em razão de amizade ou por dinheiro, ou por outras prestações⁷². A corrupção começa quando o poder que foi entregue pelo Estado a uma pessoa a título de administrador público – ou seja, para gestioná-lo de acordo com o interesse público – não é utilizada corretamente, de modo que o gestor, defraudando a confiança de seus mandantes, desvia o seu exercício para obter um enriquecimento pessoal ou vantagens privadas⁷³.

De um modo geral, tem-se adotado um **conceito estrito** de corrupção, limitado aos casos de **enriquecimento ilícito** próprio ou de terceiro decorrente do desvio de poderes públicos.

Fora desses casos, eventuais práticas ilícitas ocorridas no campo da atividade administrativa seriam enquadradas em outras categorias. Nesse sentido, leciona FÁBIO MEDINA OSÓRIO que há muitas formas de valorar a violação das normas éticas, no setor público, e, não obstante seja a corrupção a palavra mágica que mobiliza a opinião pública, hoje em dia existem alternativas igualmente preocupantes, patologias dignas

⁷¹ CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, 3a Edição, 1954, Livraria Sulina, p. 22.

⁷² PÉREZ, Jesús González. Corrupción, ética y moral..., *op. cit.*, p. 81.

⁷³ LEAL, Ángeles Jareño. Corrupción y delincuencia de los funcionarios em la contratación pública, Lustel, 2011, p. 20.

de repressão e controle, apesar de não caracterizarem, de imediato, o encaixe no conceito de corrupção no seu sentido estrito. Nesse sentido, por exemplo, a ONU em demonstrado preocupação com problemas que transcendem os limites mais estreitos da corrupção pública, deslocado o debate ao universo mais amplo da má gestão pública. Assim, alguns sistemas, como o brasileiro, estão cada vez mais centrados na tutela da improbidade, expressão mais ampla, constituindo a corrupção uma das facetas mais preocupantes desse problema, mas não a sua totalidade⁷⁴.

Alguns autores, contudo, equiparam à corrupção a **má gestão dolosa** do público, continuada no tempo, mesmo que não vise o lucro próprio ou de um terceiro, e que produz dano semelhante à corrupção entendida em sentido estrito⁷⁵, adotando, portanto, um conceito mais amplo de corrupção, que deve ser compreendida como qualquer uso incorreto do poder público para obter benefícios privados⁷⁶.

É certo que nem a arbitrariedade, nem o desvio de poder, nem a nulidade de pleno direito dos atos administrativos, muito menos as anulabilidades ou meras irregularidades formais, coincidem em todo o caso com a prática de corrupção. Há, sem dúvida, corrupção quando o interesse pessoa de quem toma decisões no âmbito público substitui a objetividade no exercício do poder, com o fim de obter lucros pessoais ou enriquecer uma organização, ou uma empresa privada, ou um partido político⁷⁷.

Em geral, portanto, a corrupção consiste em que uma pessoa paga – empresário – e outra cobra – o servidor público, uma pessoa que realiza certas prestações e outra que as recebe; e esta, em sua atividade pública, se esquece dos interesses públicos, ou simplesmente os

⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria..., *op. cit.*, p. 36.

⁷⁵ LEAL, Ángeles Jareño. Corrupción..., *op. cit.*, pp. 20-21.

⁷⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción..., *op. cit.*, p. 126.

⁷⁷ ORTEGA, Ricardo Rivero, Corrupción y contratos publicos: Las respuestas europea y latinoamericana, in VVAA LA Corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar, Coordinadores Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo A. Fabián Caparrós, 2004, Ratio Legis, pp. 109-125.

infringe, em benefício dos interesses daquela⁷⁸ e dos seus próprios. Pode, contudo, assumir diversas outras formas.

Para nós, a terminologia *corrupção* abarca qualquer forma de uso incorreto da atividade pública para atender finalidades privadas⁷⁹, ainda que não importe enriquecimento ilícito. A opção por esse conceito mais amplo justifica-se a partir de uma interpretação sistemática da Lei – que define serem atos lesivos à administração pública não apenas aquelas que atentam contra o patrimônio público, mas, também, contra *princípios* da administração pública (art. 5º) – e, também, pelo próprio regime de responsabilidade objetiva por ela adotado.

2.5. Bem jurídico protegido

A Lei n. 12.846/13 dispõe, no art. 5º, que “*constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira*⁸⁰, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o **patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais** assumidos pelo Brasil”.

De acordo com a dicção legal, os bens jurídicos protegidos pela *lei anticorrupção* são o patrimônio público, os princípios da Administração Pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

⁷⁸ PÉREZ, Jesús González. *Corrupción, ética y moral...*, op. cit., p. 82.

⁷⁹ Tais como o nepotismo e a malversação de recursos públicos.

⁸⁰ § 1º *Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.*

§ 2º *Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.*

§ 3º *Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.*

Contudo, a lei *anticorrupção*, ao tipificar atos lesivos à Administração Pública, visou tutelar a *normalidade funcional*, a probidade, o prestígio e o decoro da Administração, em sentido amplo⁸¹.

2.6. Responsabilidade objetiva

Dizer que uma pessoa é *responsável* significa dizer que ela está sujeita a uma sanção.

Nesse sentido, é a lição de HANS KELSEN: *“Dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por certa conduta ou que ela arca com a responsabilidade jurídica por essa conduta significa que ela está sujeita a sanção em caso de conduta contrária. (...) Na teoria tradicional, distinguem-se dois tipos de responsabilidade: a responsabilidade baseada em culpa e a responsabilidade absoluta. (...) Saber se o indivíduo atuante previu ou pretendeu o efeito da sua conduta é irrelevante. Basta que sua conduta tenha ocasionado o efeito considerado nocivo pelo legislador, que exista uma conexão externa entre sua conduta e o efeito. Não é necessária nenhuma relação entre o estado mental do delinquente e o efeito da sua conduta. Esse tipo de responsabilidade é chamado responsabilidade absoluta. (...) Certo estado mental do delinquente, a saber, o de que ele prevê ou pretende o efeito prejudicial (a chamada mens rea) é um elemento do delito. Esse elemento é designado pelo termo ‘culpa’ (dolus ou culpa num sentido mais amplo do termo). Quando a sanção é vinculada apenas a um delito psicologicamente qualificado, fala-se em responsabilidade baseada na culpa ou culpabilidade, em contraposição à responsabilidade absoluta”⁸².*

Tradicionalmente, distinguem-se duas espécies de responsabilidade: a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.

Os pressupostos da primeira são, apenas, a conduta, o dano e a relação de causalidade entre uma e outro. E os pressupostos da

⁸¹ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. Dos crimes..., *op. cit.*, p. 21.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes; Brasília, Universidade de Brasília, 1990, pp. 69-70.

segunda são a conduta, o dano e a relação de causalidade entre uma e outro, e a culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*).

A responsabilidade penal é sempre subjetiva, ou seja, o elemento subjetivo é um requisito para a configuração do delito, e isso por força do princípio da culpabilidade. *Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico (salvo no caso da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais).*

O objetivo das sanções, tanto criminais como administrativas, é intimidar potenciais infratores (prevenção geral) e punir aquele que descumpriu o mandamento normativo, para que não reincida (prevenção especial).

Com efeito, *“a previsão de sanções, aplicáveis aos transgressores do comando da norma jurídica, existe para atemorizar possíveis infratores, estimulando-os, assim, a ajustarem seus comportamentos aos padrões admitidos ou desejados pela regra de Direito”*⁸³. E, ainda, *“Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas e prevê sanções para quem nelas incorra é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isto é, tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade. Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um ‘mal’,*

⁸³ VITTA, Heraldo Garcia. A Sanção..., *op. cit.*, p. 40.

objetivando castigar o sujeito.... . (...) Donde, não entram em pauta intentos de ‘represália’, de castigo, de purgação moral a que agiu indevidamente”⁸⁴.

Por outro lado, o princípio da culpabilidade aplica-se ao Direito Administrativo Sancionador, e não apenas ao Direito Penal, porque ele decorre de princípios e regras constitucionais que vinculam o poder punitivo do Estado como um todo: *“A indagação evidente, no cenário constitucional que condiciona o Direito Punitivo, é a seguinte: ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, diante da fundamentação preliminar que ostenta? Parece-nos evidente que não. E isso porque tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas, sim, constitucional. Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo. (...) Assim, pode-se dizer que se trata de norma limitadora do poder punitivo do Estado, não importa venha ele na forma penal ou administrativa, pois ambas estão submersas num mesmo ambiente constitucional”⁸⁵.*

A doutrina, contudo, diverge sobre a necessidade de dolo ou culpa para a configuração da infração administrativa. Para uma primeira corrente, a configuração da infração administrativa pressupõe a voluntariedade do infrator, ou seja, a capacidade para entender o caráter infracional da conduta (consciência) e a liberdade de escolha entre duas ou mais condutas possíveis (conduta voluntária, sem indagação acerca dos fins buscados pelo agente), mas, não, o elemento subjetivo (dolo ou a culpa).

Neste sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que: *“Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa, para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”*. E mais à frente: *“Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração, quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, in concreto, do comportamento que o levaria à incidência na infração e, pois, na sujeição*

⁸⁴ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso..., *op. cit.*, p. 785.

⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 347-348.

*às sanções para tal caso previstas. Note-se que, aqui, não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do animus de praticar dada conduta. É muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionatório, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual”.*⁸⁶

No mesmo sentido, a lição de DANIEL FERREIRA, para quem, embora a configuração da infração administrativa pressuponha, apenas, a voluntariedade do infrator, a lei pode prever o contrário, ou seja, ela pode exigir a presença de dolo ou culpa, dividindo-se, portanto, as infrações administrativas em objetivas (“de mera voluntariedade”) e subjetivas: *“49. Em regra – e ainda que grasse vicejante divergência –, as infrações no âmbito administrativo independem do elemento subjetivo, ou seja, se apresentam como configuradas a partir da mera voluntariedade. Conquanto seja assim, pode a lei estipular em contrário. Por conta disso, as infrações podem ser classificadas de duas maneiras. São objetivas aquelas infrações administrativas de mera voluntariedade, para as quais normativamente não se exige o dolo ou a culpa. São subjetivas aque’outras para as quais o autor do ilícito tenha operado com dolo ou culpa (esta em qualquer de seus graus) e seja assim relevante por força de lei”.*⁸⁷

Para outros, a configuração da infração administrativa pressupõe a voluntariedade, mas também o dolo (consciência e vontade) ou a culpa (negligência) do infrator. Filiam-se a essa corrente, dentre outros, MANUEL CÓMEZ TOMILLO⁸⁸ e FÁBIO MEDINA OSÓRIO. Este último autor entende que: *“Princípio básico em matéria de responsabilidade do agente perante o Direito Administrativo Sancionador, é a culpabilidade verdadeiro pressuposto de responsabilidade das pessoas físicas, sem deixar de ser*

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, pp. 783-791.

⁸⁷ FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas, Malheiros, 2001, p. 198.

⁸⁸ TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte Geral*, Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 139.

operativa também quanto às pessoas jurídicas. Para que alguém possa ser administrativamente sancionado... necessário que o agente se revele culpável". E mais à frente: "Na doutrina, também é pacífica a ideia de que a culpabilidade exige dolo ou 'negligência', inclusive nos ilícitos omissivos. Note-se que somente após a constatação de um autor culpável é possível a imposição de pena. Nesse sentido, é a culpabilidade fundamento da pena,.... . (...) Culpabilidade fundamenta a pena estatal, embasa as sanções administrativas, aplicadas direta ou indiretamente pelo Estado"⁸⁹.

No mesmo sentido, é o entendimento de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA E TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *"Se pretendió, en tiempos, que la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones administrativas era una responsabilidad objetiva, que no requería dolo o culpa en la conducta sancionable. Esta posición fue condenada, primero por la jurisprudencia, desde mediados de los años setenta, después por la regla de la aplicación general de los principios de Derecho Penal al derecho sancionador administrativo, que recibió respaldo constitucional en el artículo 25, tantas veces citado. Uno de esos principios es, justamente, el de culpabilidad, que supone imputación y dolo o culpa en la acción sancionable"*⁹⁰.

No nosso entendimento, uma vez que a culpabilidade é um princípio limitador do poder punitivo estatal, o qual é unitário, conforme entendimento já mencionado e por nós adotado, não se pode negar que a responsabilidade advinda do Direito Administrativo Sancionador também é subjetiva.

Cabe ressaltar, ainda, que, se é certo que ambos os regimes – penal e administrativo sancionador – estão sujeitos ao princípio da culpabilidade, há uma diferença fundamental entre eles, qual seja, a

⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 343-357.

⁹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., *op. cit.*, p. 179. No mesmo sentido: ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo ..., *op. cit.*, pp. 853 e 945.

possibilidade de se responsabilizarem pessoas jurídicas nesta última esfera, caso em que a culpabilidade sofre algumas adaptações.

Com efeito, a pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo Direito, não possui vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance da culpabilidade, personalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção, nos moldes tradicionais, de modo que a exigência de culpabilidade tem sido, no Direito Penal, o maior óbice ao reconhecimento da capacidade delitiva das pessoas jurídicas. É natural, portanto, que o Direito Administrativo Sancionador reaja e disponha de instrumentos eficazes na luta contra as pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos. Se o Direito Penal, por seu conteúdo necessariamente ressocializador, ostenta dificuldades históricas no tratamento desse assunto, o Direito Administrativo não padece das mesmas, porquanto suas prioridades nunca adentraram os enigmáticos domínios da ressocialização ou recuperação psíquica das pessoas físicas⁹¹.

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. A culpabilidade das pessoas jurídicas remeteria à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. Haveria, portanto, uma culpabilidade distinta para as pessoas jurídicas, baseada em pautas valorativas. Nada impede, contudo, que a lei estabeleça sistemas de responsabilidade fundados na teoria do risco da atividade ou de outros critérios que embasem responsabilidade objetiva. Em síntese, as pessoas jurídicas não necessitam, em tese, de uma específica “culpabilidade”, mas podem ostentar enquadramento numa culpabilidade peculiar⁹².

Já MANUEL GÓMEZ TOMILLO explica, no tocante à responsabilidade das pessoas jurídicas, que o elemento subjetivo (culpabilidade) pode ser analisado a partir das pessoas físicas que atuam

⁹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 374-377.

⁹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 378-382.

em nome da sociedade: “el carácter doloso o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la sociedad, empresa o asociación infractora de que se trate”; “En ese contexto, caben, al menos, tres opciones. En primer lugar, estimar que, en el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas, no es posible diferenciar entre infracción dolosa o culposa, considerando que se trata de categorías elaboradas fundamentalmente pensando en las personas físicas que no admiten ser extrapoladas a los entes colectivos. En segundo lugar, cabe realizar una construcción particular del dolo o de la culpa de las personas jurídicas. **Una tercera opción es tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la sociedad, empresa o asociación infractora de que se trate. (...) Desde nuestra perspectiva, debe aceptarse la tercera de las opciones apuntadas**, esto es, tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la sociedad, empresa o asociación infractora de que se trate”. E acrescenta: “Desde esta perspectiva, se ha subrayado que no es cierto que los entes no tengan voluntad, en la medida en que es posible siempre referirse a la que se desprende de la asamblea general o la del consejo de administración, los cuales indubitadamente pueden adoptar políticas de empresa que impliquen la comisión de delitos o infracciones administrativas”⁹³.

Conforme se verifica, a questão da culpabilidade das pessoas jurídicas pode ser enfrentada a partir de diferentes soluções.

A Lei Anticorrupção prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, nos seguintes termos:

*Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, **nos âmbitos administrativo e civil**, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*

⁹³ TOMILLO, Manuel Gómez. Derecho Administrativo..., *op. cit.*, pp. 323-324.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

A Lei permite que a pessoa jurídica seja responsabilizada independentemente da responsabilização dos indivíduos envolvidos, não sendo também necessário comprovar que houve dolo ou culpa dos dirigentes ou representantes da empresa ao praticarem a conduta.

