



ADRIANO FARIAS PUERARI

O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL
PORTUGUÊS COMO RUMO DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO
PRÓPRIO AO DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR BRASILEIRO

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo

JULHO/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Adriano Farias Puerari

O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço
próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro

*The regulatory offences law portuguese as a way of creating a space to the brazilian
sanctioning administrative law*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins

Coimbra, 2016

“Se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria de deixar correr os cem anos para descobrir atônito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto dos últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado duma nova realidade, perante o qual se encontravam indefesos”

(Rogério Soares)

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço aos meus amados pais, Cleito e Ana, por todo o carinho, esforço e irrestrito apoio desde sempre.

Ao Senhor Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins, que aceitou-me como orientando, encorajando-me, desde o primeiro momento, com palavras amigas e de estímulo.

A Bruno Menezes & Mário Cipriani Advocacia Criminal, escritório que me acolheu há quatro anos, ensinando-me a arte de advogar, e formando-me como profissional, não apenas em relação à advocacia, mas também e principalmente incentivando-me a percorrer o caminho da academia e da docência.

Muito especialmente, agradeço a Mário Luís Lírio Cipriani, a quem considero um irmão mais velho, exemplo de caráter e profissional, por todo apoio e encorajamento que ofereceu nos momentos decisivos do meu percurso, desde que dele passou a fazer parte.

Aos meus caros amigos e a todos que, à sua maneira, possibilitaram a confecção do presente trabalho.

Por último, a Coimbra, à Faculdade de Direito e aos prezados colegas, todos eternizados em meus sentimentos.

RESUMO

A presente dissertação foi elaborada no âmbito de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Administrativo e versa sobre a inspiração que pode dar o direito de mera ordenação social português para a criação de um espaço próprio ao direito administrativo sancionador brasileiro. Há no Brasil um precário cuidado na atuação estatal responsável pela pretensão punitiva na via do direito administrativo sancionador, constatação realizada a partir da análise do regime jurídico espanhol, já que identificado enquanto orientador do modelo brasileiro e que não diferencia do ponto de vista ontológico as sanções administrativas das sanções penais. Ocorre que a busca pela prevenção e controle da má gestão pública verificada nos últimos anos no Brasil identifica forte marca através da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção Empresarial enquanto legislação que aplica sanções administrativas jurisdicionalizadas. Ainda que se rotulem como leis submetidas ao direito administrativo sancionador, a ausência de um critério material na diferenciação dos ilícitos acaba por trazer à lume uma aproximação analítica ao direito penal, daí porque defender que se tratam de uma manifestação de direito penal envergonhado, capaz de sobrepor a uma mesma conduta ilícita os diferentes sancionamentos de modo simultâneo. A superação desta questão encontra-se sufragada no direito das contraordenações enquanto modelo administrativo sancionatório previsto em Portugal. Com efeito, nesta seara, reconhece-se uma autonomia da sanção contraordenacional e identifica-se, nisto, pois, o substrato para a resolução dos problemas enfrentados pelo desregramento do tema no Brasil. A identificação de uma caminho a ser seguido pelo modelo brasileiro no exemplo português se justifica pelo percurso realizado a partir de um distanciamento das sanções contraordenacionais em relação as sanções criminais. Portanto, muito embora o atual contexto brasileiro torne imperiosa uma legislação forte no âmbito do direito administrativo sancionador, a legitimação do direito punitivo deve ocorrer através de critérios sólidos, tais quais os identificados em Portugal através do direito de mera ordenação social.

Palavras chave: direito administrativo sancionador brasileiro; direito de mera ordenação social.

ABSTRACT

This work was developed in the Master's level in Legal and Political Sciences with Mention in administrative law and deals with the contribution that portuguese regulatory offences law can make in order to seek inspiration for the creation of a sapce to the brazilian sanctioning administrative law. There is in Brazil a precarious care in State action responsible for punitive intention towards the sactioning administrative law, finding performed from the analysis of the Spanish legal system, as identified as advisor of the brazilian model and which does not differentiate administrative penalties and criminal penalties from an ontological point. It turns out that the search for prevention and control of bad public management verified in recente years in Brazil identifies strong brand through the Administrative Misconduct Law and the Business Anti-Corruption Act as legislation implementing jurisdictional administrative sanctions. Although it is to label as laws submitted to the sanctioning administrative law, the absence of a substantive test in the differentiation of illicit ends up bringing to fire an analytical approach towards the criminal law, then why argue that it was a right to demonstrate criminal embarrassed able to superimpose the same unlawful conduct of a diferent simultaneously sanctioning. The right to overcome this issue is the regulatory offences law while sanctioning administrative model establiseh in Portugal. Indeed, in this context, it is recognized that a range of regulatory offences sanction and is identified, it, therefore, the substrate for the resolution of problems facting the deregulation issue in Brazil. The identification of a path to be followed by the brazilian model in the portuguese example is justified by the route taken from a distance of regulatory offences sanctions for criminal sanctions. Therefor, although the current brazilian context makes imperative a strong legislation in the sanctioning administrative law, the legitimacy of punitive law must be through solid criteria such which identified in Portugal by the regulatory offences law.

Keywords: brazilian administrative sanctioning law; regulatory offences law.

Siglas e Abreviaturas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ampl. – Ampliada

Art. – Artigo

Atual. – Atualizada

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Económica

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Coord. – Coordenação

CP – Código Penal

EC – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

FA – Fórum Administrativo

FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu

Inc. – Inciso

LGDJ – *Librairie générale de droit et de jurisprudence*

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

n.º, nº – Número

Org. – Organização

OWiG – *Ordnungswidrigkeitengesetz*

RDA – República Democrática da Alemanha

Reimpr. – Reimpressão

Rev. – Revista

RGCO – Regime Geral das Contraordenações

RFA – República Federal da Alemanha

Vol. – Volume

WiStG – *Wirtschaftsstrafgesetz*

Sumário

Nota Introdutória	10
Caminho a ser percorrido	16
Capítulo I - Direito Administrativo Sancionador no modelo brasileiro	18
1. Bases históricas.....	18
2. O direito administrativo sancionatório espanhol	20
2.1 A tese unitária do <i>ius puniendi</i> do Estado	20
2.2 A identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo	22
2.3 A crítica de Alejandro Nieto ao modelo espanhol	23
2.4 O plano legislativo do direito administrativo sancionador espanhol	24
2.4.1 A Constituição Espanhola.....	24
2.4.2 A Lei 30/1992 – Do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.....	24
3. O direito administrativo sancionatório brasileiro	26
3.1 O conceito brasileiro de sanção administrativa.....	28
3.1.1 A identidade ontológica com o ilícito criminal e o critério formal de distinção..	28
3.1.2 A proposta de Fábio Medina Osório.....	29
3.1.2.1 Critérios de conceituação.....	27
3.1.2.2 O conceito de sanção administrativa para Fábio Medina Osório.....	29
3.1.3 Sanções administrativas jurisdicionais como característica marcante do direito administrativo sancionador brasileiro.....	33
4. A expansão do direito administrativo sancionador à luz da legislação brasileira	35
4.1 A tutela da corrupção e da probidade administrativa.....	35
4.2 A Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/1992	36
4.3 A Lei Anticorrupção Empresarial n.º 13.846/2013.....	46
4.4 Ponto da situação.....	50
Capítulo II - O modelo de Mera Ordenação Social português	52
1. Surgimento das contraordenações – o berço da doutrina alemã.....	52
1.1 A teoria do direito penal de polícia	52

1.2 O declínio da teoria do direito penal de polícia	56
1.3 A doutrina do direito penal administrativo de James Goldschmidt	58
1.4 A evolução do pensamento de Goldschmidt	61
1.5 O Papel de Erik Wolf	62
2. As contraordenações alemãs	63
2.1 A fórmula de Eberhard Schmidt	64
2.2 A generalidade das contraordenações e o desenvolvimento do direito de mera ordenação social	67
2.3 Da reforma da OWiG de 1968	68
3. O direito de mera ordenação social em Portugal	70
3.1 O Código Penal português de 1852 – crimes ou delitos e contravenções	70
3.2 A posição inicial de Beleza dos Santos e Eduardo Correia	72
3.3 A virada de pensamento de Eduardo Correia.....	74
3.4 A Lei-Quadro das Contraordenações – o RGCO aprovado pelo Decreto-Lei n.º 232/79.....	78
3.5 O RGCO aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82	80
4. A natureza do direito das contraordenações	82
4.1 A posição de identidade de Manuel Cavaleiro de Ferreira	83
4.2 As posições de contraposição baseadas em critérios qualitativos.....	83
4.3 As posições de contraposição baseadas em critérios quantitativos.....	84
4.4 O critério misto qualitativo-quantitativo.....	86
Capítulo III - As contraordenações portuguesas como rumo de inspiração para o direito administrativo sancionador brasileiro.....	88
1. Ponto de partida - A autonomia da sanção contraordenacional	88
2. O caminho de (des)aproximação do direito penal	93
3. A sobreposição das sanções administrativas e penais no Brasil	96
4. O direito de mera ordenação social como guia para superação do problema do direito administrativo sancionador brasileiro	106
Conclusão.....	115
Referências Bibliográficas.....	120

Nota Introdutória

O direito administrativo sancionador, como campo do direito pós-moderno que circunda a atividade pública punitiva, não pode mais ser visto a partir de uma concepção de poder do Estado, de criação artificial, mas deve ser compreendido sob os auspícios dos direitos e garantias fundamentais do homem, imanescentes a sua natureza. Como condução de disposição, deve oferecer uma teoria fundamental para sua compreensão, tarefa que passa, necessariamente, pela análise dos limites da atividade punitiva cometida pela sociedade ao Estado.

Dentro do contexto de Estado Democrático de Direito se consagra, pois, a pretensão de desenvolvimento desse ramo do direito em capa axiológica que reconheça os limites normativos gerais e abstratos próprios para um modelo de Estado punitivo inserido em um ambiente isonômico e democrático.

Considerando que da Constituição emana e a ela se volta a ordem jurídica, é imperioso o reconhecimento de que fora dela não há viabilidade para um direito punitivo. Nesse sentido, é fundamental constatar, desde logo, a necessidade de impor respeito e obediência as garantias previstas e derivadas da ordem constitucional. Por isso, todas as formas de punições públicas, principalmente as aflitivas de direitos fundamentais, devem estar equalizadas nas garantias postas constitucionalmente, pois o contrário torna ilegítimo, porque antidemocrático, o exercício do poder punitivo estatal. Qualquer debate que se proponha, portanto, a colorir o direito público punitivo não pode ignorar os princípios e regras constitucionais, sobretudo para qualificar-se como democrático.

Qualquer atividade estatal fiscalizadora que norteie o poder sancionador do Estado não poderá desprezar as garantias fundamentais constitucionais, especialmente a partir de presunções inconstitucionais delineadas por pragmatismo acusatório. Nem para os mais inculcados acusados se admitem presunções que possam justificar atitudes de controle repressivo e fulminante, quaisquer que sejam as autoridades estatais sancionadoras.

A condenável prática, visível em inúmeras cláusulas punitivas de viés autoritário, infelizmente se constata em tantas instituições estatais que ainda deixam muito a desejar no que toca a observação das luminosas condutas de atenção aos direitos fundamentais.

O lastro de reversão dessa espécie de prática estatal acusatória demarca o respeito dogmático necessário às Cartas Políticas, que se funda obrigatoriamente nos limites constitucionais do poder punitivo.

A partir de concepções históricas, inicialmente as normas sancionadoras multiplicaram-se desordenadamente e o eram de todas as espécies, tais como privativas de liberdade, do patrimônio, da honra e dos direitos em geral. Apresentavam-se ora pela sua feição penal, ora pela feição administrativa, dependendo de quem estivesse na posição de acusador e julgador. Nesse contexto, as normas administrativas não mantinham diferenças substanciais em relação às normas penais, embora houvesse diferenças abissais no tratamento e no regime jurídico aplicado a cada espécie. Toda e qualquer conduta poderia ser individualizada tanto penal quanto administrativamente, sem que se estabelecessem critérios formais ou materiais de gravidade ou importância do bem jurídico aflito.

A formação do próprio Estado, tornando possível o surgimento da Administração Pública como sujeito, propiciou a formação do direito administrativo, de maneira que a prerrogativa de tipificar as infrações administrativas e de lhe aplicar as respectivas sanções, delegando poderes de punição à Administração, desdobrou o surgimento do direito administrativo sancionador.

No Brasil, lamentavelmente, os precedentes deixam transparecer o precário cuidado que historicamente se verifica no que importa à atuação dos órgãos do Poder Executivo responsáveis pela pretensão punitiva na via do direito administrativo sancionador.

É, portanto, no direito comparado, nomeadamente a partir das concepções próprias ao tema no que tange ao direito português, de raízes muito mais antigas e, bem assim, consolidadas, que se assentam as considerações a serem realizadas nas páginas que seguem.

Com efeito, principalmente a partir dos anos 1960, as Cortes Constitucionais europeias voltaram atenção a um movimento de equiparação, colocando em pé de igualdade as sanções penais e administrativas, de maneira que os princípios penais passaram a ser reconhecidamente aplicáveis aos processos administrativos punitivos.

O direito penal surge nesse espectro como fonte de inspiração para a construção dogmática incipiente do então embrionário direito administrativo sancionador, já que aquele se encontrava mais bem assentado do ponto de vista dogmático, com suas regras, princípios e garantias consolidados em tradicionais doutrinas e jurisprudências.

Como resultado disso, impera no direito administrativo sancionador brasileiro a tese de que os princípios penais são aplicáveis àquele ramo do direito, com matizes, a efeito de assegurar aos acusados as garantias básicas constitucionais comuns ao direito público punitivo.

Porém, à exceção de algumas poucas obras monográficas que pretendem teorizar o direito administrativo sancionador e as suas sanções, é recente a dimensão dos estudos que têm sido levados a cabo no Brasil a respeito do tema. Muito em função disso, não há, explicitamente, uma evolução deste ramo condizente com o progresso institucional verificado no país, garantindo-lhe espaço próprio, especialmente no âmbito da Administração Pública, motivo pelo qual se compreende o porquê de situações ilegais, abusivas e de direta arbitrariedade de poder que se verificam dioturnamente no exercício das punições estatais.

Nesta ausência de independência como ramo autônomo da ciência do direito é que se revela, desde já, a deficitária tradição dogmática no direito administrativo sancionador brasileiro, fruto de muitos anos de imposição do Poder Executivo frente à timidez do Poder Judiciário, possibilitando que o administrado-acusado seja surpreendido com uma atuação estatal sancionatória extremamente nefasta e invasiva, violadora de todos os níveis de direitos fundamentais assegurados. Prática que de maneira paradoxal é justificada sob o pretexto de zelo para com a coisa pública, ocorrendo nos mais variados âmbitos de incidência sancionadora da Administração, desde o combate à corrupção no seio da Administração Pública, passando pelas infrações disciplinares de servidores públicos, até a legislação que reprime ilícitos de dirigentes de instituições financeiras.

Diante, pois, desta carência teórica brasileira, é que a sua análise demanda um retorno a ramos do direito em que se deitam suas raízes mais diretas, como no direito administrativo, no direito penal e no direito constitucional.

Embora encontre interfaces com outras áreas, especialmente a Administrativa e a Penal, inegavelmente se está diante de um ramo jurídico autêntico e independente, cuja autonomia científica há de ser consolidada em razão da experiência de ordenamentos jurídicos mais evoluídos em relação a forma de sancionamento administrativa do Poder Estatal.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador já foi posta em evidência em países europeus¹, daí porque se justifica como ramo dotado de autonomia, que tem ganhado cada vez maior relevância na solução dos conflitos que surgem do exercício do poder estatal. É que as atividades sancionatórias da Administração alcançam, atualmente, espaços antes reservados apenas à responsabilização penal.

O caminho de socorro se sufraga no tratamento dado pelo ordenamento jurídico português à teorização e limitação da temática das sanções administrativas e do direito administrativo sancionador.

Com efeito, em Portugal, esse ramo do direito, desde há muito, encontra lugar nas inquietações da doutrina, uma vez que o terreno do direito sancionatório público possui tratamento dinâmico, considerando os liames correlacionais com o direito penal desde o século XIX, a partir da evolução dos estudos sobre a teoria da sanção.

No sistema jurídico português, a evolução da sanção administrativa passa necessariamente pelo Regime Geral das Contraordenações. É que, por modelo importado da Alemanha, em relevante esforço de Eduardo Correia, primeiro nas *Lições de Direito Criminal*, de 1963, e depois, uma década mais tarde, no seu estudo fundamental *Direito penal e direito de mera ordenação social*, de 1973², o direito administrativo sancionatório encontra parte de seu lugar no direito de mera ordenação social.

Decorrentes de um movimento de descriminalização, às contraordenações e a sua evolução em Portugal muito se deve ao trabalho de grandes penalistas, dentre os quais se destacam os professores Faria Costa, Figueiredo Dias e Costa Andrade, que aprofundaram as suas origens a partir das teorias de Goldschmidt acerca do direito penal administrativo em uma evolução do direito penal de polícia até o direito contraordenacional.

Daí porque a necessidade de se aplicar ao direito administrativo sancionador brasileiro um choque de teoria que sirva para ultrapassar os bancos acadêmicos e alcançar

¹ Considerando as diferenças entre os regimes administrativos punitivos de cada país da União Europeia, uma digressão histórica exigiria análise própria, em função dos diferentes caminhos que se percorreram em cada direito nacional. Para os propósitos deste trabalho, todavia, adianta-se que a análise limitar-se-á a Espanha, pela proximidade com o atual regime brasileiro, mas especialmente pela evolução de tratamento dada por Portugal ao tema, em razão dos referenciais teóricos disponíveis a partir do vencimento dos créditos do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em Direito Administrativo na Universidade de Coimbra.

² CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 257-281.

as práticas dos tribunais, que tenha substrato para transformar a perversa realidade punitiva que tem incidido neste domínio. A nosso juízo, a realização de tal tarefa passa, necessariamente, pela inspiração através do sistema de Mera Ordenação Social de Portugal.

Nesse panorama, o presente trabalho parte, em capítulo primeiro, de uma localização histórica do surgimento do poder administrativo sancionador, ainda no Estado absolutista, passando pelas suas transformações e influências do Estado liberal, especialmente a partir da consolidação da separação entre os poderes. Depois, com o advento do Estado Social, reconhece-se a necessidade de especialização da matéria em razão dos novos interesses tutelados, nomeadamente para o desenvolvimento de uma espécie de atividade sancionadora do Estado mais especializada.

Avançando, tendo-se como premissa o alcance punitivo do Estado a partir da legislação que se subordina à natureza do regime do direito administrativo sancionador, proceder-se-á à análise de duas das consideradas mais importantes e atuais leis brasileiras que se subsumem a dito regime, a Lei 8.429/1992, de Improbidade Administrativa, e a Lei 12.846/2013, denominada Anticorrupção Empresarial. Com efeito, a atual conjuntura das formas de sancionamento, mormente no âmbito dessa legislação, tornam imperiosa a investigação acerca da correlação entre o distanciamento e os pontos de contato entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, especialmente através de um movimento de judicialização do direito administrativo sancionador que se sucede no âmbito destas legislações.

Realizadas tais constatações de evolução histórica, identificando-se o atual estado da arte do direito administrativo sancionador no Brasil, o objetivo em um segundo momento é proceder à análise do tema à luz do direito português, nomeadamente do direito de mera ordenação social, utilizando sua evolução dogmática para avançar ao objetivo último da tese.

Na parte final, verificar-se-á, a partir da construção realizada no capítulo intermediário, a autonomia da sanção contraordenacional. Com isso, identificar-se-á a deficiência do regime brasileiro de direito administrativo sancionador, considerando a configuração de sobreposição dos ilícitos administrativos da Lei Anticorrupção Empresarial e da Lei de Improbidade Administrativa às sanções penais.

A proposta é aprofundar, à luz das sanções de natureza administrativa contraordenacionais portuguesas, os pontos de contato entre as sanções previstas para espécie do direito administrativo sancionador com o próprio direito penal. Isso porque, tanto

a Lei n.º 8.429/1992, como a Lei n.º 12.846/2013 estabelecem um conjunto de regras sancionadoras que não se limitam à complementar a norma penal, mas inauguram um novo sistema punitivo que talvez esteja apto a sobrepor diferentes sancionamentos em detrimento da prática de condutas que, senão idênticas, em muito se assemelham.

Voltar-se-á atenção, portanto, à incidência do direito administrativo sancionador, pois ainda que a legislação que a ele se submete expressamente mencione que as suas sanções não afetam os processos de responsabilização de outras searas punitivas, não se pode passar ao largo da investigação sobre as possibilidades de aproximação analítica do regime administrativo sancionador ao direito penal.

Através desta perspectiva, o propósito é observar a (in)existência da sobreposição de sanções da nova lei com aquelas já estabelecidas em outros domínios do direito punitivo, especialmente as do direito penal, questionando assim a sua legitimidade, o que se pretenderá fazer a partir da utilidade das construções Contraordenacionais portuguesas como caminho de partida para inauguração de um novo momento do direito administrativo sancionador brasileiro.

Os limites constitucionais do poder punitivo justificam o pano de fundo, pois, das pretensões do presente trabalho, que busca, com as restrições e limites temáticos que se justificam, lançar olhos a um novo lugar, próprio e de destaque, que merece o direito administrativo sancionador, como ramo autônomo e independente do direito público punitivo, principalmente através das concepções do direito de mera ordenação social português.

Caminho a ser percorrido

O que se pretende é saber sobre a existência – e em caso positivo, sobre a necessidade de revisão – de um regime jurídico próprio de direito administrativo sancionador brasileiro, mormente sob o prisma da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção Empresarial, como legislação repressora da má gestão pública da Administração, consubstanciadas no fenômeno da corrupção.

A resposta para tal questão terá de ser perseguida a partir de alguns pontos da evolução histórica deste direito no Brasil até culminar no atual estado da arte em que se encontra o nosso direito administrativo sancionador. Por certo, a tarefa passa pela análise, que marca o 1.º Capítulo, de um horizonte histórico – nomeadamente espanhol – do qual se buscou inspiração para determinar suas características autônomas, especialmente em relação ao conceito de sanção administrativa. Identificar-se-ão, com efeito, as características especiais das sanções administrativas brasileiras, especialmente as considerações a respeito do âmbito de incidência forma e material do direito administrativo na sua composição, admitindo-se, a partir daí, a possibilidade de sua aplicação em um âmbito jurisdicional. Com efeito, proceder-se-á à análise da Lei n.º 8.429/1992 e da Lei n.º 13.846/2013, como fruto de um reconhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca de um direito administrativo sancionador jurisdicionalizado no Brasil.

Cientes, todavia, de que o direito administrativo sancionador brasileiro carece de realidade e de um espaço próprio que o mereça, invocamos nosso estudo, no 2.º Capítulo, noutro modelo – o do regime geral das contraordenações vigente em Portugal – que àquele se entende correspondente. Novamente, volta-se para o passado, mas desta vez apenas para espaço jurídico português, tentando perceber as origens, evoluções e autonomia do direito de mera ordenação social, enquanto modelo que se entende aproximado ao direito administrativo sancionador brasileiro.

No 3.º Capítulo, a questão colocada se relaciona com a possibilidade de utilização do modelo português como rumo de aperfeiçoamento do direito administrativo sancionador brasileiro, a partir das evidências de que os nódulos problemáticos existentes no nosso modelo passam ao largo daquele experimentado no regime português. Acima de tudo, iremos demonstrar que as sanções administrativas jurisdicionais previstas nas legislação de improbidade administrativa e anticorrupção empresarial podem, eventualmente, sobrepor-se às sanções penais previstas para os crimes contra a Administração.

Convictos, portanto, de que novos tempos para o direito administrativo sancionador brasileiro se impõem, explicaremos a razão pela qual o nosso regime deve buscar um espaço próprio no ordenamento jurídico, tendo, como passo inicial desta caminhada, a guia do direito de mera ordenação social português.

Por derradeiro, e para fins de delimitação temática do que se pretende no âmbito do direito administrativo sancionador – dada a sua abrangência e ausência de delimitação clara na doutrina –, vale esclarecer que se excluem do objeto de estudo as infrações disciplinares, denominadas por alguns como *ilícito administrativo puro*³. É objeto do Poder Disciplinar a infração praticada pelos próprios agentes da Administração, ou de quem lhe faça as vezes, decorrente, pois, de poder administrativo específico. Trata-se de uma faculdade da Administração Pública caracterizada pela aplicação de penalidades internas, por violações funcionais à condutas previstas em lei ou regulamento, justificando-se pela necessidade crescente de melhoria da atividade administrativa. Neste trabalho, o que se objetiva é o âmbito externo de análise do Poder Sancionador da Administração Pública, ou seja, em relação aos administrados. Excluem-se de igual maneira, assim, as sanções administrativas aplicadas no âmbito de normas contratuais.

³ CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. *Revista Forense*, vol. 2444, 1973, p. 23.

Capítulo I - Direito Administrativo Sancionador no modelo brasileiro

1. Bases históricas

Historicamente, já se podia identificar desde o Estado absolutista um poder sancionador nas mãos do Rei, cuja competência abrangia toda forma de poder estatal. Em razão desta total concentração, não havia razão para uma diferenciação entre as naturezas das sanções a serem aplicadas. Na verdade, desde um ponto de vista prático, não era importante que se operasse uma diferenciação dogmático-jurídica entre os ilícitos do direito penal e o direito administrativo, já que o Estado exercia esse poder punitivo como um todo⁴.

Ainda no âmbito do Estado absolutista, via-se um embrionário direito administrativo consubstanciado em um Estado de Polícia, na medida em que a sua administração se convergia para a realização do interesse público, sendo que o seu principal representante, o Rei, possuía todas as prerrogativas para atingi-lo⁵, não limitando-se a qualquer espécie de controle, mesmo jurídico. Polícia compreendia, assim, o leque de possibilidades que a autoridade do Rei detinha para ver cumprir todas as atividades que serviam à aplicação das leis. Como não havia qualquer limitação, as sanções poderiam ser de qualquer natureza, desde restritivas de liberdade até beneficiadoras desse direito.

É a partir, entretanto, do Estado liberal, com o surgimento e consolidação dos ideários de separação de poderes, através de um rol de atribuições então definido para a Administração Pública, que se passa a enxergar, com maior clareza, a prerrogativa de aplicação de sanções administrativas, diferentes das penais. É que o Estado liberal se desenvolve em uma França pós-revolução em que ficam excluídos da competência do Poder Judiciário os conflitos entre Administração Pública e administrados, nem tanto em razão da separação dos poderes, mas para que os revolucionários não ficassem submetidos a um controle a ser praticado por juízes investidos na função desde o Antigo Regime. Essa separação torna possível, naquele país, o surgimento de um poder administrativo forte, autônomo e poderoso, de onde se dá origem ao surgimento de um modelo de dualidade de jurisdição⁶.

⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-18.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Coimbra editora, tomo I, 1997, p. 81.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administracion Contemporânea*. 4ª ed., Madrid: Civitas, 1994, p. 47.

Proposta a dualidade de jurisdições, houve uma direta repercussão na identificação de uma necessidade de distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal, aquele de competência da Administração Pública, este de competência do Poder Judiciário⁷. Fato é que a partir desta separação acabou se incrementando vertiginosamente as atividades do Estado enquanto Administração Pública, verificando-se uma conseqüente hipertrofia das atividades sancionadoras da Administração, especialmente no contexto francês.

Não é, todavia, uniforme entre os Estados europeus o desenrolar do desenvolvimento deste ramo do direito. Na Alemanha, por exemplo, seguiu-se um modelo contraordenacional⁸, acompanhado de perto por Portugal⁹ e, em certa medida, pela Itália¹⁰. Áustria e Suíça mantiveram a potestade sancionadora visando um desenvolvimento mais acentuado do sistema de garantias respeitado para imposição de sanções administrativas¹¹.

Na Espanha, particularmente, viveu-se trajetória específica de evolução. Ocorre que a passagem para o Estado social culminou, concomitantemente, numa ampliação das normas penais e num reforço das sanções administrativas, motivo pelo qual se dedicou, neste país, especial atenção às características e limites da sanção administrativa, preocupação que se nutriu muito em função da relutância em se conceder à Administração poderes sancionatórios¹².

⁷ Opera-se, igualmente, uma distinção entre *polícia administrativa*, voltada para o âmbito de controle administrativo enquanto à *polícia judiciária*, competem as funções auxiliares ao Judiciário.

⁸ O fio condutor de evolução do direito administrativo sancionador deste país está relacionado com a tentativa de restrição da amplitude que havia alcançado o Direito Penal, despenalizando-se, pois, grande parte das condutas de menor potencial ofensivo.

⁹ O modelo português, desde a sua origem até os dias atuais será objeto de acurada análise no capítulo II do presente trabalho.

¹⁰ Na Itália verifica-se a teoria do *ilícito administrativo* ou *diritto punitivo amministrativo*. Decorre da Lei n.º 689/81 a introdução de um corpo normativo de natureza geral, composto por princípios e regras de natureza substantiva e processual, destinado não tão apenas aos ilícitos administrativos nela criados, mas também às infrações administrativas futuras. Essa legislação foi considerada pela doutrina e jurisprudência como um *autêntico regime geral* do novo sistema sancionatório administrativo, em termos, similares ao que se procedeu com a OWiG na Alemanha e com o RGCO em Portugal. Por isso é que parte da doutrina considera o sistema italiano, tal qual o português, como decorrente do modelo alemão, motivo pelo qual são frequentemente analisados em síntese de direito comparado sobre a matéria. BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 181-183. Por outro lado, há quem não identifique no modelo italiano a origem contraordenacional. Nesse sentido, ver VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 169-170.

¹¹ LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. In: *Revista de Administración Pública*, 121, 1990, p. 395.

¹² Nessa linha, pontua Nieto que o direito administrativo sancionador espanhol possui características originais, que em nada se devem ao direito estrangeiro. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 144.

2. O direito administrativo sancionatório espanhol

O direito administrativo espanhol não se originou a partir do direito penal e de um consequente fenômeno de despenalização. Antes pelo contrário¹³, constituiu-se por um conjunto de preceitos que visavam proteger a ordem geral e cuja violação se constituiria em uma infração administrativa punível com sanções aplicadas pela autoridade administrativa, no gozo de um próprio poder sancionatório.

Desde o século XIX até pelo menos o primeiro quarto do século XX, o regime sancionador espanhol serviu como um dos instrumentos prediletos do Estado, tendo sido exercido de maneira absolutamente discricionária, sob a prerrogativa de promoção do melhor interesse público.