Nesse sentido, a Lei desvinculou a responsabilização das pessoas jurídicas da comprovação do elemento subjetivo das pessoas físicas que a representam, de forma que a culpabilidade deve ser tratada ou a partir da teoria do risco administrativo, ou, então, a partir da violação dos deveres de conduta e da evitabilidade ou não do fato.

Por fim, a responsabilização da pessoa jurídica não excluirá a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa física autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Entretanto, esses indivíduos somente poderão ser responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

2.7. Atos de corrupção na Lei n. 12.846/13

2.7.1. “Corrupção ativa”

O art. 5º, inciso I, da Lei n. 12.846/13 tipifica a conduta de “*prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada*”.

Assim – e tal como ocorre na lei penal⁹⁴ – entende-se por corrupção ativa o fato de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público⁹⁵.

Na Lei penal, contudo, exige-se que a oferta ou promessa objetive determinar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (trata-se de um elemento subjetivo específico do tipo penal)⁹⁶.

No caso da infração administrativa, não há essa exigência expressa, o que poderia levar à conclusão de que o mero oferecimento de qualquer vantagem indevida ao funcionário público já caracterizaria o ilícito. No entanto, deve ser feita uma leitura sistêmica da Lei, conjugando-se os incisos com o *caput*, de modo que somente haverá infração administrativa se o ato atentar contra o *patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*. Assim, pequenas gratificações, por exemplo, em agradecimento a comportamento funcional não implicam em infração administrativa, porque não haveria violação aos princípios da Administração ou ato de corrupção *lato sensu*.

Além disso, a descrição típica da infração administrativa, assim como ocorre na norma penal, não contém observação alguma sobre a necessidade de se verificar uma lesão ao dever do funcionário, pois não se trata de uma execução arbitrária das obrigações funcionais, mas de uma

⁹⁴ Art. 333 do Código Penal: *Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.*

⁹⁵ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. Dos crimes..., *op. cit.*, p. 229.

⁹⁶ JESUS, Damásio de. Código Penal..., *op. cit.*, p. 1058.

oferta, entrega ou promessa de algo. Se pretende, assim, garantir a confiança dos cidadãos na correta administração pública que estaria em perigo, inclusive se o funcionário houvesse atuado da mesma maneira, mas sem receber obséquio algum⁹⁷.

Na esfera criminal, a doutrina distingue a chamada corrupção ativa própria da imprópria. No primeiro caso, o agente tem por objetivo a prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico, ao passo que, no segundo caso, de um ato conforme à lei. A distinção radica no caráter pluriofensivo da primeira forma do delito, na medida em que, além de violar a imparcialidade, se colocará em perigo, também, o princípio da legalidade a que está submetida a atividade pública⁹⁸. De qualquer modo, o crime – ou a infração administrativa – estará configurado em ambos os casos, de modo que não é necessário que o agente, ao oferecer ou entregar o benefício ao servidor público, vise a prática de um ato ilegal.

Oferecer é apresentar a vantagem indevida, é propô-la para que seja aceita. *Prometer* é assumir o compromisso de dar, num momento futuro.

A bilateralidade não é requisito necessário à corrupção, onde o *pactum sceleris* ou o concurso de agentes não são indispensáveis⁹⁹. Desse modo, configura-se a infração ainda que o agente público não aceite a vantagem indevida¹⁰⁰. Trata-se, pois, de uma infração de natureza *formal*, que se consuma no momento da promessa ou oferta.

Uma das formas mais frequentes de corrupção ativa ocorre em matéria de contratação pública, quando o particular paga uma comissão ou suborno para lograr a adjudicação de um contrato a uma determinada empresa. O suborno se realiza para lograr a adjudicação do contrato ou para que se realizem atos com esse fim, dependendo do funcionário público ou administrador em questão e da sua capacidade de manobra para tais

⁹⁷ LÓPEZ, Pedro Rodriguez; MARTÍNEZ, Ana I. Sobrino. Delitos..., *op. cit.*, p. 229.

⁹⁸ LÓPEZ, Pedro Rodriguez; MARTÍNEZ, Ana I. Sobrino. Delitos..., *op. cit.*, p. 231; JESUS, Damásio de. Código Penal..., *op. cit.*, p. 1058.

⁹⁹ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. Dos crimes..., *op. cit.*, p. 229.

¹⁰⁰ JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado, 20a Edição, 2010, Saraiva, p. 1057.

efeitos. No primeiro caso recebe o pagamento quem tem capacidade de decidir, seja de modo unipessoal ou porque forma parte de um órgão colegiado; no segundo caso, se tratará de um funcionário que não tem por si mesmo a capacidade de decidir, mas que pode realizar atos concretos que favoreça, a adjudicação¹⁰¹.

Também é possível que a vantagem ou pagamento se destine não ao funcionário público ou administrador, mas a um partido político. A infração também pode ocorrer quando se dá uma aplicação em favor de alguma entidade pública ou privada, pois também isto pode proporcionar certas vantagens políticas. Assim, não é necessário que o dinheiro ou vantagens se destinem diretamente ao patrimônio particular do funcionário ou administrador, bastando que ele se beneficie de alguma forma, ainda que indiretamente, inclusive, no âmbito de um partido político do qual faça parte ou tenha pretensões¹⁰². Aliás, o financiamento de campanhas políticas é um campo fértil para a corrupção, não sendo difícil imaginar que, ao receber determinadas vantagens, os políticos assumam obrigações com as pessoas jurídicas, ainda que “meramente morais”¹⁰³.

Cabe referir, ainda, que há diferenças entre os deveres públicos e os particulares. Com efeito, o particular muitas vezes é pressionado, com solicitações que ocultam exigências, a “colaborar” com o agente público, para que seu pleito tenha andamento ou seja procedente. Não se pode descartar a hipótese em que o particular paga propinas premido pelas circunstâncias, diante de solicitações indevidas ou abusivas. Quando o exercício de um direito se transforma num favor, as regras do jogo mudam para o particular. Assim, a censurabilidade sobre a conduta do particular – no caso, pessoa jurídica – pode sofrer certos temperamentos, já na própria hermenêutica do tipo sancionador. A culpabilidade não é a

¹⁰¹ LEAL, Ángeles Jareño. *Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁰² LEAL, Ángeles Jareño. *Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁰³ A questão do financiamento das campanhas políticas por empresas privadas é tão delicada que está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650, na qual a OAB impugna dispositivos das Leis 9.504/1997 (Lei das Eleições) e 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), que tratam de contribuições de pessoas jurídicas e pessoas físicas para campanhas.

mesma de quem paga espontaneamente ou de quem paga premido pela situação adversa e isso, dependendo do caso concreto, pode impactar a tipicidade e determinar a exclusão da responsabilidade¹⁰⁴.

2.7.2. Financiamento ou patrocínio de atos de corrupção

O art. 5º, inciso II, da Lei n. 12.846/13 prevê a conduta de “*comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei*”.

Caso não houvesse essa figura típica, a pessoa jurídica que financiasse, custeasse ou patrocinasse outros atos de corrupção previstos na Lei no ficaria impune, pois poderia ser considerada *partícipe*¹⁰⁵. Entendemos, contudo, que foi salutar a previsão expressa dessa infração, pois afasta qualquer dúvida ou discussão acerca da caracterização do financiamento ou custeio da corrupção como infração administrativa.

A relevância da conduta da pessoa jurídica que financia, custeia ou patrocina as infrações previstas nesta Lei é inegável, na medida em que os atos de corrupção quase sempre envolvem uma contraprestação pecuniária do agente corruptor. Ademais, em regra, quanto maior for o vulto das contratações públicas, maior será a lesão à atividade administrativa e a contraprestação a ser paga pelo agente corruptor, de modo que as pessoas jurídicas que financiam tais condutas assumem um papel indispensável na prática da infração.

É preciso ressaltar, contudo, que, para a caracterização dessa infração, deve restar comprovado que o agente tinha consciência de que os recursos oferecidos para a pessoa jurídica destinavam-se à prática

¹⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa, 2ª Edição, Revista dos Tribunais, p. 292.

¹⁰⁵ A participação ocorre quando o sujeito, não praticando atos executórios da infração, concorre de qualquer modo para a sua realização e, dessa forma, comete o mesmo ilícito (art. 29 do Código Penal). Ele não realiza conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza um atividade que contribui para a formação do delito (JESUS, Damásio de. Código Penal..., *op. cit.*, p. 157). Assim, aquele que financia está contribuindo para a prática do ilícito, razão pela qual é partícipe e, nessa condição, sujeita-se às sanções cabíveis.

de atos de corrupção, pois, em caso contrário, qualquer transferência de recursos poderia ensejar a responsabilização de investidores.

Por fim, cabe referir que, na Lei Penal, há dispositivo semelhante na Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas). A doutrina, tratando dessa norma penal, diverge acerca da necessidade de o sustento ser reiterado, habitual, costumeiro, rotineiro, condição de sobrevivência do crime, para a caracterização do crime¹⁰⁶. Na nossa opinião, não se exige a reiteração ou a habitualidade, bastando que a pessoa jurídica financie ou custeie um único ato de corrupção para se sujeitar às sanções previstas na Lei, pois, nesse caso, o bem jurídico protegido já terá sido atingido. Ademais, caso a intenção do Legislador fosse exigir a repetição de atos, o teria feito expressamente, por exemplo, introduzindo a expressão *reiteradamente* na redação do dispositivo.

2.7.3. Uso de interposta pessoa

O art. 5º, inciso II da Lei n. 12.846/13 tipifica a conduta de *“comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”*.

Essa norma abarca qualquer conduta que envolva o uso de pessoa física ou jurídica como *fachada* para encobrir a participação do agente em qualquer relação com a Administração Pública ou seus agentes.

Um caso bastante recente e de muita repercussão na mídia serve para exemplificar essa infração: O Departamento de Justiça dos Estados Unidos concluiu uma investigação que apurou que a multinacional Siemens teria abastecido sistematicamente contas de empresas fictícias em paraísos fiscais para subornar funcionários públicos e políticos em dezenas de países, em troca de contratos públicos, no período entre os anos de 2001 e 2007. Apurou-se que a Siemens criou esquemas elaborados para

¹⁰⁶ CUNHA, Rogério Sanches, *in* Lei de Drogas Comentada, Coordenação Luiz Flávio Gomes, 3ª edição, 2008, Editora Revista dos Tribunais, p. 212.

esconder a natureza dos pagamentos corruptos e obter negócios ao redor do mundo; notas fiscais falsas foram forjadas para permitir pagamentos mediante falsos contratos de consultoria, que identificavam serviços que nunca seriam prestados. Ao mesmo tempo, constatou-se que a Siemens e a multinacional francesa Alstom, ao lado de outras empresas, formavam cartéis para faturar contratos públicos, inclusive no Brasil, em que houve um esquema de fraude de licitações de trens e metrô. A própria Siemens fez uma delação premiada recentemente no CADE, em que admite o cartel e oferece provas do esquema. Emergiram indícios de que o esquema envolveu suborno de funcionários públicos. A sistemática adotada consistia em que, primeiramente, Siemens e Alstom abasteciam contas secretas em paraísos fiscais, sempre em nome de laranjas, com o dinheiro destinado a pagar propina. Uma vez que o dinheiro (catalogado como “despesa útil”) era liberado, os executivos locais descobriam quem era preciso pagar, naquele país, para conseguir contratos com o governo. Na maioria dos países, como no Brasil, era preciso recorrer a serviço de lobistas, que costumam controlar o acesso a burocratas e políticos. Geralmente, tratava-se de uma compra casada: os lobistas negociavam os acordos com os funcionários públicos e políticos. Para que o dinheiro da propina chegasse a quem detinha o poder de assinar os contratos, os lobistas valiam-se do mesmo expediente empregado pelas multinacionais ao lidar com o dinheiro sujo. Recebiam os pagamentos da Siemens ou Alstom em contas mantidas em paraísos fiscais, também tituladas por **empresas de fachada**. Retinham uma comissão e se encarregavam de repassar a propina aos destinatários. Para dar alguma aparência de legalidade a essas transações, as multinacionais firmavam com os lobistas contratos de “consultoria”¹⁰⁷.

A norma não deixa claro se também é sancionada a conduta da empresa que empresta o seu nome, contudo, por influxo dos princípios gerais de Direito Penal, aplicáveis ao âmbito do Direito Administrativo

¹⁰⁷Revista Época, Editora Globo, Edição de 16 de dezembro de 2013, pp. 36-40.

Sancionador, é de se entender que tais pessoas jurídicas são também puníveis, na condição de *partícipes* da infração¹⁰⁸.

2.7.4. Atos de corrupção nas licitações e contratos administrativos

A reiteração de escândalos relacionados com adjudicações de contratos públicos de todo o tipo demonstra as conexões entre o fenômeno da corrupção e este tipo de decisões administrativas, de notável transcendência econômica sobre o benefício empresarial privado. O problema da corrupção, certamente, está relacionado às circunstâncias em que se desenvolve a seleção dos contratantes, de modo que é necessário não apenas sancionar os atos de corrupção, mas, também, buscar os defeitos normativos que permitem que se tomem decisões contratuais movidas pela busca do interesse pessoal das autoridades e funcionários ou dos partidos políticos e empresas que se encontram envolvidos¹⁰⁹.

Nesse contexto, a Lei n. 12.846/13 tipificou diversas condutas praticadas no âmbito das licitações e contratos administrativos como atos de corrupção, a seguir analisadas.

(a) *Fraude ou frustração ao caráter competitivo de licitação*

O art. 5º, inciso IV, letra “a” da Lei n. 12.846/13 tipifica, no tocante às licitações e contratos, a conduta consistente em “*frustrar ou*

¹⁰⁸ Dispõe o art. 29 do Código Penal:

“Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

“§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

¹⁰⁹ ORTEGA, Ricardo Rivero, Corrupción y contratos publicos: Las respuestas europea y latinoamericana, in VVAA LA Corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar, Coordinadores Nicolás Rodríguez Garcia y Eduardo A. Fabián Caparrós, 2004, Ratio Legis, pp. 109-125.

fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”.

Aqui, além daqueles bens jurídicos já referidos, tutela-se, também, a *competitividade* dos certames públicos.

Tal como ocorre no art. 90 da Lei das Licitações e Contratos Administrativos¹¹⁰, este dispositivo destina-se a coibir os conluíus e acertos nos preços a serem ofertados, entre as empresas licitantes, para fraudar o caráter competitivo que deve ter o certame, ocorrendo geralmente em licitações para obras de vulto. A comprovação desta infração não é fácil, pois os conluídos não se afastam, mas participam da licitação com preços já viciados. É possível, ainda, que o acerto seja feito com servidor público, por exemplo, para que sejam incluídas no Edital cláusulas que afastem outros licitantes ou inviabilizem a competição¹¹¹.

Um exemplo bastante comum dessa infração administrativa é quando várias empresas participam de uma licitação pública e, previamente, combinam que uma delas apresentará a proposta mais vantajosa. Nesse caso, haverá clara manipulação do certame e frustração da competitividade, pois já se saberá, de antemão, qual será a empresa com a proposta mais vantajosa, logo, a vencedora.

Ademais, o contrato será feito com um preço que as próprias empresas tenham escolhido, podendo se tratar de um sobrepreço sem fundamento, o que acaba produzindo uma contratação desvantajosa para a Administração Pública¹¹².

Diferentemente da norma penal, não se exige o chamado elemento subjetivo do tipo, qual seja, o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto.

¹¹⁰ Art. 90. *Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.*

¹¹¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo...*, *op. cit.*, p. 38.

¹¹² LEAL, Ángeles Jareño. *Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 58-59.

(b) *Impedimento, perturbação ou fraude a atos da licitação*

O art. 5º, inciso IV, letra “b” da Lei n. 12.846/13 tipifica, no tocante às licitações e contratos, a conduta de “*impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público*”¹¹³.

Entendemos que deve preponderar uma interpretação restritiva desse dispositivo, no sentido de que deve ser comprovada a prática de atos direcionados à perturbação, impedimento ou fraude do procedimento licitatório, não sendo suficiente a mera interposição de recursos ou ações previstas em lei, ainda que possam vir a retardar ou atrapalhar o andamento normal da licitação.

(c) *Afastamento de licitante*

O art. 5º, inciso IV, letra “c” da Lei n. 12.846/13 tipifica, no tocante às licitações e contratos, a conduta de “*afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo*”¹¹⁴.

Não se faz necessário o efetivo afastamento do licitante para que a infração se consuma, bastando que o infrator pratique algum ato direcionado para essa finalidade. Além disso, o meio usado pelo infrator pode ser a fraude ou o oferecimento de vantagem de qualquer tipo (pecuniária ou outra).

(d) *Fraude a licitação ou contrato*

Ainda, o art. 5º, inciso IV, letra “d” da Lei n. 12.846/13 tipifica, no tocante às licitações e contratos, a conduta de “*fraudar licitação pública*

¹¹³ Há dispositivo análogo na Lei n. 8.666/93: Art. 93. *Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.*

¹¹⁴ Há dispositivo análogo na Lei n. 8.666/93: Art. 95. *Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.*

ou contrato dela decorrente”.

A conduta básica é fraudar, ou seja, enganar, usar de artifício ou ardil na licitação ou contrato dela decorrente. Trata-se de infração material, que exige o prejuízo para a sua configuração.

(e) Criação de pessoa jurídica fictícia ou irregular

O art. 5º, inciso IV, letra “e” da Lei n. 12.846/13 tipifica, no tocante às licitações, a conduta de *“criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo”.*

A chamada “concorrência fictícia” de empresas ocorre quando, em uma concorrência pública, existem acordos prévios entre os próprios concorrentes. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando as empresas pactuam que uma delas apresentará a proposta mais vantajosa e, depois de obter a adjudicação, subcontratará as outras; ou pode ocorrer, também, nos casos em que alguma das empresas que concorrem não exista na realidade e a sua “criação” e participação no certame somente sirva para engrossar a cifra de ofertas para que a concorrência pareça real¹¹⁵. A primeira hipótese, como já visto, enquadra-se na norma prevista na letra “a”, ao passo que a segunda hipótese enquadra-se na letra “e” do inciso IV, art. 5º, da Lei Anticorrupção.

(f) Modificação ou prorrogação fraudulenta de contratos ou do seu equilíbrio econômico-financeiro

Por fim, o art. 5º, inciso IV, letras “f” e “g” da Lei n. 12.846/13 tipificam, no tocante aos contratos administrativos, as condutas de *“obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem*

¹¹⁵ LEAL, Ángeles Jareño. *Corrupción...*, *op. cit.*, p. 55.

autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais” e “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”.

Essas duas últimas infrações ocorrem em momento posterior ao da licitação, quando já vigente um contrato administrativo, de forma que, em tese, o sujeito ativo será a pessoa jurídica já contratada pela Administração Pública, sendo possível, é claro, ocorrer o concurso ou a participação de terceiros não contratantes, inclusive, de servidores públicos.

2.7.5. Dificultar ou intervir em procedimento de investigação ou fiscalização

O art. 5º, inciso V, da Lei n. 12.846/13 tipifica a conduta consistente em *“dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.*

A lei, portanto, sanciona a conduta da pessoa jurídica que dificulta a ação fiscalizadora do Poder Público com esse objetivo específico, e não a daquela que, sem esse intuito, simplesmente apresenta dificuldades no cumprimento de alguns deveres, como o de encaminhar documentos e informações.

Por outro lado, não se pode entender como configurada a infração no caso da pessoa jurídica que simplesmente se nega a apresentar documentos ou prestar esclarecimentos (conduta omissiva), pois isso conflitaria com a garantia da presunção de inocência na sua vertente *não produzir provas contra si mesmo*, conforme já referido.

2.8. Excludentes

A responsabilidade administrativa é espécie do gênero *responsabilidade*, que tem conotação de imputabilidade, a alguém, do desequilíbrio que causou na ordem natural ou regular das coisas. Para que seja estabelecida a responsabilidade de alguém, é necessário que a sua conduta seja *antijurídica*¹¹⁶.

Há comportamentos que, embora típicos, não são antijurídicos. Daí falar-se em causas de exclusão da infração.

Pode a infração ser excluída pela legítima defesa, quando se está diante de agressão injusta, não provocada, destinada a proteger direito próprio ou de outrem, desde que com emprego dos meios necessários e com uso moderado desses meios.

A infração também pode ser excluída pelo estado de necessidade, que ocorre quando o autor pratica o fato para salvar de perigo atual, não provocado por sua vontade, e que não podia evitar de outro modo, direito próprio ou de outrem, cujo sacrifício não era razoável exigir-se no caso concreto.

Outra causa de exclusão da infração é o estrito cumprimento do dever legal, na medida em que uma mesma conduta não pode, ao mesmo tempo, ser mandada pela lei e ser ilegal.

Há também exclusão da infração quando alguém está no exercício regular de um direito, ou seja, quem age usando de faculdade que a lei lhe outorga.

Por outro lado, a prática de qualquer ato ilícito envolve uma manifestação de vontade do agente, e casos haverão em que essa manifestação poderá ser viciada ou defeituosa. Nesse sentido, o *erro* (noção falsa sobre a coisa, o fato ou a pessoa) e a *ignorância* (ausência de noção sobre coisa, fato ou pessoa), poderão justificar a conduta, afastando a responsabilidade do agente. Também a *coação irresistível*, que vicia a

¹¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo..., *op. cit.*, p. 235.

manifestação da vontade pelo emprego de violência física ou moral, e a *obediência hierárquica* a ordem superior não manifestamente ilegal afastam a punição do agente que praticou a conduta, sendo punível, apenas, o autor da ordem¹¹⁷.

CAPÍTULO III. Das sanções administrativas

3.1. Conceito

Verificada a infração administrativa, surge para a Administração Pública o dever de aplicar a sanção correspondente.

A sanção administrativa é um ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se aplicam penalidades em terceiros pela inobservância dos respectivos deveres¹¹⁸.

Na lição de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *“por sanción entendemos aqui um mal inflingido por la Administración a um administrado como consecuencia de uma conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de um bien o de um derecho, imposición de uma obligación de pago de uma multa; anteriormente a la Constitución, como veremos, incluso arresto personal del infractor”*¹¹⁹.

Sanção administrativa, portanto, corresponde a um ato da Administração Pública necessário ao fiel cumprimento das leis e dos regulamentos. Nesta categoria, incluem-se uma variedade de atos publicados pela Autoridade Administrativa – quer de natureza fiscal e

¹¹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo..., *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios..., *op. cit.*, p. 561.

¹¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., *op. cit.* p. 163.

administrativa, como multas, quer de natureza disciplinar – para impor a eficácia da Lei¹²⁰.

RUY CIRNE LIMA ensina que “*conquanto a aplicação do Direito Penal Comum seja da exclusiva competência do Poder Judicial (...) não se deve privar a administração pública da atribuição de reprimir e prevenir pela punição aqueles atos que, embora a consciência da nação algumas vezes os não qualifique como criminosos, opõem tropeços ao desenvolvimento regular da ação administrativa e prejudicam a causa pública*”. Assim é que, ao Lado do Direito Penal comum, encontra lugar o Direito Administrativo Penal, secção ou província do Direito Administrativo, destinada precisamente àquele fim. (...) Qual a compreensão, porém, desta secção penal do Direito Administrativo? (...) Restringe-se, pois, a matéria penal do Direito Administrativo às penas administrativas propriamente ditas. **Dizem-se penas administrativas as sanções, de que se socorre a Administração Pública, em suas leis e regulamentos, para assegurar a observância das prescrições ou provimentos de ordem geral**”. (Grifo nosso)¹²¹

Dito de outra forma, trata-se da providência gravosa imposta pela Administração Pública à pessoa que praticou uma infração administrativa. A sanção, portanto, é a consequência da infração administrativa¹²².

De acordo com a precisa lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “*não se confundem a sanção administrativa e a penal. Esta visa punir atos contrários aos interesses sociais e aquela aos da atividade administrativa. A distinção está no fundamento da responsabilidade, tendo em vista o bem jurídico ofendido. Dada a diversidade do fundamento jurídico da punição, pode o infrator se sujeitar a*

¹²⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos atos administrativos, Revista dos Tribunais, 1973, São Paulo, pp. 163-165.

¹²¹ CIRNE LIMA, Ruy. Princípios..., *op.cit.*, pp. 215-216.

¹²² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual, *op. cit.*, pp. 618/619.

*ambas, sem que ocorra bis in idem, levadas a efeito por órgãos distintos: da Administração Pública e do Poder Judiciário*¹²³.

De modo semelhante entendem EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, para os quais *“Se distinguen estas sanciones (administrativas) de las penas propriamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; estas, los Tribunales penales”* e, ainda, *“no parece haber base alguna para distinguir por su naturaliza estas sanciones administrativas de las penas propriamente dichas (...) Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador, em favor de uma u outra de essas dos vías repressivas. Queda, como último núcleo irreductible, um solo critério: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...). También el fin de las penas judiciales y de las sanciones administrativas es distinguible. Aquéllas, hoy por mandato constitucional (art. 25.3), estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, em tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática*¹²⁴.

Em síntese, tem prevalecido na Doutrina o entendimento de que as sanções administrativas identificam-se (e diferenciam-se das penas) a partir do órgão competente para a sua aplicação – a Administração Pública (critério formal).

É preciso destacar, contudo, a posição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, o qual reconhece uma dimensão material na categoria sanção administrativa, para o efeito de separar o direito administrativo sancionador do processo administrativo (Administração Pública no pólo sancionador), assim redimensionando a sanção administrativa à luz do direito administrativo, e não do poder administrativo sancionador: *“sanção administrativa consiste em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, considerada*

¹²³ Principípios..., *op. cit.*, p. 561.

¹²⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., *op.cit.*, p. 163 e 166.

materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de Direito Público, a um administrado(r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal ou material do direito administrativo” e, ainda, “é o conteúdo de um ato sancionador, jurisdicional ou administrativo, consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e pro futuro, conforme as regras e princípios de direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou comissão, traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir, com a restrição das penas disciplinares militares, no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido”¹²⁵.

Assim, para este autor, não se pode destacar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um dos seus polos a figura da Administração como lesada pelo ação dos agentes públicos ou particulares, desafiando o Direito Punitivo, concluindo que não configura elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa¹²⁶. Em razão dessas ponderações, FÁBIO MEDINA OSÓRIO apresenta o seguinte conceito de sanção administrativa: *“mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Poder Judiciário ou por corporações de Direito Público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora*

¹²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade..., *op. cit.*, p. 196.

¹²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 79-85.

ou disciplinar, **no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo**¹²⁷.

3.2. Compatibilidade entre pena e sanção administrativa e comunicabilidade e incomunicabilidade das instâncias

Um só comportamento pode infringir normas de diversos conteúdos, podendo caracterizar, ao mesmo tempo, um crime e uma infração administrativa.

A aplicação de uma pena não implica isenção de outras obrigações, e vice-versa. O que não se admite é a possibilidade de nova sanção, da mesma natureza, para o mesmo fato, pois isso implicaria inadmissível *bis n idem*¹²⁸.

As instâncias penal, civil e administrativa são independentes entre si, podendo, em consequência, cumular-se as respectivas responsabilidades. Essa independência, entretanto, não é absoluta.

O Código de Processo Penal prevê, nos arts. 65 a 67, o seguinte:

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

¹²⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 95.

¹²⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, p. 62.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Conforme se verifica, no Brasil, adota-se um sistema de *independência relativa* ou *mitigada*, em razão da existência de uma subordinação temática entre as instâncias civil e penal. Com efeito, não são todas as decisões proferidas na instância penal que impedem solução diversa na esfera cível ou administrativa. O legislador adota os critérios da suficiência probatória e da extensão material do julgado para a determinação da subordinação temática. Nas decisões condenatórias, uma vez comprovadas no juízo criminal a existência do crime e a autoria, tais questões não podem ser rediscutidas no cível. Trata-se de decisão com eficácia preclusiva subordinante. Não se pode rediscutir, também, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), embora seja possível analisar a existência, por exemplo, de culpa concorrente da vítima. Nas decisões absolutórias, faz coisa julgada na seara cível e na administrativa a decisão que entender que o fato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (art. 65, CPP; arts. 929 e 930 do CC). Por outro lado, quando a sentença penal absolutória reconhecer categoricamente (no dispositivo) a inexistência do fato ou a negativa de autoria, não se pode rediscutir a questão em outras esferas. Por fim, não impedirão a rediscussão da causa em outras esferas a decisão que julgar extinta a punibilidade, a que determinar o arquivamento

do feito ou a sentença absolutória que decidir que o fato não constitui crime ou que não há provas suficientes¹²⁹.

Assim, embora sendo as esferas independentes, a decisão no âmbito penal pode ter efeitos na esfera administrativa, na medida em que, para a caracterização do crime é imprescindível que o fato fique suficientemente demonstrado, em todos os seus contornos. Para a falta administrativa, não se exige tanto, sendo suficiente, inclusive, a prova meramente indiciária. Logo, ocorrendo absolvição criminal por falta de provas, pode subsistir, no âmbito administrativo, a falta punível¹³⁰.

3.3. Princípio *non bis in idem*

A ideia básica do *non bis in idem* é que ninguém pode ser processada ou condenado duas vezes por um mesmo fato.

Trata-se de um princípio de direito natural, que configura uma garantia constitucional inominada e cuja sede encontra-se na garantia do devido processo legal, como uma consequência da coisa julgada. Ademais, também se fundamenta na garantia da razoabilidade dos atos estatais em virtude de que, ao se admitir um segunda condenação por um mesmo fato, se gera uma evidente desproporção entre a infração e a sanção¹³¹.

No Brasil, a ideia preponderante sempre foi a de excluir a aplicabilidade desse princípio, ao argumento de que os fatos acabam assumindo identidade distintas, desde diversas perspectivas normativas, além de existir independência entre as instâncias fiscalizadoras. Neste contexto, resulta óbvio que a interdição ao *bis in idem* fica em grande medida esvaziada, restringida em suas potencialidades normativas mais relevantes. Apenas excepcionalmente haverá interdependência entre as

¹²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, Atlas, 17ª Edição, 2013, pp. 187-190.

¹³⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, pp. 63-64.

¹³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 595-596.

instâncias, nos casos e hipóteses taxativamente contemplados na legislação processual¹³².

Por outro lado, já no campo de cada um das esferas punitivas (sem perquirir acerca das relações de interdependência entre umas e outras), um dos mais notórios efeitos do *non bis in idem* é a vedação de duplicidade de sanções por um mesmo fato em matéria de concurso aparente de normas sancionadoras.

Inicialmente, cabe referir que a doutrina e a Jurisprudência reconhecem, uniformemente, que o princípio do *ne bis in idem* se estrutura sobre uma tríplice identidade; a saber: (i) a identidade de sujeito; (ii) a identidade de fato; e (iii) a identidade de bem jurídico tutelado¹³³.

Assim, verificada a identidade desses três elementos, deve-se reconhecer a incidência do referido princípio, a fim de evitar uma dupla punição pelo mesmo fato.

A título de exemplo:

“ADMINISTRATIVO. (...) DUPLICIDADE DE AUTUAÇÃO SOBRE O MESMO FATO TÍPICO. PRINCÍPIO DO “NON BIS IN IDEM”. (...) 3. Havendo uma só hipótese legal de incidência, não é lícito à Administração realizar múltiplas autuações sobre o mesmo fato típico. 4. Apelação e remessa oficial improvidas”. (TRF/5, AMS 96.05.02947-2, Relator(a): Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 14/06/1996).