Com a Constituição Espanhola de 1812, reconheceu-se à figura do *Alcalde* – autoridade administrativa local subordinada ao *Gobernador Civil* – poderes sancionatórios a fim de reprimir as consideradas faltas leves. Posteriormente, a *Ley Provincial*, de 1823, instituiu aos chefes políticos de província e aos *Gobernadores* o poder de reprimir, castigar e impor penas correccionais. Com o advento da Lei de Ordem Pública de 1933, o poder administrativo sancionatório, não apenas em moldes locais como também no quadro central, passou-se a apresentar como arma política das autoridades administrativas. A situação permaneceu assim até julho de 1971, momento em que a nova Lei de Ordem Pública encerrou essa realidade a partir de duas medidas. A primeira, consistente na elevação do montante das multas que poderiam ser aplicadas para até um milhão de pesetas. A segunda, caracterizada pelo aumento do prazo de *responsabilidade subsidiária*¹⁴ pelo não pagamento da multa, sendo a privação da liberdade, nesse caso, aumentada em até três meses.

2.1 A tese unitária do *ius puniendi* do Estado

Verdade é que até a década de 1970 do século passado, qualquer violação a *Ordem Pública* era passível de sancionamento em razão de cláusulas gerais que previam, por

¹³ Fala-se em fuga do direito penal para o direito administrativo sancionador, na medida em que este tem recebido características próprias daquele. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador; parte general*. Madrid: Thomson, 2008, p. 50.

¹⁴ Técnica de substituir a sanção pecuniária pela pena privativa de liberdade em razão do não pagamento. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, 1976, p. 399 e s.

exemplo “*atentar contra a unidade espiritual, nacional, política e social do Estado*” ou “*alterar ou tentar alterar a segurança pública*”, cabendo à jurisprudência o exercício de precisar os seus termos e limites. Daí a crítica de García de Enterría de que o conceito de *Ordem Pública* estava totalmente desnaturalizado do direito, pois tudo aquilo que eventualmente fosse contrário aos ideais da atividade administrativa incorreria nesta espécie de violação¹⁵. Para o autor, em entendimento que encontrava certa ressonância maioritária no restante da doutrina¹⁶, o poder administrativo sancionador se deveu por razões de ordem política, na medida em que era arma de luta relativamente aos opositores das autoridades administrativas, mas também por motivos jurídicos, enquanto se encontrava o direito penal inadequado para responder a certos graus de ilicitude¹⁷. O autor espanhol tece, pois, duras contraposições ao tema no sentido de afirmar que “*o capítulo da atividade sancionatória da administração é dos mais imperfeitos do nosso atual Direito público*”¹⁸. É por tal razão que defende a transposição dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionatório, porquanto os dois tratariam do *ius puniendi* estatal, perpetrando-se, à extensão, as garantias do direito penal ao ramo do administrativo sancionador¹⁹.

Assim, assentou-se na Espanha a tese de que existe apenas um único e genérico *ius puniendi* do Estado que, no entanto, pode manifestar-se de duas formas diferentes: uma através do poder penal exercido por juízes e tribunais, e outra através do poder sancionatório exercido pela Administração. Daí se justificaria então a aplicação dos princípios e garantias penais ao direito administrativo sancionatório.

Fato é que esta tese acabou sendo encampada pelos órgãos jurisdicionais, nomeadamente pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em particular a partir do Acórdão n.º 876/1972, em que ficou assentado que, no âmbito do direito administrativo sancionador, para que se configure um ilícito administrativo, é necessário um comportamento humano, a antijuridicidade, a culpa, um resultado potencialmente danoso, ou danoso em si, e a existência denexo causal.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, 1976, p. 399 e s.

¹⁶ Por todos, ver BAJO FERNANDEZ, Miguel. MENDONZA BUERGO, Blanca. Hacia una Ley de contravenciones, el modelo portugués. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 36, III, 1983, p. 568.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, 1976, p. 405.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, 1976, p. 405.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, 1976, p. 405.

2.2 A identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo

Justamente em função dessa transposição de aplicação de preceitos de direito penal ao direito administrativo sancionador é que a doutrina espanhola aponta que seria impossível de se identificar um critério qualitativo que separasse ontologicamente as penas e as sanções administrativas. Haveria assim uma comunhão de essência normativa entre as sanções do direito penal e as do direito administrativo sancionatório²⁰.

Identifica-se, pois, a presente no direito administrativo sancionador espanhol de que, em essência, as penas criminais e as sanções administrativas são idênticas, o que torna imperioso que sejam submetidas a um mesmo regime²¹.

Nem mesmo se admite entre a maioria dos espanhóis uma tese de diferenciação quantitativa entre os ilícitos, pois advoga-se que por vezes seria a sanção administrativa mais nefasta ao infrator do que a própria penal criminal²².

A única sustentação de distinção ocorre em função do regime jurídico a que cada uma adota para sua aplicação, nomeadamente no que tange ao órgão competente para aplicação da sanção²³. Adota-se, tão simplesmente, portanto, um critério formal de diferenciação.

Tal modelo formalista implica na verificação das notas diferenciadoras entre as diversas manifestações de ilícito presentes no ordenamento jurídico espanhol, sem que se quebre, todavia, a unidade conceitual da sanção do ponto de vista ontológico. Com efeito, não é porque se utilizavam expressões como ilícito penal, ilícito administrativo ou ilícito civil que se lhe retira a unidade, nem tampouco que se justifica uma diversidade de ilícitos²⁴.

É a partir de tal constatação que se defende então a tese da pluralidade de ordenamentos jurídicos especiais dentro de um maior ordenamento jurídico global que acaba por abarcar os demais. Assim, a determinação da natureza do ilícito cometido está

²⁰ NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Colex, 2001, p. 74.

²¹ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2007, p. 75.

²² CERESO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 1, n.º 2, abr/jun, 1994, p. 29.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7ª ed. Tomo 2. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 161.

²⁴ MONTORO PUERTO, Miguel. *La infracción administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965, p. 115.

relacionada ao ordenamento jurídico violado pela conduta do infrator. Faz-se apenas e tão somente esta única distinção em face da ordem jurídica específica violada²⁵.

2.3 A crítica de Alejandro Nieto ao modelo espanhol

Até aqui o que se percebe é que o direito administrativo sancionador espanhol é fruto de um trabalho realizado pela jurisprudência, sendo que daí decorrem todas as dificuldades inerentes a uma criação desta natureza.

Nesse sentido, uma feroz crítica se percebe de parte da doutrina, especialmente na representação de Alejandro Nieto. Aduz Nieto que o sistema espanhol tem como característica o paradoxo, dando causa a uma lamentável farsa, cuja culpa se percebe na figura do legislador, da Administração Pública e dos tribunais, diagnosticando que “*em um sistema de descoordenação e inércia legislativa, decidiu a jurisprudência elaborar de cima para o baixo o direito administrativo sancionador de que dispomos. (...) Diante desta censura poderia alegar-se, é certo, que os tribunais se limitam a aplicar a lei (...). Mas esta hipotética objeção não colhe, porque os tribunais não se limitam a aplicar a lei. No âmbito sancionador estão criando direito desde o primeiro dia, a um tal ponto que foram eles que, reconhecidamente, elaboraram o direito administrativo sancionador de que dispomos*”²⁶.

Com efeito, sustenta-se que a principal incoerência resida no fato de que o direito penal refere-se a uma perspectiva garantística dos direitos individuais do acusado, enquanto o direito administrativo sancionador objetiva, antes de mais nada, a persecução de interesses públicos, muito embora, em última análise, não despreze as garantias individuais. Assim, seria mais coerente que o norte de aplicação do direito administrativo sancionatório não se assentasse nos princípios jurídicos que regem o direito penal, mas naqueles que tratam do direito público estatal²⁷.

Em razão desta constatação de necessidade de afeição do direito administrativo sancionador aos princípios regentes do direito público, é que se concentra a ideia de que este ramo do direito se origina do próprio direito administrativo, sem qualquer conexão com o direito penal. Retoma-se, nesse entendimento, a vinculação da atividade sancionadora ao

²⁵ MONTORO PUERTO, Miguel. *La infraccion administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965, p. 39.

²⁶ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 28 e s.

²⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 86.

poder de polícia administrativo, já que a autoridade administrativa competente para aplicação da sanção tem o poder de ordenar, mandar e de proibir, em síntese, executando ações públicas. Não importa, portanto, em desvinculá-la das normas constitucionais e penais, o que afastaria a concepção de ação pública, mas simplesmente de compreender que tal vinculação não alcança força para caracterizar o direito administrativo sancionador como uma simples manifestação de um unitário *ius puniendi*²⁸ do Estado ou das autoridades judiciárias responsáveis pela aplicação do direito penal.

2.4 O plano legislativo do direito administrativo sancionador espanhol

2.4.1 A Constituição Espanhola

A atual Constituição da Espanha determina uma série de previsões de cunho garantista em que se preconiza uma atuação do poder sancionatório da Administração determinando a proibição e a conseqüente responsabilização por atos arbitrários praticados pelos poderes públicos.

Esta proteção se encontra representada na manifestação expressa à obediência aos princípios da legalidade e da tipicidade, com previsão expressa no artigo 9.º, n.º 3 e artigo 25.º, n.º1. Ainda, no princípio da irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis e na impossibilidade de aplicação por parte das autoridades administrativas de qualquer espécie de sanção privativa de liberdade (n.º 3 do artigo 25.º).

No plano de matéria constitucional se nutre o regime espanhol, pois, de um modelo em que se pretende garantir ao acusado o máximo de direitos de defesa, desde a tipificação da conduta até a aplicação final da sanção administrativa²⁹.

2.4.2 A Lei 30/1992 – Do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum

²⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 96.

²⁹ Para um aprofundamento do estudo do direito administrativo sancionador espanhol à luz do disposto na Constituição, ver GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador; parte general*. Madrid: Thomson, 2008.

A lei n.º 30 de 1992, que trata do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, é diploma fundamental para compreensão do atual regime de direito administrativo sancionador na Espanha.

Embora não seja um diploma legal absolutamente exaustivo, sendo inclusive considerado por alguns como, antes ao contrário, “*ridiculamente parco*”³⁰, tem-se como norma referencial e de indispensável menção aos trabalhos que se propõem a tratar do tema do direito sancionatório da Administração.

Da sua inicial análise já se constata um primeiro vício insanável, pois não contém uma definição expressa de infração administrativa³¹. Além disso, não se verificam normas que identifiquem em um plano geral os diferentes tipos ou classes de sanções, sendo que para aferição de tal objetivo deve-se percorrer caminho de análise de cada legislação setorial diferente.

À toda evidência, desde o art. 127.º até o art. 138.º é possível verificar um conjunto de garantias que se propõem a dar efetividade aos princípios constitucionais analisados no tópico anterior. Tendo como espinha dorsal o princípio da legalidade, verifica-se, enquanto corolários deste, os princípios da tipicidade e da irretroatividade da lei administrativa menos benéfica (artigo 128.º, n.º 1).

Na dimensão processual, tem-se o artigo 133.º, como manifestação expressa da vedação ao *bis in idem*³², na mesma linha do que se extrai do art. 25.º, n.º 1 da Constituição Espanhola. Também é possível se retirar da lei um conjunto de garantias de índole processual, elencadas do art. 134.º ao art. 138.º e que constituem os princípios a que outros diplomas processuais deverão se submeter, podendo-se referir, dentre elas, o direito à

³⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador; parte general*. Madrid: Thomson, 2008, p. 88.

³¹ Tarefa que coube, uma vez mais, ao Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 132/2001: “*decisão administrativa com finalidades repressiva, limitativa de direitos, baseada numa prévia valoração da conduta*”. ESPANHA. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 132/2001*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4428>>. Acesso em 17 jun. 2016.

³² Considerando a frequência em que concorrem, relativamente aos mesmos fatos ilícitos, uma norma penal e uma outra administrativa, é de fundamental importância a previsão desta regra no direito administrativo sancionatório espanhol. Por tal motivo, pertinente mencionar que a jurisprudência espanhola já assentou que sempre que exista uma norma administrativa e outra penal a incidir sobre o mesmo caso, deverá se aplicar a última. Se se chegar a conclusão de que não houve, todavia, ilícito penal, a Administração pode fazer prova de que a infração administrativa efetivamente ocorreu, considerando, no entanto, que os fatos dados como comprovados em eventual sentença penal vinculam a Administração, de acordo com o art. 137.º, n.º 3 da legislação. Para uma análise completa deste princípio em relação ao direito administrativo sancionador na Espanha, ver o estudo de ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

presunção de inocência, o direito de não se auto incriminar, o direito de ser informado da acusação, o direito de realizar uma defesa em que se exerçam os mais variados tipos de provas, desde que admitidos, e o direito de ter órgãos diferentes de acusação e de julgamento para aplicação da sanção.

Particular ênfase deve ser dada, por derradeiro, à dupla dimensão que se dá ao princípio da proporcionalidade, que se encontra previsto no artigo 131.º, n.º 3 deste Regime Jurídico das Administrações Públicas e que define, por um lado, a exigência de que o legislador destaque correspondência entre o fim a atingir com a norma violada e a correspondente sanção a prever e, por outro, que impõe a proporcionalidade na aplicação da norma sancionadora, isso porque a Administração é conferida de juízo discricionário no momento em que se determina o concreto *quantum* de medida da sanção.

3. O direito administrativo sancionatório brasileiro

Identifica-se, desde logo, uma enorme lacuna em torno da definição do significado e do alcance do direito administrativo sancionador brasileiro³³. Pode-se afirmar, salvo melhor juízo, que a primeira obra de âmbito nacional em que se pretendeu a realização de definições normativas no campo conceitual e teórico foi a de Fábio Medina Osório, intitulada *Direito Administrativo Sancionador*, lançada originariamente nos anos 2000³⁴.

Para além do referido autor, alguns outros se dedicam ao tema, debruçando-se, no entanto, muito mais em um espectro de análise a respeito das garantias que devem ser conferidas aos acusados em geral nos processos administrativos. Tratam-se, pois, de obras³⁵

³³ Antes porém, é importante alertar sobre a necessidade do direito administrativo sancionador brasileiro de se submeter a um choque de teoria que tenha força suficiente para transformar a perversa realidade punitiva que têm incidido neste domínio. A constatação é de SANTOS, Luis Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: *Balada de la Justicia y la Ley*. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 255-280.

³⁴ O próprio autor refere que na oportunidade lançou provação no sentido de identificar obras outras com terminologia ou abordagem semelhante a que realizou no histórico da doutrina brasileira, sem sucesso, todavia. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

³⁵ Merecem destaque nesta consideração os trabalhos de Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e sanções administrativas*, 1985; Heraldo Vitta. *A sanção do direito administrativo*, 2003; Edilson Pereira Nobre Júnior. *Sanções administrativas e princípios de direito penal*. Revista de Direito Administrativo, v.1, n. 219; Carlos Ari Sundfeld. *A defesa nas sanções administrativas*. Revista Forense, v. 289, p. 99; Rafael Munhoz Mello. *Sanção administrativa e o princípio da legalidade*. Revista Trimestral de Direito Público e Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, esta última mais restrita ao campo disciplinar.

que se inserem em uma abordagem a respeito da função administrativa de aplicação de sanções e não propriamente em uma análise de concepção substancialista do direito administrativo sancionador, tal qual é realizada por Medina Osório. É por tal razão, portanto, que se adota como principal referencial de análise da perspectiva brasileira a respeito do direito administrativo sancionador os escritos deste autor sobre o tema.

Quando é proposta a análise dos domínios e das origens do direito administrativo sancionador no Brasil é inegável que se busque inspiração na doutrina e jurisprudência espanholas como referências válidas ao debate nacional. Muito embora se pretenda demonstrar um regime jurídico próprio, não se pode deixar de reconhecer, ainda que de maneira aproximada, as afinidades existentes entre Brasil e Espanha em relação ao tema, sendo que no âmbito brasileiro sempre se buscará posição de destinatário das conclusões espanholas, já que suficientemente próximas e, ademais, avançadas³⁶⁻³⁷.

De toda maneira, o direito administrativo sancionador brasileiro, pode-se dizer, é fruto de uma transformação do direito punitivo³⁸ quando incidente no direito administrativo³⁹. Daí porque a sua definição parte de uma obrigatória análise do universo das sanções administrativas, já que são elas, pois, o ponto de partida para o tratamento adequado do tema.

³⁶ Esta percepção é de OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

³⁷ É importante observar que a adoção da obra de Medina Osório como referencial teórico para análise do direito administrativo sancionador brasileiro implica obrigatoriamente na inserção da doutrina espanhola nas considerações a respeito desta temática. É que, muito embora se permita esta análise interligada em razão das já mencionadas semelhanças entre os dois regimes, deve-se dizer que as ideias propostas pelo autor brasileiro são originárias de seus estudos no âmbito de doutoramento realizado naquele país, nomeadamente sob a acurada orientação de García de Enterría. A partir disso, pode-se identificar a inclinação de Osório por referências ao modelo espanhol em detrimento do italiano ou até mesmo do português.

³⁸ Destaca-se a análise formulada Diogo de Figueiredo Moreira Neto no prefácio da 2ª edição da obra de Fábio Medina Osório, quando explica que: “*A partir do Direito Comparado, como fonte de uma evolução que chega ao Brasil, o Direito Punitivo, todo ele, tem raízes comuns muito antigas. É certo que a formação do próprio Estado, com o surgimento da Administração Pública como sujeito, propiciou a formação do Direito Administrativo, de modo que este ramo, ao cuidar de tipificar infrações administrativas e de cominar-lhes sanções, delegando poderes punitivos à Administração no contexto de um novo conceito de Estado de Direito qualificado pela legitimidade de suas normas, desdobrou-se no Direito Administrativo Sancionador*”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 17.

³⁹ O universo do Direito Punitivo congloba as categorias da sanção penal e da sanção administrativa, além de outras de menor impacto no meio social. Fato é que a sanção administrativa, a partir de um movimento de deslocamento do Poder de Polícia administrativo para o âmbito do Poder Sancionador, culmina por adentrar em definitivo para o terreno do Direito Punitivo. A partir daí, por suas conexões e paralelos com a sanção penal, serve de referência para a formação do direito administrativo sancionador. OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86-87.

3.1 O conceito brasileiro de sanção administrativa

3.1.1 A identidade ontológica com o ilícito criminal e o critério formal de distinção

O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro parte de uma aceitação praticamente unânime da doutrina no sentido de que não há diferença substancial entre aquela e a sanção penal. Adota-se, pois, uma distinção baseada em critérios meramente formalistas.

Aduz-se que os conceitos de ilícito criminal e ilícito administrativo não merecem diferenciação em sua essência, sendo um e outro a mesma coisa. A distinção residiria tão apenas na análise do regime jurídico do ato praticado, complementando-se com o meio colocado à disposição do poder punitivo do Estado para a aplicação da sanção. Destarte, quando o ordenamento jurídico colocar a aplicação da sanção à disposição de um órgão administrativo (ou judicial, ou legislativo, quando no exercício de funções tipicamente administrativas), se estará diante de uma sanção administrativa. De maneira diversa, quando a incumbência de restauração da ordem jurídica for dada à atribuição de um poder encarregado de dizer o direito (geralmente o judiciário), estar-se-á diante de uma pena criminal. O fundamento da distinção deitará atenção ao regime jurídico incidente na aplicação da sanção e na eficácia jurídica do ato produzido: decisão administrativa ou decisão judicial⁴⁰.

No mesmo sentido, Heraldo Garcia Vitta, lança o entendimento de que se o ordenamento jurídico atribuir à autoridade judiciária, no exercício de sua função jurisdicional típica, a aplicação da sanção diante da não observância de determinado dever jurídico por parte do indivíduo, se estará à frente de um ilícito penal. Porém, se a ordem administrativa estabelecer competência para imposição da sanção para a autoridade administrativa, se terá hipótese de ilícito ou infração administrativa⁴¹. Assim sendo, as sanções seriam ontologicamente idênticas, e o critério para distingui-las seria o da autoridade

⁴⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴¹ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

competente para impô-las, segundo o ordenamento jurídico, consagrando-se, pois, a forma como parâmetro de distinção⁴².

Este ângulo de pensamento a respeito do sentido e conseqüentemente do alcance e conceito de sanção administrativa encontra reforço no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, considerado um dos maiores administrativistas brasileiros na atualidade. Para o eminente autor, não há que se cogitar qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais⁴³.

Para a doutrina majoritária⁴⁴, portanto, há um imperativo de critério orgânico, já que sanção administrativa seria a resposta do direito a uma conduta qualificada como ilícito administrativo, processada em um procedimento administrativo e conduzido por uma autoridade também administrativa.

3.1.2 A proposta de Fábio Medina Osório

No lugar da ideia de aplicação deste critério orgânico aduzido expressivamente pela doutrina brasileira, Fabio Medina Osório propõe um atrelamento do conceito à dimensão material do direito administrativo, para além da exposta dimensão formal utilizada.

Em raciocínio que aqui se acompanha de perto, Medina Osório⁴⁵ identifica que desde as origens da Revolução Francesa inúmeros poderes sancionatórios foram conferidos tanto aos juízes e tribunais quanto às Administrações. Com efeito, o destino de poderes sancionadores para as Administrações Públicas acabou se tornando inevitável, tanto em função de um permanente movimento normativo e organizacional necessários para dinâmica de funcionamento da administração, quanto pelas desastrosas conseqüências práticas que decorriam do igualmente fortalecido direito penal legalizado e judicializado através do congestionamento do Poder Judiciário. Todavia, não é imprescindível para a caracterização da sanção administrativa que a presença desse poder sancionador se concentre nas mãos desta Administração Pública enquanto acusadora ou promotora do procedimento ou processo punitivo. Isso porque daí decorre o entendimento acima exposto e compreendido

⁴² VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 863.

⁴⁴ Por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 397.

⁴⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92-93.

aqui como injustificado para atender as bases sancionadoras do conceito de sanção administrativa, já que se deixa de considerar critérios outros para além da dimensão puramente subjetiva, decorrente da concepção processual a respeito do direito administrativo.

Nesse sentido, a insuficiência do critério formal de conceituação da sanção administrativa se sustenta a partir da constatação de que leva-se em conta apenas a dimensão processual de direito administrativo, equiparável ao direito processual, ou direito adjetivo⁴⁶. Sem embargo, propõe Osório que se considere também a dimensão material na tarefa de conceituação da sanção administrativa⁴⁷.

Assim, o conceito de sanção administrativa deve partir do campo de incidência do direito administrativo nas suas dimensões formais, mas também materiais, circunstância que permite um alargamento de aplicabilidade dessas sanções com uma correspondente amplitude de alcance do próprio direito administrativo sancionador⁴⁸.

3.1.2.1 Critérios de conceituação

Osório defende a produção de um conceito autônomo de sanção administrativa para o direito brasileiro⁴⁹, ainda que reconheça que a identificação dos elementos que compõem a definição se dê em uma dimensão tipicamente europeia⁵⁰, nomeadamente espanhola.

Sua proposta teórica sinaliza quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, em b.1) privação de direitos preexistentes e b.2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora consistente

⁴⁶ As expressões são de MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

⁴⁷ Esta dimensão material encontraria ressonância na expansão das sanções administrativas e na constitucionalização deste ramo jurídico, tutelando as mais variadas matérias, das formas mais distintas e nos mais insuspeitos ramos jurídicos. Seria, pois, a administrativização das disciplinas jurídicas de que fala Diogo de Figueiredo Moreira Neto. OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93.

⁴⁸ Tal entendimento conduzirá a percepção de que inclusive no plano judicial pode se falar em sanção administrativa, importando reconhecimento de aplicação de direito administrativo sancionador pelos juízes e tribunais, característica que confere contornos próprios a essa espécie de ramo jurídico no Brasil.

⁴⁹ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

⁵⁰ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica (elemento teleológico) e d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).

No que tange ao elemento subjetivo, ao contrário da maioria da doutrina brasileira e, inclusive espanhola – de onde advém a inspiração de Medina Osório –, entende que a presença da autoridade administrativa não é considerado um elemento imprescindível na definição da sanção administrativa. Advoga no sentido, pois, de discordar desta visão restritiva quanto ao alcance subjetivo, dado que aponta em função da possibilidade de aplicação de sanções de direito administrativo por juízes e tribunais⁵¹.

Quanto ao efeito aflitivo da medida, enquanto elemento objetivo da sanção, caracteriza-se pela percepção da sanção como tal, e não como um prêmio. É um mal, um castigo e, portanto, implica num juízo de privação de direitos, imposição de deveres e restrição de liberdades, todos condicionados ao comprovado cometimento de um ilícito administrativo⁵².

No que importa a finalidade punitiva, enquanto elemento teleológico, pode-se dizer tratar de ponto central na formulação do conceito de sanção administrativa. Ocorre que a investigação quanto ao alcance deste elemento se confunde com a investigação acerca do próprio alcance da sanção administrativa e, nesta linha de raciocínio, em última análise, do próprio direito administrativo sancionador. Nesse particular, identificam-se zonas de penumbra quase insuperáveis, especialmente quando em contraste com as finalidades punitivas das penas criminais⁵³.

⁵¹ Define como emblemática nesse sentido a Lei de Improbidade Administrativa, n.º 8.429/1992. OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89, nota 3.

⁵² OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100-101.

⁵³ É justamente nesta ponte de (in)comum espaço entre as finalidades repressivas do direito penal e as finalidades repressivas do direito administrativo sancionador que se discorre como objeto final deste trabalho. Ver-se-á a limitação do debate quanto a este elemento teleológico da sanção administrativa no âmbito da doutrina brasileira, ao contrário do que se opera(ou) no âmbito da doutrina portuguesa, por exemplo. Há um importante déficit de análise a respeito da causa final de sancionamento das sanções administrativas quando em comparação com as penas criminais e isso, à toda evidência, não parece ser objeto de preocupação da doutrina no Brasil. Na Espanha, ao contrário, há importantes trabalhos que investigam a questão a partir do prisma do princípio do *ne bis idem*, propugnando-se, inclusive pela jurisprudência, que um mesmo fato não possa ser punido pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador ao mesmo tempo, devendo o último dar lugar ao primeiro. Por todos, verificar a já mencionada obra de ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

3.1.2.2 O conceito de sanção administrativa para Fábio Medina Osório

Partindo, pois, da análise dos quatro elementos acima elencados, com base na doutrina espanhola, Fabio Medina Osório realiza um inovador conceito de sanção administrativa⁵⁴, tratando de uma necessária vinculação da sanção às dimensões formais e materiais do direito administrativo, rompendo – e daí a originalidade – com a lógica clássica vigente em torno da predominância exclusiva da dimensão formal⁵⁵.

O autor conceitua, então, a sanção administrativa como *“um mal ou castigo, porque dela tem efeitos afilitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo 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 ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”*⁵⁶.

A pedra de toque da inovação conceitual está no fato de que o critério predominante de identificação da sanção administrativa não reside da função administrativa (sanção aplicada por autoridade administrativa), mas no próprio direito administrativo, em uma concepção materialmente considerada. Ou seja, as autoridades judiciárias podem, de igual modo à Administração, aplicar essa espécie de medida punitiva.

Assim, reconhece-se o êxito logrado pelo referido autor quando afirma ter se proposto a inaugurar um conceito autônomo de sanção administrativa para o direito administrativo sancionador brasileiro. Com efeito, diferencia-se substancialmente o direito administrativo sancionador, à moda brasileira, dos restantes dos ordenamentos jurídicos, especialmente naqueles países europeus (Alemanha, Itália e Portugal) que experimentaram o modelo contraordenacional⁵⁷.

⁵⁴ Muito embora a conceituação tenha sido lançada na sua obra de referência nos anos 2000, o conceito já vinha sendo abertamente defendido desde 1999, em trabalho publicado sobre má gestão pública à luz do direito administrativo sancionador brasileiro. OSÓRIO, Fábio Medina. *Corrupción y mala gestión de la res publica: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño*. *Revista de Administración Pública*, n. 149, p. 487-522.

⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

⁵⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106-107.

⁵⁷ A respeito das contraordenações na Alemanha e, baseando-se nele, o direito de mera ordenação social em Portugal, ver Capítulo II.

3.1.3 Sanções administrativas jurisdicionais como característica marcante do direito administrativo sancionador brasileiro

A possibilidade de que o ilícito administrativo seja reconhecido e lhe seja aplicada uma sanção administrativa por parte não apenas da Administração Pública, mas das autoridades judiciárias é ponto marcante da principal característica do regime jurídico do direito administrativo sancionador brasileiro, a partir da conceituação de sanção administrativa proposta por Fábio Medina Osório.

O que justifica esse entedimento é o fato de que, no patamar de vítima, pode a Administração não dispor da titularidade para determinado processo punitivo, não obstante se tenha em jogo interesses seus e da sociedade. Nessas situações, malgrado se perceba a tutela do direito administrativo, a sua racionalização possa ser dada através do poder judiciário e de instituições como o Ministério Público⁵⁸. Caberá, nesses casos, a deliberação do legislador, que ostenta competências soberanas e discricionárias para outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de direito administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa das sanções⁵⁹.

Assim, não podem ser descartadas as hipóteses de existência de sanções de direito administrativo sancionador aplicadas pelo poder judiciário, especialmente quando a norma parâmetro para definição do ilícito possui em um de seus polos a figura da Administração Pública direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares com aqueles mancomunados⁶⁰. Nesse cenário, compete ao direito administrativo regular as responsabilidades dos agentes públicos, porquanto é possível reconhecer que a partir de uma falta pessoal esse agente público cause prejuízos a terceiros ficando passível de responsabilização perante o Estado, tornando, este, igualmente passível de responsabilização. Tais responsabilidades de incumbência do direito administrativo

⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

desafiam, pois, a abertura de competências sancionadoras ao judiciário, desde que amparado por autorização legal⁶¹.

No direito comparado, essas “sanções administrativas jurisdicionais” encontram ressonância na França, em que existe a possibilidade de que algumas infrações administrativas sejam repreendidas diretamente pelos tribunais administrativos franceses⁶². Na Espanha, o Tribunal Supremo Espanhol indicou a ideia de que as sanções administrativas deveriam, rigorosamente, ser aplicadas pelo poder judiciário, dentro de uma visão sobre o princípio da separação dos poderes: *“Por lo demás, si bien no cabe duda de que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la division de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial, y no podría estar nunca en manos de la Administración (...)”*⁶³.

Essa possibilidade se verifica na prática do direito brasileiro com a Lei de Improbidade Administrativa e com a Lei Anticorrupção Empresarial, para se exemplificar as mais importantes.

No que importa ao regime jurídico da improbidade administrativa, a partir da Lei n.º 8.429/92, há já o reconhecimento sedimentado na jurisprudência pátria de que se submete ao direito administrativo sancionador. Seja pela direta vinculação aos princípios que presidem a Administração Pública (art. 11), seja pelos sujeitos passíveis de responsabilização (art. 2º e art. 3º), seja pela finalidade presente nesta legislação, trata-se, inegavelmente, de norma submetida ao regime jurídico do direito administrativo sancionador.

Já que no que interessa a novel legislação Anticorrupção Empresarial, que encontra seu foco nos atos de corrupção, consubstanciada através da Lei n.º 13.846/13, corrobora-se o conceito e o entendimento introduzido por Medina Osório no Brasil, ao estatuir que as suas sanções administrativas podem ser aplicadas pelo poder judiciário, *ex vi* do art. 20: *“Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6.º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”*.

⁶¹ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

⁶² DELLIS, Georges. *Droit penal et droit administratif – L’influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997, p. 10 e s. *Apud* OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97.

⁶³ RJ 1986/6.072, Sentencia de 14.07.1986, Tribunal Supremo espanhol, Sala 4.ª rel. D. Aurelio Botella Taza.

Desta maneira, pode-se dizer que tanto os atos de improbidade administrativa previstos na Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92, quanto os atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei Anticorrupção Empresarial n.º 13.846/2013 estão submetidos ao regime jurídico do direito administrativo sancionador enquanto ramo que cuida das infrações e das sanções de direito administrativo, formal ou materialmente considerado.

4. A expansão do direito administrativo sancionador à luz da legislação brasileira

4.1 A tutela da corrupção e da probidade administrativa

A ampla utilização das inovações tecnológicas permite uma expansão cada vez maior do fenômeno da globalização, que tem como um de seus muitos desdobramentos o incremento da corrupção. Para muito além de preocupações regionais, a repercussão dessa modalidade de ilicitude já possui contornos globais. Assim, as infrações que envolvem a prática ilegal da corrupção estão intimamente ligadas aos traços da contemporaneidade, do que se pode observar grandes grupos transnacionais envolvidos em escândalos desse jaez já em nível mundial. Com efeito, trata-se de um fenômeno relacionado diretamente com a má gestão pública, daí porque a sua ligação com a tutela da probidade administrativa.

Em escala global, o combate a corrupção ganhou contornos de preocupação no âmbito da ONU, com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁶⁴, que reúne temas como a prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional.

No Brasil, a Lei 12.846/2013, o Decreto 8.420/2015 que a regulamentou e ainda as Portarias 909/2015 e 910/2015, e as Instruções Normativas 1 e 2 de 2015 – da Controladoria Geral da União, formam o pacote legislativo⁶⁵ que trata do assunto, prevendo a responsabilização e o sancionamento administrativo por atos de corrupção.

Tais diplomas se inserem em um sistema legal conformado ainda pela Lei 8.429/92, e disciplinados pela Constituição Federal de 1988, que prevê um rol de dispositivos que

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em 6 ago. 2015.

⁶⁵ Legislação que veio fortalecer a Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92, que trata da repressão de condutas de má gestão da Administração Pública e, por classificação de Fábio Medina Osório, aqui acompanhada de perto, congloba as condutas que se inserem no âmbito da corrupção.

visam a assegurar a proteção da moralidade administrativa⁶⁶, entendida enquanto espécie diferenciada da moral comum, porquanto congrega os conceitos de legitimidade política, probidade administrativa e finalidade pública⁶⁷. Com efeito, o controle da Administração Pública no que toca ao desempenho ético dos agentes administrativos acaba por ser informado pelo princípio da moralidade administrativa, que contempla os atos relacionados à improbidade administrativa e à corrupção.

A análise da legislação pátria, à evidência do que já se identificou alhures, reflete um objetivo explícito do legislador em proteger a Administração Pública de atos que violem este dever de moralidade administrativa, nomeadamente a partir da tipificação de condutas como infringentes de normas sujeitas a aplicação de sanções administrativas, seja na feição da improbidade (Lei n.º 8.429/92) seja na feição da corrupção (Lei n.º 13.846/13).

Neste cenário, revela-se importante uma análise substancial destas leis enquanto manifestantes expressas do direito administrativo sancionador brasileiro, especialmente porque caracterizam a feição própria das sanções administrativas na sua possibilidade de aplicação por juízes e tribunais.

4.2 A Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/1992

Com origem no vocábulo latino *probitate*, probidade significa integridade de caráter, honestidade, retidão, pundonor, e traduz a ideia de agir com honradez, decência, virtude⁶⁸. Por outro lado, improbidade, também derivada do latim (*improbitate*) significa justamente o oposto, ou seja, a inobservância destes valores morais, caracterizando uma atuação imoral, desonesta, perversa⁶⁹. Nesse sentido, probidade administrativa é o dever jurídico dos agentes públicos de agir com ética e respeito à lei, e consiste numa decorrência

⁶⁶ Tais como: i) o art. 37, *caput*, que orienta a moralidade entre os princípios norteadores da Administração Pública; ii) o art. 5º, inc. LXXIII, que prevê o ajuizamento da ação popular para defesa da validade dos atos do poder público; iii) o art. 85, V, que categoriza a improbidade administrativa como valor a ser respeitado pelo Presidente da República e; iv) o art. 37, § 4º, que prevê aos atos de improbidade administrativa a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo: FA*, Belo Horizonte, v. 14, n. 156, fev. 2014, p. 14.

⁶⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1.086.

⁶⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1.640.

lógica da moralidade administrativa, na qual se assenta o sistema constitucional que tutela a Administração Pública brasileira⁷⁰.

Atente-se que este dever de probidade administrativa não se confunde com o dever de probidade moral dos agentes públicos que, embora tenham sua vida privada consideravelmente reduzida pela submissão a um regime de direito público, mantém-se considerável distância entre os dois institutos⁷¹. Com efeito, a probidade administrativa deve ser tratada dentro do sistema da ética pública, conforme as normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e aos serviços públicos⁷². Do contrário se estaria, equivocadamente, colaborando para o desaparecimento da vida privada em detrimento da figura pública do agente.

É certo que este dever de probidade é indissociável da ideia de honra do homem público, pois é a probidade que define deveres e traduz a honra do agente no exercício das funções públicas, resultando em eficiência funcional. Daí dizer que agente honrado é aquele que no desempenho da atividade pública goza de confiabilidade perante a sociedade e a própria máquina pública, justificável pelas suas atitudes e aparências.

No entanto, a noção de probidade está intimamente relacionada a eventuais ultrapassagens dos limites de seu conceito. É que ao indicar honra e, conseqüentemente, honestidade e eficiência funcional, revelam-se atributos de boa fama e reputação dos homens públicos. Assim, cuida-se para não ocorrer uma compreensão desproporcional do conceito de honra, assim como uma ampliação ilimitada do conteúdo da probidade. Por outro lado, não menos nociva será uma compreensão limitadora dos conceitos, na medida em que afeta direitos fundamentais relacionados à boa gestão pública⁷³.

A melhor alternativa para que não ocorra um alargamento em demasia do conceito de probidade reside na aplicação de ponderação e proporcionalidade em relação às condutas desonestas ou ineficientes. Isto porque não será toda desonestidade e ineficiência funcional

⁷⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁷¹ A distinção entre o dever de probidade administrativa e moralidade privada é fruto dos direitos fundamentais que, obviamente, os agentes públicos também gozam, entre eles o direito à intimidade e à privacidade, e lhes assegura, inclusive, o direito à prática de atos imorais em espaços privados, desde que tais atos não transcendam os limites da ética privada e bens jurídicos de terceiros. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

que indicará falta de probidade, ao contrário, deve-se pensar que somente os atos mais graves estão em condições de integrar-se a este conceito normativo⁷⁴.

Quando este tipo de comportamento ocorre e agride a Administração Pública, defronta-se com a situação que configura o conceito de ato de improbidade administrativa⁷⁵. É portanto uma espécie do gênero imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade de conduta do agente público mediante a qual este enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Esse conceito é alargado por Medina Osório, que recorre para um enfoque nitidamente funcionalista⁷⁶ na medida em que aduz que a improbidade não estaria restrita somente à ocorrência de atos de desonestidade, mas também às ineficiências funcionais dos agentes no trato da coisa pública. Isto ocorreria porque em um ambiente onde há a desorganização ou a ineficiência generalizada, haverá terreno fértil para a prática de atos de improbidade. Este ponto de vista justifica-se na medida em que, se o agente público age conforme os deveres de probidade e isto resulta em eficiência, como referido, a ineficiência do agente importará, por via oblíqua, na configuração de atos de improbidade administrativa⁷⁷.

Em que pese a dificuldade de se obter uma definição de (im)probidade administrativa, tanto pelas divergências da doutrina⁷⁸, quanto pela íntima ligação entre os conceitos de probidade e moralidade administrativa, certo é que a proteção à probidade

⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 6.

⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73-100.

⁷⁷ A esse respeito Denise Luz aduz que a eficiência do agente na atividade profissional gira em torno do conceito de utilidade e da performance, ao passo que o princípio da eficiência deve ser tratado como meta, como ideal do direito administrativo e por isso não pode estar vinculado a um tipo punitivo de improbidade. Salienta, ademais, que atribuir funcionalidade punitiva ao princípio da eficiência incentiva a conflituosidade no meio político e tende a minar a governabilidade. Claro que a ineficiência facilita o abuso, pois todo o ambiente desorganizado tende a encorajar desvios, mesmo na iniciativa privada, mas isso não justifica a imputação de ato de improbidade aos servidores públicos incompetentes, no sentido de imperitos. LUZ, Denise. *Direito administrativo sancionador judicializado: Improbidade Administrativa e Devido Processo*. Aproximações e distanciamentos do direito penal. Curitiba: Juruá, 2014. p. 38-42.

⁷⁸ Wallace Paiva Martins Júnior e Juarez Freitas sustentam que probidade é um subprincípio da moralidade administrativa, já Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho defendem que moralidade é princípio constitucional e que a improbidade resulta da violação deste princípio. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101; FREITAS, Juarez. O princípio da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, n.º 48, fev. 2005, p. 5.078; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 803; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 984.

administrativa sempre foi uma preocupação do legislador brasileiro, dada a diversidade de normas jurídicas que foram editadas ao longo dos anos.

A existência de instrumentos jurídicos aptos a combater a desonestidade, a corrupção e a deslealdade com o trato da coisa pública, representa importante critério de verificação da seriedade de determinado Estado. Não basta, no entanto, a existência de normas de combate à improbidade administrativa se a respectiva efetivação não for adequada, de modo que o manuseio do arsenal jurídico é fundamental para a prevenção e a punição daqueles que atentarem contra os valores consagrados no ordenamento jurídico⁷⁹.

No Brasil, todas as Constituições republicanas (1891⁸⁰, art. 54, 6º; 1934⁸¹, art. 57, f; 1937⁸², art. 85, d; 1946⁸³, art. 89, V; 1967⁸⁴, art. 84, V e EC 1/69⁸⁵, art. 82, V; 1988⁸⁶, art. 85, V) contemplaram a responsabilização por improbidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da República⁸⁷. Além disso, também trataram acerca da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por atos ilícitos, neste ponto inclusive a Constituição Imperial. Como se observa, o status constitucional do dever de probidade sempre foi tema frequente no direito brasileiro, mesmo quando o país passou por regimes autoritários de governo. Exemplo disso é o art. 151 da Constituição de 1967, que previa a suspensão de direitos individuais aos que abusassem e agredissem a ordem democrática ou praticassem atos de corrupção. No âmbito eleitoral, este mesmo diploma, com a EC 1/69 previa em seu art. 151, II e IV que Lei Complementar estabelecería os casos de falta de

⁷⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 11.

⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸³ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁸⁷ Até mesmo a Constituição imperial (1824) já fixava a responsabilidade pessoal do agente público por ilícitos de improbidade, exceto para o rei, que possuía imunidade absoluta. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

condições para alguém eleger-se, tendo em vista a necessidade de amparo da (II) probidade administrativa e da (IV) moralidade necessária ao exercício das funções⁸⁸.

Nesse sentido, percebe-se que não havia um tratamento da improbidade administrativa focado exclusivamente pelo viés do direito administrativo sancionador pelas Constituições anteriores. A matéria era tratada pela perspectiva do direito penal, eleitoral ou político. Este cenário foi alterado a partir da Constituição Federal de 1988, que no art. 37, §4º, passou a tratá-la como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal⁸⁹.

Em uma perspectiva infraconstitucional, destacam-se as Leis 3.164/1957⁹⁰ e 3.502/1958⁹¹ que, embora não tratassem diretamente de improbidade, diziam respeito aos casos de enriquecimento ilícito e de perda e sequestro de bens em favor da Fazenda Pública. Ambas foram promulgadas com fundamento no art. 141, § 31, *in fine*, da Constituição de 1946, então vigente à época, que dispunha: “A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, a Lei 3.164/1957 tinha como principal objetivo a punição do servidor público por atos de enriquecimento ilícito, além da possibilidade de sequestro e perda dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso do cargo. A Lei 3.164/1957 instituiu também, em seu art. 3º, o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado daqueles que exercessem cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, sendo que a necessidade deste registro prévio era condição indispensável à posse do servidor, assim como sua atualização antes do seu afastamento do cargo ou função (§4º). A inserção de informação falsa no formulário, por sua vez, era punida com pena de demissão do serviço público (§1º).

No que concerne ao objetivo principal de punir o agente público por ato de enriquecimento ilícito, em sentido semelhante, a Lei 3.502/1958, também chamada Lei Bilac

⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

⁸⁹ A esse respeito, alerta-se que se tratam de ilícitos distintos. O primeiro, seguindo a tradição das Constituições republicanas, denota o fenômeno da responsabilidade dos altos mandatários do povo. O segundo, por seu turno, inaugurou uma inédita modalidade sancionadora administrativa, transcendendo aos limites da sanção penal. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3164.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁹¹ BRASIL. *Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

Pinto, veio regular as condições para o sequestro e o perdimento de bens oriundos de enriquecimento ilícito. Trouxe como inovação ao tema, em seu art. 2º, a previsão detalhada e exemplificativa das hipóteses que caracterizavam o enriquecimento ilícito, tais como o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente (alínea c); a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real (alínea d); e a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos, máquinas, materiais ou empregados e operários da Administração Pública (alínea f). Quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade, previa tanto os entes da Administração direta e indireta, quanto as empresas incorporadas ao patrimônio do Estado e as entidades privadas que recebiam a aplicavam contribuições parafiscais.

Destacam-se também outros atos normativos que antecederam a Lei 8.429/1992, os quais foram outorgados durante o regime militar e possuem cunho eminentemente antidemocrático, para não dizer persecutório, para implementação de sanções de improbidade. Embora componham um período marcado pelos excessos cometidos pelo governo contra os direitos individuais e sociais, estas normas possuem relação com o tema improbidade. Como efeito, o Ato Institucional 5/1968⁹², que conferia ao Presidente da República a prerrogativa de “*decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis*” (art. 8º). Em seguida, o Decreto-lei 359/1969, que ampliava o conceito de “enriquecimento ilícito” contido nas Leis 3.164/1957 e 3.502/1968 para abranger a evolução patrimonial desproporcional, independente do nexó etiológico entre a conduta do agente público e a aquisição do bem⁹³.

Nota-se, assim, que tanto a Lei 3.502/1958 quanto a Lei 3.164/1957 possuíam um viés de combate à corrupção, e não tratavam diretamente de improbidade ou defesa da probidade administrativa. É inevitável reconhecer, todavia, o fato de que estas duas leis serviram de base jurídica quando, posteriormente, buscou-se regulamentar o disposto no art.

⁹² BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

⁹³ Nesse sentido, MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 182.

37, § 4.º da Constituição Federal de 1988 através da Lei 8.429, de 02/06/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa – LIA⁹⁴.

A Lei 8.429/1992 ao regulamentar o contido no art. 37, §4.º da Constituição Federal de 1988, inovou em alguns aspectos, entre eles o tratamento da improbidade administrativa como matéria estranha ao direito penal, respeitando a vontade explícita da Constituinte, mas sem esclarecer a natureza jurídica de seus tipos sancionadores⁹⁵. Fato é que dita lei tem por escopo proteger a administração em seu sentido mais amplo possível. É ela, em seus mais variados matizes e representações orgânicas e funcionais, quase sempre, o alvo de corrupção, de favoritismos, de má-gestão. Enfim, de toda sorte de malversações e ilícitos. Assim, a *ratio legis* volta-se para o controle dos dinheiros públicos (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico) em todo espectro da Federação Brasileira e em qualquer categoria de empresas e órgãos públicos, entidades ou empresas particulares relacionadas na lei⁹⁶. Nesse diapasão não seria demasiado considerar que o alcance da proteção seja um dos principais fatores que guindaram a Lei 8.429/1992 como um dos mais avançados e severos instrumentos de normativos do mundo no combate à corrupção, produzindo resultados concretos e eficazes.

Os atos de improbidade administrativa se configuram por meio de três categorias, de acordo com os valores ofendidos. De forma positiva, esta classificação restringiu o sentido abrangente que o termo “ato de improbidade” possuía até então, facilitando assim, a configuração das condutas quando praticadas. Assim, primeiramente relacionou-se os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), depois os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e, por fim, enumerou aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Os atos que importam em enriquecimento ilícito dizem respeito àqueles que trazem um proveito indevido para o agente público, não importando necessariamente em resultar um prejuízo direto ao erário, tal como o aceite de gratificação ou recompensa particular pelo atendimento célere. O elemento obrigatório para caracterizar a ilicitude do ato é o acréscimo

⁹⁴ Destaca-se que as Leis 3.164/1957 e 3.502/1958 vigeram até a edição da Lei 8.429/1992, quando foram revogadas pelo seu art. 25, *in verbis*: “Ficam revogadas as Leis n.ºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário”.

⁹⁵ A conclusão é de OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar*. Malheiros Editores: São Paulo, 4ª ed., 2000, p. 29.

de patrimônio ou uma vantagem patrimonial indevida que o agente irá auferir em razão do exercício do cargo⁹⁷. Francisco Octávio de Almeida Prado aponta que são três os requisitos para a ocorrência desta espécie de ato de improbidade, quais sejam: a efetiva percepção de vantagem econômica indevida pelo agente público (ainda que em proveito de outrem), a precisa identificação do patrocinador desta vantagem, e a comprovada existência de um interesse concreto, direto ou indireto, titularizado por esse patrocinador, consubstanciado numa relação jurídica travada entre ele e a entidade pública cujo destino possa, efetivamente, sofrer a interferência da ação ou omissão do agente no exercício das atribuições que lhe são próprias⁹⁸.

Já a hipótese contida no art. 10 descreve aqueles atos que causam prejuízo ao erário, não resultando em benefício ou vantagem para o agente, embora possa reverter para terceiros. Este tipo ocorre quando o agente público facilita, permite ou concorre para a apropriação ou uso de bens, rendas, valores, verbas e coisas (móveis ou imóveis) do patrimônio público econômico, por terceiro, pessoa física ou jurídica. Também quando doa sem observar formalidades legais ou regulamentares, permite ou facilita a aquisição de bem ou serviço por preço superfaturado e, bem assim, a alienação, permuta ou locação de bem ou prestação de serviço por valor subestimado⁹⁹. Indispensável, portanto, a lesão praticada através de ato comissivo ou omissivo que deverá resultar em redução, desfalque do patrimônio público. No entanto, não basta apenas a existência de dano ao erário, é imprescindível também que a conduta tenha infringido qualquer um dos princípios que informam a Administração Pública, de modo a se enquadrar em uma das figuras do conjunto de ações que a lei assinala. Do contrário, apesar da lesão, não se tacha de ímprobo o ato, por exemplo, dos investimentos em obras que não resultem o benefício esperado, ou nos planos de governo que fracassam por fatores da conjuntura momentânea, já que fatores externos concorrem para o insucesso¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

⁹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

⁹⁸ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. Malheiros Editores: São Paulo, 2001, p. 75.

⁹⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. Editora Atlas S.A: São Paulo, 2007, p. 122.

¹⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 470-471.

¹⁰¹ Na visão de Pedro da Silva Dinamarco esta exigência de conduta seria justamente o dolo para se reconhecer as infrações, já que ao tratar da ação ou omissão tanto dolosa quanto culposa do agente, bastaria a ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência. Entretanto, a intenção desse dispositivo provavelmente foi evitar que atos causadores de danos ao erário ficassem impunes sob o escudo da dificuldade de se produzir a provada intenção subjetiva do agente. Por isso, seria mais razoável permitir que as pessoas envolvidas provassem que

Por fim, o art. 11 da Lei 8.429/1992 elenca os atos que contrariam os princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Além daqueles princípios enumerados pelo art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), de igual forma incorre em improbidade administrativa a violação de todo e qualquer princípio aplicável à administração, exposto ou implícito. Trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica. Não seria lógico supor que o agente tivesse a opção de não observar determinados princípios jurídicos, assim como não seria lícito concluir pela existência de hierarquia abstrata ou normativa entre princípios constitucionais aplicáveis à administração¹⁰². Estes atos embora não tragam prejuízos diretos ao erário, ou enriquecimento ilícito do agente ou terceiros, lesam a Administração Pública pela omissão ou ineficiência do agente na prestação das atividades e dos deveres de ofício. É, portanto, um desvio ético na conduta do agente que abala a sanidade e moralidade administrativa.

Quanto às sanções previstas para o cometimento das violações acima descritas, são várias as espécies trazidas pelo art. 12 e incisos da Lei de Improbidade, sendo que nem todas as sanções possuem natureza propriamente punitiva.

Com efeito, a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano possuem cunho reparatório¹⁰³. Compreendem, pois, tanto aqueles bens desviados do patrimônio público, como também aqueles lícitamente adquiridos com verba desviada do erário. A restituição de igual forma abrangerá os frutos, produtos e rendimentos, não sendo suficiente a mera reposição e, em caso de dinheiro desviado, exige-se o acréscimo dos juros e da devida correção monetária. Na eventualidade de envolver bens diferentes, o ressarcimento terá em conta o preço em vigor ou equivalente ao que subtraiu

não agiram com dolo – apesar de ser muito difícil que alguém consiga desincumbir-se desse ônus –, para evitar que o administrador inábil mas honesto seja taxado como ímprobo. DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. Malheiros Editores: São Paulo, 2001, p. 334-335.

¹⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 89.

¹⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 212.

ou se apropriou. Em se tratando de bens fungíveis, como dinheiro, atingirá a medida sobre o equivalente que for encontrado no patrimônio do infrator¹⁰⁴.

Quanto ao ressarcimento integral do dano, busca-se restaurar o prejuízo que teve o lesado. Para isso é necessário que se proceda ao levantamento completo do dano, com a sua liquidação, o que se levará a efeito após a sentença. Caso seja preciso, se houver desfalque no ressarcimento, em outros bens recairá a pretensão ressarcitória¹⁰⁵.

Passando-se às sanções de natureza punitiva, a perda da função pública é considerada a mais severa das penas previstas na Lei de Improbidade, tanto que para sua aplicação é exigida o trânsito em julgado da sentença condenatória¹⁰⁶. Dessa forma, condenado o agente, este perderá a função pública que estiver exercendo no momento da condenação, e não aquela desempenhada quando praticou o ato ímprobo¹⁰⁷.

A suspensão dos direitos políticos pela prática de ato de improbidade, por sua vez, deriva da previsão contida no art. 15, inc. V, da Constituição Federal e, embora seja uma penalidade autônoma em relação à perda da função, em caso de condenação de agente político, a aplicação de uma destas penas implica automaticamente na aplicação da outra. Isto porque, tendo o agente sido eleito para o exercício da função, esta possui como condição o pleno gozo de seus direitos políticos, de maneira que não lhe é possível exercer uma com a ausência da outra.

¹⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 528.

¹⁰⁵ Daniel Neves atenta para que a possível condenação em ressarcir o erário não incorra em *bis in idem*, já que no mesmo dispositivo está prevista a perda de bens e valores ilicitamente adquiridos. Ressalta que, se o patrimônio público for integralmente recomposto com a condenação do réu ao perdimento de bens e valores adquiridos ilicitamente, não haverá espaço para sua condenação a reparar o dano suportado pelo ente público lesado, o que se mostra adequado. Considera, portanto, a possibilidade de reparação do dano apenas em duas hipóteses: quando não houver ocorrido desvio de bens ou valores pelo agente, mas ainda assim tiver ocorrido prejuízo ao erário; e quando um eventual perdimento de bens e valores não for suficiente para recompor integralmente o patrimônio público. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 214.

¹⁰⁶ Exige-se o trânsito em julgado dada a gravidade da sanção, aliada a sua provável irreversibilidade prática, de forma que o legislador foi motivado a valorizar a segurança jurídica para a aplicação dessa pena, ainda que tal exigência possa tornar a medida ineficaz, em especial em cargos eletivos que possuem prazo determinado para o término. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 216.

¹⁰⁷ Esta questão não é pacífica na doutrina. Alguns autores, entre eles José Roberto Pimenta Oliveira, defendem que a perda da função pública está limitada à função exercida pelo agente público no momento da prática do ato de improbidade, ainda que esta interpretação torne a condenação ineficaz caso o agente não esteja mais ocupando o cargo no momento da sentença. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 218.

A multa civil consiste numa sanção pecuniária e tem por objetivo atingir o patrimônio pessoal do agente ímprobo, independentemente de ter ocorrido enriquecimento ilícito e, por ser pena acessória, sempre será aplicada em conjunto com as demais sanções não sendo permitido ao juiz afastá-la¹⁰⁸. No entanto, o julgador deverá observar alguns patamares ao fixar o *quantum*, como não ultrapassar a quantia correspondente ao dano ou ao enriquecimento indevido. Por certo, deve-se mensurar a multa de acordo com o montante do prejuízo econômico ou patrimonial, além de outros elementos, tais como a natureza e gravidade do ato praticado, o grau de lesividade e a repercussão social do fato. Em casos de grande prejuízo econômico ou patrimonial, pode-se alcançar cifras expressivas, considerando que os incisos do art. 12 que tratam da multa estabelecem valores em até três vezes do montante apropriado no caso de enriquecimento ilícito, duas vezes o valor do dano na lesão ao erário, e até cem vezes o valor da remuneração nos atos de ofensa aos princípios da Administração Pública.

Por fim, a proibição de contratar com a Administração Pública ou dela receber benefícios ou incentivos fiscais é a única das sanções que possui além de natureza punitiva, também caráter preventivo, não em relação ao agente ímprobo, mas à própria Administração. A permanência desta restrição será de dez anos para o enriquecimento ilícito, de cinco anos se o ato resultar dano ao erário, e de três anos se o ato violar os princípios da Administração Pública.

4.3 A Lei Anticorrupção Empresarial n.º 13.846/2013

A nova lei anticorrupção n.º 12.846 foi publicada em 1º de agosto de 2013, tendo entrado em vigor no dia 29 de janeiro de 2014, após regular período de *vacatio legis*. Em complementação, regulamentando a nova lei, foram publicados o Decreto 8.420/2015, as Portarias 909/2015 e 910/2015, e as Instruções Normativas 1/2015 e 2/2015 – da Controladoria Geral da União¹⁰⁹.

¹⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 538.

¹⁰⁹ O Decreto 8.420/2015, dentre outras regulamentações, preocupa-se especialmente com os programas de *compliance*. Dentre as determinações estão a quantidade de treinamentos periódicos, a criação de canais de denúncia, a transparência na doação para partidos políticos e até a aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade. A Portaria 909/2015 estabelece que os programas de *compliance* meramente formais ou absolutamente ineficazes não serão utilizados como critério para diminuição de sanções. A Portaria 910 define as regras de apuração da responsabilidade administrativa, fixando critérios para a

O diploma anticorrupção tem como parâmetros, no direito comparado, a Lei Norte-Americana sobre Práticas de Corrupção no Exterior (FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*)¹¹⁰ e o Bribery Act Britânico de 2010¹¹¹, para citar as principais.

No Brasil, está inspirada no conteúdo do Decreto 3.678/2000, que internalizou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris¹¹²; no Decreto 4.410/2002, que promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em Caracas¹¹³; e no Decreto 5.687/2006 que adota a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹¹⁴. Inegável, portanto, o fato de que o caldo de cultura da lei decorre da confluência de tratados internacionais sobre o tema da corrupção, todos dos quais o Brasil é firmatário.

É de se ressaltar que o pacote anticorrupção inaugurado a partir da Lei 12.846/2013 não pode ser lido em um contexto isolado, uma vez que surge em um panorama recente de edição de leis que tratam de matérias relacionadas ao aparelhamento das atividades administrativas no combate a perpetuação de práticas proibidas. É o caso da Lei n.º 12.527/11, que regula o acesso a informações acerca da Administração Pública, com base no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal¹¹⁵; da Lei n.º 12.683/12, que aprimora o

celebração de acordos de leniência. A Instrução Normativa 1/2015 define a interpretação do que deve ser considerado como *faturamento bruto da empresa*, pela sua importância como principal elemento a ser considerado no cálculo de aplicação da multa prevista na lei. Já a Instrução Normativa 2/2015 regula o tratamento do registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS – e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. As normas estão disponíveis em: <<http://s.conjur.com.br/dl/novas-regras-anticorrupcao-cgu.pdf>>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹⁰ A FCPA Americana é uma das principais leis anticorrupção do mundo. Foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 1977 e prevê sanções penais, administrativas e civis para funcionários, administradores e representantes de empresas que pratiquem atos de corrupção no estrangeiro, tanto por atos realizados pelas matrizes como por suas subsidiárias. Disponível em: <www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹¹ Bribery Act 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

¹¹² BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹³ BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹⁴ BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹⁵ BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei

regime contra a lavagem de dinheiro¹¹⁶; e da Lei n.º 12.813/13, que trata do conflito de interesses no âmbito da administração federal¹¹⁷.

Publicada no Diário Oficial da União em 2 de agosto de 2013, a Lei n.º 12.846¹¹⁸ traz importantes inovações no âmbito do direito administrativo sancionador, especialmente na responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos ao patrimônio público, aos princípios da Administração Pública e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação a Convenção das Nações Unidas sobre o combate à corrupção.

Quanto aos sujeitos passivos de aplicação da lei, verifica-se uma ampliação de controle a nível internacional. Estão submetidos ao regime da legislação aqueles que cometam atos de corrupção nas seguintes hipóteses: pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração Pública nacional no território nacional (art. 1º, parte inicial), pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração Pública estrangeira no território nacional ou no exterior (art. 29), e pessoas jurídicas estrangeiras com sede filial ou representação no território brasileiro contra Administração Pública nacional ou estrangeira no território nacional (art. 1º, parte final).

Há previsão para dois sistemas punitivos: um no âmbito da Administração Pública, via procedimento administrativo, conforme o Capítulo IV da lei (arts. 8º ao 15), que trata do processo administrativo de responsabilização, e outro na esfera judicial, com sanções extremamente graves, trabalhado a partir do Capítulo VI (arts. 18 ao 21).