Uma vez verificada a incidência de duas ou mais normas sancionadoras sobre o mesmo fato, cabe estabelecer qual a norma prevalente e qual deve ser afastada. E, para isso, a doutrina penal tem feito uso dos critérios da *especialidade*, da *subsidiariedade*, da *alternatividade* e da *consumção*. Considerando que não é exclusiva do Direito Penal a problemática do conflito aparente de leis sancionadoras, tratando-se de um problema que diz respeito ao Direito Sancionador como um todo, esses

¹³² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 274 e 299-300.

¹³³ MANZANO, Mercedes Pérez. *La Prohibición Constitucional de Incurrir en Bis in Idem*, Tirant Lo Blanch, Valência, 2002. p. 89.

critérios devem ser aplicados, também, na solução dos problemas do Direito Administrativo Punitivo.

a) *Princípio da especialidade*

Segundo o princípio da especialidade, existe concurso de normas quando dos vários preceitos aparentemente concorrentes um deles contempla o fato mais especificamente do que os demais e esse concurso deve se resolver aplicando a lei mais especial (*Lex specialis derogat legem generalem*: a lei especial derroga a geral). Um preceito é mais especial do que o outro quando requer, além dos pressupostos igualmente exigidos por este, algum outro pressuposto adicional. Todo aquele fato que realiza o preceito especial realiza, necessariamente, o conteúdo literal do preceito geral, porém o contrário não é verdadeiro¹³⁴.

As razões dessa especialidade frequentemente residirão na existência de agravações ou atenuações típicas que incorporam algum elemento adicional de valoração aos elementos genéricos do ilícito básico¹³⁵, ou seja, é de se reputar lei especial aquela em que se descreve um tipo em que aparecem todos os elementos ou características de outras, com “algo” mais¹³⁶. No Direito Penal, por exemplo, é o caso dos crimes de roubo e latrocínio.

Observe-se que, embora de origem penal, o princípio da especialidade também se manifesta no Direito Administrativo Sancionador, consoante decisão do TC. Infrações administrativas podem passar pelo mesmo método comparativo. Como exemplo, a hipótese do art. 11 e seus incisos da Lei nº. 8.429/92, são mais genéricos do que os tipos previstos nos arts. 9º e 10, e incisos, da mesma lei: de todos os tipos, aqueles que

¹³⁴ PUIG, Santiago Mir. Derecho Penal, Parte General, 4ª edição, Barcelona, PPU, 2000, pp. 669-670.

¹³⁵ ESPINAR, José M. Zugaldía (diretor); ALONSO, Esteban J. Pérez (coordenador), em vários autores. Derecho Penal, Parte General, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 298.

¹³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 405-406.

contemplam o enriquecimento ilícito são os mais específicos, que contém os elementos de agressão aos princípios e eventualmente a lesão ao erário¹³⁷.

b) Princípio da subsidiariedade

O princípio serve para definir a aplicação de uma norma no pressuposto de que uma delas (das que conflitam) somente entra em jogo quando outra não o faça¹³⁸ (*lex primaria derogat legem subsidiariam*: a lei primária derroga a subsidiária).

A subsidiariedade por ser expressa ou implícita, segundo se encontre prevista expressamente pela mesma lei ou tenha que ser deduzida do seu sentido. Existe subsidiariedade expressa quando uma norma concreta condiciona expressamente a sua própria aplicação a que o fato por ela previsto não constitua um delito mais grave; a subsidiariedade tácita deve ser admitida quando a interpretação do sentido de uma norma indica que não pretende ser aplicada quando concorre com outra possível qualificação mais grave do fato por constituir esta uma forma de ataque mais grave ou terminada do mesmo bem jurídico¹³⁹. Ex: o crime de estupro exclui o de lesão leve e o constrangimento ilegal; furto qualificado pelo arrombamento exclui o crime de dano.

c) Princípio da consunção

O princípio da consunção conduz a afirmar que uma norma afasta outra quando por si só inclui (consume) o desvalor que esta supõe, por razões distintas da especialidade e da subsidiariedade. Serve como critério a que se deve acudir quando uma das normas em jogo é suficiente

¹³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 406-407.

¹³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 407.

¹³⁹ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 670.

para valorar completamente o fato e não existe outra forma mais específica de solução do concurso de leis ¹⁴⁰.

Pelo princípio da consunção, portanto, incide a pena prevista do ilícito finalisticamente pretendido pelo agente. No Direito Penal, por exemplo, ocorre a incidência do princípio da consunção nos crimes progressivos. É uma fase de realização do outro crime, uma necessária ou normal fase de transição de um ilícito a outro. O crime ou ilícito progressivo abrange uma única ação criminosa abstrata. Uma outra infração é consumida na ação típica. Tudo revela uma unidade de fato e de elemento volitivo a demandar uma única resposta punitiva adequada, porém há um percurso que pode incluir várias normas jurídicas proibitivas¹⁴¹. Ex: lesão e homicídio.

Também se aplica o princípio da consunção nos casos de atos posteriores impunes. São fatos que, por si só, realizariam um tipo de delito, mas que ficam consumidos por outro delito ao qual seguem. A razão é que tais atos constituem a forma de assegurar ou realizar um benefício obtido ou perseguido por um fato anterior e não lesionam nenhum bem jurídico distinto ao vulnerado pelo fato anterior e nem mesmo aumenta o dano produzido pelo mesmo¹⁴². Ex: furto e destruição da coisa.

d) *Princípio da alternatividade*

Esse princípio traz a ideia de que, no caso de a um mesmo fato corresponderem várias normas jurídicas, o melhor caminho é a escolha da norma mais grave, a qual haverá de absorver as demais¹⁴³. Nesses moldes, poder-se-ia entender que a única possibilidade de que não sejam aplicados os critérios anteriores é quando, no caso de um erro ou descuido do legislador, duas ou mais normas venham a prever exatamente o mesmo

¹⁴⁰ PUIG, Santiago Mir. Derecho Penal..., *op. cit.*, p. 671.

¹⁴¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 409.

¹⁴² PUIG, Santiago Mir. Derecho Penal..., *op. cit.*, p. 672.

¹⁴³ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 408.

fato. Em tal caso, deverá aplicar-se a norma que preveja pena mais grave. Mas, então, o que em realidade sucede é que o delito de pena menos grave nunca será aplicado, pelo que se entenderá derogado pelo mais grave. Não se trata, pois de um verdadeiro concurso de leis, que exigiria que todas as normas estivessem em vigor e fossem aplicáveis em algum caso¹⁴⁴. Ex: estupro e ameaça.

Finalmente, cabe referir que o art. 30 da Lei n. 12.846/13 estabelece que *“A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.*

No caso da cumulação com atos de improbidade administrativa, entendemos que a solução apresentada pela Lei Anticorrupção não apresenta problemas.

O art. 37, §4º da CF estabelece que *“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*. Por sua vez, o art. 15, ao indicar os casos em que é possível a perda ou a suspensão dos direitos políticos, expressamente inclui, no inciso V, *“a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º”*. Para regulamentar o art. 37, §4º, foi promulgada a Lei n. 8.429/92, que dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. É a chamada lei da improbidade administrativa.

¹⁴⁴ PUIG, Santiago Mir. Derecho Penal..., *op. cit.*, p. 673.

Tem-se entendido que os atos de improbidade são ilícitos autônomos, cuja previsão decorre diretamente da Constituição Federal.

Na Jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já acolheu esse entendimento, sustentando a natureza político-administrativa dos atos de improbidade, que podem implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário (nesse sentido, Reclamação n. 2138 e 2186, do STF).

Na Doutrina, FÁBIO MEDINA OSÓRIO leciona que “a *improbidade administrativa é um ilícito administrativo previsto diretamente no art. 37, parágrafo 4º, da CF. Suas sanções têm natureza administrativa e seu alcance é geral, na linha do que foi estabelecido pela LGIA (Lei de Improbidade) e pela Assembleia Constituinte de 1988. Ainda que tal infração venha contemplada como elemento normativo de qualquer outro ilícito, seja ele político, seja penal ou mesmo administrativo em sentido estrito (infrações disciplinares), sua autonomia é evidente e inapagável*”¹⁴⁵.

Em razão disso, são plenamente cumuláveis com a aplicações de sanções administrativas, dada a sua natureza diversa, o que afasta qualquer alegação de *bis in idem*.

Já no caso da cumulação das sanções previstas na Lei Anticorrupção com as sanções previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, deve ser observado que, enquanto a primeira destina-se aos infratores pessoas jurídicas, a segunda é voltada para os infratores pessoas físicas. Assim, em regra, dada a diversidade de sujeitos, será difícil configurar-se *bis in idem*. Entretanto, uma vez que a Lei n. 12.846/13 admite a responsabilização de pessoas físicas (vide, p. ex., art. 27), em alguns casos muito específicos, poderá sim ocorrer *bis in idem*, quando haja identidade de fato, fundamento e sujeito, o que deverá ser objeto de análise no caso concreto.

¹⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade..., *op. cit.*, p. 211.

3.4. Princípio da proporcionalidade

O fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração Pública. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve ser feita com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido¹⁴⁶.

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, “a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições”¹⁴⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que: “Este princípio enuncia a ideia de que **as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.** (...) É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”¹⁴⁸.

Enfim, por força desse princípio, não é lícito à Administração valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além

¹⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18a Edição, Editora Lume Juris 2007, p. 33.

¹⁴⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e ...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁸ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso..., *op. cit.*, p. 99.

daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada¹⁴⁹.

E, nesse contexto, a proporcionalidade, no Direito Administrativo Sancionador, assume duas funções fundamentais, quais sejam, servir de limite à atividade tipificante do Estado e de limite à atividade punitiva *in concreto*. No primeiro caso, essa função se revela, por exemplo, no exame da proporcionalidade entre tipos sancionadores e na insignificância da conduta (falta de tipicidade material); no segundo caso, o princípio tem sentido prático na aplicação das sanções administrativas.

O princípio da proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios: (a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (b) exigibilidade, no sentido de que a conduta deve ser necessária em comparação com outros meios igualmente eficazes para o atingimento do fim, ou seja, não pode haver outro meio igualmente apto e menos gravoso ao indivíduo e (c) proporcionalidade em sentido estrito, significando que as vantagens a serem atingidas superam as desvantagens¹⁵⁰.

Embora a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *proibição de excesso*, contudo, atualmente, fala-se também em *proibição de insuficiência*¹⁵¹ ou defeito de proteção, que ocorre quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais¹⁵².

¹⁴⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "O proporcional e ...", *op. cit.*, p. 27.

¹⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 265.

Ainda, o princípio da proporcionalidade está previsto na Lei n. 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, inciso VI, que exige que *“adequação entre meios e fins, vedada a imposições de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”*.

Por fim, cabe mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria:

“Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, como lembra Canotilho. (...) Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade”. (STF, Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento HC 82.424/RS, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, j. 17/09/2003)¹⁵³.

3.5. Espécies

Sendo muito variadas as relações de Direito Administrativo, são também diversas as modalidades de sanção, tais como: advertência, sanções pecuniárias, interdição de locais, inabilitação temporária para certas atividades, extinção de relações jurídicas com a Administração Pública, apreensão ou destruição de bens¹⁵⁴.

A Lei n. 12.846/13 prevê como sanções aplicáveis na esfera administrativa a multa, a publicação da decisão condenatória na imprensa e a reparação do dano.

¹⁵³ No mesmo sentido: STF, ADI 2.551 MC-QO/MG, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j. 02/04/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; ADI 2.667 MC/DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j. 19/06/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; e ADI 1.407 MC/DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j. 07/03/1996, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., op. cit., p. 784.

3.5.1. Multa

É sanção do tipo pecuniário que atinge o patrimônio do transgressor de uma norma administrativa, a título de dano presumido da infração, ou de cunho meramente punitivo¹⁵⁵.

Assim, a multa pode ter caráter coercitivo ou de reparação civil. Se coercitiva, visa a forçar, ante a intimidação da sua aplicação, torne o infrator a obedecer às determinações administrativas ou legais. Se de composição patrimonial de prejuízos, objetiva, simplesmente, compensar o dano presumido pela infração cometida¹⁵⁶.

Embora a multa possa afetar significativamente o patrimônio de uma pessoa, ela não pode ser confiscatória¹⁵⁷, pois isso aniquilaria o direito do administrado, violando o princípio da proporcionalidade.

A Lei n. 12.846/13 prevê a sanção de multa nos seguintes termos:

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;

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações...*, op. cit., p. 86.

¹⁵⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios...*, op. cit., p. 562.

¹⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 600.

Conforme se verifica, a Lei prevê multa pesada, com exagerada variação entre o seu mínimo e o seu máximo. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO leciona 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, por que isto significaria, na real verdade, a outorga de uma ‘discricionariedade’ tão desatada, que a sanção seria determinável pelo administrador e não pela lei (...) é dizer, teria havido um simulacro de obediência ao princípio da legalidade; não, porém, uma verdadeira obediência a ele”*¹⁵⁸. No caso deste parágrafo 4º da Lei Anticorrupção, o intervalo entre o mínimo e o máximo da multa é muito grande, o que pode ensejar questionamento no sentido de obediência ou não ao princípio da legalidade, nos termos expostos.

De qualquer modo, estando a Lei vigente, uma alternativa para compatibilizá-la com a Constituição Federal e as garantias conferidas aos acusados e administrados em geral é exigir uma fundamentação bastante minuciosa da autoridade administrativa na aplicação dessa sanção.

Por outro lado, embora a lei estabeleça que a multa será destinada, preferencialmente, aos órgãos ou entidades lesadas, ela não assume a natureza reparatória. Com efeito, o seu *quantum* não será estabelecido de acordo com o valor do prejuízo (ainda que presumido), além do que ela será cumulada com a reparação integral do dano, consoante estabelece o art. 6º, parágrafo 3º da Lei.

Por fim, cabe referir que a multa não goza de executoriedade, ou seja, é imprescindível a via jurisdicional para exigência do montante da infração¹⁵⁹.

3.5.2. Publicação extraordinária da decisão condenatória

A lei prevê como uma das sanções administrativas cabíveis a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, inciso II), a qual

¹⁵⁸ Curso..., *op. cit.*, p. 790.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações...*, *op. cit.*, p. 86.

ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores (art. 6º, parágrafo 5º).

3.5.3. Reparação integral do dano

Conforme já adiantado, a aplicação das sanções previstas na lei não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (art. 6º, parágrafo 3º).

Em realidade, a reparação integral do dano não chega a ser propriamente uma sanção, mas é um efeito da condenação.

A lei ainda dispõe que “a *instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei*” e que “*concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública* (art. 13, *caput* e parágrafo único).

3.6. Critérios de aplicação das sanções

A Lei n. 12.846/13 prevê alguns critérios de aplicação das sanções, nos seguintes termos:

Art. 6º, § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;
II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
III - a consumação ou não da infração;
IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
V - o efeito negativo produzido pela infração;
VI - a situação econômica do infrator;
VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e
Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Importante ressaltar, ainda, que a lei não prevê a reincidência como uma circunstância agravante, o que, a nosso ver, é uma falha.

A reincidência ocorre quando o agente já foi punido anteriormente pela prática de outra infração administrativa. Fundamenta-se em razões de política criminal, atinente à maior periculosidade e incorrigibilidade, que demonstra com ela quem pratica novo crime depois de precedente condenação¹⁶⁰.

Em linhas gerais, na doutrina penal, há intensa controvérsia acerca dos fundamentos da agravante da reincidência e da sua constitucionalidade. Os principais fundamentos apontados são a maior periculosidade do agente, ou seja, a maior probabilidade de cometer um delito; a necessidade de reforçar a reprimenda aplicada, já que a anterior não foi suficiente; maior conteúdo do injusto do fato, na medida em que a pessoa que cometeu um novo delito após ser condenado por um anterior estaria afetando a imagem pública do Estado, como provedor de segurança jurídica. É certo que muitos doutrinadores entendem que estes fundamentos

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

violam as garantias constitucionais, em especial, a vedação ao *bis in idem*, na medida em que, ao se agravar a sanção da segunda infração, o agente estaria sendo púnico novamente por fato anterior¹⁶¹.

Apesar das críticas à agravante da reincidência, entendemos que ela não afeta as garantias constitucionais, nem mesmo a vedação do *bis in idem*, desde que ela não seja prevista como agravante obrigatória. Na nossa opinião, a agravante da reincidência deveria ter sido prevista na lei, contudo, como causa de aumento da pena de caráter facultativo, cabendo ao julgador avaliar, em cada caso concreto, se a anterior condenação não serviu de advertência, de modo que a sanção somente poderá ser agravada quando se possa deduzir uma reprovação do aumento de culpabilidade em virtude do vínculo existente entre as duas infrações. Assim, por exemplo, uma anterior condenação por infração de trânsito não justificaria a agravação da sanção por um ato de corrupção, pois entre essas duas infrações não há um vínculo que recomende recrudescer a pena.

3.6.1. O “compliance” como critério de redução da pena

O *compliance* surgiu na década de noventa, mas, apenas nos últimos anos, ele passou a ser objeto de estudos jurídicos. No Brasil, o instituto tem sido compreendido apenas como parte da implementação de “boas práticas” da *corporate governance*. Nesse caso, é entendido como um mandamento ético, o qual deveria melhorar o relacionamento da empresa com os investidores e com o mercado¹⁶².

Nos últimos anos, viu-se, no âmbito empresarial nacional, uma expansão dos programas de *compliance*, ou seja, controles corporativos internos criados a fim de garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às atividades empresariais, bem como

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1. Parte Geral. 9a Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 716-719.

¹⁶² SAAVEDRA, Giovani A.. Reflexões iniciais sobre criminal compliance, *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

evitar, detectar e tratar quaisquer desvios ou inconformidades que possam ocorrer. Apesar de tais programas agregarem valor para a pessoa jurídica, proporcionando maior segurança a seus investidores e evitando risco à imagem, entre outros benefícios, no Brasil, entretanto, na maioria das vezes, tais programas são implementados basicamente por subsidiárias brasileiras de empresas sujeitas à legislação americana Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977. Em síntese, o FCPA visa coibir a prática de corrupção dos agentes públicos e seu descumprimento pode acarretar medidas civis pela Securities & Exchange Commission (SEC), a Comissão de Valores Mobiliários americana, e medidas criminais perante o Departamento of Justice (DOJ), o Departamento de Justiça Americano, para a empresa e seus empregados. O FCPA aplica-se aos atos ilícitos praticados nos Estados Unidos e no estrangeiro, relativamente a negócios de capital aberto com obrigatoriedade de reportar à SEC, bem como às empresas em que o principal local de negócio seja os EUA, ou ainda, àquelas organizadas de acordo com as leis americanas¹⁶³.

Por outro lado, na esfera jurídico-penal, o instituto passou a ter relevância a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro) e da Resolução n. 2.254/90 do Conselho Monetário Nacional. Desde então, as instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro (os chamados “deveres de compliance”) e de criar sistemas de controle internos que previnam práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e de outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro. Neste contexto, o criminal compliance passou a ser vinculado ao Direito Penal Econômico, relacionado com os crimes econômicos e a persecução penal de empresários, pois apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente é que surgiu a necessidade de

¹⁶³ AYRES, Carlos Henrique da Silva. Projeto impulsionará criação de controle interno. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-ago-21/projeto-impulsionar-criacao-controle-interno-empresas>, acesso em 06/01/2014.

prevenção no âmbito das suas atividades. Assim, a primeira característica atribuída ao termo *criminal compliance* é prevenção, sendo que o seu objetivo tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção dos riscos de responsabilização criminal”¹⁶⁴.

Recentemente, a Lei n. 12.846/2013, no art. 7º, inciso VIII, trouxe o instituto para o Direito Administrativo, ao estabelecer que, na aplicação das sanções administrativas, será levada em consideração “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

O referido dispositivo permite, portanto, a diminuição da pena se a pessoa jurídica demonstrar que possui procedimentos internos, chamados de *programas de compliance*, já bastante difundidos no cenário internacional.

Conforme se verifica, a norma prevista no art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846/13, impulsiona o crescimento do *compliance* no Brasil para além das empresas sujeitas ao FCPA.

3.6.1.1. Conceito de “compliance”

É possível associar ao termo *compliance* muitos significados, dependendo do contexto. Fala-se em *corporate compliance* em matéria de prevenção da corrupção, assim como se fala em *compliance* em normas setoriais variadas, como no ambiente concorrencial, do mercado de capitais, do setor financeiro, entre outros. Assim, o conceito de *compliance* possui diversos significados, segundo como seja utilizado¹⁶⁵.

Algumas dessas áreas são especialmente propensas à emissão de normas de *compliance*, algumas delas muito detalhadas, como ocorre no âmbito da prevenção e luta contra a corrupção, até o ponto de

¹⁶⁴ SAAVEDRA, Giovanni A.. Reflexões iniciais..., *op. cit.*

¹⁶⁵ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados, *Difusión Jurídica, Economista & Jurist*, 2012, pp. 49-50.

desfrutarem de reconhecimento internacional e de influírem notavelmente na elaboração de normas em outros âmbitos. No âmbito da prevenção da corrupção, portanto, o *compliance* não é previsto apenas em instrumentos internacionais (como a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção), mas também em normas nacionais com cada vez maior vocação extraterritorial, como é o caso do *Corporate Compliance Program* que vem detalhado em alguns acordos (*settlements*) aos que ultimamente o Departamento de Justiça Norteamericano chegou na aplicação da Lei de Práticas Corruptas no Estrangeiro (FCPA), ou, ainda, a recente *Bribery Act* britânica; em uma perspectiva mais ampla, pode-se dizer que as diretrizes emitidas pela *US Sentencing Commission* constituem uma referência obrigatória em prevenção penal geral, até o ponto de ser considerada como um modelo idôneo para gerar uma **cultura ética nas organizações** pelo *Ethics Resource Center* (ERC). Neste sentido, o número de países que incorporam, de um modo ou de outro, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi incrementado com o transcurso do tempo e é um fator a ser observado pelas pessoas jurídicas, a fim de introduzir uma cultura corporativa como elemento chave para prevenir a prática de infrações e, conseqüentemente, mitigar a sua responsabilidade¹⁶⁶.

Basicamente, pode-se definir *compliance* como a prática desenvolvida numa instituição com o objetivo de zelar pelo cumprimento de leis, regulamentos e normas aplicáveis a todas as atividades por ela desempenhadas, ainda que fora do seu objeto social, podendo tratar-se de normas internas, governamentais ou provenientes de estruturas de auto-regulação.

Com efeito, a função de *compliance* amplia o seu alcance, cobrindo desde normas de direito positivo tradicionais a práticas setoriais; além disso, serve não apenas para evitar responsabilidades, mas também para proteger a boa reputação de uma organização¹⁶⁷.

¹⁶⁶ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 94-97.

¹⁶⁷ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, p. 55.

Cabe observar que a Lei n. 12.846/2013 não detalha quais os mecanismos e procedimentos internos de *compliance* que a pessoa jurídica deve apresentar a fim de que seja aplicada a redução das sanções que lhe forem eventualmente aplicadas em decorrência das infrações praticadas, ficando a cargo do Poder Executivo Federal estabelecer os parâmetros de avaliação desses mecanismos e procedimentos (art. 7º, parágrafo único).

Assim, há vários pontos que precisam ser esclarecidos por meio de regulamentos do Poder Executivo, mas é certo que, na elaboração dessas normas infralegais, alguns princípios gerais (a seguir tratados) devem ser observados, inclusive a fim de manter a uniformidade no trato da matéria, com relação aos principais instrumentos normativos a nível internacional.

3.6.1.2. Princípios

A partir das diferentes normas e âmbitos de aplicação do *compliance*, alguns já mencionados neste trabalho, é possível extrair uma série de **componentes mínimos** ou princípios gerais sobre esse instituto, que devem estar presentes, de um modo ou de outro, e com variações na nomenclatura, nos sistemas de gestão que pretendam promover uma chamada *cultura de cumprimento* (ou de *compliance*), a seguir mencionados¹⁶⁸.

3.6.1.2.1. Apoio do alto nível da empresa

A cultura de uma organização vem fortemente influenciada pelo comportamento ou grau de compromisso dos seus dirigentes. Com efeito, de pouco servem outros princípios se a direção de uma pessoa jurídica não mostra seu compromisso em implantar e difundir um adequado

¹⁶⁸ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 163-164.

tom ético e de cumprimento. Assim, é essencial um compromisso de alto nível para conformar uma adequada cultura corporativa, o que pode ser evidenciado, por exemplo, através de uma descrição funcional dos responsáveis pelo cumprimento; participação da função de cumprimento nos foros da pessoa jurídica onde sejam tomadas decisões relevantes; destinação de recursos adequados para a função de cumprimento, entre outros¹⁶⁹.

3.6.1.2.2. *Objetivos, estruturas organizativas e políticas da empresa*

A pessoa jurídica deve definir previamente quais são os objetivos de cumprimento, assim como estabelecer as estruturas organizativas adequadas para alcançá-los.

Além disso, as políticas da empresa, traduzidas em normas de alto nível que se caracterizam por estabelecer os princípios e padrões de conduta fundamentais que devem guiar as pessoas que integram e se relacionam com a organização refletem o grau de compromisso com o cumprimento de valores éticos. E, como normas de alto nível, os Códigos Éticos e os Códigos de Conduta são uma peça chave para vertebrar a estrutura e as políticas da empresa, bem como para fortalecer um ambiente de *cumprimento* e controle. O mero fato da sua existência é positivo, mas não dispensa a sua difusão tanto aos funcionários quanto a terceiros que se relacionam de forma estável com a pessoa jurídica.

Por fim, a função de *compliance* pode recair em diversos cargos, sem que exista um modelo único a esse respeito. Na prática, contudo, observa-se o seguinte: (i) *Compliance Officer*: este órgão unipessoal aglutina as competências relacionadas com o cumprimento. Considerando que o universo de matérias que recaem sob esta função é

¹⁶⁹ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 164-168.

muito extenso, esta figura adquire sentido em pequenas ou médias organizações, ou nas grandes, quando seja encarregado de vigiar de maneira exclusiva em certo âmbito específico, como podem ser as normas setoriais nos mercados regulados; (ii) *Chief Compliance Officer*: quando a pessoa jurídica reconhece a diversidade e complexidade das diferentes áreas de cumprimento, pode encomendar sua coordenação a um Comitê de Cumprimento (*Compliance Committee* ou *Compliance Steering Group*), composto pelos responsáveis de diferentes âmbitos (o *compliance officer* de normas setoriais, o *data privacy officer*, o *tax compliance officer*, o responsável pela prevenção criminal etc.). Nesses casos de cumprimento atuando de maneira paralela, adquire sentido uma figura de coordenação dotada de visão de conjunto e capacidade de reporte, recaindo tais competências a um presidente ou a um *Chief Compliance Officer*, podendo ser ambos a sua vez, responsáveis por alguma área específica; iii) *Chief Ethics and Compliance Officer*: a função de cumprimento se associa com a ética no desenvolvimento dos negócios e manutenção da reputação das organizações. Quando a essa competência é outorgada substância própria, isso fica refletido na denominação do cargo do qual de algum modo advém a “consciência” da organização. Essa figura precisa estar preenchida por profissionais com um certo perfil técnico e com acesso direito à alta hierarquia da organização¹⁷⁰.

3.6.1.2.3. *Determinação dos focos de riscos do cumprimento*

Os objetivos e estruturas organizativas possuem relação com a identificação dos focos de risco de cumprimento: determiná-los é essencial para que a pessoa jurídica disponha dos meios precisos para preveni-los, detectá-los e gestioná-los. Algumas normas internacionais importantes reforçam a importância de que as organizações identifiquem

¹⁷⁰ YSLA, Alain Casanovas. *Legal compliance...*, *op. cit.*, pp. 169-179.

seus riscos atuais ou potenciais. Embora realizar um *risk assesment* seja uma recomendação na maior parte dos âmbitos de cumprimentos, os textos relativos à prevenção da corrupção fazem especial ênfase na sua necessidade, de modo que o seu exercício se desenvolva considerando não apenas as particularidades da própria organização e de seus produtos, mas também dos mercados nos quais opera (assim o fazem a *Transparecy International* e a *Guidance to the Bribery Act*).

O *risk assesment* não apenas determina os focos de risco, mas também os processos e as pessoas ou cargos que estão expostos a eles, de tal modo que, quanto maior proximidade com os riscos, maiores medidas de prevenção e vigilância deverão ser adotadas sobre eles¹⁷¹.

3.6.1.2.4. *Estabelecimento dos controles de compliance*

Uma vez verificados os focos de risco de descumprimento cabe estabelecer controles para evita-los e detectá-los a tempo. Adquire, assim, protagonismo o binômio política/controle: embora o mero fato de dispor de políticas seja por si um elemento positivo, ditas normas têm limitadas sua dimensão prática na ausência de controles sobre sua correta aplicação. Ainda, os controles devem ser de diversa natureza, incluindo os desenvolvidos internamente com os que exigem expert externos de forma ocasional. Neste sentido, a formação dos funcionários de uma organização é uma medida efetiva e por ela se dispõem os meios para compartilhá-la ao largo de toda a pessoa jurídica¹⁷².

3.6.1.2.5. *Reporte de compliance*

A atividade de reporte pode ser abordada desde diferentes perspectivas. A mais comum refere-se à comunicação das atividades de cumprimento aos órgãos sociais ou comitês específicos (de auditoria, por

¹⁷¹ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 179-182.

¹⁷² YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 183-185.

exemplo). Nesta categoria se enquadram tanto os reportes sobre o resultado da aplicação de políticas e controles de cumprimento, como os de monitoramento do sistema. Os primeiros proporcionam informação tanto periódica como pontual sobre as atividades realizadas: riscos detectados ou suspeitos e planos de ação estabelecidos etc. os segundos se relacionam com os resultados do monitoramento, informando das variações introduzidas no programa de cumprimento para mitigar suas deficiências. Os reportes também se referem às diferentes funções ou unidades da organização (distintas dos órgãos de direção social) direcionadas a essa função. Ocasionalmente também se utiliza o termo reporte para referir-se às ações pelas quais se difundem as estruturas e políticas de cumprimento e as ações que delas derivam, tanto internamente como frente a terceiros. São comunicações que podem ter uma certa dimensão formativa e que, em qualquer caso, ajudam a consolidar uma cultura de cumprimento. Por fim, uma dimensão relevante de reporte se manifesta ao publicizar as estruturas e políticas de cumprimento no contexto das informações facilitadas a determinadas autoridades ou ao público em geral, existindo uma tendência a incorporar na cadeia de reporte tradicional, habitualmente relacionada com dados financeiros, outras informações igualmente relevantes¹⁷³.

3.6.1.2.6. Execução de ações corretivas

A detecção de situações de risco, potencial ou atual, deve ensejar o desenho e a execução de ações corretivas. De outro modo, a função de cumprimento perde todo o seu sentido, já que é inadmissível que se detectem e reportem riscos sem que se adotem ações para remediá-los, circunstância que conduziria à responsabilidade dos órgãos diretivos. Entre as ações corretivas podem citar-se as medidas disciplinares oportunas – no âmbito laboral –, ou contratuais – no âmbito mercantil¹⁷⁴.

¹⁷³ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 186-190.

¹⁷⁴ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 190-192.