Quanto às sanções na seara administrativa, há previsão de multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, o qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua mensuração. Caso não se possa utilizar desse critério, a previsão é de aplicação de multa que poderá variar de R\$ 6.000,00 a R\$ 60.000.000,00: “Art. 6º. Na esfera administrativa, serão

no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹⁶ BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹⁷ BRASIL. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

¹¹⁸ BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

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.”

Na esfera judicial, as sanções previstas englobam a perda dos bens, direitos ou valores obtidos direta ou indiretamente com a infração; suspensão ou interdição parcial das atividades; dissolução compulsória; proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público pelo prazo de 1 a 5 anos, sendo que tais sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente: “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; 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. (...) § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.”*

A análise contundente da lei, porém, já leva a evidência algumas de suas incompatibilidades, a começar pelo art. 3º que, apesar de identificar a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção, não exclui a responsabilidade dos administradores ou dirigentes¹¹⁹. Os dirigentes ou administradores, todavia, somente serão responsabilizados se demonstrada a culpa, na forma do § 2º, do art. 3º¹²⁰. Contudo, na hipótese do art. 14, caso haja desconsideração da personalidade jurídica, propõe-se a extensão dos efeitos das sanções aos administradores e sócios: “A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre

¹¹⁹ “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.”

¹²⁰ “Art. 3º, § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade.”

que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei 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, observados o contraditório e a ampla defesa.”

O que a redação não observa, porém, é que a partir da letra do art. 14, já não mais poderá se falar em responsabilidade objetiva, invalidando-se, portanto, o raciocínio de extensão de todos os efeitos das sanções então atribuídas à pessoa jurídica, na forma como se quis com o art. 3º.

A propósito, uma das principais inovações da nova lei é o critério de adoção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, dispensada a comprovação da culpa ou dolo dos representantes da empresa como critério de incidência do ato de corrupção. Outra novidade conceitual é a possibilidade da empresa ser responsabilizada independentemente de penalização de seus administradores e de agentes públicos, como já ocorria no âmbito da lei de improbidade administrativa, por exemplo.

Há, por outro lado, algumas previsões que se reportam a instrumentos de combate à corrupção já constantes de legislações anteriores, como o acordo de leniência (Capítulo V), utilizado na lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei n.º 12.529/2011, e que funciona como uma maneira de amenizar as penalidades a serem aplicadas em favor do leniente.

4.4 Ponto da situação

É então desde o regime punitivo do direito administrativo sancionador jurisdicionalizado, porque considerado em um espectro de análise formal e material, que as considerações que seguem ao presente trabalho inclinam atenção.

Muito embora tanto a Lei de Improbidade Administrativa quanto a Lei Anticorrupção Empresarial expressamente mencionem que as suas sanções não afetam os processos de responsabilização de outras searas punitivas, não se pode negligenciar a investigação sobre as possibilidades de sobreposição de sancionamentos por condutas muito aproximadas, senão idênticas. Essas ilações surgem da impossibilidade de se ignorar a existência de verdadeiros pontos cinzentos entre os poderes e os limites sancionatórios do direito penal e do direito administrativo, especialmente a partir da histórica tarefa de

diferenciação ontológica entre as sanções administrativas e as sanções penais. Nesse sentido, a identificação e a classificação das características de sancionamento de cada campo normativo sempre representou uma provocação, tanto para os jus-penalistas quanto para os jus-administrativistas.

Fato é que estando o direito administrativo sancionador brasileiro deitado em raízes do direito administrativo sancionador espanhol, importam-se para aquele os nódulos problemáticos deste. É que ambos se encontram desprovidos de um verdadeiro regime geral que balize e regule a atividade sancionatória da administração, sendo que parte da doutrina espanhola¹²¹ vê, inclusive, no caso do direito de mera ordenação social português um exemplo a ser seguido, reconhecendo o Regime Geral das Contraordenações como “*uma parte geral do direito administrativo sancionatório invejavelmente mais avançada que o ramalhete de princípios confusos estabelecidos em uns poucos artigos confusos da Lei 30/1992 espanhola*”¹²².

Como se verá na parte última deste trabalho, é justamente nesse sentido a proposta que se pretende apresentar. Com efeito, a partir das considerações sobre o direito de mera ordenação social português, ver-se-á que o direito administrativo sancionador brasileiro, de descendência espanhola, encontra semelhantes problemas, senão maiores desafios em razão da configuração de uma judicialização da aplicação de sanções que se submetem ao regime administrativo sancionador, à evidência da legislação de improbidade administrativa e anticorrupção empresarial que se opera em terras brasileiras.

Porém, seja no direito administrativo sancionatório espanhol, seja no direito administrativo sancionador brasileiro, a problemática do conteúdo material das sanções administrativas quando em comparação com as sanções penais não se apresenta de forma cristalina, permanecendo atual a discussão e sendo necessário, pois, buscar socorro em sistemas de ilícitos administrativos de bases distintas, porém de construções mais sólidas, tal qual o modelo das contraordenações adotado em Portugal.

¹²¹ Considerando o regime português como modelo de qualificação inestimável para futura reforma do poder sancionatório da Administração Pública na Espanha ver BAJO FERNANDEZ, Miguel. MENDONZA BUERGO, Blanca. Hacia una Ley de contravenciones, el modelo portugués. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 36, III, 1983, p. 588 e s.

¹²² RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Un Análisis de Política Jurídica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 74, nota 18.

Capítulo II - O modelo de Mera Ordenação Social português

1. Surgimento das contraordenações – o berço da doutrina alemã

1.1 A teoria do direito penal de polícia

É imprescindível para pretensões de abordagem histórica do direito de mera ordenação social o recuo à modernidade, no momento em que ganharam forma os Estados de regime absolutista, primeiro na França e depois na Alemanha¹²³. Isso porque foi com base nesses regimes que obteve desenvolvimento o direito penal de polícia, instituto que acabou por diferenciar os conceitos de polícia e soberania, anteriormente imbricados.

Polícia, que até a parte final do século XV, mantinha como significado o âmbito político e jurídico da estrutura estatal, tendo sido utilizada como sinônimo de ciência do Estado durante toda a Idade Média, passou a ser entendida em sentido distinto, como se nota da análise de Marcelo Caetano: “*toda a acção do Príncipe dirigida a promover o bem-estar e a comodidade dos vassallos*”¹²⁴.

Na sequência, a significação de polícia passa, pois, a corresponder sempre ao exercício “*de uma actividade concreta do soberano, ou dos seus agentes directos, destinada a realizar o bem comum dos súbditos*”¹²⁵ estabelecendo uma primeira ligação ao direito de mera ordenação social, como adiante se perceberá.

Fato é que a esta altura, já reconhecida a soberania do Príncipe¹²⁶ e o exercício do *jus politiae*, passou-se a invocar a *razão do Estado* para intervir em todos os domínios em que se vislumbrasse em causa o interesse público¹²⁷.

Com o despontar do Iluminismo restou fixado em definitivo o Estado de Polícia, consubstanciando o Príncipe como soberano esclarecido que apenas a Deus deveria prestar

¹²³ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 33.

¹²⁴ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, II, 10ª ed., reimpr., Coimbra: Livraria Almedina, p. 1145.

¹²⁵ SOARES, Rogério. *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 51.

¹²⁶ Foi graças a Bodin que a expressão *soberania* ganhou uma acepção moderna no sentido de que enquanto poder depositado na pessoa do Príncipe não admite nenhum outro acima. E, muito embora não tenha sido essa a verdadeira intenção do autor, aproveitaram-se as ideias para apoiar as teorias do poder absoluto dos reis. SOARES, Rogério. *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 51.

¹²⁷ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 34.

esclarecimentos. Enraizava-se, pois, a ideia de que por se encontrar vinculado à realização do interesse público, poderia intervir nos mais variados domínios, desde os mais importantes até os menos significativos.

Assim, para além das matérias de direito que detinham tutela judicial, estavam as de administração, nomeadamente as de polícia, sendo que em relação a essas últimas os direitos dos particulares podiam ser livremente lesados. Neste fito, a administração própria dessa modalidade de Estado não atuava em subordinação a preceitos legais ou jurídicos, mas tão somente de acordo com a *raison d'État*, traduzida na livre vontade do soberano e absolutamente afastada de qualquer ideal de legalidade¹²⁸.

Para que tal modelo se revelasse eficaz, era necessário que o Estado estivesse dotado de mecanismos repressivos e centralizadores aptos a combater os excessos de direitos subjetivos, de liberdades e privilégios. Foi por isso que se acabou por homogeneizar todo o tipo de infrações, fazendo com que se ignorassem as respectivas diferenças dos mais variados ilícitos¹²⁹.

Desta maneira, muito embora o Estado de Polícia mantivesse previsão legal para distinção entre matérias de direito e matérias de administração, a questão das relações entre direito penal e um autêntico direito administrativo policial¹³⁰ não estavam ainda suficientemente postas, pois, verdadeiramente, se falava apenas de uma atividade administrativa policial, e não propriamente de um direito, fosse ele penal ou administrativo¹³¹.

¹²⁸ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 35.

¹²⁹ O que, aliás, era encarado com naturalidade em razão de que todos, em última análise, eram tidos como suscetíveis de contrariar os fins salutistas dos soberanos. VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 35.

¹³⁰ Sergio Pérez-Espejo Martínez considera que o § 10, alínea 2, fase 17 do *Gesetzbuch der Kompromisse* (livro da lei de compromissos) marca um grau de inflexão do conceito de polícia na Alemanha, já que se apontam ali as tarefas de manutenção da tranquilidade, segurança e ordem pública e a prevenção de perigo com sendo as da Polícia. PEREZ-ESPEJO MARTINEZ, Sergio. *El derecho penal administrativo en la Republica Democrática Alemana*. Examen Histórico-Crítico, 2ª ed., Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, 1996, p. 18 e s. Ainda, em relação ao mesmo dispositivo, Costa Andrade alude que se fez uma distinção entre crime e delito de polícia a partir da contraposição de “dano-perigo”. COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

¹³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3714, 1984, p. 264.

No plano teórico, todavia, dentro do quadro do Estado Absolutista, alguns trabalhos efetuaram a separação entre os delitos e os delitos de polícia. Vilela¹³² menciona que amparados em Heinz Mattes, os escritos de Von Globig e Huster tornaram patente uma diferença entre o direito penal de polícia e o direito penal, consistente no fato de os objetivos do primeiro se estabelecerem nos bons costumes, na ordem e nas condições acidentais da sociedade civil, visando o asseguramento da ordem jurídica, enquanto os do segundo se preocuparem com ataques diretos à segurança civil.

No entanto, Mattes¹³³ assinala que esta consagração teórica não tinha a necessária e desejável correspondência na realidade, uma vez que havia inúmeros delitos criminais que não importavam em nenhum resultado nocivo, sendo que de outro lado existiam também delitos de polícia que acarretavam a produção de um resultado lesivo, mas que, assim mesmo, eram sancionados pelas autoridades de polícia.

Daí porque a tendência em se homogeneizar os tipos de infrações, já que em última instância todas elas contrariavam os fins salutistas do soberano¹³⁴. Sendo o fundamento comum, restava impossível alcançar, segundo Mattes, uma separação material entre os dois tipos de ilícitos¹³⁵.

Por outro lado, entretanto, a extensão do dano para a sociedade, que emergia em consequência de ambas as violações, permitia visibilidade a uma distinção qualitativa entre os dois ilícitos. Diferença essa que tinha por resultado a integração das infrações do direito penal de polícia às infrações do direito penal, de modo a impossibilitar falar-se em autonomia, sendo mais adequado se falar em uma bifurcação de infrações¹³⁶.

Com estas constatações, não é possível negar que com o evoluir do moderno Estado de Polícia do absolutismo tornou-se uma realidade o direito penal de polícia. Tal direito penal de polícia, porém, era, na verdade, um direito penal dos órgãos administrativos de

¹³² VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 37-38.

¹³³ MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 100.

¹³⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 90 e s.

¹³⁵ MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 152.

¹³⁶ MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 139.

polícia e que em função disso acabava não se diferenciando materialmente do direito penal propriamente dito¹³⁷.

As primeiras tentativas de separação substancial acerca da natureza dessas infrações surgem apenas no final do século XVIII¹³⁸, partindo da elaboração de conceitos de “crime” e de “ilícito policial”. Enquanto a polícia continuava a significar a “*manutenção da tranquilidade, da segurança e da ordem pública e bem assim da prevenção de perigos*”, subordinando-se o direito penal de polícia a este conceito¹³⁹⁻¹⁴⁰ o crime “*andava adrede a ideia de dano, justamente o que se pretendia evitar com o delito de polícia*”¹⁴¹.

O crime, portanto, era entendido pelo ataques aos direitos subjetivos dos indivíduos, apresentando-se como uma verdadeira lesão daqueles ou com a sua colocação em perigo concreto. Para evitar que essas lesões ocorressem havia necessidade de que o Estado intervisse, o que era conseguido com o amparo na criação de leis de polícia. Tal raciocínio emergiu da maneira como passou a se diferenciar a ordem jurídica e a administração¹⁴².

Diferente do delito de polícia, que existiria com o desenvolvimento e a criação do Estado, o crime, como ilícito natural e genuíno, pressupunha uma lesão de um direito subjetivo, tendo-se por certo que toda a conduta que se pretendesse declarar como punível deveria se subsumir a um direito subjetivo, sob condição de ser ilegítima a aplicação da pena.

É partir deste ideário que Feuerbach, já no início do século XIX, se propôs a efetuar uma substancial distinção qualitativa entre o direito penal e o direito penal de polícia. Com

¹³⁷ MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 176.

¹³⁸ Momento histórico em que se opera uma substituição de um direito penal desumano, baseado na arbitrariedade e em que a pena tem como objetivo, além de uma retribuição pelo mal causado, uma finalidade de intimidação geral. Exsurge, pois, uma ideia de humanização, onde a pena de morte tem caráter excepcional e as sanções corporais cedem espaço à pena de prisão. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edijur, 2012, p. 126.

¹³⁹ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 40.

¹⁴⁰ O conceito de polícia se encontrava atrelado a manutenção do bem-estar, sendo que em sentido estrito estava entendido como a contravenção de uma lei policial, isto é, uma lei destinada à prevenção de perigos. VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 40.

¹⁴¹ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 40.

¹⁴² O ordenamento jurídico, constituído por direito e deveres, é um espaço onde, em princípio, não cabe a intervenção da Administração. Com efeito, foi se consolidando nesta separação um conceito de atividade policial em que se estabeleciam os seus fins e limites fronteiriços. Mais tarde, ganham lugar nesta forma de compreensão os direitos individuais, jungidos na percepção de que somente assim o serão se forem utilizados pelo indivíduo na sua proteção contra o próprio Estado. VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 41-42.

efeito, houve, por parte do aludido autor, uma tentativa de demonstração, em um primeiro plano, de que a essência do crime em sentido estrito encontrava lugar na violação aos direitos individuais, fossem eles do Estado ou do cidadão. Logo, definia o conceito material de crime em sentido amplo como sendo “*a ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação que, sancionada por uma lei penal, contraria o direito de outrem*”¹⁴³.

Para o referido autor, os indivíduos eram portadores de direitos preexistentes ao Direito positivado, configurando a sua lesão a noção de crime em sentido estrito. Já a noção dos delitos de polícia se configurava com a lesão a direitos que não seriam originariamente antijurídicos, mas que lesariam “*apenas o direito de o Estado exigir obediência a uma determinada lei de polícia em concreto*”¹⁴⁴.

Em resumo, o direito penal de polícia tinha como desiderato o sancionamento de ações que, apesar de se manterem no espaço de liberdade do cidadão, ultrapassavam os limites criados pelo Estado. Destarte, diferentemente do crime, a infração de polícia revelava não da justiça, mas da segurança, o que permite concluir que as ações em si mesmo consideradas não se configuravam lesivas a nenhum direito, o que somente autorizaria fossem proibidas e sancionadas como delitos de polícia se pusessem em risco o ordenamento jurídico.

1.2 O declínio da teoria do direito penal de polícia

Muito embora tenha Feuerbach contribuído consideravelmente para uma decantação do ilícito de polícia, negando-se a partir da sua teoria a grande homogeneização dos ilícitos conduzida na ânsia repressiva do Estado de considerar que todos contrariavam os fins salutistas dos soberanos, suas ideias encontraram declínio a partir da definição dogmática do conceito de bem jurídico, operada por Birnbaum.

Acontece que, no magistério de Fábio Roberto D’Ávila¹⁴⁵, Birnbaum demonstrou, na obra *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit*

¹⁴³ FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007, p. 45.

¹⁴⁴ FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007, p. 46.

¹⁴⁵ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Elementos para uma legitimação do direito penal secundário. In: *Direito Penal Secundário*, São Paulo: Coimbra Editora; Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, que o conceito de crime deveria ser encontrado na violação de valores reconhecidos pela sociedade, ou seja, na ofensa a bens protegidos pela norma, sendo certo que o crime consistiria na lesão ou na colocação em perigo de um bem jurídico¹⁴⁶.

Acresce-se a isso a teoria de Binding, que negava o direito penal de polícia por não considerar que a sua natureza fosse de autêntica legislação penal, de modo que classificava os seus delitos como complementares, enquanto infrações que têm o mesmo sentido de tutela que as infrações criminais. Todos os delitos são desobediências à norma, mas além do ataque ao direito de obediência, havia de se considerar ainda o ataque ao bem jurídico. A partir disso, distinguiam-se os “*delitos qualificados com dois objetos de ataque (violação da proibição de lesão ou colocação em perigo; crime de lesão ou colocação em perigo)*” e “*delitos simples com um único objeto de ataque (simples desobediência)*”¹⁴⁷. Esses últimos correspondiam às contravenções ou aos delitos complementares, por assim dizer, e destinavam-se a punir os perigos abstratos de bens tutelados pelo direito penal clássico¹⁴⁸.

Paulatinamente, o direito penal acabou adotando um caráter unitário de proteção de bens jurídicos, sendo que se passou a entender que um ataque a um bem jurídico protegido juridicamente configurava uma ação punível no âmbito do direito penal¹⁴⁹.

Substantivamente, todo o direito penal de polícia era tratado como direito penal no pleno sentido da expressão, sendo os seus ilícitos verdadeiros crimes e suas penas de polícia verdadeiras penas. No entanto, segundo assevera Vilela¹⁵⁰, Von Frank logo percebeu que as duas espécies de ilícitos, embora pertencessem a um mesmo gênero, não podiam estar submetidos a um mesmo processo.

É, portanto, de Von Frank que se compreende que as contravenções não pertencem ao direito administrativo, mas ao direito penal, já que são algo mais do que simples delitos de desobediência em que o ilícito não é moralmente indiferente.

¹⁴⁶ Para um aprofundamento acerca do conceito de bem jurídico, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 51 e s.

¹⁴⁷ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 49

¹⁴⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 90 e s.

¹⁴⁹ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 51.

¹⁵⁰ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 53.

Aliás, o autor entendia que o interesse estatal na promoção do bem-estar e da boa ordenação da comunidade estava em pé de igualdade ao interesse de preservação da vida humana, da saúde, da integridade física, etc. A diferença entre eles residiria no fato de se estar diante, no primeiro caso, de um direito penal de polícia, enquanto no segundo, de um direito penal clássico. Assim, a forma de os desenredar passaria pela escolha do tipo de penalidade a ser aplicada: no âmbito da contravenção a pena de multa deveria ser a pena por excelência, sendo impossível convertê-la em prisão.

No âmbito do direito penal à época codificado era seguro dizer que a Administração não possuía, portanto, um verdadeiro poder sancionatório. Em determinados setores da atividade administrativa, no entanto, como o fiscal e o disciplinar, esse poder sancionatório era de fato exercido pela administração através da aplicação de sanções insertas em atos administrativos, poder esse que não deixava espaço para uma intervenção prévia ou mesmo posterior dos tribunais penais¹⁵¹.

Assim, face ao diferente grau de gravidade e reprovação social e diante da necessidade de dotar a Administração de um aparelho sancionatório, abriu-se espaço para um novo debate doutrinal.

1.3 A doutrina do direito penal administrativo de James Goldschmidt

O ciclo do direito penal de polícia se fechou com a obra *Rechtsnormen und Kulturnormen* de Max Ernst Mayer, de 1903 que ainda estava aliado a ideia de um direito natural individualista. Um ano antes, porém, já se iniciava um novo pensamento a partir das teorias de James Goldschmidt e sua obra *Das Verwaltungsstrafrecht*, dando assim um novo passo para a formação do direito de mera ordenação social¹⁵².

O início do século XX fez emergir a necessidade de um Estado administrativo de contornos modernos. Assistiu-se, nesse aspecto, a transformação de um Estado liberal voltado nomeadamente para a proteção do indivíduo e da sua liberdade para um Estado voltado a um ideal de proteção social, ligado diretamente ao aumento dos conglomerados

¹⁵¹ Rejeitava-se, em síntese, “*uma administração da justiça penal por órgãos da Administração ou por tribunais administrativos*”. MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 173 e s.

¹⁵² VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 54.

populacionais, de cuja missão para Administração era muito maior do que a simples prevenção de perigos, pois consubstanciava-se na promoção do bem-estar. Por conseguinte, a proteção dos bens jurídicos face a determinados riscos se vislumbrava para além da defesa do indivíduo e dos seus direitos individuais, alcançando a necessidade de cuidar do bem-estar da comunidade como um todo.

Dentro de um contexto de desenvolvimento da teoria da administração e do direito administrativo, realizada por autores como Stahl, Lorenzo Von Stein e Otto Mayer¹⁵³, é que se origina o quadro de pensamento de Goldschmidt, que acaba sendo o primeiro a contrapor o ilícito penal ao administrativo e, por via de consequência, o direito penal clássico ao direito administrativo penal, considerando este último com um ramo ligado ao direito administrativo, absolutamente independente do direito penal.

A separação entre o direito administrativo e o direito penal é reveladora porque até então não tinha sido realizada, limitando-se as designações anteriores a analisar a forma como protegiam os mesmos bens jurídicos, sendo que de forma progressiva se reconheceu que o próprio âmbito de proteção entre um e outro era diferente. Ultrapassa-se, dessa maneira, o problema de os delitos de polícia se converterem em meros delitos complementares ao direito penal clássico¹⁵⁴.

Segundo Goldschmidt, era preciso criar um sistema repressivo próprio para a relação estabelecida entre os indivíduos e a Administração. Nesse diapasão, estabeleceu um contraponto entre os conceitos de direito e administração, definindo que o primeiro se estrutura essencialmente a partir do indivíduo, dos seus direitos e dos seus bens, enquanto o segundo diz respeito ao homem enquanto membro da sociedade. Nessa linha de raciocínio *“um e outro ilícito são expressão de duas legitimidades diferentes e até conflitantes:*

¹⁵³ A Administração deveria ficar de fora do direito e os seus objetivos frente à justiça eram indiferentes. Se antes a missão era a prevenção de perigos, depois passou a ser a preservação do bem-estar. Central para o Direito era o indivíduo, sendo que tão somente a partir dele era possível ser concebida a ordem jurídica e o próprio conceito de Justiça. Por outro lado, o espaço social onde estava inserido o indivíduo, este sim era de competência da Administração, e dentro desse espaço, o homem, que desde que não interferisse com o seu igual, não tinha deveres ou obrigações jurídicas. Muito antes pelo contrário, poderia esse homem obrigar o Estado a proteger a ordenação no espaço social a partir da promoção do bem-estar geral, mas como não participava de tal tarefa, esses assuntos não eram de sua preocupação, nem tampouco do Direito. Assim, a Administração estava livre para manter atuação em um espaço juridicamente neutro, apenas balizado pelos direitos dos indivíduos. MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 177.

¹⁵⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 95.

enquanto o fundamento do direito penal está na lei, como manifestação do allgemeiner Willen, o do direito penal administrativo encontra-se no Sonderwillen do Estado, o que, de resto, corresponde às representações contemporâneas, assentes no equilíbrio de poderes do monarca constitucional e do parlamento”¹⁵⁵.

Com efeito, o autor alemão enxergava uma distinção material entre os dois ilícitos em função de uma diferença teleológica que se estabelecia de acordo com a atividade do Estado. Ou seja, estava em causa o direito penal de justiça quando a atividade estatal ocorria para defesa dos bens jurídicos individuais, enquanto interesses ofendidos, aplicando-se penas como sanções. Porém, quando a atuação do Estado tinha por bem a promoção do bem-estar e o melhoramento comum, caracterizava-se uma prática administrativa distinta da defesa das esferas individuais, isto é, da atuação da justiça, sendo que quando houvesse falta de colaboração dos indivíduos para com esses interesses da administração, estava-se diante de um fato ilícito criminal punido, aí sim, pela própria Administração.

Os conceitos de dano ao bem jurídico e de benefício perdido são, portanto, nucleares no pensamento de Goldschmidt, pois é a partir deles que se faz a distinção qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

O dano ao bem jurídico, afeto ao ilícito penal, assume-se como uma insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral, em que se verifica um dano à esfera de poder de um outro portador de vontade e ainda uma lesão à vontade geral representada pela norma violada. Significa dizer que violação de uma norma correspondente à vontade geral qualifica a dimensão formal do ilícito, ao passo que a violação do bem jurídico tutelado por esta norma demonstra a sua dimensão material.

Se não se encontrar um bem jurídico objeto de tutela direta da norma, mas se, apesar disso, ainda existir ilicitude, então se estaria diante de um ilícito de natureza não penal, isto é, um ilícito administrativo. A norma violada não tem em vista a proteção de um bem juridicamente protegido, mas sim a de um bem público.

O reflexo dessa distinção teleológica se opera diretamente nas penas e nos seus fins. No direito penal administrativo as penas são as multas, sendo o dever de quitá-las igual aos das obrigações civis, com caráter essencialmente coativo de fazer cumprir o dever omitido

¹⁵⁵ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 57.

para com a administração. Não visam, pois, a correção e a intimidação, mas o estímulo aos cidadãos de cumprirem o dever violado.

1.4 A evolução do pensamento de Goldschmidt

Já em uma segunda fase de seu pensamento, Goldshmidt não mais estrutura a diferença entre os dois ilícitos na proteção de bens jurídicos, pois a ambos é confiada essa prerrogativa. Agora, a distinção ocorre com a análise dos valores a que cada um deles ofende e o respectivo modo de ofensa¹⁵⁶.

Totalmente em função disso é que se defendeu que o direito penal administrativo não deveria compor um código penal, porque não se trata propriamente de direito penal, mas sim de direito administrativo, reclamando, nesse aspecto, um código autônomo.

Assim, estabeleceu um conceito próprio de direito penal administrativo como sendo *“o conjunto dos preceitos através dos quais a administração do Estado, a quem se confiou a promoção do bem público ou estadual, prescreve, dentro da esfera de autorização jurídico-estadual, na forma de preceitos jurídicos, uma pena como sanção administrativa para contravenção de um preceito administrativo típico”*¹⁵⁷.

Resumidamente, seguindo de perto Alexandra Vilela¹⁵⁸, que aqui secundamos por inteiro, segundo o ponto de vista de Goldschmidt, a marca da passagem do Estado de Polícia para o de Direito impõe o reconhecimento de três diferentes momentos. Em um primeiro, o Estado de Polícia, o poder de aplicação da pena administrativa ocorre independentemente de qualquer jurisdição, motivo pelo qual o acusado permanece destituído de qualquer direito. Numa fase intermediária, o poder de aplicação da pena administrativa é caracterizado por pertencer ao direito penal objetivo e, em consequência disso, possui competência de jurisdição penal, sendo o acusado um objeto de direito. Por último, adentra-se naquilo que é considerado o Estado de Direito, em que o poder de aplicar a pena administrativa (afeta

¹⁵⁶ De qualquer maneira, não se enquadram no ilícito penal administrativo as infrações menos graves, ou seja, as bagatelas penais, porque alguns ilícitos daquele podem ser mais graves do que estas. Cabem aqui, a bem da verdade, as infrações fiscais, de polícia e as violações as regras de direito administrativo postal. SANTOS, José Bezeira dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 42 e s.

¹⁵⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 97.

¹⁵⁸ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 65.

agora ao direito penal administrativo) pertence aos tribunais administrativos, etapa em que o acusado é encarado como um sujeito obrigacional e não como um delinquente criminal.

1.5 O Papel de Erik Wolf

Ulteriormente, Erik Wolf protagoniza especial papel nos desenvolvimentos da teoria de direito penal administrativo de Goldschmidt. Em sua obra *O lugar do delito administrativo no sistema jurídico-penal*, de 1930, aprofunda a distinção entre os ilícitos do direito penal clássico e aqueles do direito penal administrativo, ao tempo em que complementa a distinção de plano ontológico realizada por Goldschmidt com uma fundamentação filosófica para o ilícito propriamente penal.

Assim, no intuito de demonstrar que a distinção se opera para além de uma diferenciação lógico-formal de conceitos, defende que enquanto o direito penal protege bens jurídicos que traduzem valores de justiça, o direito penal administrativo defende bens administrativos, nos quais se realizam valores do bem-estar geral.

Defende, em síntese, que o ilícito do direito penal administrativo não se distingue formalmente do ilícito do direito penal clássico, porque em ambos reside a contrariedade ao direito, consubstanciada na tipicidade¹⁵⁹. A diferença entre eles reside na análise da ilicitude material, já que as condutas são graduáveis de acordo com o dano produzido.

A par das severas críticas distribuídas pela doutrina¹⁶⁰, a relevância do direito penal administrativo se demonstra a partir do momento em que influencia diretamente o surgimento do direito das contraordenações, conforme a seguir se verá.

¹⁵⁹ As categorias formais do sistema jurídico-penal: tipicidade, ilicitude e culpabilidade valem para o direito penal administrativo. COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 99.

¹⁶⁰ Beza dos Santos rejeita a autonomia do direito penal administrativo em razão de que não é pelo fato de se estar em presença de uma diversidade de ilícitos que podemos legitimamente deduzir uma diversidade de direitos criminais, porquanto se assim o fosse, estaria se obrigado a admitir ilícitos civis, comerciais, políticos, fiscais e administrativos, cujas condutas seriam reprimidas com recurso a pressupostos e sanções criminais para todos eles. Aduz, sobre tal ponto, que não é porque se integra a parte sancionatório-criminal em um determinado ramo do direito a que pertence a norma que estamos autorizados a definir a sua ilicitude. SANTOS, José Beza dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 44 e s. Eduardo Correia também oferece críticas ao modelo quando refere que por vezes a tutela da atividade do Estado Social carece de reações que não as puramente administrativas, já que em determinadas ocasiões a sua proteção deve conduzir necessariamente à incidência das estruturas do direito criminal. CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, 49, 1973, p. 264.

2. As contraordenações alemãs

O direito das contraordenações tem berço na Alemanha, especialmente depois da primeira guerra mundial, momento em que se verificou uma necessidade de que o Estado intervisse na área econômica, lançando mão de um direito sancionatório próprio, à margem do direito penal clássico.

Tratava-se de um direito penal de ordenação (*Ordnungsstrafrecht*), consistente na aplicação de sanções para condutas ilícitas dos operadores econômicos por parte das autoridades administrativas.

Devido a uma feição mais pragmática¹⁶¹, a sua expansão ocorreu de forma significativa, adiantando-se a *praxis* à própria doutrina, que respondeu, por sua vez, com a teoria das infrações da ordenação enquanto teoria do ilícito não criminal.

Nesse sentido, partindo de concepções morais da comunidade jurídica e levando em consideração toda a eticidade dessa mesma comunidade, fundamentou-se a ilicitude jurídico-penal, considerando o crime como um ataque à ordem moral¹⁶². De outro lado, as infrações correspondentes ao ilícito administrativo ou policial, enquanto fundantes da aplicação da pena de ordenação, visavam o bem-estar econômico-político.

Entendia-se que essa categoria de condutas, como as de lesão a um dever, continuavam a ser merecedoras de pena, mas não uma penal criminal. Seriam as ações de imoralidade suportável e que não afetavam de maneira direta a comunidade jurídica, razão pela qual deveriam ser extirpadas do âmbito do direito penal e classificadas como integrantes de um direito penal de ordenação.

Vários autores defenderam este direito penal de ordenação, cabendo mencionar H. Mayer, Mezger e Frank¹⁶³. Para eles, este novo direito refletia como principal diferença em

¹⁶¹ O processamento de tais ilícitos era regido pelo princípio da oportunidade. Isso porque a Administração, utilizando-se da discricionariedade, poderia ou não, processar as infrações. Poderia ainda definir se a conduta era cara ao direito penal clássico, ou a essa nova modalidade. E, ainda, era ela quem decidia sobre a fixação da pena que, no mais das vezes, consistia na aplicação de multas ilimitadas. MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 222 e s.

¹⁶² Veja-se nesse sentido a doutrina de Welzel, em que o crime consistia a violação de um dever – enquanto conduta ética e moralmente censurável onde se manifestava a vontade criminal, ao invés de uma lesão a um bem jurídico. MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 214.

¹⁶³ MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 214.

relação ao direito penal a maneira de assunção da pena que, aqui, não possuía nenhum juízo moral desvalioso.

O distanciamento entre a prática e a doutrina na concepção deste novel direito se expressava mais fortemente na competência para o seu julgamento. Enquanto essa entendia que os tribunais deveriam ser os responsáveis pela sua apreciação, a *praxis* comungava da ideia de que a faculdade para aplicação das penas era dos órgãos administrativos e, caso fosse exercido algum direito de oposição, a competência passaria então para um juiz de paz.

Assim, não foram os tribunais que passaram a julgar, mas a própria Administração. Situação essa que, convenientemente, intensificou-se durante a segunda grande guerra mundial¹⁶⁴, pois servia de intervenção do Estado no âmbito de matérias relacionadas à economia, abrindo caminho para uma nova ordenação da vida econômica, já que, erigindo-a como instrumento nas suas mãos, permitiu-se ao Estado servir os seus interesses e os da coletividade.

A doutrina das infrações da ordenação fixa, portanto, o seu espaço, caracterizando-se como devedora do ilícito eticamente indiferente, mas punível apesar disso. Apresenta, todavia, como marca própria, a aplicação da sanção pelas autoridades administrativas. Marca-se, pois, a conjugação de duas ideias: de um lado a da doutrina, com a preocupação em encontrar uma fronteira entre o direito penal clássico e este outro sancionatório e, de outro, a eminente competência da Administração para, em detrimento dos tribunais, julgar estas matérias intimamente relacionadas às matérias penais, criando uma máquina repressiva eficaz e supressora dos direitos dos acusados.

2.1 A fórmula de Eberhard Schmidt

Defendendo o pensamento lançado inicialmente por Goldschmidt e por Wolf¹⁶⁵, Eberhard Schmidt retoma à atenção para a necessidade de libertação do direito penal

¹⁶⁴ Serviu, igualmente, aos propósitos do nazismo que, enquanto mantinha a possibilidade de converter em pena privativa de liberdade a multa não paga, permitiu à Administração que as garantias dadas aos acusados diminuíssem se as condutas puníveis com sanções de ordenação se alastrassem. Estreitava-se o campo de atuação da justiça, enquanto aumentava-se a autoridade administrativa. VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 75.

¹⁶⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 102.

econômico de todas as perversões da ditadura nazista, especialmente pela defesa da aplicação de sanções de foro penal exclusivamente pelos tribunais, em razão do princípio da separação dos poderes, como corolário do Estado de Direito.

É no cenário de encerramento dos conflitos mundiais, portanto, que ganha luz o direito de mera ordenação social¹⁶⁶. E isso ocorre a partir do papel interventivo de Schmidt com a criação, em 26 de julho de 1949, da lei de simplificação do direito penal econômico, a *Wirtschaftsstrafgesetz*, substituída, depois, pela *Wirtschaftsstrafgesetz - WiStG*, de 9 de julho de 1954, cujo principal objetivo foi limitar o poder sancionatório administrativo que marcava os períodos anteriores, desde a primeira guerra mundial até o nacional-socialista, de caráter totalitário.

A posição diferenciadora entre os ilícitos operada por Schmidt teve consagração legal a partir do § 6º da legislação mencionada, onde se demarcou crimes e contraordenações, punindo-se os primeiros com penas aplicadas por tribunais e as segundas¹⁶⁷ com sanções aplicadas por autoridades administrativas.

De acordo com Vilela¹⁶⁸, Eberhard Schmidt procedeu a uma distinção qualitativa – de feição objetiva – entre os dois ilícitos, referindo que o crime se distingue das contraordenações pelo conteúdo material da ilicitude das duas condutas, pois enquanto o último não lesa qualquer bem jurídico¹⁶⁹, o primeiro se caracteriza pela violação ao interesse do Estado, consubstanciada na destruição ou no perigo a bens jurídicos individuais ou coletivos.

As contraordenações, assim, limitam-se à infrações cuja importância não fere senão os interesses administrativos. Constituem, pois, descuidos ou desleixos dos cidadãos que não demonstram cooperação com a atividade administrativa. Se esgotam, deste modo, no sentido

¹⁶⁶ O novel direito ganha espaço primeiro na República Federal da Alemanha – RFA, e posteriormente na República Democrática da Alemanha – RDA. Deixa-se, todavia, de proceder a uma análise pormenorizada da legislação deste último em razão da influência exercida pelo direito de mera ordenação social de sua vizinha RFA, o que se conclui a partir da análise de VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 106-107.

¹⁶⁷ Derivadas, ao fim e ao cabo, dos crimes administrativos de cuja existência era defendida por Goldschmidt, com seu Direito Penal Administrativo.

¹⁶⁸ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 79

¹⁶⁹ Se eventualmente se falasse em bem jurídico neste domínio, somente seria vislumbrável enquanto passível de identificação com o interesse da própria Administração, ou seja, no funcionamento da atividade administrativa sem atritos. COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 104.

social da mera desobediência àquela, provocando em função disso um dano administrativo limitado ao espaço de interesses da Administração.

Para além deste critério objetivo, Schmidt acrescenta um subjetivo, correspondente a diferente atitude do agente no âmbito de realização da infração. No ilícito penal se vê uma atitude indiferente ou de inimizade para com o direito, caracterizado pela carga de reprovação ética. Já no ilícito contraordenacional se está diante apenas de uma desobediência a comandos indiferentes do ponto de vista ético, não se considerando portanto a personalidade moral do agente.

Isso abria a possibilidade de existir uma tipologia mista, consistente em se qualificar abstratamente as condutas como crimes ou como contraordenações. Era tarefa que competia tanto aos tribunais quanto às autoridades administrativas saber se se tratava de um ou de outro, levando em conta as concretas circunstâncias do caso e especialmente a atitude do autor perante à ordem econômica.

Segundo o § 6º, alínea 2, frase 2 da WiStG de 1949¹⁷⁰, tratar-se-ia de um crime no caso de alguém que pratica o ilícito com um cunho profissional, munido de um egoísmo censurável, utilizando-se de irresponsabilidade ou até de habitualidade. Seria, de outra vez, uma contraordenação na hipótese contrária, fulcro na alínea 3 do dispositivo legal.

Justamente em razão da dificuldade em se estabelecer, por parte do legislador, as infrações como crimes ou como contraordenações, porque dependiam das circunstâncias especiais do caso em concreto, é que se conduziu ao aceiteamento da fórmula mista de Schmidt.

Enfim se retirava da Administração a competência de apreciação e sancionamento dos ilícitos criminais, ainda que de baixa lesividade. Se destinava a ela, de outra mão, a apreciação das contraordenações e a aplicação de coimas, garantido-se, não obstante, a impugnação judicial da decisão administrativa, com proibição expressa de *reformatio in pejus*¹⁷¹.

Em suma, foi através da criação da categoria dogmática da contraordenação, que Schmidt pretendeu retirar do direito penal o conjunto de infrações com duvidosa ou nula reprovação ética, para o fim de processá-las com celeridade no âmbito de um procedimento conduzido por autoridades administrativas e que culminasse com a condenação em coimas,

¹⁷⁰ Esta previsão mista decorrente da fórmula de Schmidt se manteve na WiStG de 1952, no § 6º, alínea 2.

¹⁷¹ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 83.

advertências sociais ou sanções ordenativas, cuja finalidade, diferentes das penas criminais, encontrava lugar no seu caráter desencorajador¹⁷².

É atribuída a Schmidt, pois, a separação entre crimes e contraordenações não apenas no sentido da valoração ética e de competência para julgamento, mas também a partir da demonstração de que o campo de atuação dos dois pode ser o mesmo¹⁷³.

O direito de mera ordenação social, se percebe, vive não somente, mas igualmente, de um fenômeno de descriminalização, de modo que o direito penal, em via de mão dupla, pode ver seu âmbito alargado em razão da elevação da categoria de ilícito contraordenacional para categoria de crime.

2.2 A generalidade das contraordenações e o desenvolvimento do direito de mera ordenação social

De pronto Schmidt percebeu que não apenas no domínio do direito penal econômico era necessária uma libertação da utilização excessiva de penas – através da perda do conteúdo moralmente violado – mas também em outras áreas do direito penal, atendendo-se a uma necessidade de reorientação da política criminal para o fim de censurar exclusivamente os fatos ilícitos que provocassem efeitos danosos.

Com efeito, era tão necessário quanto mais urgente que se procedesse a uma reforma mais abrangente, despenalizando e, concomitantemente, estendendo a figura das contraordenações a todos os setores de atividade em geral.

Graças ao trabalho do autor alemão foram então lançadas as bases de sustentação para que a categoria dogmática da contraordenação fosse adotada para outros domínios do direito que iam além daquele envolto no ramo econômico.

Assim é que, em 25 de março de 1952, foi criada a primeira lei-quadro do regime contraordenacional (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) - OWiG, da qual poderia se socorrer o Estado sempre que necessitasse intervir em domínios conformadores.¹⁷⁴ O

¹⁷² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 320.

¹⁷³ Não o será apenas por força de diversidades histórico-civilizacionais ou histórico-temporais.

¹⁷⁴ Criada fundamentalmente com base na doutrina de Goldschmidt, de Direito Penal Administrativo e também na doutrina do ilícito eticamente indiferente. MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 236.

ordenamento jurídico-penal alemão representou, neste contexto, “*um compromisso dentre a justiça penal administrativa e a judicial*”¹⁷⁵.

A Exposição de Motivos desta lei refere a bifurcação das infrações, no modelo de Goldschmidt, e acaba por acolher a teoria fundada na existência de normas destinadas a realização da justiça e outras que não visam propriamente os fins jurídicos, mas administrativos, sendo seu objetivo último a realização do bem-estar público geral.

Dentre os vários objetivos percebidos com a aprovação da OWiG, o primeiro deles foi o da descriminalização, lograda justamente a partir da bipartição dos ilícitos em eticamente desvaliosos e neutros. O segundo, sem dúvida, foi o de por fim a aplicação de verdadeiras penas pelas autoridades administrativas, o que violava o princípio da separação dos poderes.

A coima, como sanção decorrente da contraordenação, não se apresenta como uma verdadeira pena, uma vez que não visa a expiação de uma falta. Nada mais é, pois, do que um apelo do Estado para que os cidadãos obedeçam as normas administrativas. Por isso é que pode ser apreciada a infração contraordenacional e aplicada a coima pela própria Administração depois de ter conduzido o processo e perseguido o ilícito, por contraposição ao que se sucede no direito penal.

2.3 Da reforma da OWiG de 1968

O modelo acima descrito não estava indene de críticas, as mais significativas versando sobre a condução administrativa do processo, o que acabava por concentrar na mesma pessoa o queixoso e o titular do poder decisório, à semelhança do que se passava nos procedimentos inquisitórios.

Por essa razão, basicamente, é que Mattes¹⁷⁶ junta voz às críticas de Jescheck¹⁷⁷ sobre este modelo, o que culmina na alteração da OWiG em 1968. É que do ponto de vista estrutural, a OWiG de 1952 era composta por uma parte com um conjunto de normas com

¹⁷⁵ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*, I; tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 52.

¹⁷⁶ MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 236.

¹⁷⁷ Segundo Jescheck, a aplicação das coimas pela Administração violava o princípio da reserva de jurisdição previsto na *Grundgesetz*, no seu art. 92.º, pois se tratavam de verdadeiras penas. JESCHECK, Hans-Heinrich. La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 25, 1972, p. 635 e s.

princípios gerais de direito material e outra com normas processuais. Na primeira, à semelhança do que se verificava na WiStG, no § 1, previam-se contraordenações, crimes e os tipos mistos, respectivamente nas alíneas 1, 2 e 3, sendo que na 4 cabiam as violações às alíneas 1 e 3. Não previa, pois, a fórmula mágica de Schmidt, do que se viu o legislador obrigado a proceder a uma distinção qualitativa entre as contraordenações e os crimes.

Fato é que com o início da década de 1960 se assistiu a um verdadeiro movimento despenalizador, do que rapidamente se entendeu que na categoria dogmática das contraordenações podiam ser incluídas, para além das autênticas infrações administrativas, enquanto puras desobediências administrativas, alguns outros delitos menos graves, como a perturbação do funcionamento de órgão legislativo, certos delitos de perigo abstrato e também determinadas espécies de fraudes que não chegavam a alcançar o patamar da burla, mas que, apesar disso, eram eticamente reprováveis¹⁷⁸. Foram transformadas as contraordenações, pois, em ilícitos que constituíam verdadeiros crimes, em absoluto divórcio aos cânones que Goldschmidt e, em última instância, Schmidt haviam preconizado.

Não é de causar estranheza, portanto, que diferentemente do que havia se explicitado na OWiG de 1952, com cláusula que fazia alusão expressa ao critério qualitativo, a sua reforma de 24 de maio de 1968 põe em causa tal distinção, negando, já na Exposição dos Motivos, que os crimes e as contraordenações possuíssem especificidades materiais que os diferenciavam. Concluía apenas que as contraordenações se consubstanciavam em ilícitos menores quando em relação os crimes, do que passou-se a diferenciá-los quantitativamente¹⁷⁹.

Depois da introdução da OWiG, a teorização germânica foi marcada por uma forte oposição entre os campos da teoria qualitativa, de início dominante, e da teoria quantitativa, que ganhou peso e influência posteriormente, tendo esta última revelado-se decisiva para mudança de rumo adotada pela jurisprudência constitucional alemã, que por seu turno contribuiu sobremaneira para a consolidação daquelas que são ainda hoje as ideias prevalentes no âmbito de diferenciação entre crimes e contraordenações¹⁸⁰.

¹⁷⁸ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 90.

¹⁷⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 108.

¹⁸⁰ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 148.

Através de um relance do que até aqui foi exposto, alguma consideração já pode se dar como assente. É o fato de que o direito de mera ordenação social já não era mais formado pelo conjunto de ilícitos eticamente neutros, pelo conjunto de descumprimento das normas administrativas, nem pelo conjunto de preceitos cuja função era a prevenção de desobediências administrativas. Com efeito, era um direito sancionatório próprio, formado por todos esses ilícitos mas igualmente por aqueles destinados a proteger bens jurídicos.

De todo modo, até os idos da década de 1970, o direito das contraordenações era exclusivamente alemão¹⁸¹. Foi a partir de então que colheu a simpatia de Eduardo Correia, motivo pelo qual se expandiu aos domínios do ordenamento jurídico português.

3. O direito de mera ordenação social em Portugal

A experiência alemã que se buscou trazer à colação, como sabido, é fonte direta e assumida da introdução do direito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português.

Para além das considerações desse influxo alemão entre os portugueses¹⁸², o descortinamento do direito contraordenacional em Portugal revela ainda indispensável uma análise da própria realidade do país, o que implica em um retorno de mais de um século, nomeadamente até o Código Penal português de 1852.

3.1 O Código Penal português de 1852 – crimes ou delitos e contravenções

¹⁸¹ Na Áustria, operou-se alguma influência, já que o legislador suíço, em 1974, verteu em lei o seu direito penal administrativo em caráter muito aproximado daquele direito contraordenacional alemão. Nesse sentido, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática Geral das Infrações antieconómicas – O Problema do Direito Penal Económico. In: *BMJ*, 262, 1977, p. 12. Ainda nos dias de hoje vigente, o critério distintivo entre o direito penal judicial e o direito penal administrativo austríaco se dá na competência decisória. Se for do tribunal, é direito penal judicial, se dos órgãos políticos ou policiais, é direito penal administrativo, vertendo-se esse último, pois, num verdadeiro direito penal de bagatelas. LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. In: *Revista de Administración Pública*, 121, 1990, p. 393 e s.

¹⁸² A esse respeito, aduz Faria Costa que a influência do pensamento alemão apenas começou a se fazer sentir no âmbito do pensamento português a partir da década de 1940, sendo até então dominante o referencial francês. FARIA COSTA, José Francisco de. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Revista de Direito e Economia*, 1-2, 1983, p. 22 e s.

O Código Penal de 1852, abrindo mão do modelo tripartido francês (crimes, delitos e contravenções), adotou um sistema bipartido entre crimes e contravenções, do que veio a ser seguido pelo Código de 1886.

Em ambos diplomas se estabelecia que “*crime ou delito é o fato voluntário declarado punível pela lei penal*” (art. 1.º), enquanto “*contravenção é o fato voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica*” (art. 3.º).

Ao colocar em situação de igualdade os crimes e os delitos, no art. 1.º, e com a caracterização de contravenção realizada no art. 3.º, assumiu-se caminho diverso do Código Francês de 1810, que não dispunha sobre o conteúdo da contravenção, realizando distinção puramente formal (fundado na pena aplicável) entre crimes, delitos e contravenções¹⁸³.

Diferentemente dos seus congêneres, o CP de 1852, depois de prever, no seu Livro II, os crimes em especial, não dedicou um terceiro Livro às contravenções, categoria que a esta altura estava associada ao malefício que a lei punia com penas de mera polícia¹⁸⁴. Com efeito, algumas contravenções criadas foram dispersadas por legislações avulsas e outras foram espalhadas pelo Diploma Penal.

No Título VII, “Das Contravenções de Polícia”, do Livro II, verificavam-se três dispositivos: o artigo 484.º, que remetia para as leis e regulamentos administrativos e de polícia; o artigo 485.º que remetia para posturas e regulamentos municipais; e o artigo 486.º que determinava a proibição de se decretar nos regulamentos administrativos e de polícia geral ou municipal, ou rural, ou nas posturas das câmaras penas mais severas do que aquelas que se encontravam ali previstas sem que existisse uma lei a autorizar punição mais grave.

Note-se que o Código Penal acabava por acolher em seu seio as contravenções, o que poderia levar a crer que tais ilícitos seriam uma espécie de crime. Todavia, considerando a conscientização até então operada de que o crime e, com ele, todo o direito penal em sentido estrito, não era capaz de esgotar o âmbito do direito sancionatório em geral, tinha-

¹⁸³ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 108-109.

¹⁸⁴ MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa, *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários; problemas gerais*, I, Coimbra: IDPEE, p. 30 e s.

se, em boa verdade, uma rejeição ao critério quantitativo enquanto válido para diferenciar crime e contravenção, adotando-se, por conseguinte, a aceitação de um critério qualitativo.

O CP de 1852 nos conduz a perceber que o legislador quando criou a figura das contravenções estava absolutamente conscientizado a respeito de quais os comportamentos ilícitos que ali pretendia incluir – “*todos os que, embora não violassem o mínimo ético, ainda assim, deveriam ser sancionados pelo facto de a sua prática colocar em causa a ordenação e a promoção da ordenação do viver comunitário e os que violassem normas portadoras de deveres administrativos*”¹⁸⁵.

Em que pese o artigo 3.º do CP se referir às contravenções, fato é que a partir dessa consagração legal, o ordenamento jurídico português ganha um novo direito sancionatório, em que o direito penal se desprende formal e materialmente daquele ilícito. Chama-se-lhe direito penal administrativo ou direito de mera ordenação social. Com isto, pois, identifica-se a grande revolução do Código Penal de 1852.

3.2 A posição inicial de Beza dos Santos e Eduardo Correia

O debate sobre a teoria alemã do direito penal administrativo teve início na obra de Beza dos Santos, *Ilícito penal administrativo e ilícito criminal*, de 1945. O autor português dirigiu atenção para o sentido da compreensão e da análise crítica dos fundamentos do ilícito penal administrativo desenvolvido por Goldschmidt.

Nesse sentido, muito embora tenha entendido como legítimo o ponto de partida de Goldschmidt, isto é, “*a diferenciação das formas de atividade do Estado*”¹⁸⁶, acabou por dela divergir em absoluto.

Entendia Beza dos Santos que não era suficiente para criação de um outro direito penal, no caso o direito penal administrativo, o fato de se ter um direito penal preocupado e em serviço da proteção de interesses de natureza administrativa. Nessa linha, questionava a diferenciação entre as penas criminais e as penas do ilícito administrativo¹⁸⁷.

¹⁸⁵ VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 130.

¹⁸⁶ SANTOS, José Beza dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 44.

¹⁸⁷ SANTOS, José Beza dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 44 e s.

Aduzia que o direito penal é recorrentemente chamado a tutelar interesses decorrente de ilícitos civis, comerciais, políticos ou fiscais e nem por isso se justifica razão para que em relação a cada um deles se propugne a edificação de um específico direito penal. Nesse raciocínio, pois, não encontra motivo para que a relação entre o ilícito administrativo e o direito penal conduzisse a uma autonomia tão distante entre eles, tal qual se pretendia com a teoria do direito penal administrativo.

Avançando, dirá que se a especificidade do ilícito administrativo não constitui razão suficiente para a criação de um direito penal paralelo, também não se pode justificar a existência de um regime jurídico-penal com penas substancialmente distintas. Com efeito, “*as penas a aplicar pela falta de colaboração que os cidadãos prestem à acção administrativa para o bem estar e progresso geral têm e devem ter os mesmos fins das outras sanções penais: reprovar o facto ilícito, prevenir a sua prática pelos outros cidadãos e evitar a repetição desse e de outros pelo agente que os cometeu*”¹⁸⁸. Na sua compreensão, quando muito, a diferença entre as sanções se operaria no âmbito da intensidade.

Em linha de conclusão de seu pensamento, Beleza dos Santos profere reservas quanto a posição de que seria o ilícito administrativo eticamente neutro. Não deveriam passar pelo caráter administrativo ou não administrativo do ilícito¹⁸⁹ os valores ofendidos e o respectivo grau de ofensa da conduta, uma vez que nem sempre a falta de colaboração do particular para com a Administração poderia se caracterizar com eticamente irrelevante ou, de todo modo, menos relevante do que aquela que é própria ao ilícito criminal.

Com estas mesmas impugnações é que Eduardo Correia se posicionou em uma primeira fase de seu pensamento. Tal como Beleza dos Santos, o Mestre de Coimbra reconheceu a diversidade dos fins que o Estado se propunha a realizar, nisso implicando uma modificação dos meios que serviam a sua prossecução e, conseqüentemente, dos delitos que se lhes estavam associados¹⁹⁰. Colocava em causa, no entanto, a possibilidade, de um ponto de vista prático, de o Estado diferenciar esses fins distintos, especialmente através de um critério ético.

¹⁸⁸ SANTOS, José Beleza dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 45.

¹⁸⁹ SANTOS, José Beleza dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 46, nota 2.

¹⁹⁰ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicado por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho), p. 30.

Correia pontuou sobre a dificuldade de se diferenciar o ilícito administrativo do ilícito de justiça na hipótese em que o Estado vai para além do simples reconhecimento de valores éticos e assume como função a sua promoção. Tarefa ainda mais complicada na medida em que mutação do modo como os interesses são socialmente reconhecidos, pois “*é igualmente certo que interesses que hoje dinâmica e intencionalmente se promovem, amanhã fazem parte do patrimônio adquirido da sociedade*”¹⁹¹.

3.3 A virada de pensamento de Eduardo Correia

No início da década de 1960 o pensamento de Eduardo Correia se altera profundamente¹⁹², passando a rever a teoria do direito penal administrativo e propugnando a adoção no direito português de um modelo semelhante ao sistema alemão das contraordenações.

O contexto em que ocorre essa virada de posicionamento se dá muito em função da positivação do direito das contraordenações no sistema legal português no final da década de 1970, nomeadamente aos trabalhos de preparação do Projeto de um novo Código Penal, capitaneado pelo autor português, então Ministro da Justiça¹⁹³.

Sem dúvida foi o modelo alemão que iluminou os olhos do Professor Eduardo Correia quando da elaboração da reforma do direito penal português¹⁹⁴, isso porque logo no

¹⁹¹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicado por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho), p. 30.

¹⁹² Apesar das reservas que anteriormente manifestou em relação à doutrina do direito penal administrativo, acabou acolhendo a solução das contraordenações alemã como instrumento que acabou sendo imprescindível para depuração descriminalizadora de que o direito penal português necessitava, de modo que a esse competiria intervenção apenas quando houvesse violação “*daqueles valores éticos fundamentais que ao direito penal cumpre afirmar pela inflicção de penas*”. CORREIA, Eduardo. Código Penal. Projecto da Parte Geral, In: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, 1963, p. 78.

¹⁹³ O Decreto-Lei n.º 43488, de 28 de janeiro de 1961 foi o que expôs a promoção e elaboração de um projeto de reforma do Código Penal. Com efeito, “*em 1963 apresentou Eduardo Correia o Projecto da parte geral, sobre o qual se debruçou, em 1964-5, uma Comissão revisora que o deixou substancialmente intocado; em 1966 foi convertido em Projecto ministerial, já com alterações de certo relevo mas que não afectaram a sua estrutura fundamental e os seus propósitos básicos de política criminal. Ainda em 1966 apresentou Eduardo Correia o Projecto de parte especial, revisto, antes de publicado, por uma Comissão que trabalhou sob a sua directa orientação*”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, separata do vol. XLVIII, 1972, p. 11 e s.

¹⁹⁴ Essa constatação é realizada por FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, CEJ, 1983, p. 320. Ainda por COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 85. E também por Lobo Moutinho em *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, p. 22.

Projeto já dá a entender que na perspectiva de seu pensamento as infrações administrativas estão separadas das infrações criminais por uma diferença material ou qualitativa, e não meramente quantitativa. Ideia essa ressaltada não apenas com base no critério ético, mas a partir da afirmação de que “*verdadeiramente, tais violações não representam um menos relativamente ao ilícito penal, mas constituem coisa diferente*”¹⁹⁵.

Eduardo Correia aprofunda, portanto, a diferença substancial entre os crimes e as infrações às normas de ordenação social, primeiro nas *Lições de Direito Criminal*, de 1963, e depois, uma década mais tarde, no seu estudo fundamental *Direito penal e direito de mera ordenação social*, de 1973¹⁹⁶.

O traço da caracterização do direito penal administrativo é divisado pelo autor português a partir do conteúdo do ilícito, sob o ponto de vista material. Essa caracterização, à semelhança da doutrina dominante na Alemanha até então, é que permite conceber o ilícito administrativo como algo qualitativamente distinto do ilícito penal que não se constitui propriamente em um direito criminal de menor grau, mas em algo diferente¹⁹⁷.

Há de se ressaltar no seu pensamento, entretanto, a existência de um pequeno distanciamento em relação a doutrina germânica de Eberhard Schmidt, da qual se encontrava mais próximo. Nesse aspecto, enquanto para Schmidt o ponto fulcral da contraposição entre direito penal e o direito contraordenacional era a vinculação ou não do fato à tutela de um bem jurídico, caracterizando-se o ilícito de mera ordenação essencialmente como uma desobediência do cidadão a uma ordem emanada da Administração, para Eduardo Correia essa contraposição não pode acontecer em função da relevância ou não do papel do bem jurídico que empurre o ilícito administrativo para o domínio do mero descumprimento de norma administrativa, pois “*não [se] compreende a existência de um bem jurídico que não suponha um certo bem por ele protegido*”¹⁹⁸.

A especificidade da ilicitude na infração contraordenacional repercute na natureza da sanção que se lhe deve aplicar em razão de violação, ou seja, uma sanção não criminal. Nesse sentido, justifica-se a natureza administrativa do seu processamento, o caráter

¹⁹⁵ CORREIA, Eduardo. Código Penal. Projecto da Parte Geral, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, 1963, p. 79.

¹⁹⁶ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 257 e s.

¹⁹⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicado por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho), p. 29.

¹⁹⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicado por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho), p. 25.

administrativo da autoridade apreciadora e principalmente a diferença de fins que lhe está designada.

Diferentemente da sanção penal, na sanção administrativa percebe-se o direcionamento da coerção sobre o agente para o fim de que cumpra um dever previsto na norma administrativa infringida. O que a sanção almeja, ao contrário do que acontece com as verdadeiras penas, é o cumprimento de um dever¹⁹⁹. O sentido que se aponta, à identidade de pensamento de Schmidt, é o de que se trata de mera advertência social, isenta de qualquer maculação ética, e que não tem outra função que não a de estimular o infrator ao cumprimento do dever que a ele compete²⁰⁰.

Esta autonomia que se verifica nos ilícitos de mera ordenação social, tanto em relação ao fato como no que tange à sanção, são justificativas bastantes, no entendimento de Correia, para que não lhe sejam aplicáveis determinados princípios e categorias do direito penal.