3.6.1.2.7. Monitoramento

O monitoramento tem relação com a necessidade de adaptar os modelos de cumprimento às circunstâncias de cada momento, a fim de que mantenham efetividade e não fiquem obsoletos. Assim, “monitorar” adquire o sentido de zelar para que as capacidades do modelo se adaptem ao ambiente da organização, medindo a adequação e a eficácia do sistema de gestão de cumprimento. Em linhas gerais, existem quatro momentos, não necessariamente alternativos, nos quais deve ser aplicado o monitoramento: (a) revisão periódica e ordinária; (b) diante de mudanças na organização; (c) diante de mudanças no ambiente (políticas e/ou normativas) e (d) quando ocorre um descumprimento: é certo que não existem controles infalíveis, contudo, a reiteração de incidentes pode ser uma evidência da inadequação do modelo, de forma que qualquer incidente que não tenha sido detectado e corrigido a tempo exige reflexão acerca de mudanças oportunas para que tal situação não se repita¹⁷⁵.

3.6.1.3. Efeitos

Na Lei n. 12.846/13, como já visto, a observância dos deveres de *compliance* é tratada como causa de redução das sanções administrativas, sem que tenha sido explicitado o respectivo *quantum* de atenuação.

Cabe ressaltar, porém, que há uma certa tendência em reconhecer um regime de responsabilidade dos responsáveis pelos deveres de cumprimento (como é o caso do *Compliance Officer*). Com efeito, as atribuições do *Chief Compliance Officer* excedem a de mera vigilância, relacionando-se com a ética do desenvolvimento dos negócios e prevenção de danos à reputação da empresa; posto que as suas funções de vigilância transcendem a organização e afetam a grupos de interesse, tem-se

¹⁷⁵ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 192-195.

perfilado um regime agravado de responsabilidade para os casos de negligência no desenvolvimento das suas atribuições. A título de exemplo, a sentença do Tribunal Federal da Alemanha (BGH) de 17 de julho de 2009 confirmou uma decisão do Tribunal Regional de Berlim, pela qual se condenou a um *Compliance Officer* ao pagamento de uma multa. O acusado, que era o responsável pela auditoria interna e também pelo departamento legal do Serviço Público de Limpeza de Berlim descobriu um erro que vinha sendo cometido de maneira sistemática e que produziu liquidações de pagamento excessivas por 23 milhões de euros. Embora tenha informado a respeito aos administradores, não fez o mesmo com relação ao comitê de supervisão correspondente e, ademais, seguiu a decisão daqueles de não corrigir o erro. Estas omissões provocaram sua condenação pessoal, pois o *Compliance Officer* não é um mero “avisador”, mas deve observar um comportamento ativo para evitar descumprimentos¹⁷⁶.

3.7. Acordo de leniência

3.7.1. Questões preliminares

A delação premiada é entendida, de forma ampla, como uma medida que atenua a responsabilidade do agente que colaborar com a Justiça.

Na doutrina, há quem entenda que a delação premiada e o acordo de leniência são institutos equivalentes, ou sinônimos; outros, porém, entendem que, embora em muito o acordo de leniência se assemelhe ao instituto da delação premiada, não se confundem, pois o primeiro, além de ser uma causa de redução da pena, é também uma causa de extinção da

¹⁷⁶ YSLA, Alain Casanovas. Legal compliance..., *op. cit.*, pp. 211-217.

punibilidade (âmbito penal) ou da ação punitiva (âmbito administrativo), ao passo que a segunda seria, em regra, apenas causa redutora das sanções.

No presente trabalho, delação premiada e acordo de leniência serão tratados como sinônimos, apesar de que cada legislação pode tratar o instituto de forma mais ou menos ampla, ou seja, ora apenas como causa de redução da sanção, ora, também, como causa de extinção da sanção ou da responsabilidade do agente colaborador.

3.7.2. Origem histórica

A origem histórica da delação premiada não é recente, já sendo encontrado, por exemplo, no sistema monárquico anglo-saxão, do qual advém a própria origem da expressão (*crown witness*, ou seja, *testemunha da coroa ou testemunha coroada*). Uma análise da jurisprudência inglesa e norte-americana mostra que o sistema do *direito premial*, já recorrente nesses países, principalmente a partir do chamado *Caso Rudd* (1755), expandiu-se nos anos mais recentes. Nos sistema da *common Law*, a figura do colaborador da Justiça é imensamente incentivada e utilizada, tanto que esse sistema é considerado desde o século XIX como um *regular system of jurisprudente*, no qual vigora efetivamente um *direito negocial*¹⁷⁷.

No Brasil, a delação premiada é prevista em várias legislações, embora todas sejam recentes e tenham surgido, de certa forma, em razão de chamadas “*leis de emergência*”¹⁷⁸, sendo pioneira a Lei n. 8.072/90 (Lei dos crimes Hediondos), cujo art. 8º, §4º, previu que “*o participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3*

¹⁷⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, MORO, Sérgio Fernando, Lavagem de dinheiro. Comentários à lei, pp. 145/149.

¹⁷⁸ O incremento de certos tipos de crime – como a extorsão mediante sequestro e o tráfico de drogas – faz com o que o Poder Legislativo, pressionado pela opinião pública e pela mídia, edite leis que preveem penas e medidas processuais mais severas.

(*dois terços*)”. Em seguida, vieram outras leis, como a n. 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) e a n. 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro)¹⁷⁹.

Trata-se, portanto, de um instituto que vem sendo sistematicamente introduzido na legislação penal brasileira.

No âmbito administrativo, o acordo de leniência foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.055/00 (posteriormente convertida na lei nº 10.149/00) que alterou a Lei nº 8.884/94 (a chamada Lei Antitruste ou de Defesa da Concorrência), criando um novo instrumento disponível aos órgãos de controle do sistema brasileiro de defesa da concorrência na repressão às infrações à ordem econômica¹⁸⁰.

3.7.3. O acordo de leniência na Lei de Controle da Corrupção

A Lei n. 12.846/2013 prevê o acordo de leniência nos seguintes termos:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e*
- II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.*

¹⁷⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, MORO, Sérgio Fernando, Lavagem de dinheiro..., *op. cit.*, pp. 149/150.

¹⁸⁰ Na Lei nº 8.884/94, o acordo de leniência confere à Secretaria de Direito Econômico o poder de celebrar acordo de leniência, permitindo ao agente infrator (pessoa física ou jurídica) auxiliar na investigação de maneira a prevenir ou reparar o dano causado por determinada conduta lesiva à ordem econômica, e, assim, ter a penalidade atenuada ou até mesmo obter a extinção da sanção ou da punibilidade. Desta forma, os artigos 35-B e 35-C da lei nº 8.884/94 regulam o instituto do acordo de leniência, tanto no âmbito administrativo (artigo 35-B) como no âmbito criminal (artigo 35-C). O acordo de leniência administrativo terá como consequência a extinção do processo administrativo ou a redução da pena aplicável ao caso tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, uma vez que trata-se de responsabilidade administrativa.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência **isentar**á a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e **reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.**

§ 3º O acordo de leniência **não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.**

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência **interrompe o prazo prescricional** dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Conforme se observa da leitura dos dispositivos legais suprarreferidos, o acordo de leniência possui os seguintes pressupostos cumulativos: (a) iniciativa da pessoa jurídica infratora em cooperar; (b) cessação imediata do envolvimento no ilícito a partir da propositura do acordo; (c) colaboração efetiva, plena e permanente com as investigações e o processo; (d) admissão da sua participação na infração; (e) identificação dos demais envolvidos; (f) obtenção de elementos de prova que comprovem o ilícito.

Por outro lado, as consequências da celebração do acordo variam de acordo com a espécie de sanção: (a) isenção das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória administrativa e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (aplicável no âmbito judicial)¹⁸¹; (b) redução de até 2/3 da multa aplicável.

¹⁸¹ A Lei n. 12. 846/13 prevê algumas regras referentes à responsabilização judicial das pessoas jurídicas por atos de corrupção, as quais abaixo são transcritas, embora o objeto deste trabalho não alcance a esfera judicial:

“Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

Importante ressaltar que o acordo de leniência, em nenhuma hipótese, isentará a pessoa jurídica do dever de reparar o dano.

3.7.4. Críticas

Muitos doutrinadores fazem críticas ao instituto da delação premiada, sustentando que se reveste de prática antiética, que afasta a incapacidade do Estado em punir os infratores e, ainda, que constitui violação ao princípio da proporcionalidade e da igualdade, em face da aplicação diferenciada da punição contra dois sujeitos infratores que praticaram exatamente a mesma conduta. Tais críticas, contudo, devem ser rechaçadas. Busca-se, com tal instituto, tornar mais eficiente a aplicação da Justiça e das leis sancionadoras, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalam de forma mais agressiva a ordem pública. Permite-se, assim, um afrouxamento de uma punição pela facilitação da punição de todos os infratores. Ademais, a aplicação da pena deve levar em conta,

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”.

também, as condições pessoais dos acusados, dentre elas, o seu comportamento durante o processo¹⁸².

Alguns doutrinadores, como RODOLFO TIGRE MAIA, ainda apontam algumas razões para o relativo insucesso da delação premiada (ou colaboração espontânea), quais sejam (a) restrição do benefício a pessoas envolvidas na prática do próprio ilícito, quando deveria ser estendido a agentes envolvidos em quaisquer ilícitos que colaborassem na elucidação do fato; (b) necessidade de garantir programas de proteção ao colaborador da Justiça, assim resguardando a sua integridade física e de seus familiares; (c) necessidade de repressão à denúncia caluniosa, ou seja, previsão de meios que evitem que as delações atinjam pessoas inocentes¹⁸³.

Apesar das críticas, a delação premiada vem se mostrando, tanto no Direito Comparado como no Brasil, como um eficaz instrumento de combate aos ilícitos praticados por organizações criminosas e em todos aqueles que se verifique uma pluralidade de agentes. Como tal, assume também uma função relevante no caso da elucidações de infrações administrativas praticadas por pessoas jurídicas.

3.8. Extinção das sanções administrativas

As sanções podem ser extintas (a) pelo cumprimento voluntário ou compulsório; (b) pelo desaparecimento do sancionado, como a extinção da pessoa jurídica, salvo as hipóteses de transmissão das sanções reparatórias ou pecuniárias que recaem sobre bens; (c) por invalidação; (d) por retroação da lei mais benigna; (e) por decisão favorável em processo revisional; (f) pelo perdão imposto por lei; (g) pela reabilitação, isto é, declaração de extinção de qualquer efeito negativo após certo lapso de tempo e preenchidas certas condições e (h) pela prescrição¹⁸⁴.

¹⁸² MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais, 4a Edição Atlas, 2012, p. 89.

¹⁸³ Lavagem de dinheiro. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98, Editora Malheiros, 1999, pp. 105/106.

¹⁸⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual..., *op. cit.*, pp. 625-626.

CAPÍTULO IV. Aspectos do processo administrativo de responsabilização por atos de corrupção

4.1. Considerações iniciais

Em sentido amplo, processo administrativo é conceituado, (i) ora como instrumento para o exercício da função administrativa, (ii) ora como relação jurídica, na qual a Administração Pública e os interessados comparecem com direitos e deveres, faculdades e ônus, e (iii) ora como todo processo instaurado pela Administração Pública, tenha, ou não, “*natureza jurisdicional*” ou “*contenciosa*” – no sentido de aplicação da lei ao caso concreto para solucionar um litígio, uma controvérsia. Na lição de Hely Lopes Meirelles, processo administrativo propriamente dito são “*aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor*” e, processo administrativo impropriamente dito são os “*expedientes que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados*”¹⁸⁵. Em síntese, em sentido amplo, processo administrativo “*é o desenrolar necessário de atos e fatos que levam... ao ato administrativo*”¹⁸⁶, ou, “*sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos,, a um resultado final e conclusivo*”¹⁸⁷.

Em sentido estrito, processo administrativo é conceituado como aquele cujo objeto consiste em solucionar uma controvérsia entre a Administração Pública e um administrado ou servidor público (leia-se: aquele onde há “*litigantes*”), ou em apurar/aplicar sanção a um administrado ou servidor público (leia-se: aquele onde há “*acusados*”). Assim, processo administrativo seria o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de

¹⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 585 e 587.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle do. Curso de Direito Administrativo, 9ª Edição, Malheiros, 2008, p. 281.

¹⁸⁷ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 455.

natureza administrativa¹⁸⁸. Em outras palavras, é uma relação jurídica imparcial, formada por uma sucessão determinada e concatenada de atos, entre a Administração Pública e o particular, pessoa física ou jurídica, com o fim de constituir um ato jurídico administrativo ou decisão¹⁸⁹.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO não aceita a distinção entre processo administrativo em sentido amplo e em sentido estrito. Para ela, processo administrativo é, simplesmente, instrumento para o exercício da função administrativa, tenha, ou não, ele natureza jurisdicional ou contenciosa: *“Alguns autores restringem o conceito de processo administrativo para abranger somente os que envolvem... controvérsia entre Administração e administrado. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, só considera como processo administrativo propriamente dito ‘aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor’; os demais ele designa de processos de expediente, ‘que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados’. No entanto, partindo-se da ideia de processo como instrumento indispensável para exercício da função administrativa, não há como deixar de enquadrar os processos técnicos e os chamados de ‘expediente’ entre os processos administrativos, considerados em seu sentido mais amplo”*¹⁹⁰.

Conforme se observa, seja para quem adota a definição mais ampla, seja para aqueles que adotam a definição mais estrita, os processos que envolvem o julgamento de infração administrativa e a aplicação de uma sanção desta natureza, inserem-se no gênero *processo administrativo*.

O processo administrativo é obrigatório quando a providência a ser adotada implique a imposição de sanções, conforme estabelece o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. É o caso da Lei n. 12.846/2013.

¹⁸⁸ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo, 16ª Edição, 2011, Saraiva, p. 1067.

¹⁸⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual., *op. cit.*, pp. 275-276.

¹⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 18ª Edição, Editora Atlas, 2005, p. 486.

4.2. Garantias e princípios aplicáveis ao processo administrativo

4.2.1. Princípio do devido processo legal

A base dos princípios e direitos fundamentais do Direito Administrativo Sancionar reside na cláusula do *due process of law*, expressamente prevista na Constituição Federal¹⁹¹.

A doutrina costuma analisar o princípio do devido processo legal sob duas perspectivas ou dimensões.

Em sentido amplo ou formal, significa que devem ser respeitadas as normas legais e constitucionais que regulam o processo. Aliás, a amplitude do princípio dá margem à interpretação de que ele tem estrita conexão com o princípio da legalidade. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais, a verdade é que o postulado atinge até mesmo os processos não-litigiosos, no sentido de que, nestes, também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidam¹⁹².

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal vem interpretando o devido processo legal a partir de conexões estreitas com as garantias do contraditório e da ampla defesa. O certo é que a ideia de garantias formais decorrentes da cláusula do devido processo legal é o primeiro conteúdo dessa norma fundamental e seu desenvolvimento partiu da noção de garantias procedimentais aos acusados¹⁹³.

Em sentido material ou substancial (*Substantive due Process*), a cláusula do devido processo legal indica que a decisão administrativa deve ser justa, isto é, *razoável*.

¹⁹¹ Art. 5º, inciso LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18ª Edição, Editora Lumen Juris, 2007, p. 856.

¹⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 163-164.

Razoabilidade e devido processo legal andam juntos, são princípios complementares, indissociáveis. Aquela quer significar um direito das pessoas ao devido processo legal *razoável*. O devido, no contexto, traduz o razoável, e assume especial relevância no controle da discricionariedade administrativa¹⁹⁴.

A ideia de devido processo, portanto, traduz um ideário de Justiça, igualdade e proteção a interesses individuais legítimos de uma parcela de pessoas. O seu significado aponta a necessidade de se seguir um *processo justo* quando a ação pública tenha por objeto os bens da vida, da liberdade ou da propriedade. Pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios da *razoabilidade* e interdição à arbitrariedade. Ainda, pela abertura e valores que encarna, essa cláusula é incompatível com qualquer visão puramente positivista, acerca do Direito e das normas¹⁹⁵.