Nesse diapasão, cumpre a libertação do princípio *nulla poena sine iudicio* para que, tal qual na Alemanha, se confie à Administração a competência para apreciar e decidir sobre a prática da infração e da sanção a ser aplicada.²⁰¹ Como a tarefa há de ser puramente administrativa, necessário o reconhecimento em grande medida do princípio da oportunidade. Ainda, hão de se reconhecer, igualmente, determinadas garantias de defesa, nomeadamente o direito ao recurso, ou seja, de poder ver reapreciada eventual condenação por um juiz²⁰².

Aliás, o Mestre de Coimbra enxerga como uma das grandes vantagens do paradigma de mera ordenação social a sua libertação do juízo penal, tanto no que concerne à parte do procedimento – que deve ser entregue à Administração, como depois na fase recursal de eventual condenação. Vê-se, pois, a sua utilidade no combate à hipertrofia penal,

¹⁹⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicado por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho), p. 31.

²⁰⁰ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 269.

²⁰¹ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 271-275.

²⁰² Muito embora, conforme pontua Eduardo Correia, tal questão suscite dúvidas a respeito da jurisdição administrativa. CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 275.

contribuindo para erradicação das sentenças penais condenatórias de medidas materialmente administrativas²⁰³.

Essencialmente são duas as modalidades de infrações que Eduardo Correia defendeu que deveriam passar ao domínio do direito de mera ordenação social. Primeiro, os fatos que integram “*imposições ou proibições ditadas pelo estado social de direito actual, no desenvolvimento da sua crescente actividade administrativa e muito particularmente no cumprimento do seu dirigismo económico, financeiro, fiscal, alfandegário, bancário, etc.*”²⁰⁴, pois se relacionam àquela função salutista do Estado de promoção do bem-estar social. Segundo, todo o grupo de condutas que no direito penal português de então era composto pelas contravenções, já que “*também estas, destinando-se a prevenir perigos longínquos para uma série indeterminada de bens jurídicos, se desprendem de toda a eticidade ligada a interesses ou valores jurídicos concretos, visando, pelo contrário, satisfazer, directa e imediatamente, necessidades coletivas. Sendo assim, a sua violação realiza afinal, um ilícito administrativo, ou melhor, constitui infracção ao chamado direito de pura ordenação social*”²⁰⁵.

Por último, deve-se adiantar a propensão de Eduardo Correia para um enquadramento do direito contraordenacional no seio do direito administrativo, em contramão à maioria da doutrina alemã.

Com efeito, manifestou-se claramente o português no sentido de afastar do direito penal o direito de mera (ou pura²⁰⁶) ordenação social, integrando-o, ou pelo menos aproximando-o substancialmente ao direito administrativo.

Tal opção sistemática se entende como absolutamente legítima, ao passo que o que se pretendeu foi criar um novo ramo de direito sancionatório independente do direito penal. Para além disso, eventual hesitação nesse aspecto poderia dificultar, senão inviabilizar por

²⁰³ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 263 e s.

²⁰⁴ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 278.

²⁰⁵ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 278.

²⁰⁶ Nuno Brandão identifica que o dar-se conta de Eduardo Correia no que tange a essa realocação das contraordenações dentro do direito administrativo implicou na própria mudança de denominação terminológica por ele adotada. Se inicialmente utilizava-se de “ilícito administrativo” ou “ilícito criminal administrativo” para designar o fato ilícito contraordenacional, depois pareceu pretender evitar o uso de tal terminologia. BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 153, nota 534.

completo a sua criação legal, nomeadamente em razão da entrega de uma competência processual primária à Administração, já que Eduardo Correia creditava essa última questão relativa à competência como a base estrutural da descriminalização que se pretendia²⁰⁷.

De toda maneira, o real enquadramento do direito de mera ordenação social, se pertencente ao direito penal, como defendeu a doutrina alemã, ou se vinculado ao seio do direito administrativo, como compreendeu Eduardo Correia, é tema a ser tratado nos pontos subsequentes desta investigação.

3.4 A Lei-Quadro das Contraordenações – o RGCO aprovado pelo Decreto-Lei n.º 232/79

A discussão dogmática acerca da introdução do direito das contraordenações em Portugal não se sucedeu tal qual ocorreu na Alemanha. Ao contrário do país germânico, entre os portugueses não chegou se chegou a fomentar um substancial debate doutrinário a respeito do tema, mas uma espécie de monólogo de Eduardo Correia²⁰⁸.

O contexto histórico vivido em Portugal entre as décadas de 1960 e 1970, com profunda transformação política²⁰⁹, social, econômica e jurídica, e o próprio fato de o Mestre de Coimbra, conforme já mencionado, ter assumido a pasta ministerial da Justiça, foram fatores preponderantes para a propulsão das ideias que culminaram na elaboração do Regime Geral das Contraordenações.

Aprovado no dia 6 de junho de 1979 e publicado na I Série do Diário da República de 24 de julho de 1979, o Decreto-Lei n.º 232/79 foi o diploma legal que pela primeira vez

²⁰⁷ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 278.

²⁰⁸ Não é por outra razão que acabou sendo comparado a Eberhard Schmidt, dada a importância assumida no âmbito da instituição do direito de mera ordenação social, tendo sido apontado inclusive, como o “Eberhard Schmidt português” por PALIERO, Carlo Enrico. “*Minima non Curat Praetor*”. *Ipertrofia del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova: CEDAM, 1985, p. 486.

²⁰⁹ Muito embora fosse evidente o amadurecimento da doutrina estrangeira a respeito do tema e pertinente o preconizado por Eduardo Correia com o seu Projeto de um novo Código Penal, ele acabou “engavetado” pelo Governo do Estado Novo, pois não encontrou espaço político para sua consagração legal. É que os fundamentos do Estado Português ainda na altura eram explicitamente antidemocráticos, o que ia de encontro a algumas das características mais notáveis da reforma proposta. Somente após a instauração de um novo sistema político, desta vez de cariz democrático, após a Revolução de 25 de abril de 1974 é que se abriram as portas para levar a frente a reforma penal de que tanto carecia o sistema jurídico português. Havia, pois, a partir dali, uma necessidade de adequar o direito penal ao novo quadro democrático, especialmente após a aprovação da nova Constituição da República Portuguesa, de 1976. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, p. 69-77.

instituiu entre os portugueses o ilícito de mera ordenação social. Assumiu-se, essencialmente, como uma “lei-quadro”, e através da definição dos princípios e regras gerais do direito contraordenacional substantivo e adjetivo, passou a dar azo à vindoura formulação de tipos legais contraordenacionais específicos.

O diploma equiparou às contraordenações as contravenções ou transgressões que por previsão legal fossem aplicadas sanções pecuniárias, fulcro no art. 1.º, n.º 3: “*São equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias*”.

Aplicou um critério formal para identificação da infração contraordenacional, tal qual procedido pela OWiG alemã de 1968: “*constitui contraordenação todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*” (art. 1.º-1).

Diferentemente, porém, do texto legal, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, o legislador posicionou-se sobre a natureza da contraordenação e da sanção de coima, caracterizando-as a partir de uma distinção assumidamente qualitativa em relação ao crime e a pena criminal²¹⁰. Sufraga-se, então, a impossibilidade de ser a contraordenação diretamente fundamentável num plano ético-jurídico, tal qual a coima que, por isso, encontra-se alheia a uma expiação da censura ético-pessoal.

Dita invocação da ausência de diferença ética do fato e da sanção passa a reconduzir o modelo das contraordenações, agora legislado, ao plano do direito administrativo.

Em razão desta identificada necessidade de que se diferenciasse o modelo de mera ordenação social, os vocábulos “contraordenação” e “coima” exsurgiram da indispensabilidade de se escolher formulações semânticas diferentes daquelas utilizadas pelo próprio direito penal. Com efeito, a palavra *contraordenação* veio de uma tradução exata para a língua portuguesa da palavra alemã *Ordnungswidrigkeiten*²¹¹, enquanto o termo *coima* remontava ao período medieval português, representando a multa que se levava pela injustiça ou afronta cometida²¹².

²¹⁰ Esta posição preambular do diploma é marca assente das ideias sufragadas por Eduardo Correia, na identificação de CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 98 e s.

²¹¹ Não passou, no entanto, ao largo de reparos, porquanto se tenha considerado que a tradução correta de *Ordnungswidrigkeiten* fosse transgressões da ordem. MOUTINHO, José Lobo. *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, p. 17.

²¹² As coimas, do étimo latino *calumnia* eram penas pecuniárias que, na Idade Média em Portugal, revertiam para o fisco e para o queixoso ou seus familiares, decorrentes de imposição aos culpados de certos delitos. Não

Na mesma linha de pretensão de afastamento do direito contraordenacional do direito criminal, não houve previsão no Decreto-Lei de nenhuma disposição no sentido de aplicação subsidiária da lei penal ou processual penal ao novo modelo²¹³.

Permanecendo, entretanto, em vigor até o Decreto-Lei n.º 433/82, o fato é que o Decreto-Lei 232/79 nunca logrou uma efetiva aplicação. Primeiro porque poucos tipos contraordenacionais foram criados e segundo porque o V Governo Constitucional, logo que entrou em função, determinou a revogação dos dispositivos que equiparavam as contraordenações às transgressões ou contravenções puníveis com sanções pecuniárias²¹⁴. Além disso, apresentaram-se alguns problemas de incidência prática, haja vista a ausência de qualquer iniciativa no quilate de aparelhar a Administração de condições adequadas para intervenção no processamento das contraordenações e das contravenções a ela equiparadas, tudo indicando fosse suspensa a execução do regime legal até que se concretizassem, certamente por fases, as condições necessárias a sua eficaz aplicação²¹⁵.

3.5 O RGCO aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82

Foi em 1982 que o direito de mera ordenação social foi efetivamente reavivado no sistema jurídico português. Ano esse em que se conheceu uma ampla revisão constitucional²¹⁶ e dotou-se um novo Código Penal²¹⁷.

Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 433/82, o novo Regime Geral das Contraordenações fundiu-se a um claro movimento de reforma global do sistema penal

representavam, todavia, a expiação integral do crime, mas estavam associadas a outras penas, como as corporais ou de prisão. MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários; problemas gerais*, I, Coimbra: IDPEE, p. 148.

²¹³ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 169.

²¹⁴ Decreto-Lei n.º 411-A/79, artigo único: “São revogados os n.º 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho”.

²¹⁵ MOUTINHO, José Lobo. *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, p. 17.

²¹⁶ Lei Constitucional n.º 1/82, aprovada em 12 de agosto de 1982 e publicada no Diário da República de 30 de setembro, p. 3155 e s.

²¹⁷ Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 400/82, aprovado pelo Conselho de Ministros em 19 de agosto de 1982 e publicado no Diário da República de 23 de setembro de 1982, p. 3006-(2) e s., a partir da autorização da Lei n.º 24/82, aprovada em 19 de julho de 1982 e publicada em 23 de agosto de 1982.

português, caracterizando uma das bases de sustentação do movimento de descriminalização²¹⁸.

Havia, neste momento, a preocupação de se estabelecerem condições para acomodar o direito de mera ordenação social na contextura do poder legislativo. Daí porque na revisão constitucional de 1982, o art. 168.º da Constituição da República Portuguesa passou a determinar, na alínea ‘d’ do seu n.º 1, que faria parte da competência legislativa da Assembleia da República “*o regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo*”.

Perpetrou-se a partir desta revisão constitucional uma verdadeira constitucionalização do direito de mera ordenação social, confirmada pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 56/84²¹⁹.

No plano material, o RGCO, no seu art. 1.º, concebeu o fato contraordenacional como formalmente distinto do fato penal, admitindo-se em geral a responsabilidade das pessoas jurídicas (art. 7.º). A coima foi conformada como sanção principal e exclusivamente pecuniária (art. 17.º), não admitindo-se dar lugar a conversão em pena de prisão em caso de não cumprimento, tal qual na OWiG da Alemanha (art. 89.º). Em matéria de princípio da legalidade (art. 2.º), de aplicação da lei no espaço (arts. 4.º e 6.º), de punibilidade da negligência (art. 8.º-1), de inimputabilidade em razão da idade e em razão de anomalia psíquica (arts. 10.º e 11.º) e de tentativa e desistência (arts. 12.º e 14.º), o diploma português praticamente transpôs os termos da legislação germânica²²⁰⁻²²¹.

No plano processual, foi destinada à Administração o poder sancionatório, consubstanciado na competência para a instrução e decisão sobre o cometimento da

²¹⁸ Aliando o desígnio descriminalizador a institucionalização do direito das contraordenações, CORREIA, Eduardo. As grandes linhas da reforma penal. In: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, CEJ, 1983, p. 37.

²¹⁹ “*O poder constituinte derivado, que instrumentou a revisão da Constituição na Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, não podia, por razões temporais, haver sido directamente influenciado, nem pelo texto definitivo do novo Código Penal, nem pelo Decreto-Lei n.º 433/82. Mas foi-o necessariamente pela doutrina, que há muito reclamava a singularização do direito criminal, pelos sucessivos projectos e trabalhos preparatórios do novo Código Penal, pelo Decreto-Lei n.º 232/79 e, de um modo global, pela política de descriminalização do legislador ordinário, da qual era primeiro instrumento o ilícito de mera ordenação social.*” PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 56/84. Disponível em: <<http://publicos.pt/documento/id382242/acordao-56/84>>. Acesso em 17 jun. 2016.

²²⁰ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 178-179.

²²¹ Muito por esta razão acabou sendo rotulado por parte da doutrina italiana de “derivado português” da *Ordnungswidrigkeiten* alemã. PALIERO, Carlo Enrico. La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità econômica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1993, p. 1044.

contraordenação (art. 33.º), e regida sob o princípio da legalidade na promoção processual (art. 43.º), e não no da oportunidade como na Alemanha. Em caso de condenação, ficou expressa a possibilidade de interposição de recurso judicial, em regra para um tribunal de jurisdição comum (art. 61), cabendo ainda a possibilidade de admissão de recurso para a Relação (art. 73.º), a depender da sentença prolatada²²².

Deste novo ordenamento sancionatório se pode enxergar, portanto, o contributo decisivo para a racionalização e purificação da ordem jurídico-penal²²³, sendo que a partir de princípios e preceitos definidos pelo legislador, pode então submeter-se o crescimento da atividade sancionadora da Administração.

4. A natureza do direito das contraordenações

A análise a que foi submetido o leitor até o presente momento trouxe à tona o percurso realizado até a consolidação do direito contraordenacional no ordenamento jurídico de Portugal. A partir disso, revelou-se que uma parte essencial de seu conteúdo histórico é composto pela própria discussão a respeito da natureza das infrações e sanções de mera ordenação social e a sua contraposição aos crimes e às penas.

Assim, o propósito final deste capítulo deita atenção na análise a respeito da natureza do direito de mera ordenação social.

Não se desconhece que nem todos os autores entendem existir uma separação entre os dois ilícitos, havendo quem inclusive defenda ser o direito das contraordenações uma mera faculdade auxiliar a justiça penal²²⁴. Grande parte da doutrina, todavia, apresenta critérios baseados em diferenças quantitativas ou formais, qualitativas ou substanciais, e mistas.

²²² BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 179.

²²³ A introdução ao Código Penal e o preâmbulo do novo RGCO ressaltaram o propósito de descriminalização que conduzia as reformas, em homenagem ao princípio de que o direito penal deveria atuar sempre em *ultima ratio*.

²²⁴ CATARINO, Luís Guilherme. *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 835.

Para os limites desta exposição, alerta-se, no entanto, que não se procederá à identificação de todas as posições a fundo, mas apenas àquelas que se entendem pertinentes ao posicionamento final que se tem por mais adequado.

4.1 A posição de identidade de Manuel Cavaleiro de Ferreira

Capitaneado por Cavaleiro de Ferreira²²⁵, um ramo minoritário da doutrina portuguesa entendeu por recusar qualquer espécie de diferenciação entre o direito de mera ordenação social e o direito penal clássico.

As contraordenações seriam direito penal, nomeadamente direito penal administrativo, sendo que as coimas seriam sanções de natureza penal substancialmente idênticas às multas criminais.

A seu ver, as contraordenações, quando contrapostas aos crimes encontrariam a renúncia da lei a fixar uma distinção material, delimitando de maneira nominal crime e contraordenações ao que elas efetivamente são – infrações penais administrativas²²⁶. Enfim, a oposição entre crimes e contraordenações seria puramente nominal.

4.2 As posições de contraposição baseadas em critérios qualitativos

A autonomia qualitativa ou material do ilícito contraordenacional frente ao ilícito criminal recebe uma larga maioritária aceitação doutrinal nos domínios do ordenamento português.

O paradigma da tutela do bem jurídico penal na formulação do conceito material de crime e, por via de consequência, do conceito material de contraordenação caracteriza com segurança aquela diferenciação que goza de maior prestígio em Portugal.

Com efeito, Eduardo Correia se ocupou da questão para defender que uma coisa é direito criminal, outra é direito relativo à violação de uma certa ordenação social, cujas infrações correspondem a reações de natureza própria. Não estão sujeitas aos corolários do

²²⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português. Parte Geral, I*, Lisboa, Verbo, 1981.

²²⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português. Parte Geral, I*, Lisboa, Verbo, 1981, p. 17.

direito criminal as reações que cabem contra o ilícito, já que não são diretamente fundamentáveis em um plano ético-jurídico²²⁷.

À semelhança de pensamento, certamente influenciado por Eduardo Correia, Figueiredo Dias²²⁸ defende que a distinção entre os dois ilícitos se faz partindo da indiferença ético-social, não dos ilícitos propriamente ditos, mas sim das condutas que os integram. No ilícito de mera ordenação social o que é axiológico-socialmente neutro é a conduta em si mesma, desligada da proibição legal, contrariamente ao que ocorre com o ilícito do direito penal. Nas suas palavras “*o que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social*”²²⁹. A este entendimento se acresce o fato de não se poder incluir no objeto de proteção do direito penal as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis. Mesmo pecaminosas ou politicamente nocivas, algumas condutas podem ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social, do que se torna a necessidade social um critério decisivo na intervenção do direito penal, que somente deverá incidir como *ultima ratio* da política social²³⁰.

Posteriormente, Figueiredo Dias admite que, em certos casos, o legislador pode aceitar critérios adicionais de distinção para além dos qualitativos, inclusive, os quantitativos, quando a quantidade se converte em qualidade²³¹. Propugna, assim, um critério de distinção misto qualitativo-quantitativo em que a quantidade pode se apresentar como condição da relevância axiológica-social de uma conduta, quando assumida, por exemplo, uma gravidade objetiva, torando-se ético-socialmente relevante.

4.3 As posições de contraposição baseadas em critérios quantitativos

²²⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, 49, 1973, p. 268 e s.

²²⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 328.

²²⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 328.

²³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 323.

²³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 328.

O critério quantitativo se baseia na diferenciação entre os ilícitos penais e contraordenacionais com base na gravidade das infrações ou sanções, segundo o qual as sanções aplicadas pelo direito penal são mais graves do que as do direito das contraordenações, principalmente em razão da impossibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade para este último caso.

Este modelo de diferenciação não encontra atualidade entre os autores portugueses, sendo, no mais das vezes, rechaçado de plano²³². Há de se fazer referência, no entanto, a posição de Pedrosa Machado²³³ que, muito embora dirija fortes críticas ao sistema contraordenacional, por violação ao princípio da juridicidade, recorre a um critério quantitativo de distinção entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional. Também entre os portugueses, Nuno Lumbrals manifesta-se por um critério meramente quantitativo quando para justificar a intervenção do direito de mera ordenação social ou do direito penal busca respaldo na intensidade necessária a figura de cada um²³⁴.

É na Espanha, todavia, quando se procede ao confronto entre os crimes e as infrações administrativas, que vezes autorizadas mostram-se defensoras de uma diferenciação quantitativa. Com efeito, Cerezo Mir manifesta a ideia segundo a qual a diferença entre o direito administrativo sancionador espanhol e o direito penal deve residir no critério quantitativo, sendo que o limite entre um e outro deve ser traçado pelo legislador levando em conta a gravidade da infração atribuída pelo desvalor ético-social por ela proporcionado²³⁵. Tal proposta, portanto, defende a transposição de alguns princípios do direito penal para o direito administrativo sancionador, sendo assente pela maioria absoluta da doutrina, inclusive pela jurisprudência, esta transmutação, do que decorre ainda o entendimento de que do ponto de vista ontológico, seriam os ilícitos idênticos²³⁶.

²³² A respeito da negativa de diferenciação com base unicamente em critérios quantitativos, por justamente se admitir uma gravidade apurada em razão da possibilidade de cumulação da coima com sanções acessórias no direito das contraordenações, admitindo-se como possível, inclusive, uma superação de gravidade das sanções contraordenacionais perante aquelas de cariz penalístico, ver LOPES, Licínio. Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, p. 21.

²³³ MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. *Contração e contra-ordenação – notas sobre a génese, a função e a crítica dos dois conceitos*. In: *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*. Lisboa: Banco de Portugal, 1998, p. 46.

²³⁴ LUMBRALES, Nuno B. M. *Sobre o conceito material de contra-ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006. p. 223.

²³⁵ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal*. Parte General. Tomo I: introdución. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e s.

²³⁶ A esse respeito, ver o que já se expôs no ponto 2.2, do Capítulo I.

4.4 O critério misto qualitativo-quantitativo

Por derradeiro, alguma doutrina defende que a diferenciação se daria com base em um critério misto, se bem que predominante o critério quantitativo em detrimento do qualitativo que limitar-se-ia a um pensamento de transformação da quantidade em qualidade²³⁷.

Identifica-se nessa tese uma aproximação ao pensamento de Roxin, que aduz não ser mais possível defender que o direito penal tenha a função de tutelar bens jurídicos individuais, pré-existentes ao cidadão e que, por outro lado, o direito de mera ordenação social vise tão somente punir desobediências eticamente neutras, como maneira de assegurar o bem-estar público. No seu entendimento a conduta deve ser punida pelo direito das contraordenações quando uma sanção de carácter penal não se revele suficiente para assegurar o fim que ela pretende assegurar. Defende o autor alemão que existe um excesso de perseguição penal e que várias condutas por ele tuteladas deveriam caber no âmbito contraordenacional. Deve-se, nesse sentido, olhar para o princípio da subsidiariedade como uma diretiva de política criminal para o fim de fixar em até que ponto deve o legislador transformar crimes em contraordenações. Daí porque afirma que não há uma diferença qualitativa propriamente dita entre os dois, sendo que a distinção deve ser feita se olhando ora para o princípio da subsidiariedade, ora para as considerações que levam em conta o carácter bagatelar da lesão. A diferença, nesse sentido, seria quantitativa, pois²³⁸.

Entretanto, Roxin afirma que há um limite a partir do qual a quantidade se transforma em qualidade na medida em que não seria possível que um homicídio, um sequestro, fossem punidos no âmbito das contraordenações. Estas condutas estariam envoltas num determinado peso a requererem uma proteção do direito penal, considerando-se, para tanto, um âmbito nuclear de direito penal onde não estaria autorizada a entrada de qualquer ilícito de natureza contraordenacional. Nada impediria, todavia, que certas condutas, apesar de violadoras desse âmbito nuclear, como por exemplo o furto, desde que consideradas bagatelas, sejam objeto do direito de mera ordenação social. Portanto, a

²³⁷ É a posição que posteriormente adotou Figueiredo Dias, conforme já exposto no 4.1.2 deste capítulo.

²³⁸ ROXIN, Klaus. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, I*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, reimpressão, Madrid: Civitas, 2003, p. 71 e s.

delimitação entre crimes e contraordenações se lastrearia num critério não quantitativo, mas misto, qualitativo-quantitativo²³⁹.

²³⁹ ROXIN, Klaus. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, I*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, reimpresión, Madrid: Civitas, 2003, p. 71 e s.

Capítulo III - As contraordenações portuguesas como rumo de inspiração para o direito administrativo sancionador brasileiro

1. Ponto de partida - A autonomia da sanção contraordenacional

Podem-se dirigir muitas reservas aos concretos termos da evolução do direito de mera ordenação social em Portugal, mesmo após o seu enquadramento legal operado em 1982 que, em vários aspectos, apresentou-se desregrado e anômico²⁴⁰.

Fato é que a crescente intervenção estatal diagnosticada nas sociedades ocidentais no decorrer do século XX fez com que se procedesse a um inchaço na ordem pública, transformando-a em ordem social e ordem administrativa. Enquanto a ordem social aumentava, exigindo do direito sancionador que a acompanhava – o direito penal clássico – , mutações formais e materiais, a ordem administrativa, que dava seus passos iniciais, consubstanciava-se com as justificativas de surgimento e perpetuação do direito de mera ordenação social.

Dessa maneira, pode-se dizer que a ordem jurídica portuguesa optou por transpor muitos dos ilícitos penais considerados de menor relevância, por estarem relacionados a aspectos não fundamentais da ordem social, para um outro direito, direito esse excluído da órbita penal e tratado primordialmente pela ordem administrativa.

Assim, o sistema sancionador português restou reduzido a duas grandes esferas: a penal, minimalista e fechada, e a administrativa sancionadora, pluralista e heterogênea, a qual foi reorganizada para comportar os ilícitos descriminalizados, penas ou

²⁴⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

contravenções²⁴¹ (direito de mera ordenação social²⁴²) e também as infrações propriamente administrativas²⁴³.

Com o estabelecimento do direito de mera ordenação social, criava-se, de acordo com Marcelo Madureira Prates, “*um novo tipo de sanção, que, por um lado, era um menos em face da sanção penal e mesmo da sanção contravencional, dado que não poderia assumir a forma de pena de prisão, mas que, por outro lado, era um mais em relação à sanção administrativa geral então existente, pois alcançaria outros ilícitos para além dos tradicionalmente tidos por administrativos. Tanto que em Portugal (...) essas novas sanções ‘despenalizadas’ foram denominadas coimas ou sanções contra-ordenacionais, nas pegadas do modelo alemão*”²⁴⁴.

Note-se que o autor perfaz uma análise da inserção do direito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português sob um ponto de vista que acaba por não englobá-lo no âmbito do direito penal, nem tampouco no do direito administrativo. Em posicionamento original, coloca as sanções contraordenacionais em lugar próprio,

²⁴¹ A partir da vigência inicial do RGCO de 1982, para se manter coerência com a nova configuração sancionatória, se pretendeu expurgar do ordenamento jurídico português a figura das contravenções, não devendo-se criar novas e devendo-se acabar com todas as remanescentes, seja pela sua extinção, seja pela sua transformação em crime ou em contraordenação. A situação, todavia, somente encontrou consolidação em 2006, um quarto de século depois do Decreto-Lei n.º 433/82, com as Leis n.º 25/2006, n.º 28/2006 e n.º 30/2006, todas decorrentes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, que resolveu promover “*a conversão das transgressões e contravenções ainda existentes, cujo processamento exige a intervenção do tribunal, em contra-ordenações*” a fim de que “*se eliminem definitivamente as transgressões e contravenções ainda existentes*”. BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 176-177, nota 648.

²⁴² Desde os anos mais recentes se tem assistido a uma extensa e progressiva expansão do ilícito de mera ordenação social para inúmeros regimes setoriais da atividade administrativa, mas que, em geral, remetem para uma aplicação subsidiária do RGCO. Podem-se exemplificar os seguintes setores: as contraordenações ambientais, as contraordenações no âmbito do urbanismo, as contraordenações marítimas, as contraordenações laborais, as contraordenações tributárias, as contraordenações no domínio dos transportes, as contraordenações no âmbito de proteção do património público, as contraordenações no âmbito do património histórico e cultural, as contraordenações no âmbito das atividades desportivas, as contraordenações no âmbito da saúde pública. A constatação é de Licínio Lopes, em LOPES, Licínio. *A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo*. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016, p. 612-613.

²⁴³ A respeito de uma classificação interna dos tipos de ilícitos administrativos em Portugal, nomeadamente em ilícitos disciplinares, ilícitos contratuais, ilícitos por descumprimento de obrigações impostas por ato administrativo e ilícitos contraordenacionais, ver LOPES, Licínio. *A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo*. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016, p. 613 e s.

²⁴⁴ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 146-147.

afastando-as das penas criminais, mas também distinguindo-as dos clássicos ilícitos administrativos gerais.

Essas considerações a respeito de uma autonomia da sanção contraordenacional são de fundamental importância para que se consiga localizar sistematicamente o direito de mera ordenação social português no ordenamento jurídico deste país. Ocorre que, até hoje, subsistem profundas divergências a esse respeito, nomeadamente a partir da sua tentativa de alocação hermética, ou no direito penal, ou no direito administrativo.

Em momento de apreciação crítica da colocação do direito contraordenacional na ordem jurídica portuguesa, partindo dos critérios de diferenciação estabelecidos pela tese de Figueiredo Dias, ancorada na posição de Eduardo Correia, e sob a qual se encontra ressonância na doutrina majoritária portuguesa e em boa parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁴⁵, importa deixar que claro que a ela não podemos aderir, enfaticamente porque se funda na indiferença ético-social das condutas em critério de distinção.

Ocorre que em posicionamento que se adota a partir da tese de Costa Andrade²⁴⁶, não se pode afirmar que o ilícito contraordenacional tenha por substrato uma conduta axiológico-socialmente ou ético-socialmente irrelevante ou neutra, até porque não existe uma total sobreposição entre o que se poderia considerar como ético-juridicamente relevante e o ilícito penal. Basta pensar nos ilícitos penais sediados no direito penal secundário, onde a relevância ético-jurídica seria discutível. Nesse ponto, caberia um amparo ao pensamento de que existe uma relação muito próxima entre o direito penal secundário²⁴⁷ e o direito de mera ordenação social.

²⁴⁵ A diferença atribuída pelo Tribunal Constitucional encontra fundamento numa distinção qualitativa dos ilícitos, através de um critério de relevância ético-social: “*contra-ordenação é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respectivo ilícito e as reações que lhe cabem não são directamente diferenciáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal*”, do que se pode inferir do Acórdão 164/79, Acórdão 68/84, Acórdão 160/91 e, por uma síntese, no Acórdão 221/2007. LOPES, Licínio. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.^a ed., AAFDL, 2016.

²⁴⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 111.

²⁴⁷ A ideia de direito penal secundário decorre do pensamento de Silva Sánchez, que identificou duas diferentes velocidades no ordenamento jurídico espanhol. Numa primeira velocidade, encontrar-se-ia o direito penal clássico, que ao longo do tempo tem mantido a sua identidade, com as suas regras de imputação, com os seus princípios processuais penais. A segunda velocidade seria constituída por infrações puníveis com penas pecuniárias ou privativas de direitos, uma vez que se tratava de infrações de um cunho diferente e novo, caracterizadas pelo fato de os princípios e as regras clássicas serem mais moderados. Mais tarde, acaba ainda apelando a uma terceira velocidade, onde caberia o “direito penal do inimigo”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-

Com efeito, o legislador prevê tipos contraordenacionais que, obrigatoriamente, terão de recorrer a elementos normativos provenientes do direito administrativo para se mostrarem completos formal e materialmente, daí porque a exatidão da tese de que, muito embora não se trate o direito das contraordenações e a suas sanções de um direito administrativo puro, tão pouco podem ser enquadradas no âmbito do direito penal.

Fato é que ao se fixar o possível âmbito de sancionamento do direito de mera ordenação social na incidência de meandros do direito administrativo, sem prejuízo à incidência concorrente de outras normas jurídicas, as sanções contraordenacionais aparecem como uma possível projeção de especial manifestação de um regime publicista específico, encontrando-se muito mais aproximadas, portanto, do direito administrativo do que do direito penal.

O próprio tratamento jurisprudencial que tem se conferido ao princípio da legalidade no âmbito do direito de mera ordenação social resulta de uma progressiva autonomização relativamente ao direito penal e ao processo penal²⁴⁸. Com efeito, há disciplina autônoma para o direito das contraordenações na Constituição da República, à semelhança do que ocorre com os ilícitos criminais, o regime geral de punição para as sanções de mera ordenação se integra na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República²⁴⁹. Por outro lado, diante da ausência de previsão para aplicação de penalidade de privação de liberdade, tal qual se sucede com as sanções penais, compreende-se que a concreta tipificação das contraordenações e a respectiva previsão de sanções não estejam integradas na reserva relativa de competência da Assembleia da República²⁵⁰. Significa que em matéria de contraordenações, a Constituição não estabelece

Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁴⁸ LOPES, Licínio. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016, p. 623.

²⁴⁹ “Na verdade, ao contrário do que sucede com o ilícito criminal, quanto à definição dos crimes e das penas, a tipificação das contra-ordenações e das respectivas coimas não está reservada à Assembleia da República, como resulta, a contrario, da alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição. A Constituição atribui competência legislativa concorrente à Assembleia da República, ao Governo e às Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas para a criação de contra-ordenações, como se infere expressamente da alínea q) do n.º 1 do artigo 227.º e do n.º 1 do artigo 232.º”. LOPES, Licínio. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016, p. 624.

²⁵⁰ LOPES, Licínio. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016, p. 623.

a obrigatoriedade de que os pressupostos da aplicação de coima devam estar previstos num diploma com forma legislativa de lei da Assembleia da República, determinando tão somente que se insira no âmbito da respectiva reserva relativa da competência legislativa a definição do regime geral de punição dos atos ilícitos de mera ordenação social e o respectivo processo²⁵¹.

De todo modo, não obstante a discussão doutrinária ainda atual²⁵² a respeito do espaço do direito de mera ordenação social, de onde se encontraria sua matriz – no direito penal ou no direito administrativo –, a autonomia de suas sanções, esta sim, resta estabelecida, indene de qualquer dúvida a respeito de sua distinção em face das sanções penais, ainda que se divirja a respeito dos critérios de diferenciação – se qualitativos, quantitativos ou mistos.

No Brasil, muito embora se tenha identificado um conceito próprio de sanção administrativa, considerando critérios formais e materiais para seu estabelecimento²⁵³, não se encontra, salvo melhor juízo, nenhum enfrentamento aprofundado no que tange a diferenciação entre as sanções administrativas e as sanções penais²⁵⁴. Daí resulta um problema que se nos afigura incontornável: enquanto a doutrina e os tribunais brasileiros não reconhecerem uma distinção material ou substancial entre as sanções administrativas e as sanções penais, será impossível proceder a um exercício de separação do direito administrativo sancionador do direito penal, ainda que se admita, tal qual em Portugal, uma aproximação a um ou outro modelo.

²⁵¹ LOPES, Licínio. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016, p. 623.

²⁵² Nesse sentido, duas obras se destacam, não apenas pela atualidade, mas pela profundidade de abordagem do tema, entendendo estar o direito de mera ordenação social posicionado de maneira mais próxima do direito penal. São elas: BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013 e VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

²⁵³ A esse respeito recomenda-se um retorno ao Capítulo I, ponto 3.1.

²⁵⁴ Reconhece-se que a origem deste problema é fruto de uma importação do direito administrativo sancionador de matriz espanhola, transportado tal qual para o Brasil. No entanto, ainda que em Espanha assim se permaneça, a doutrina não foge de enfrentar a discussão, apontando-se autores que tecem fortes críticas à semelhança ontológica entre o ilícito administrativo e o ilícito penal naquele país. Nesse sentido, ver o tratamento dado ao tema no Capítulo I, ponto 2.3.

2. O caminho de (des)aproximação do direito penal

Mercê do desenrolar dos acontecimentos que deram origem ao direito de mera ordenação social, nomeadamente a respeito de sua caracterização, pode-se dizer que percebeu a doutrina que o direito penal não se revelava adequado, nem tampouco suficiente para sancionar todas as formas de comportamentos ilícitos. A história do direito das contraordenações se confunde, pois, com a essa constatação, primeiro sem nitidez e de um jeito inconsequente, mas depois com ganhos de clareza progressiva.

Nesse sentido, imprescindível o recuo operado ao direito penal de polícia²⁵⁵ para aí encontrar suas raízes, dividindo-se entre um direito penal com conteúdo exageradamente amplo e um direito sancionatório que ficaria aquém do direito penal propriamente dito. Se evidencia que a partir do momento em que as violações de regras do “contrato social” fizeram força na depuração do conteúdo do direito penal é que se desenvolveu um outro direito sancionatório, correspondente ao fermento do futuro direito de mera ordenação social²⁵⁶.

Pois bem. O ponto de partida para o desenvolvimento do direito administrativo sancionador como ramo autônomo do direito passa pela importância nas suas relações com o direito penal. É que, especialmente na Europa, a eminência daquele se deu muito em função de movimentos de despenalização²⁵⁷, com a transferência de normas penais para a tutela do direito administrativo.

²⁵⁵ A posição de retorno ao direito penal de polícia como berço do direito contraordenacional encontra supedâneo da posição de Lobo Moutinho em *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, p. 17.

²⁵⁶ FÁRIA COSTA, José Francisco de. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Revista de Direito e Economia*, 1-2, 1983, p. 22.

²⁵⁷ Nesse espectro entendemos não se poder falar em descriminalização, sendo certo o emprego do termo despenalização, acompanhando de perto o entendimento de Alexandra Vilela. A autora ainda é mais radical para defender que apenas se poderia estar diante de tal fenómeno de descriminalização se fosse possível concluir que determinada infração desapareceu por completo do direito punitivo. Nos demais casos de transmutação de infrações do direito penal para o direito administrativo sancionador, estar-se-ia diante tão-somente de uma reclassificação, uma redenominação. VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 157-158. Em sentido contrário, Figueiredo Dias refere que tal movimento pode ser entendido como uma consequência do movimento de descriminalização. Descriminalização que o penalista define em sentido estrito e técnico, enquanto desqualificação de uma conduta como crime, mas distinta da descriminalização de fato, da despenalização em sentido próprio, da não intervenção radical. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 315-336.

A despeito de uma relevante autonomia do direito administrativo sancionador, é inegável que a diferenciação entre as sanções administrativas e penais se permeia de inúmeras dificuldades, haja vista os recorrentes vasos comunicantes que se interligam entre esses dois ramos do direito punitivo. Com efeito, além do interesse teórico, a diferenciação se torna importante do ponto de vista de política criminal e ainda no âmbito de aplicação de garantias constitucionais nas fases procedimentais.

Todos os caminhos apontam para o aperfeiçoamento do direito administrativo sancionador como instância punitiva autônoma, sem que se descuide, entretanto, dos pontos de contato com o direito penal. Isso ocorre porque um verdadeiro olhar transdisciplinar entre ambas as esferas faz vincular conteúdos mínimos obrigatórios de proteção aos acusados que alcançam aos dois ramos.

Isso não implica, todavia, em que se opere uma exata transmutação dos princípios de direito penal para o direito administrativo sancionador, tal qual ocorre na Espanha²⁵⁸, e do que restou importado para o modelo brasileiro.

Reside nesta constatação, pois, um dos pontos fulcrais da necessidade que se tem de socorro ao direito das contraordenações português. Ocorre que em Portugal, em razão da autonomia conferida ao direito contraordenacional, não se admite uma hipótese de realocação dos princípios de direito penal ao direito das contraordenações. Com efeito, sem prejuízo de que alguns princípios penais orientem também as contraordenações, não se defende a sua completa e análoga aplicação²⁵⁹.

O problema do modelo espanhol e, por via de consequência, do brasileiro, está no fato de que quando se admite uma transmutação, considerando o entendimento de que se tratam de ilícitos ontologicamente idênticos, abre-se espaço para o que Mirreille Marty retrata como o particular efeito na dificuldade de definição dos sancionamentos a partir do momento em que se atribui a uma sanção o título de administrativa para ocultar sua natureza eminentemente penal, utilizando-se da expressão “fraude de etiqueta”²⁶⁰.

²⁵⁸ Não obstante o fato de sofrer severas críticas de Alejandro Nieto. Para um melhor desenvolvimento, retornar ao ponto 2.3 do Capítulo I deste trabalho.

²⁵⁹ Para uma incursão sobre os princípios que devem se aplicar ao direito de mera ordenação social, a partir de uma visita à jurisprudência portuguesa, ver REBELO, Joana Raquel Pires. *As contra-ordenações Administrativas em face das novas tendências do Direito Administrativo – a ERSE como caso de estudo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 36-48.

²⁶⁰ *Apud* RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Un Análisis de Política Jurídica*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 28.

A determinação do tipo sancionador por parte do legislador deve respeitar uma técnica a ser constantemente aprimorada. Tal situação visa evitar o etiquetamento de sanções administrativas à condutas evidentemente lesivas a ponto de serem caracterizadas como penais, configurando-se leis administrativas em verdadeiras leis penais “envergonhadas”²⁶¹.

A par da estreita relação identificada entre o direito administrativo sancionador – tanto na Espanha quanto no Brasil – não se nega, de igual modo, uma estreita relação de interdependência entre o direito penal e o direito contraordenacional português.

Tomando-se como exemplo paralelo e similar a experiência italiana, Francesco Palazzo afirma que “*mesmo permanecendo diversos e distintos, os dois sistemas punitivos, administrativo e penal, interligam-se numa unidade substancial*”²⁶². Daí a existência de um relativo consenso na caracterização do sistema sancionatório italiano como um sistema duplo binário, composto pelo direito penal e pelo direito punitivo administrativo, ocupando este um lugar intermediário entre o direito penal em sentido estrito e o direito administrativo, correspondendo-lhe a um ilícito para-penal²⁶³.

Fato é que existe um direito administrativo sancionatório português referente as sanções puramente administrativas²⁶⁴. Existe, por óbvio o direito penal e, mais do que isso e entre eles essa espécie de direito para-penal que é o direito das mera ordenações sociais.

Nesse contexto, voltando os olhos ao regime jurídico brasileiro, a Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92 e a Lei Anticorrupção Empresarial n.º 13.846/13 e, porque não, o todo desajeitado direito administrativo sancionador brasileiro, se submetem a este regime que não é de direito penal, mas com ele acabam por se confundir em razão da ausência de uma distinção ontológica entre as sanções administrativas materiais brasileiras e as penas criminais. Essa confusão dá origem ao que se identifica no presente trabalho como sobreposição de sanções a partir de um direito penal etiquetado enquanto direito administrativo sancionador.

²⁶¹ Sobre a origem da expressão direito penal envergonhado no seu cotejo com as sanções administrativas, ver NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 27.

²⁶² PALAZZO, Francesco. I critério de riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. In: *L'Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova: CEDAM, 1987, p. 13.

²⁶³ PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo. *Cassazione Penale*, 1987, p. 672.

²⁶⁴ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

3. A sobreposição das sanções administrativas e penais no Brasil

Nesse talante, a partir dos inegáveis vasos comunicantes entre as sanções penais e as sanções administrativas, é indispensável trabalhar, à luz do direito administrativo brasileiro, nomeadamente do que se considera um direito administrativo sancionador jurisdicionalizado com a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção Empresarial as quais se fez referência anteriormente, os pontos comuns entre as sanções previstas para essas espécies punitivas com as já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque trazem à tona um grupo de modalidades sancionadoras administrativas que, pelo seu alto grau de lesividade, não se limitam à função de complementar os ilícitos penais, sobrepondo, talvez, a incidência de sanções em razão da proteção de interesses coletivos idênticos.

Acontece que ainda antes de um regime global de proibição, a má gestão pública, consubstanciada pela improbidade administrativa e pela corrupção, já era tratada pelo sistema jurídico como um ato ilícito, tendo sido regulada pelo direito penal em tempos passados. Diante, porém, dessa legislação especializada – ancorada sob um regime de direito administrativo sancionador, é que se abordará a sua aproximação analítica ao direito penal.

A análise que se pretende estruturar dos sistemas sancionadores implementados pelas leis de improbidade e anticorrupção empresarial remete-nos a um problema fundamental: a ausência de uma teoria de direito administrativo sancionador brasileiro que conceda autonomia à sanção administrativa, especialmente frente à sanção penal. É que a não existência de uma diferenciação substancial entre os ilícitos acabam fazendo moldar as sanções administrativas a uma estrutura, de certo modo, realmente mais grave e pesada do que as penas que resultam, em muitos casos, para alguns tipos de crime decorrentes de atos contra a Administração Pública. Em outras palavras, está-se a inverter a importância constitucional dos valores protegidos pelos regimes punitivos do direito administrativo sancionador e do direito penal e, por via de consequência, dos sistemas de garantias dos respectivos procedimentos.

Com efeito, a depender da sanção imposta em uma condenação administrativa por atos de corrupção, esta pode se revelar absolutamente mais gravosa do que uma eventual pena criminal aplicada por sentença condenatória pelos crimes que constam no título contra

a Administração Pública do Diploma Penal brasileiro. É que muito embora o Código Penal²⁶⁵ preveja penas entre a mínima de 2 (dois) e a máxima de 12 (doze) anos para os delitos acima mencionados, uma eventual fixação nos patamares mínimos possibilitaria uma série de benefícios, como a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), a substituição por penas restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal), ou até mesmo o cumprimento inicial da pena em regime aberto.

Essa disparidade entre as sanções é, portanto, deficiência inaceitável do sistema punitivo brasileiro, podendo-se dizer que se trata a nova lei de um verdadeiro direito penal “envergonhado”²⁶⁶.

Como não se admitem no Brasil distinções substanciais para a separação entre as sanções penais e administrativas, limitando-se a doutrina pela diferenciação meramente formal ou orgânica, a opção pela proteção de determinados valores ou bens jurídicos por meio de sanções etiquetadas por leis penais e/ou administrativas decorre de escolhas legislativas, balizadas por uma racionalidade cada vez mais difusa.

O problema reside no fato de que o maior ou menor rigor inerente a cada um dos sistemas (penal ou administrativo) deveria oscilar conforme a modelagem das penas previstas e não em função dos respectivos rótulos²⁶⁷.

A relação e a diferença, portanto, entre as sanções penais e as sanções administrativas de combate à má gestão pública, queda-se em uma linha muito mais tênue do que possa parecer à primeira vista, nomeadamente em razão das já demonstradas graves penalidades trazidas tanto pela Lei 8.429/92 quanto pela Lei 12.864/13²⁶⁸.

Esta questão faz suscitar aquilo que efetivamente se constata: a ausência de uma diferenciação entre as sanções administrativas e criminais na ordem jurídica brasileira, seja qualitativa, seja quantitativa, seja mista, tal qual se sucedeu em Portugal com o regime do direito de mera ordenação social, traz à evidência de um sobreposicionamento de punições, na medida em que as penas criminais e as sanções administrativas aplicadas pelos juízes incidem sobre idênticas condutas. Por isso dizer que a verdadeira natureza das sanções de

²⁶⁵ BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1>. Acesso em 3 jun. 2016.

²⁶⁶ A expressão, como já mencionado, é referida por NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 27.

²⁶⁷ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercados de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 27.

²⁶⁸ Indica-se a retoma, nesse sentido, do que foi exposto no Capítulo I, pontos 4.2 e 4.3.

improbidade e de corrupção transcendem os limites do direito administrativo sancionador e adquirem uma roupagem de sistema punitivo criminal.

As medidas administrativas sancionatórias, assim como as penais, englobam a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Dessa maneira, o campo do direito administrativo sancionador exige proteções tão rígidas quanto as verificadas na seara penal, que se preocupa com essas questões desde há muito. Não é por acaso que, baseado numa ótica humanística²⁶⁹, o domínio penal pautou-se, desde a sua evolução, nos princípios da proporcionalidade e da responsabilidade subjetiva, além da atenção aos postulados da individualização das penas e da proporção dos delitos relativamente aos bens jurídicos protegidos.

Por essa razão, à luz dos sancionamentos previstos na legislação em análise, o direito administrativo sancionador não pode ficar alheio ao trabalho de alicerce realizado pelo direito penal no âmbito do Estado Democrático de Direito. Ainda mais quando consideradas as gravidades previstas nesses. Caminhar à contra-mão disso seria ferir de morte os direitos fundamentais inscritos na Carta Política Brasileira.

Especialmente em relação ao âmbito administrativo sancionatório da Lei Anticorrupção Empresarial, as noções de culpa e seus consectários de responsabilidade ganham especial tratamento. Fato é que tal questão sempre recebeu um maior desenvolvimento na seara do direito penal, ainda que isso não importe em considerá-las como exclusivas desse ramo do direito. Assim, é importante considerar a aproximação desses domínios nos novos sancionamentos, justamente em função de que as garantias construídas pelo direito penal em relação a essas noções não podem ser aferidas unicamente em função dos valores por ele abrangidos²⁷⁰.

De tudo, entretanto, o que mais inspira reflexão é o teor do art. 14²⁷¹ da novel legislação anticorrupção, que prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica das empresas, transpassando a responsabilização e a aplicação de penas por condutas violadoras da lei anticorrupção às pessoas físicas dos sócios ou administradores. Tal

²⁶⁹ A evolução do direito penal em um ótica humanística pode ser revisitada na obra de Beccaria. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edijur, 2012.

²⁷⁰ Sobre as noções de *culpa, dolo e negligência* no âmbito do direito administrativo sancionador, ver NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 371-414.

²⁷¹ “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei 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, observados o contraditório e a ampla defesa.”

situação, conforme se pretende demonstrar a seguir, ao possibilitar a alteração do objeto da nova lei da pessoa jurídica à pessoa física, estaria apta a encerrar uma sobreposição de sanções administrativas e penais contra atos corruptivos.

Comumente a cisão entre direito administrativo e direito penal tinha por base a recondução do primeiro a um método preventivo de efetivação de tutela, enquanto o último se ocuparia apenas *a posteriori*, quando diante de um ataque consumado ao bloco de normatividade democraticamente instituído. Sobre esta ruptura entre *repressão* e *prevenção*, alguns autores assinalavam que a cisão deveria acentuar-se em uma lógica de contraposição entre *dano* – que prevaleceria nos delitos penais, e *perigo* – que seria uma característica administrativa dos *delitos de polícia*²⁷². Por várias razões, porém, esse entendimento se encontra ultrapassado. A finalidade das penas já deixou há muito tempo de se restringir à repressão ou retorsão, preconizando, antes pelo contrário, as teorias preventivas, através das noções de *prevenção geral* e *prevenção especial*²⁷³. Daí porque a simples ameaça da sanção penal produz efeitos nos potenciais infratores no sentido de se lhes adequar as ações aos conjuntos normativos em vigor. É por isso que não se deve afirmar que as normas penais têm poder de atuação em momento posterior à prática das violações, sendo antes elementares como instrumento de adequação de condutas²⁷⁴.

Essa conformação de finalidades preventivas entre direito administrativo sancionador e direito penal, vem na origem, aliás, do problema relacionado com a sobreposição de normas sancionatórias de naturezas distintas.

A sobreposição ou “concurso”²⁷⁵ de normas de natureza diversa, especialmente na doutrina e jurisprudência brasileira, vêm geralmente atrelada a uma espécie de mantra a respeito do fundamento constitucional da independência entre as instâncias²⁷⁶. É como se

²⁷² Nesse sentido NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 182-185; VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 43.

²⁷³ Para maior desenvolvimento sobre as finalidades das penas, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 51-54.

²⁷⁴ ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, In: *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set, Coimbra: Almedina, 2013, p. 105-173.

²⁷⁵ A expressão é de ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, In: *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set, Coimbra: Almedina, 2013, p. 105-173.

²⁷⁶ O texto da Constituição Federal de 1988, por mais de uma vez, faz referência ao princípio da independência entre as instâncias, como se pode observar da análise dos seguintes dispositivos: art. 37, § 4º, art. 52, parágrafo único, art. 225, § 3º, art. 243, *caput*, e art. 245, *caput*. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em

através desse instituto se pudesse concluir, sem sombra de dúvidas, que os domínios – especialmente o administrativo sancionador e o penal –, fossem absolutamente independentes, seguindo princípios totalmente distintos e não comunicando suas decisões.

Assim, é comum que eventual réu absolvido na seara administrativa tenha tal decisão ignorada na esfera penal, considerando cada segmento do direito sancionatório público como uma espécie de unidade hermética a distintas avaliações. Isso ocorre principalmente nos crimes financeiros, concorrenciais e ambientais, em que eventuais decisões dos órgãos da Administração Pública que investigam as condutas ilícitas administrativas (IBAMA, CADE, Banco Central, no caso do Brasil) são praticamente desconsideradas na esfera penal²⁷⁷.

Ocorre, todavia, que a própria separação entre as instâncias encontra limites pré-estabelecidos. Ao tratar das causas absolutórias que podem fundamentar a sentença, dispõe o Código de Processo Penal brasileiro²⁷⁸, no seu art. 386, sobre vários fundamentos para absolvição que influenciam os outros ramos de responsabilização, vinculando a necessidade de unicidade do ordenamento jurídico e, em última análise, ratificando a imprescindibilidade de proteção ao risco de uma sobreposição de sanções²⁷⁹.

O que de fato se torna muito importante é o que distingue efetivamente uma instância da outra. Quando a responsabilização gira em torno das áreas civil e penal, tal separação é simples e evidente, já que bem identificadas as diferenças entre as ordenações jurídicas. Com efeito, não se discute a independência entre as instâncias quando se estiver diante de objetos que, ainda que decorram do mesmo fato, encerrem esferas de interesses distintos.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em 3 jun. 2016. A própria legislação infraconstitucional, no mesmo sentido, prevê em diversos momentos a cláusula de independência. É o caso do art. 110 da Lei n.º 5.869/1973 - Código de Processo Civil, do art. 66 do Decreto-Lei n.º 3.689/41 - Código de Processo Penal, do art. 935 da Lei 10.406/2002 - Código Civil, do art. 125 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei n.º 8.112/90, e do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, n.º 8.429/92.

²⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 jun. 2016.

²⁷⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

²⁷⁹ O mencionado dispositivo elenca as situações em que absolvição da esfera penal mantém interligação com as esferas administrativa e civil: a) ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (arts. 65 e 386, V, do Código de Processo Penal); b) a inexistência material do fato ou a negativa de autoria (arts. 66 e 386, I, do Código de Processo Penal) ou a presença de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; e c) a existência material do fato e quem seja o seu autor (art. 935 do Código Civil).

O verdadeiro problema está quando não se encontram bem definidos os limites entre as instâncias punitivas. Situação essa que se demonstra cada vez mais corriqueira, haja vista a eminência do fenômeno da “administrativização” do direito penal²⁸⁰ que, não raro, leva ao aumento das instâncias competentes para investigar, processar e julgar.

Historicamente, no Brasil, o que se verifica é a transmutação de condutas do direito penal para o direito administrativo, ou o inverso, em alguns casos, do direito administrativo para o direito penal. Interessa notar, todavia, que atualmente o cenário a que se assiste é o de passagem de condutas tipificadas criminalmente para tutela do direito administrativo sancionador, sem que isso implique na descriminalização dessa conduta, senão no reforço da norma penal, no mais das vezes legitimada pela alegação de relevância do bem jurídico protegido²⁸¹ – como é o caso das Leis de Improbidade e Anticorrupção Empresarial.

Mas, se outrora eram bem delineados os limites entre os diferentes domínios administrativo e penal, hoje, se veem constantemente confrontados com “micro revisões”²⁸², verificando-se a criação permanente de genuínos microssistemas jurídico-punitivos, o que atenua a linha de mapeamento das instâncias de responsabilidade.

Ocorre que a Lei Anticorrupção Empresarial trouxe à tona espécies de sanções que em muito se assemelham àquelas reguladas pela Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92, pela Lei de Licitações e Contratos Públicos n.º 8.666/93 e, especialmente, pelo Código Penal Brasileiro, no título que toca aos crimes contra a Administração Pública.

A semelhança acontece porque protegem interesses jurídicos muito próximos, todos convergindo na defesa do patrimônio material da Administração Pública. Daí porque a constatação cada vez mais latente de que a proclamada independência das instâncias deve ser entendida em um contexto de relativização.

À primeira vista, pode haver responsabilização criminal, civil e administrativa, pois se tratam de sancionamentos que aplicam sanções de naturezas, em tese, distintas. É que fará parte do censo comum teórico dos juristas brasileiros dizer que quando se está diante de um

²⁸⁰ A esse respeito, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112-135. Ainda sobre a “hipertrofia” do direito administrativo sancionador, ver CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal*. Parte General. Tomo I: introducción. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e s.

²⁸¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 103.

²⁸² O termo é utilizado por Faria Costa, In: COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 82.

crime contra a Administração Pública e de uma conduta de corrupção ou de improbidade, será evidente a negativa de hipótese de sobreposição de sanções, pois se tratam de categorias jurídicas diversas.

A questão, todavia, não é tão simples quanto parece. Conforme esclarece Pierpaolo Bottini²⁸³, “*mesmo que a lei não estabeleça relação direta entre as instâncias administrativa e penal, os princípios consagrados neste último impõem uma ligação importante entre elas, em especial nos casos em que o comportamento seja considerado lícito na seara administrativa*”. Alerta o autor que nessas hipóteses o princípio da subsidiariedade exerce influência central, porque “*se o direito penal é a última ratio do controle social, se é tratado como o instrumento que age apenas diante de ineficácia de outros mecanismos de inibição de condutas, como explicar a legitimidade da pena para uma ação ou omissão considerada lícita na seara cível ou administrativa?*”.

Ora, ainda que, *a priori*, os valores tutelados no âmbito do direito administrativo sancionador sejam diferentes daqueles protegidos pela esfera penal, a existência de uma justa causa apta a ensejar a intervenção do direito penal exige que se verifique um desvalor de conduta em todas as outras esferas de controle social, sob pena de subversão a *ultima ratio* da intervenção penal e a sua fragmentariedade²⁸⁴.

A própria legislação tem conferido efeitos cada vez mais relevantes aos atos praticados no âmbito do direito administrativo sancionador. É o caso da Lei n.º 12.259/2011²⁸⁵, que determina a extinção da punibilidade dos crimes de cartel quando cumprido o acordo de leniência firmado no âmbito do CADE. No mesmo sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, onde se verifica a Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, que enuncia: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento*

²⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 jun. 2016.

²⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 jun. 2016.

²⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 7 mai. 2016.

definitivo do tributo.”, condicionando a materialidade do crime fiscal ao ato administrativo de constituição do crédito tributário.

Se determinada conduta é reconhecida por mais de um sistema de controle social com menor gravidade que o direito penal, não há legitimidade para a incidência da norma penal, mais restrita e limitada. A esse respeito, explica Bitencourt que: “*um ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, como a civil, administrativa, etc. No entanto, o inverso não é verdadeiro: um ato lícito civil não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal. Dessa forma, apesar de as ações penal e extrapenal serem independentes, o ilícito penal, em regra, confunde-se com o ilícito extrapenal. Em outros termos, sustentar a independência das instâncias administrativa e penal é uma conclusão de natureza processual, ao passo que a afirmação que a ilicitude é única implica uma conclusão de natureza material*”²⁸⁶.

Dessa interligação é que se pode considerar como relativa a independência entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, advindo daí, pois, a possibilidade de incidência de uma sobreposição de aplicação de sanções nessas instâncias punitivas.

No âmbito da nova legislação anticorrupção, o que se pode verificar é que muitas das condutas tipificadas como atos de corrupção passíveis de aplicação de suas penalidades estão igualmente previstas em outras leis de cunho penal.

No CP brasileiro²⁸⁷, a hipótese mencionada se desvela a partir da análise dos delitos contra a Administração Pública. Isso se dá quando um mesmo fato pode configurar ilícito penal e ato de corrupção, previsto na nova lei. É o que ocorre em crimes como o peculato (art. 312), a concussão (art. 316), a corrupção passiva (art. 317) e a corrupção ativa (art. 333).

Ainda, é o caso do artigo 81 e seguintes da Lei de Licitações, que inauguram o Capítulo IV, que trata das infrações administrativas e penais. A título de exemplo, o art. 90, que determina: “*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: Pena –*

²⁸⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 297.

²⁸⁷ BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1>. Acesso em 3 jun. 2016.

detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”²⁸⁸. Acontece porém, que a conduta é tipificada pela nova lei anticorrupção, em seu art. 5º, inciso IV, alínea ‘a’: “*Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, 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, assim definidos: (...) IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;*”²⁸⁹ E, ainda, pela Lei de Improbidade Administrativa, no seu art. 10, inciso VIII: “*Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;*”²⁹⁰.

Evidente está a previsão distinta de sanções para encerrar condutas idênticas, consistentes nos tipos sancionadores previstos pela nova norma, com previsão de penas de teor criminal no âmbito da legislação penal – tanto do Código Penal quanto da legislação penal especial, e de teor administrativo sancionador na Lei Anticorrupção Empresarial e na Lei de Improbidade Administrativa.

O novo pacote legislativo é capaz de verificar uma mudança de perspectiva dada pelo legislador no combate aos ilícitos corruptivos, transpondo o direito penal e a persecução da pessoa física ao direito administrativo sancionador e a persecução da pessoa jurídica. Essa modificação, a um olhar superficial sob a lei em questão, poderia, em um primeiro momento, rechaçar a tese de que se estaria incorrendo em sobreposição de sanções. É que três podem

²⁸⁸ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 7 jun. 2016.

²⁸⁹ BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

²⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 7 jun. 2016.

ser considerados os elementos aptos a configurar o sobreposicionamento: a identidade de sujeitos, a identidade de fatos e a identidade de fundamentos. Nesse caso, a transmutação do sujeito pessoa física ao sujeito pessoa jurídica teria condão de evitar o desenvolvimento de uma ideia baseada em aplicação sobreposta de sancionamentos, sem que sequer houvesse a necessidade de verificação a respeito dos fatos e fundamentos para aplicação das sanções.