Cabe referir que a exigência do devido processo legal não fica comprometida no caso de algumas sanções, como as multas de trânsito, que são aplicadas de imediato, mediante auto de infração, pelo agente de trânsito, pois se trata de mera preliminar de lançamento da multa, que só se extratifica depois de ofertada a possibilidade de ampla defesa¹⁹⁶. Em realidade, neste caso, pode-se falar em devido processo legal (ou contraditório e ampla defesa) posterior, o que afasta qualquer alegação de nulidade por inobservância desta exigência.

Por fim, o devido processo legal se incompatibiliza com a aplicação de sanções com base na chamada *verdade sabida*, que seria o conhecimento pessoal e direto da infração por parte de quem deva proceder à imposição da sanção, ou notoriedade de determinado fato. Com efeito, a Constituição federal exige, incondicionalmente, o processo (procedimento

¹⁹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 174-179.

¹⁹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo..., *op. cit.*, pp. 165-174.

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 793.

em contraditório) para aplicação de sanções de qualquer espécie e seja qual for o conjunto probatório de que a Administração Pública disponha¹⁹⁷.

4.2.2. Princípio da ampla defesa e do contraditório

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, estabelece que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*¹⁹⁸.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas¹⁹⁹.

Como decorrência desse princípio, aos acusados deve-se garantir a informação – não apenas da existência do processo, mas do seu conteúdo, ou seja, da acusação em todos os seus termos; o acesso aos autos; a possibilidade de apresentar defesa e de produzir provas e, ao final, de conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida²⁰⁰.

Cabe observar, contudo, que somente haverá cerceamento de defesa se da inobservância desses postulados puder resultar dano, potencial ou efetivo, ao acusado. Meras falhas formais, irrelevantes para o desfecho do feito, não são suficientes para acarretar a nulidade do processo por inobservância do princípio da ampla defesa. O formalismo exacerbado e inconsequente não pode continuar sendo um meio de se garantir a impunidade. Assim, é necessário desviar o foco da atenção à forma, para o conteúdo do processo²⁰¹. Não há formalismo por formalismo.

Há certa discussão sobre se a ampla defesa compreende o direito à defesa técnica, ou seja, da parte ser assistida ou fazer-se

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 794.

¹⁹⁸ A Lei n. 9.784/99 também prevê, de forma expressa, esse princípio no art. 2º, *caput* e inciso X.

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 552.

²⁰⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 110.

²⁰¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 111.

representar por advogado²⁰². Com efeito, a súmula n. 343 do STJ garante a defesa técnica, dispondo que *“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”*. A súmula vinculante n. 05 do STF, todavia, afasta tal exigência, consagrando o entendimento de que *“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”*.

O princípio do contraditório – inerente ao direito de defesa – é decorrente da bilateralidade do processo e supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou reação²⁰³. Exige a possibilidade de diálogo, com o ensejo da alternância das manifestações das partes interessadas, durante a fase instrutória. A decisão final deve influir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas, especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável²⁰⁴.

No processo administrativo, o direito de defesa não é um imperativo apenas de Justiça, mas, também, de eficiência e eficácia, na medida em que assegura melhor conhecimento dos fatos, contribui para o aprimoramento da Administração e dá garantias de uma decisão mais justa²⁰⁵.

Cabe registrar, ainda, o disposto no art. 3º, inciso III, da Lei de Processo Administrativo, que determina a efetiva consideração dos argumentos e elementos de defesa no momento de julgar. Em outras palavras, a defesa do acusado não pode consistir em mera formalidade, não bastando dar oportunidade de defesa. Assim, é indispensável sopesar, com seriedade e isenção, os argumentos e as provas favoráveis ao acusado, ao interessado e às partes em geral, pois somente desse modo se pode falar em contraditório²⁰⁶.

²⁰² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 111.

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 552.

²⁰⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 197.

²⁰⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, *op. cit.*, p. 200.

Nessa mesma linha de que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, vem se manifestando o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgados, valendo destacar trecho de um voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

“ (...) Assinalo, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234).

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado ‘Anspruch auf rechtliches Gehör’ (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinalada o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão) que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver também, Pieroth e Schlink, Grudrechte-Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Cristoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

*Daí se afirmar, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht au information), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao acusado a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (...) para contemplar as razões apresentadas”.*²⁰⁷

²⁰⁷ HC 96975, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-151.

Verifica-se ser inequívoco o inter-relacionamento entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo difícil imaginar a realização de um sem a presença do outro²⁰⁸.

4.2.3. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está previsto no art. 37 da Constituição Federal e se aplica à toda a atividade administrativa.

Assim, os processos que ela desenvolve também estão sujeitos ao princípio da publicidade, pelo qual não se deve apenas publicar os atos mais importantes²⁰⁹, mas dar acesso a todos os interessados. Esse direito, contudo, não abrange apenas as partes e seus defensores, sendo estendido a qualquer pessoa que tenha algum interesse atingido por ato do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação, assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Assim, desde que a pessoa demonstra seu legítimo interesse, terá direito de acesso aos atos do processo²¹⁰.

O direito de acesso, contudo, não é absoluto – como não é nenhum outro direito – e, portanto, pode ser restringido, nas hipóteses de sigilo ou quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, incisos XXXIII e LX, CF).

4.2.4. Princípio da oficialidade

Esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração Pública, independentemente de provocação do administrado, e ainda o dever de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias à sua instrução. O fundamento

²⁰⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, *op. cit.*, p. 115.

²⁰⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 1072.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 548. A Lei n. 9784/99, que regula o processo administrativo, prevê esse princípio no art. 2º, incisos V e X, e no art. 3º, inciso II.

dessa iniciativa é que a Administração Pública, estando vinculada ao atendimento do interesse público e ao cumprimento da lei, não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir aos seus fins²¹¹.

Em razão desse princípio, poderá ser responsabilizado o agente da Administração Pública que retarda ou se desinteressa pelo processo administrativo. Ainda, o processo não se extingue pelo decurso do tempo, salvo expressa previsão legal²¹².

A oficialidade ainda está relacionada à possibilidade de revisão de ofício nos processos que resultem em aplicação de sanção, quando surgirem fatos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

4.2.5. Princípio do informalismo

No processo administrativo, ao contrário do processo judicial, a regra é a informalidade, no sentido de que, embora sujeito à forma escrita, não está sujeito a formas rígidas²¹³.

É certo que, em alguns casos, a lei impõe formalidades ou procedimentos mais rígidos, prescrevendo a nulidade para o caso de inobservância. Essa imposição existe nos processos que envolvem interesses dos particulares, como medida para salvaguardar os direitos individuais dos administrados. Assim, o formalismo somente deve existir e somente se justifica quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares²¹⁴.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 549. A Lei n. 9784/99, que regula o processo administrativo, prevê esse princípio no art. 2º, inciso XII, art. 5º, e art. 29.

²¹² GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 1071.

²¹³ Nesse sentido, prevê o art. 22 da Lei n. 9.784/999.

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 549. A Lei n. 9784/99 prevê esse princípio no art. 2º, incisos VIII e IX.

4.2.6. Princípio da pluralidade de instâncias

O direito ao reexame de uma decisão, ou ao chamado “duplo grau de jurisdição”, é inerente ao devido processo legal²¹⁵.

No âmbito administrativo, pode-se apontar como fundamento do princípio da pluralidade de instâncias, também, o poder de autotutela que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos²¹⁶.

E, tendo em vista que cabe ao superior hierárquico rever sempre os atos dos seus subordinados, como poder inerente à hierarquia e independente de previsão legal, haverá, como regra, tantas instâncias administrativas ou recursais quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica, até a autoridade máxima²¹⁷.

Cabe salientar, ainda, algumas peculiaridades da pluralidade de instâncias no processo administrativo, as quais têm fundamento na preservação da legalidade, quais sejam: (a) é possível alegar em instância superior o que não foi alegado no início; (b) é possível o reexame da matéria de fato e (c) é possível produzir novas provas²¹⁸.

4.2.7. Princípio da *Non Reformatio in Pejus*

Este princípio está previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e indica que, nos processos administrativos ampliativos de direitos (exemplo: o processo licitatório), o órgão competente para conhecer e decidir o recurso administrativo pode agravar a situação do administrado-recorrente, mas, nos processos administrativos restritivos de direitos (ex: processos punitivos), não.

²¹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, *op. cit.*, p. 134.

²¹⁶ A propósito, as súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

²¹⁷ Na esfera federal, contudo, a Lei n. 9.784/99 limitou o direito de recorrer a três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa (art. 57).

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 554.

Cumpra destacar que, se, da decisão do recurso, puder resultar o agravamento da situação do administrado-recorrente, o órgão competente para conhecer e decidir o recurso deverá cientificá-lo, para que formule suas alegações antes da decisão – mais precisamente, no prazo de 10 (dez) dias, contado da cientificação oficial (Lei 9.784/99, art. 64, parágrafo único).

4.3. Fases

Todos os processos que envolvem solução de controvérsia ou que resultem em alguma decisão por parte da Administração compreendem, pelo menos, três fases, quais sejam, instauração, instrução e decisão. Inclusive, a Lei n. 9.784/99, que estabelece normas sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sem estabelecer qualquer procedimento a ser rigorosamente seguido, estabelece normas pertinentes a estas três fases²¹⁹, as quais se aplicam, subsidiariamente, ao processo previsto na Lei n. 12.846/13.

4.3.1. Fase de iniciativa

A fase de iniciativa ou instauração é a primeira do processo administrativo.

A instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica por atos de corrupção cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação (art. 8º da Lei n. 12.846/2013)²²⁰.

A Lei ainda prevê que, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União terá competência concorrente para

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, *op. cit.*, pp. 544-545.

²²⁰ Admite-se a delegação, vedada a subdelegação (parágrafo 1º do art. 8º).

instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas (parágrafo 2º do art. 8º).

Também competem à Controladoria-Geral da União a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos na Lei n. 12.846/2013 praticados contra a Administração Pública Estrangeira (art. 9º).

4.3.2. Fase instrutória

A fase de instrução corresponde ao momento em que a Administração Pública colherá os elementos que servirão de subsídio para a decisão a ser tomada. Nesta etapa, é feita a produção de provas, tais como a oitiva de testemunhas, realização de exames periciais, averiguações e pareceres, entre outros, com o escopo de elucidar os fatos e auxiliar a Administração Pública na tomada da decisão correta.

O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por dois ou mais servidores estáveis (art. 10 da Lei n. 12.846/2013).

A pessoa jurídica terá o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar a sua defesa, contados a partir da intimação (art. 11).

O processo administrativo deverá ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias²²¹, contados da data da publicação do ato que instituir a comissão processante, quando então deverão ser apresentados relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas (art. 10, §3º, da Lei n. 12.846/2013).

A comissão de apuração, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos (art. 15).

²²¹ O prazo poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora (§ 4º).

4.3.3. Fase dispositiva

O processo administrativo e o relatório da comissão serão remetidos à autoridade instauradora para julgamento (art. 12).

4.3.4. Fase recursal

Decidida a questão, é comum que ocorra insatisfação da parte cuja pretensão eventualmente não tenha sido acolhida, o que provoca no indivíduo não atendido o desejo de promover o reexame desse julgamento, sob as mais variadas alegações: erro, suspeição, ausência de provas, ou errada interpretação de provas e do direito, apresentação de novas evidências probantes etc. Além disso, o Direito, como obra humana que é, geralmente garante, sob determinadas condições, esse reexame, em atenção à falibilidade dos julgamentos humanos e à possibilidade de apreciação falha do direito e dos fatos. Essa revisão possui a denominação genérica de *recurso*²²².

Em geral, o reexame das decisões administrativas pode ser feito através de (a) pedido de reconsideração (solicitação feita à própria autoridade que proferiu a decisão, para que reexamine mais atentamente o julgamento, visando à sua modificação); (b) recurso hierárquico (dirigido à autoridade superior hierarquicamente àquela que proferiu a decisão²²³); e (c) revisão administrativa (sanções disciplinares)²²⁴.

Em sentido amplo, recurso é a provocação a reexame de um caso perante a mesma autoridade ou outra de hierarquia superior.

²²² ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo..., *op. cit.*, p. 163.

²²³ O recurso hierárquico pode ser próprio ou impróprio. No primeiro caso, é dirigido a autoridade superior, na mesma escala hierárquica àquela que proferiu a decisão; no segundo, é dirigida a autoridade não hierarquicamente superior, na mesma escala, àquela que praticou o ato impugnado, ou, ainda, autoridade de outra escala hierárquica, mas, em qualquer caso, que legalmente possuam competência expressa para o reexame da decisão. Assim, o recurso hierárquico impróprio somente é cabível existindo previsão legal expressa.

²²⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo..., *op. cit.*, pp. 164-175.

A Lei n. 9.784/99²²⁵ prevê o direito de recorrer, por razões de mérito ou de legitimidade, das decisões administrativas (art. 56). O recurso, em regra, não possui efeito suspensivo, a menos que a lei o preveja (art. 61), mas a autoridade recorrida ou imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar-lhe tal efeito, quando haja justo receio de dano de difícil ou incerta reparação (parágrafo único).

Por fim, uma particularidade do recurso administrativo é que não está sujeito à proibição de decisão *extra* ou *ultra petita*²²⁶.

4.4. Medidas cautelares

As providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração Pública pode adotar de imediato para prevenir danos ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas paralisar comportamentos de efeitos danosos ou abortar a possibilidade de que se desencadeiem²²⁷.

Tais medidas podem ser prévias ou concomitantes ao processo administrativo e precedem à aplicação das sanções.

Por outro lado, não se tratando de sanções administrativas, não se submetem aos mesmos princípios. Assim, por exemplo, não se exige a observância do contraditório para a aplicação de uma medida cautelar, em face da urgência²²⁸.

A Lei prevê a possibilidade de serem adotadas medidas cautelares, dispondo que “ *O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a*

²²⁵ Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Direta e Indireta Federal, aplicando-se subsidiariamente aos processos administrativos específicos, regidos por leis próprias.

²²⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo..., *op. cit.*, p. 164.

²²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 795.

²²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso..., *op. cit.*, p. 795.

investigação e processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão” (art. 10, parágrafo 1º), e que “a comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação”(parágrafo 2º)²²⁹.

4.5. Desconsideração da pessoa jurídica

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei n. 12.486/2013, ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observado o contraditório e a ampla defesa (art. 14).

Em linhas gerais, a doutrina da desconsideração pretende a superação episódica da personalidade jurídica da sociedade (não se trata de extinção), em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação de terceiro lesado junto ao patrimônio dos sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado. Claro está que a desconsideração da pessoa jurídica não pode significar, ressalvadas hipóteses excepcionais, a sua aniquilação. O afastamento deve ser temporário e tópico, perdurando, apenas no caso concreto, até que os credores se satisfaçam no patrimônio pessoal dos sócios infratores, verdadeiros responsáveis pelos atos praticados. Ressarcidos os prejuízos, a empresa, por força do princípio da continuidade, poderá, desde que apresente condições jurídicas e estruturais, voltar a funcionar.

Transferindo essa teoria para o âmbito da *Lei Anticorrupção*, conclui-se que pode haver a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar os sócios ou acionistas dirigentes, quando a personalidade jurídica for um recurso para isentar essas pessoas das consequências lesivas dos

²²⁹ Ressalva-se a cláusula da reserva de jurisdição, que exige prévia decisão judicial para determinadas medidas, como a busca e apreensão em domicílio ou para a interceptação telefônica.

seus atos e restar configurado abuso ou fraude²³⁰, o que perdurará até o cumprimento das sanções administrativas.

4.6. Prescrição

A prescrição é a perda do direito de punir em razão do decurso do tempo entre a infração e a sanção, o que sugere a desnecessidade da sua aplicação. Destina-se a prescrição a resguardar a segurança jurídica, a estabilidade das relações formadas²³¹.

A Lei n. 12.486/2013 estabelece que prescrevem em 05 (cinco) anos as infrações nela previstas, contados da data da ciência da infração, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (art. 25). Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração do processo que tenha por objeto a apuração da infração (parágrafo único).

Conforme se verifica, a referida Lei adotou o critério da prescrição quinquenal, alinhando-se a outros instrumentos normativos que regulam a atividade sancionatória da Administração Pública.

Cabe referir, ainda, que, quando a infração administrativa constituir crime, os prazos de prescrição serão os mesmos fixados para a prescrição da pena²³².

4.7. Revisão das sanções administrativas pelo Poder Judiciário

Finalmente, cabe fazer referência à possibilidade de controle e revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos que reconhecem a responsabilidade das pessoas jurídicas e lhe impõem sanções.

O controle da Administração Pública serve para verificar a legalidade, a conveniência e oportunidade da atividade administrativa.

²³⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Manual ..., *op. cit.*, p. 614.

²³¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, p. 107.

²³² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações..., *op. cit.*, p. 108.

Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito, que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa” e “pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”²³³.

Esse controle pode ser de *mérito*, quando se preordena a verificar a conformidade, ou não, da atividade administrativa com a conveniência e oportunidade. Pode ser exercido, apenas e tão-somente, pela Administração Pública, *ex officio* ou por provocação.

O controle também pode ser de *legalidade*, quando se preordena a verificar a conformidade, ou não, da atividade administrativa com o ordenamento jurídico. Pode ser exercido pela Administração Pública, *ex officio* ou por provocação, e pelo Poder Judiciário, apenas por provocação, considerando-se normas legais, para este fim, desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato. Ainda, segundo HELY LOPES MEIRELLES, “*por legalidade, entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade, entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade)*”²³⁴, sendo que ambos estão compreendidos no controle da atividade administrativa.

Com relação ao controle judiciário ou judicial, segundo DIÓGENES GASPARINI, “*pode ser conceituado como o controle de legalidade das atividades e atos administrativos do Executivo, do Legislativo*

²³³ Curso..., *op. cit.*, pp. 636-663.

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo..., *op. cit.*, p.

*e do Judiciário por órgão dotado do poder para solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos*²³⁵.

O seu fundamento reside no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que confere ao Poder Judiciário competência para controlar a legalidade da atividade administrativa, determinando, em caráter definitivo, o direito aplicável a cada caso concreto (CF, art. 5.º, XXXV). Esse princípio também implica que o administrado não precisa esgotar a via administrativa para poder ingressar em juízo, de modo que quem sofrer lesão a direito ou estiver sob ameaça de lesão a direito, advinda de atividade da Administração, não é obrigado a interpor recurso administrativo primeiro, par depois, decidido este, ajuizar uma ação.

Dentre as características do controle jurisdicional, destacam-se: (i) em regra, é externo; mas pode ser interno, quando incide sobre os atos administrativos editados pelo próprio Poder Judiciário; (ii) é controle de legalidade, pois o seu objetivo é o exame de legalidade do ato ou atividade administrativa, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito, isto é, de conveniência, oportunidade ou economicidade da medida ou ato da Administração Pública; (iii) em regra, é repressivo; mas pode ser preventivo; e (iv) é provocado, porque o Poder Judiciário age por provocação.

Veja-se que, no sistema de jurisdição una, adotado pelo nosso ordenamento jurídico, todo ato administrativo, de qualquer agente público e qualquer Poder do Estado, está sujeito ao controle jurisdicional, que se limita, porém, ao controle de legalidade da atividade administrativa, não cabendo, ao Poder Judiciário, pois, invadir o mérito administrativo.

HELY LOPES MEIRELLES leciona que *“no nosso sistema de jurisdição única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5.º, XXXV), a Justiça tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do*

²³⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, *op. cit.*, p.

*controle, que há de ser, unicamente, a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência ou oportunidade do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo*²³⁶.

Esse entendimento, porém, comporta temperamentos. Partindo-se da premissa de que discricionariedade é “liberdade *dentro da lei*”, aqui entra em jogo o princípio da razoabilidade, cuja função será a de possibilitar o controle dos atos discricionários da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Com efeito, por força do princípio da separação dos poderes, o juiz não pode assumir a função de administrador, substituindo o juízo de valor do administrador pelo seu. Ele pode proceder, apenas e tão-somente, ao controle de legalidade do ato administrativo. Por isso, a doutrina e a jurisprudência advertem que a ofensa ao princípio da razoabilidade deve ser manifesta, para que o ato administrativo seja anulado. Os limites da discricionariedade administrativa são fixados, conforme visto, pela *finalidade da lei*. O ato administrativo desarrazoado viola esses limites e, conseqüentemente, é ilegal. Dessa forma, ele pode ser anulado pelo Poder Judiciário, sem que isso importe em invasão do mérito administrativo, afinal, tudo se resolve num exame de legalidade.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO adverte, porém, que, no caso de dúvida séria sobre a medida ideal, o juiz deve respeitar a decisão do administrador, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes²³⁷: “*se com a outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda –, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei*”²³⁸ e “*não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade*

²³⁶ Direito Administrativo..., *op. cit.*, p.

²³⁷ Constituição Federal, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²³⁸ Curso..., *op. cit.*, p. 97.

*invade o 'mérito' do ato administrativo, isto é, o campo de 'liberdade' conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo... critérios de conveniência e oportunidade. Tal não corre porque a sobredita 'liberdade' é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos*²³⁹.

Também o princípio da proporcionalidade deve ser avaliado no controle judicial dos atos administrativos, que devem ter, apenas, a extensão e a intensidade necessárias para satisfazer a finalidade da norma *in concreto*. Os atos administrativos desproporcionais violam a finalidade da lei e, conseqüentemente, são ilegais.

Na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “*este princípio enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas*”²⁴⁰.

Cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que é cabível o controle de mérito de todos os atos do Poder Público em função dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - (...) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due

²³⁹ Curso..., *op. cit.*, p. 98.

²⁴⁰ Curso..., *op. cit.*, p. 99.

process of law" (...). - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (...)" (ADI 2667 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002)²⁴¹.

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público militar. Exclusão da Corporação. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 2. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...)" (STF - RE: 609184 RS , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 05/03/2013).

Por fim, dentre os mecanismos de controle jurisdicional, ou seja, dentre as ações judiciais de que dispõem os administrados para obter a anulação do ato administrativo ilegal, destacam-se, no campo da revisão dos atos administrativos que impõem sanções no campo do Direito Administrativo Sancionador, o mandado de segurança e as ações anulatórias em geral.

²⁴¹ No mesmo sentido: STF, ARE 717894 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013.

CONCLUSÕES

A corrupção não é um problema de hoje. Sêneca escreveu há muito séculos que a corrupção é um vício dos homens, não dos tempos. Sem embargo, embora seja um fenômeno tão velho como o homem, ou, mais precisamente, desde a aparição do *poder*, o certo é que foi no último quarto do século XX quando surgiu uma preocupação sobre ela, em certos setores, tanto na esfera pública como na privada²⁴².

Trata-se, ademais, de um problema que há muito ultrapassou as barreiras do exercício irregular da função pública para envolver e atingir atividades desenvolvidas no campo privado.

A corrupção é um ilícito que atinge não apenas a Administração Pública, mas a toda a sociedade, de um modo geral, na medida em que, na maioria das vezes, implica em mau uso do dinheiro público, que deixa de ser aplicado para atendimento das necessidades coletivas, caracterizando evidente desvio de finalidade na função administrativa.

O fenômeno da corrupção apresenta impactos sociais impressionantes, no marco do escândalo e da mobilização da opinião pública em suas múltiplas dimensões, com reflexos políticos de significativa magnitude, daí que tenha produzido notáveis esforços de organismos internacionais para seu controle e contenção, ainda que sob o pálio de uma ambiguidade semântica na literatura especializada. De fato, constituiu-se um mercado de consumo de informações em torno ao tema da corrupção, mas muito pouco é produzido, de prático, fora dos domínios do direito penal, que não é a única ferramenta para tratar do problema²⁴³.

Assim, apesar da gravidade da questão, o combate à corrupção ainda é tímido na realidade brasileira, sendo esta uma das causas – aliada à fatores sociais e éticos – do aumento dessa prática delitiva ao longo dos anos.

²⁴² PÉREZ, Jesús González. *Corrupción...*, *op. cit.*, p. 25.

²⁴³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 34.

A corrupção alcançou níveis dificilmente superáveis. As instituições públicas estão corrompidas em todas as suas esferas; estamos diante de uma corrupção que se qualifica como *sistemática*, pois superou a tradicional ideia de corrupção como um acordo secreto entre um particular e um funcionário público que pactuam uma determinada contraprestação singular à margem da lei e dos seus deveres, para passar a ser considerada com um elemento a mais do *sistema*. É um fenômeno geral²⁴⁴.

Com efeito, diariamente vemos na mídia novos casos de corrupção na Administração Pública, envolvendo os mais diversos setores da economia e política e os funcionários públicos em todos os graus de hierarquia, o que está levando a sociedade a perder a confiança nas instituições públicas e no próprio regime político atual.

A corrupção política, de fato, afeta negativamente a cultura moral da democracia. Nos informes internacionais se insiste em que, junto à sensação de insegurança, uma alta percepção da corrupção entre os cidadãos destrói a confiança nas instituições, o que a sua vez mina o otimismo da população. Pode ser que a corrupção não ponha em perigo a superveniência de nosso sistema político – os sistemas sociais podem sobreviver ajustando os níveis de corrupção dentro de limites adequados – , mas é indiscutível que afeta os graus de satisfação com a democracia²⁴⁵.

Não fosse assim, a população não teria saído às ruas, em manifestações recentes que proliferaram por todo o território nacional, reivindicando o combate à corrupção.

Apesar da reação social, as práticas corruptas ainda estão longe de ser controladas, e há quem sustente que elas tendem a se incrementar no futuro, em razão das facilidades oferecidas pela globalização da economia e pelo desenvolvimento tecnológico.

Nesse contexto, surge a Lei n. 12.846/2013, publicada em 01 de agosto de 2013, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a

²⁴⁴ PÉREZ, Jesús González. Corrupción, ética y moral..., *op. cit.*, pp. 28-29.

²⁴⁵ VILLA, Fernando Gil. La cultura..., *op. cit.*, p. 05.

administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, lei esta que veio a ser conhecida como “Lei de combate à corrupção”.

Trata-se de um novo instrumento de controle da corrupção, voltado para as pessoas jurídicas infratoras, que prevê infrações e sanções administrativas, bem como introduz novos institutos – como o acordo de leniência (antes restrito, basicamente, ao campo do Direito Penal e do Direito Econômico) e o *compliance*.

Embora muitos das infrações e sanções previstas na Lei já estejam contempladas em outras leis, como a de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) e a de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93), a *Lei Anticorrupção* torna mais fácil a responsabilização das pessoas jurídicas, ainda que não tenham participado ou se beneficiado diretamente das práticas corruptas, e que fazem da oferta de vantagens indevidas aos agentes um meio de desenvolvimento e expansão da sua atividade.

Além disso, a nova lei contempla as condutas praticadas contra a Administração Pública Estrangeira, o que é uma novidade, e traz para o Direito Administrativo Sancionador institutos que facilitam a identificação dos responsáveis pelos atos corruptos – como o acordo de leniência – e que reforçam o dever ético das empresas – como o *compliance*.

A nova Lei surge em um momento de constatação de que as pessoas jurídicas têm sido utilizadas como instrumento para a prática de infrações – tanto penais como administrativas –, e que estão envolvidas na grande maioria dos casos de corrupção referidos na mídia.

Daí a necessidade da criação de mecanismos de controle efetivo das relações entre o setor privado e o público, de controle interno das pessoas jurídicas privadas e da valorização de uma cultura ética desses entes, ideais estes que, a nosso sentir, estão presentes na *Lei Anticorrupção*.

Por isso, ao nosso sentir, a Lei n. 12.846/13, embora tímida em alguns aspectos – ao não prever um regime de responsabilização pela falta de observância dos deveres de *compliance* e ao não prever a reincidência como causa de aumento das sanções – se devidamente interpretada à luz da Teoria do Direito Sancionador Geral, e bem aplicada pelos órgãos competentes e pelos operadores jurídicos, será uma importante ferramenta no controle da corrupção e dos atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo e seu processo, Revista dos Tribunais, 1994.
- 2) AYRES, Carlos Henrique da Silva. Projeto impulsiona criação de controle interno. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-ago-21/projeto-impulsionar-criacao-controle-interno-empresas>, acesso em 06/01/2014.
- 3) BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando. Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos Juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- 4) CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.
- 5) CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18ª Edição, Editora Lume Juris 2007.
- 6) CASANOVAS YSLA, Alain. Legal Compliance, Princípios de Cumplimento generalmente aceptados, 2013, Marcial Pons.
- 7) CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo Perrot, 9ª Edição, 2008.
- 8) CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos atos administrativos, Revista dos Tribunais, 1973, São Paulo.
- 9) CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, 3ª Edição, Livraria Sulina.
- 10) CUNHA, Rogério Sanches, in VVAA, Lei de Drogas Comentada, Coordenação Luiz Flávio Gomes, 3ª edição, 2008, Editora Revista dos Tribunais.
- 11) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 18ª Edição, Editora Atlas, 2005.
- 12) ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, volume II, 1ª Edição Argentina, La Ley/ Thomson Civitas, 2006.

- 13) ESPINAR, José M. Zugaldía (diretor); ALONSO, Esteban J. Pérez (coordenador), em vários autores. *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- 14) FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 3ª Edição, 2012, Malheiros.
- 15) FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*, Malheiros, 2001.
- 16) FIGUEIREDO, Lúcia Valle do. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª Edição, Malheiros, 2008.
- 17) GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 16ª Edição, 2011, Saraiva.
- 18) JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*, 20ª Edição, 2010, Saraiva.
- 19) KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes; Brasília, Universidade de Brasília, 1990.
- 20) LEAL, Ángeles Jareño. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios em la contratación pública*, Iustel, 2011.
- 21) LÓPEZ, Pedro Rodriguez; MARTÍNEZ, Ana I. Sobrino. *Delitos contra la Administración Pública*, Bosch, 2008.
- 22) MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*, Editora Malheiros, 1999.
- 23) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora RT, 18ª Edição, 1993.
- 24) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2005.
- 25) MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, volume I, Forense, 2ª Edição, 1979.
- 26) MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*, 4ª Edição Atlas, 2012.
- 27) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, Atlas, 17ª Edição, 2013.

- 28) OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*, Revista dos Tribunais, 1985.
- 29) OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 3ª Edição, 2009, Revista dos Tribunais.
- 30) _____. *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2ª Edição, Revista dos Tribunais.
- 31) PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos Crimes contra a Administração Pública*, 2ª Edição, Malheiros, 1999.
- 32) PÉREZ, Jesús González. *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*. Thomson Civitas, 2006.
- 33) PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edição, Barcelona, PPU, 2000.
- 34) Revista *Época*, Editora Globo, Edição de 16 de dezembro de 2013.
- 35) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*, Malheiros, 2013.
- 36) ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos, Causas, consecuencias y reforma*. Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.
- 37) SAAVEDRA, Giovani A.. “Reflexões iniciais sobre criminal compliance”, *in* Boletim IBCCRIM, São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, janeiro de 2011.
- 38) SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *in* Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, abril de 2002.
- 39) TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte Geral*, Pamplona: Aranzadi, 2008.
- 40) VILLA, Fernando Gil. *La cultura de la corrupción*, Maia Ediciones, 2008.
- 41) VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*, Coleção: Temas de Direito Administrativo, n.º 8, São Paulo: Malheiros. p. 58
- 42) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1. Parte Geral*. 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2011.