Ocorre, todavia, que essa identificação deve ser aferida em um complexo processo interpretativo, cuja simples análise de uma rotulagem legislativa não deve possuir força cognoscente substancial para determinação do problema, sob pena de se mascarar uma provável duplicidade de sancionamentos.

Com efeito, a atenção que desperta o comando normativo acerca da responsabilização da pessoa jurídica (art. 1º) deve ser interpretado com reservas. Justen Filho, bem analisando a questão, refere que *“toda pessoa jurídica se vale de pessoas físicas. As práticas de corrupção são consumadas por meio da conduta de uma ou mais pessoas físicas. Somente se consuma uma das infrações previstas na Lei 12.846 quando a conduta da pessoa física for eivada de um elemento subjetivo reprovável”*.²⁹¹

Ora, assiste razão ao autor, uma vez que não se pode desvincular a responsabilidade de uma pessoa jurídica aos atos praticados pelas pessoas físicas que a administram ou representam. Nesse sentido, é possível dizer que somente se configura uma responsabilização da pessoa jurídica em virtude da consumação de uma conduta reprovável de uma ou mais pessoas físicas²⁹². Em outras palavras, não é possível considerar uma absoluta interdependência entre sancionamentos pura e simplesmente em função do alvo pretendido pela lei ser pessoa jurídica ou pessoa física. À pessoa jurídica não é cabível a aplicação de sanções sem que o indivíduo que as tenha materializado não tenha qualquer envolvimento ou relação com a empresa e com os fatos imputados.

A conduta de uma pessoa física apta a encerrar punição de pessoa jurídica pela Lei Anticorrupção também será investigada e, se for o caso, punida com as medidas cabíveis (art. 3º) em outros regimes punitivos, nomeadamente no âmbito criminal. É por isso que não se pode passar ao largo da hipótese de se considerar uma sobreposição de sanções, já que o

²⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 12 jun. 2016.

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 12 jun. 2016.

simples fato de a Lei n.º 12.846 não prever punição expressa à pessoa física, não lhe isenta de uma investigação em outros domínios do direito punitivo pelos idênticos fatos.

Reforçando essa premissa, tem força a norma estabelecida pelo art. 14 da lei, que nos casos de dificuldade de delimitação patrimonial entre pessoa jurídica e física, poderá desconsiderar a personalidade jurídica para estender às pessoas físicas – sócios e administradores – as sanções previstas em um primeiro momento apenas as pessoas jurídicas. Significa dizer que não havendo êxito no estabelecimento de punição à pessoa jurídica, a lei permite que se ultrapasse essa ficção jurídica para chegar à pessoa física. Estariam assim, os sócios e administradores, passíveis de aplicação de sanções tanto no âmbito da Lei Anticorrupção, como pela Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei de Licitações e ainda pelo Código Penal, todas a repreender o mesmo fato, com o mesmo fundamento – proteção aos interesses da Administração Pública –, e em prejuízo dos mesmos sujeitos.

A Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção Empresarial, no seu regime punitivo vinculado ao direito administrativo sancionador, preveem como infrações condutas idênticas a de outras legislações penais que já regulam a matéria. Dessa forma, não há outro entendimento a ser estabelecido que não o de que se trata, sim, de sobreposição de penalidades em razão do mesmo fato e com os mesmos fundamentos punitivos.

Como vimos, os sistemas de sancionatórios penais e não penais tendem a evoluir e se influenciar mutuamente. O que acaba por distingui-los, todavia, não são os aspectos meramente nominativos das sanções, e sim a essencialidade dos valores que cada um visa salvaguardar, o que deveria guardar evidente repercussão no alcance lesivo das sanções aplicadas.

O problema persiste, entretanto, com a tendência desvelada pelo regime jurídico do direito administrativo sancionador brasileiro de não encontrar um limite seguro para a autonomia das suas sanções, diferenciando-as das sanções penais, de modo a evitar uma produção legislativa que assuma contornos de dupla, ou até tripla punição em razão de idênticas condutas.

4. O direito de mera ordenação social como guia para superação do problema do direito administrativo sancionador brasileiro

Como visto, a evolução política e social que os estados europeus atravessaram na segunda metade do século XIX foi elemento fulcral no desenvolvimento de um direito administrativo sancionador diferente em cada país. Nesse contexto, ganha relevo o apreço da estrutura do ilícito administrativo, pois é a partir da sua conceituação, diferenciando-se do ilícito penal, que se desvela a sua autonomia e se identifica o seu lugar próprio no âmbito do direito público punitivo.

Em Portugal, por modelo de herança alemã, verificou-se um processo de passagem de condutas tipificadas como crimes para o âmbito das contraordenações, em um movimento de descriminalização. Assim, a evolução da sanção administrativa passa necessariamente pelo estudo do direito de mera ordenação social. Na ordem jurídica portuguesa, portanto, o direito público punitivo encontra lugar no direito das contraordenações e no direito administrativo sancionatório *stritu sensu*²⁹³.

As contraordenações e a sua evolução em Portugal, até porque se sucedeu em razão de um movimento descriminalizador, deu-se muito em função do trabalho de grandes penalistas, dentre os quais se destacam Eduardo Correia, Faria Costa, Figueiredo Dias e Costa Andrade, que aprofundaram as suas origens a partir das teorias de Goldshmidt acerca do direito penal administrativo²⁹⁴ em uma evolução do direito penal de polícia até o direito contraordenacional²⁹⁵. De qualquer modo, há trabalhos relevantes que definem a anatomia da sanção administrativa geral e a sua autonomia perante o próprio direito das contraordenações²⁹⁶. Nesse sentido, Marcelo Madureira Prates propõe que sejam considerados os seguintes elementos distintivos para o reconhecimento da sanção

²⁹³ Em classificação mais acurada, Miguel Prata Roque define uma multiplicidade de sanções administrativas não penais, em que os poderes sancionatórios assim se distribuem: i) *poder sancionatório contraordenacional*; ii) *poder sancionatório disciplinar (público)*; iii) *poder sancionatório financeiro*; e iv) *poder sancionatório administrativo em sentido estrito*. ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, In: *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set, Coimbra: Almedina, 2013, p. 105-173.

²⁹⁴ Sobre a construção do conceito de direito penal administrativo, tal como foi concebido por Goldshmidt, passando pela evolução do pensamento de E. Wolf, para quem este ramo do direito, do ponto de vista formal, era autêntico direito penal, até o atual direito das contraordenações e à sua autonomização frente ao direito penal, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

²⁹⁵ Ainda que a doutrina discuta até hoje o caminho percorrido pelas contraordenações e o seu lugar – se no Direito Administrativo ou no Direito Penal –, o que se verifica é que o direito administrativo sancionador português, em sentido largo, está passos à frente do Brasil.

²⁹⁶ Para tanto consultar PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

administrativa: a) *elemento orgânico*, que define que a sanção não administrativa é imposta exclusivamente pelos tribunais, não podendo a Administração ter parte nisso; b) *elemento simbólico*: o domínio do direito administrativo sancionador atinge bens jurídicos com menor “ressonância ética” ou “neutralidade axiológica”; c) *elemento objetivo*: o Direito administrativo sancionador visa à proteção de interesses difusos, com caráter abstrato e abrangente²⁹⁷.

Na Espanha, por outro turno, se identificou um crescimento do direito administrativo sancionador independente de um movimento de descriminalização de condutas penais, a partir de uma hipertrofia das áreas de atuação da Administração Pública. A passagem para o Estado social nesse país acabou reforçando as sanções administrativas, que se desenvolveram ao lado das normas penais. É por este motivo que a doutrina espanhola debruça especial caracterização aos limites desse instituto. García de Enterría conceitua a sanção administrativa como um mal infligido pela Administração a um administrado, em consequência de uma conduta ilícita, sendo que esse mal, representando a finalidade aflitiva, consistiria sempre na privação de um bem ou direito²⁹⁸. Em linhas mais gerais, Alejandro Nieto a caracteriza como qualquer manifestação decorrente do poder de intervenção da Administração Pública para a consecução dos seus fins²⁹⁹. De toda maneira, não obstante o enfrentamento crítico de alguma doutrina³⁰⁰, entende-se como ontologicamente idênticos os ilícitos administrativo e penal, motivo pelo qual se reconhece uma aplicação dos princípios norteadores do direito penal ou direito administrativo sancionador, interlaçando-se às matérias e prejudicando, pois, a necessidade de se conferir uma autonomia às sanções administrativas frente às penais.

Em terras brasileiras, o conceito de sanção administrativa elaborado por Fábio Medina Osório³⁰¹ é o que encontra, atualmente, maior ressonância na doutrina e nos

²⁹⁷ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 140-143.

²⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, n. 10, 1976, p. 399-430.

²⁹⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 142.

³⁰⁰ A utilização indiscriminada de princípios e de critérios do direito penal no direito administrativo sancionador é prática reputada como absolutamente incorreta, ainda que se possa aceitá-la de maneira transitória enquanto se desenvolvem os princípios constitucionais punitivos. O grande objetivo do direito administrativo sancionador consiste em explicar a existência de uma potestade sancionadora distinta da penal, ainda que a ela aproximada, e dotá-la de meio de exercício técnico jurídicos suficientes, potencializando as garantias dos particulares. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 191 e 177.

³⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106-107.

tribunais, pois engloba a característica específica do direito administrativo sancionador brasileiro de se poder aplicar sanções administrativas por juízes e tribunais, em uma ótica de dimensão forma e material do ilícito administrativo. Não se procede, todavia, a qualquer distinção ontológica para com as sanções penais.

A busca por uma determinação exata do conceito de sanção administrativa deve partir, entretanto, de uma imprescindível tentativa de diferenciação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, sob pena de se proceder a um sobreposicionamento de sanções administrativas e penais que, muito embora se encontrem rotuladas de maneira distinta, em essência, tratam de punir idênticas condutas porque a mesma coisa o são.

A notar a pobreza das distinções entre o ilícito administrativo e o ilícito criminal na doutrina brasileira, ao contrário do que ocorre no âmbito português, Nelson Hungria dizia que não havia uma diferença no que diz respeito à causa do ilícito. As diferenças residiram, todavia, na reação que o ordenamento jurídico previa para uma e para outra ofensa. Significa dizer, a distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal atendia basicamente a critérios de conveniência ou de oportunidade do legislador ordinário, abarcado com interesses sociais e estatais, podendo-se, nesse sentido, possuir determinadas variações de acordo com o tempo e o espaço³⁰². Deixa-se transparecer, assim, um ideário de classificação positivista, em que a distinção entre os dois ilícitos é puramente normativa. Isto é, o próprio legislador é quem define se determinada conduta violadora da ordem jurídica merece um grau de reprovação maior, à ordem do ilícito penal, ou menor, correspondente ao ilícito administrativo. Essa classificação meramente legislativa acabou sequer sendo reconhecida como uma distinção, mas como a própria identidade essencial entre as duas modalidades³⁰³.

Não se desconhece a importância do reconhecimento de um moderado grau de liberdade na atividade sancionadora do Estado. A previsão dos tipos infracionais restringe-se ao legislador, que pode, entretanto, utilizar-se de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na formulação da norma que apresenta a sanção administrativa. Assim, às autoridades encarregadas de aplicação das normas de direito administrativo sancionador é possível restringir a dureza das leis abstratas, interpretando-as em conformidade com a ordem constitucional.

³⁰² HUNGIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 15-22, 1945. p. 15.

³⁰³ HUNGIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 15-22, 1945. p. 15.

A expansão das atividades da Administração, conforme leciona Almiro do Couto e Silva, ocasionou o que denominou-se de *crise do princípio da legalidade*, refletindo na sua reformulação conceitual e trazendo à tona um importante aspecto a justificar a utilização de novas técnicas na formulação de leis. Com efeito, reconhece o autor que o Estado contemporâneo passou a utilizar-se cada vez mais de cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e de conceitos jurídicos indeterminados em oposição aos conceitos classificatórios. Conquanto se reconheça a possibilidade de utilização de novas técnicas legislativas, faz-se necessária a atribuição de um certo grau de previsibilidade e certeza diante dos tipos infracionais³⁰⁴.

A previsibilidade e a certeza de que carece o direito administrativo sancionador brasileiro é essencialmente fruto da sua origem espanhola, de onde se construiu o chamado *derecho administrativo sancionador* a partir do labor jurisprudencial, transportando-se todos os problemas e dificuldades inerentes a uma construção dessa natureza daquele país para o Brasil.

Daí exsurge, pois, a necessidade de lançar olhar a ordenamentos jurídicos que estejam providos de um verdadeiro regime geral que balize e regule a atividade sancionatória à luz do direito administrativo³⁰⁵.

É por isso que se defende que o direito de mera ordenação social português, com o seu RGCO, que introduz um corpo normativo de natureza geral, composto por princípios e regras de natureza substantiva e processual, seja o guia de modelo a ser seguido pelo direito administrativo sancionador brasileiro.

O contexto de surgimento do RGCO, pode se dizer, deriva essencialmente das transformações do quadro jurídico-constitucional português, que revelaram uma urgência em se conferir efetividade ao direito de ordenação social, distinto e autônomo, principalmente do direito penal. Por um lado, com a revisão constitucional aprovada pela

³⁰⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n.º 84, out/dez, 1987. p. 52.

³⁰⁵ Assumem tal *modelo de codificação* na Europa a Alemanha, a Itália e Portugal, sendo que Paliero os engloba em um “*arquétipo normativo do ilícito administrativo que poderemos definir para para-penal, pela marcada assimilação da sua parte geral às articulações clássicas do crime. Tal processo de homogeneização entre áreas sancionatórias decorreu justamente através da técnica legislativa de tipo codificador, facilmente reconhecível, com fortes analogias de conteúdo, em pelo menos três ordenamentos europeus: ao lodo do protótipo alemão de 68 de consolidava o novo tipo normativo da Ordnungswidrigkeit, refletem esta imagem a lei portuguesa sobre a contraordenação de 1982 e a lei italiana sobre o ilícito administrativo (de Modificação ao sistema penal) de 1981*”. PALIERO, Carlo Enrico. La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta ala criminalità econômica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1993, p. 1038.

Assembleia da República que fez conferir um expresse reconhecimento constitucional do direito das contraordenações (artigos 168º, n.º 1, alínea ‘d’, e 282º, n.º 3). Por outro, o texto do art. 18º, n.º 2, que consagrou o princípio da subsidiariedade do direito criminal, em nome do qual a doutrina penal sustenta que o direito penal deve ser utilizado apenas como *ultima ratio*, destinando-se a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à conveniência humana. Também pela opção do Código Penal em realizar uma política equilibrada da descriminalização, deixando aberto um vasto espaço para reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infrações contra a economia nacional e o ambiente, bem como a proteção dos consumidores.

Justifica-se, pois, a sua essência no intuito de permitir distinguir os diferentes tipos de infrações e os respectivos arsenais de reações. Do que se conseguiu colmatar uma importante lacuna no que tange a regulamentação substantiva e processual do concurso entre os crimes e contraordenações, tema que aqui é identificado como o principal problema a ser enfrentado no direito administrativo sancionador brasileiro.

Acontece que o RGCO prevê uma série de dispositivos legais que, reconhecendo a distinção entre os ilícitos administrativos (contraordenações) e ilícitos criminais, acabam por adequar o âmbito de punição nas duas searas, operando verdadeira proteção a um eventual sobreposicionamento de sanções, diferentemente do que ocorre no desregrado ordenamento brasileiro.

Com efeito, no seu artigo 20º, ao tratar do concurso de infrações, o Diploma contraordenacional estabelece que “*Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação*”. Ora, vê-se que pela autonomia outorgada à sanção contraordenacional, quando o mesmo fato constitui crime e contraordenação, a escolha da lei aplicável é feita atendendo à gravidade da natureza das infrações³⁰⁶.

Demais disso, quando o agente for condenado pela sanção contraordenacional à título de coima e, posteriormente, vier a ser condenado, pelo mesmo fato, a título de crime, a primeira decisão caduca, por força do artigo 82º. Ainda, quando o agente foi condenado

³⁰⁶ PEREIRA, António Beça. *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 77.

pela coima e pelo mesmo fato vier a ser acusado em processo criminal, suspende-se a execução daquela decisão condenatória, fulcro no artigo 90º, n.º 2.

Há também regramento para as situações em que a qualificação de um fato seja capitulada como crime ou como contraordenação. O artigo 38º, n.º 1, prevê que “*Quando se verifique concurso de crime e contra-ordenação, ou quando, pelo mesmo fato, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contra-ordenação, o processamento da contra-ordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal*”. O n.º 2 do mesmo dispositivo “*Se estiver pendente um processo na autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos à autoridade competente nos termos do número anterior*”. E o n.º 3 “*Quando, nos casos previstos no n.ºs 1 e 2, o Ministério Público arquivar o processo criminal mas entender que subsiste a responsabilidade pela contra-ordenação, remeterá o processo à autoridade administrativa competente.*”

Já o artigo 40º, n.º 1 regulamenta o envio do processo ao Ministério Público sempre que se entenda que a infração se constitua como crime: “*A autoridade administrativa competente remeterá os processos ao Ministério Público sempre que considere que a infração constitui um crime*”. E o n.º 2 “*Se o agente do Ministério Público considerar que não há lugar para a responsabilidade criminal, devolverá o processo à mesma autoridade*”. No mesmo sentido, quando se entender que a acusação deva se dar pelo crime, esta também abrangerá a contraordenação, tal qual define o artigo 57º “*Quando, nos casos previstos no artigo 38º, o Ministério Público acusar pelo crime, a acusação abrangerá também a contra-ordenação*”.

No plano processual, há previsão a respeito da conversão dos processos, fulcro no artigo 76º, n.º 1 “*O tribunal não está vinculado à apreciação do fato como contra-ordenação, podendo, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, converter o processo em processo criminal*”. E no n.º 2 “*A conversão do processo determina a interrupção da instância e a instauração de inquérito, aproveitando-se, na medida do possível, as provas já produzidas*”. Também o art. 77º, n.º 1 “*O tribunal poderá apreciar como contra-ordenação uma infração que foi acusada como crime*”. E n.º 2 “*Se o tribunal só aceitar a acusação a título de contra-ordenação, o processo passará a obedecer aos preceitos desta lei*”.

É de toda uma regulamentação desta natureza, que se reconhece a partir da distinção material entre ilícito criminal e ilícito contraordenacional, que carece o sistema sancionador

brasileiro. Como entendem-se ontologicamente idênticas as sanções penais e administrativas, deixa-se espaço aberto para que uma mesma conduta, que viola um mesmo bem jurídico, seja punida pelas várias frentes possíveis, tal como a via penal, a via da improbidade administrativa e a via anticorrupção empresarial.

O caminho de evolução para o direito administrativo sancionador brasileiro se encontra em um ponto de imprescindível realização de uma distinção entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais, conferindo um necessário grau de autonomia às primeiras, diferentes, ainda que aproximadas, do direito penal.

A rotulagem das sanções – como administrativas ou penais – operada pelo legislador brasileiro, acaba trazendo tudo indevidamente a um mesmo plano, do que conseqüentemente se verifica um sancionamento sobreposicionado de ilícitos administrativos e ilícitos penais, afinal, em última análise, não são tratados diferentemente na sua essência.

Essa identidade se dá principalmente em função de que recorrentemente as sanções administrativas superam, em termos de gravidade e de efeitos aflitivos, as penais, como é o caso do que se verifica na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial. Há que se sobrevaler, no entanto, uma intensidade protetiva das garantias individuais quanto ao tema da aplicação de sanções, sejam penais, sejam administrativas. Daí a razão de se proporcionar mecanismos protetivos específicos no acompanhamento da matéria, independentemente dos rótulos que se lhes possam etiquetar.

As sanções administrativas relacionadas aos atos de improbidade e corrupção possuem uma carga intimidatória muito maior dos que os próprios ilícitos penais que tratam do tema. Essas sanções, ainda que desprendidas de uma natureza formalmente penal, acabam por impor as mesmas restrições, os mesmos gravames de natureza penal aos direitos e garantias individuais. Daí porque necessária uma legislação que concatene os rumos a serem tomados por uma conduta punível, em tese, pelas duas frentes sancionadoras.

Por essas razões, a partir de um sistema repressor de onerosa gravidade tal qual apresentam as legislações objeto destas considerações – Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção -, é de bom alvitre que se ofereça um rumo de orientação legislativa, com espaço próprio dentro do ordenamento jurídico, a fim de dar substrato principiológico às diversas categorias de ilícitos representadas por um direito administrativo sancionador,

permitido, sobretudo como ocorreu em Portugal, por meio de uma Lei Quadro, de um Regime Geral das Contraordenações.

Conclusão

As sanções administrativas, enquanto substrato do direito administrativo sancionador, e as sanções penais, integrantes do arcabouço do direito penal, consubstanciam-se em espécies do gênero direito sancionatório público³⁰⁷, categoria com elevada carga de interdisciplinariedade e por muito considerada “terra-de-ninguém”³⁰⁸.

A evolução no tratamento dinâmico do direito sancionatório público, considerando os liames entre direito administrativo sancionador e direito penal, vem ganhando cada vez maior destaque entre as produções científicas. A isso se deve, tanto mais que o seu crescente âmbito de alargamento, a incidência de uma realidade pretendida politicamente³⁰⁹.

O terreno do direito sancionatório público e as suas particularidades não se limitam, ou sequer resumem aos ditames do direito penal. Abrangem, de igual maneira, o viés do direito administrativo sancionador, a justificar o tratamento da matéria não apenas pelos penalistas, como também pelos administrativistas.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador foi posta em evidência em países europeus desde o século XIX, a partir da evolução dos estudos sobre a teoria da sanção, trabalhando-se, à exaustão, a distinção entre a sanção administrativa e a sanção penal. Daí porque o direito administrativo sancionador, como ramo dotado de autonomia, tem ganhado cada vez maior relevância prática na solução dos conflitos que surgem do exercício de poder estatal. Para além do poder de polícia do Estado liberal, as atividades sancionatórias da Administração alcançam, atualmente, espaços antes reservados apenas à responsabilização penal. É que no

³⁰⁷ O Direito Sancionatório Público a título de qualificação, enquanto manifestação sobre o exercício do poder público de tipo sancionatório, acaba por emaranhar-se em querelas acerca da sua natureza, se predominantemente jurídico-penal ou jurídico-administrativa. De um lado, os penalistas, que defendem que muito embora as normas destinadas à regulação do exercício do poder sancionatório não penal se aproveitam dos mesmos tipos de garantias conformadoras da aplicação de normas jurídico-penais, devem ter aplicabilidade em menor grau de intensidade. De outro, os administrativistas, que sustentam que as decisões sancionatórias não penais constituem um ato típico da função administrativa, não podendo deixar de se sujeitarem às regras próprias do procedimento administrativo e das suas respectivas garantias. ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisetris (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, In: *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set, Coimbra: Almedina, 2013, p. 105-173.

³⁰⁸ A expressão é de PEREIRA DA SILVA, Jorge. In: Breve nota sobre o Direito Sancionatório do ambiente, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 271-296.

³⁰⁹ CLUNY, António. Breve reflexão sobre os caminhos do direito administrativo sancionador português. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 41-93.

contexto pós-liberal, emana do Estado uma função de perseguir políticas públicas endereçadas a importantes aspectos no combate à impunidade, particularizadas, ao longo desta investigação, nas práticas de má gestão pública, vislumbradas enquanto improbidade administrativa e corrupção empresarial.

Neste universo, a alta dimensão lesiva das sanções administrativas decorre do sentimento de impunidade verificado – e intensificado – nos últimos anos em terras brasileiras. Daí a importante relevância técnica da proteção aos direitos e garantias fundamentais, devendo-se assegurar, inclusive às pessoas jurídicas³¹⁰, níveis adequados de proteção contra os abusos do poder acusatório.

A simples dispersão na tutela de análogos fatos pode, *de per se*, gerar enorme insegurança jurídica. Por isso é que, muito embora já seja até comum existir multiplicidade de regimes sancionadores (penais e não penais) a resguardar uma diversidade de bens jurídicos ou de normas vigentes a proteger valores eventualmente idênticos, ou até mesmo uma aparente identidade de fatos ilícitos, certo é que a coerência de ações estatais sancionadoras não apenas é imperiosa, como se revela cada vez mais urgente.

É por isso que, negadas as semelhanças ontológicas entre as sanções nos ramos do direito administrativo sancionador e do direito penal, o intuito foi desenvolver uma fundamentação nova, fugindo as raízes doutrinárias brasileiras, em razão da necessária distinção a que se entende dever proceder no âmbito da relação entre as sanções administrativas e penais. Para tal desiderato, imprescindível que haja, em todas as partes que permearam este trabalho, uma quebra de paradigmas em matéria sancionatória, uma vez que se pressupõe um singular espectro de (des)aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, propondo-se uma visão transdisciplinar do direito sancionatório público.

Essa visão interdisciplinar evolui de uma dimensão interinstitucional que se verifica na aproximação e conjugação das instituições de fiscalização e controle de ilícitos, dada a multiplicidade das instâncias independentes aptas a aplicação de sanções. Nesta perspectiva, a falha doutrinária da diferenciação entre ilícito administrativo e ilícito criminal conduz ao insuperável problema identificado a partir da análise da sobreposição das sanções penais e

³¹⁰ A nova lei anticorrupção brasileira – n.º 12.846/2013 -, prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas (art. 2º).

administrativas no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção Empresarial.

Cuida-se, a bem da verdade, de uma necessidade de especialização de tratamento da nova legislação. Se de um lado se fundamenta na proteção do interesse público e na outorga de prerrogativas sancionatórias especiais, de outro se deve proporcionar um controle técnico que evite manifestações de arbítrio sancionador. Na busca a esse controle é que se lança o olhar para o direito de mera ordenação social presente na ordem jurídica portuguesa enquanto manifestação codificada de um direito administrativo sancionador.

Nos dias correntes, certas manifestações do direito administrativo sancionador brasileiro são, em alguns aspectos, a materialização (talvez não intencional) do direito penal. Sendo esta, pois, a hipótese central e conclusiva desde trabalho. Com efeito, foi imperioso empreender uma abordagem acerca das dimensões centrais da teoria deste direito administrativo sancionador no Brasil que, lastimavelmente, como se viu, desvelou-se limitada, senão inteiramente ausente.

Ocorre que ainda assim, os cenários de crise político-institucional – como é o que se tem verificado em terras brasileiras ao largo dos últimos 4 anos –, costumam abrir lugar ao fortalecimento de ferramentas estatais voltadas ao combate de determinados ilícitos, especialmente dos que fragilizam direitos e garantias, como é o caso dos escândalos de corrupção descortinados no país. Essa constatação se evidencia na multiplicação de condutas perseguidas por poderes sancionatórios com atribuições para punição de mesmos fatos, ainda que sob o fundamento de se tratar de tutela de bens jurídicos diversos. Destarte, na busca pela prevenção e controle da má gestão pública no Brasil, se identificou uma zona de atuação do direito administrativo sancionador consubstanciado no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/1992 e na Lei Anticorrupção Empresarial n.º 12.846/2013.

Neste particular, mostrou-se necessário situar o atual panorama do direito administrativo sancionador enquanto regime jurídico que alimenta a esta legislação, trabalhando, pois, a sua evolução e independência como ramo autônomo do direito punitivo. Tal tarefa passou pela verificação do ponto da situação no regime jurídico espanhol de direito administrativo sancionador, já que identificado enquanto orientador do modelo brasileiro. A par de uma identificação conceitual original, considerando os domínios formais e materiais do direito administrativo brasileiro para o fim de reconhecer uma aplicação de sanções administrativas pelos juízes e tribunais, verificou-se a absoluta ausência de um debate

doutrinal a respeito de uma diferenciação ontológica entre os ilícitos administrativo e penal, consubstanciando-se a diferença em critério meramente orgânico.

Em um segundo momento, pretendeu-se lançar luz ao direito de mera ordenação social português, assim entendido enquanto espécie de caminho a ser percorrido pelo direito administrativo sancionador brasileiro, já que assentes as diferenciações entre os ilícitos naquela ordem jurídica, ainda que se tenha encontrado divergência a respeito da sua posição geográfica, se mais direito penal ou mais direito administrativo.

Não obstante, na parte final se operou a um reconhecimento da autonomia da sanção contraordenacional e identificou-se nela, pois, o substrato para a resolução dos problemas enfrentados pelo desregramento do tema no Brasil. É que a partir disso é que se pode caminhar por uma estrada que leva a um distanciamento das sanções administrativas em relação as sanções criminais e em relação ao direito penal como um todo. Fato é que, como isso não foi realizado no Brasil, percebeu-se uma aproximação analítica das sanções de improbidade administrativa e de corrupção empresarial ao direito penal.

O entendimento foi o de que ainda que se rotulem as Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção empresarial como submetidas ao direito administrativo sancionador, elas acabam apresentando características sancionadoras afetas ao direito penal. Daí porque tratar-se-ia da manifestação de um verdadeiro direito penal “envergonhado”. Para mais, a partir da análise da legislação penal já existente quando em cotejo com a nova lei, a sobreposição de sanções é situação que se evidenciou latente.

Diante disso, o que se pretendeu sustentar é que o poder público sancionatório deve respeitar o império da Lei e do Direito no exercício da pretensão punitiva e na imposição de medidas sancionadoras. Qualquer precipitação nesse sentido acaba por enfraquecer o Estado enquanto instituição, inibindo o poder punitivo. Uma formatação sancionatória atenta aos moldes dos princípios formadores do ordenamento jurídico, ao contrário, garante a estabilidade necessária ao combate da impunidade.

Em um Estado Democrático de Direito, o risco de aplicações sobrepostas de sanções impõe a temperança do princípio da independência das instâncias administrativa e penal, funcionando como garantia de que as infrações não serão apuradas e julgadas à margem de qualquer interferência de resultado de uma na outra. A autonomia das esferas não pode, pois, erguer-se como dogma, haja vista a multiplicidade de situações em que os fatos se colocam em todos os ramos do direito punitivo.

Portanto, ainda que uma legislação forte no âmbito do atual direito administrativo sancionador seja medida imperiosa no atual contexto brasileiro, a legitimação da ação estatal deve se dar através de critérios unitários e comprometidos com resultados concretos, tais quais os identificados em Portugal através do direito de mera ordenação social. E não, em via contrária, com o desencadeamento descontrolado e irracional de processos sancionadores, à custa de um pragmatismo isento de legitimidade, como é o caso da legislação brasileira.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. MENDONZA BUERGO, Blanca. Hacia uma Ley de contravenciones, el modelo português. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 36, III, 1983, p. 567-590.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edijur, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 jun. 2016.

BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

BRIBERY ACT, 2010, disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

_____. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em 7 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 7 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 8.420/2015, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3164.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm>. Acesso em 3 jun. 2016.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 7 jun. 2016.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 7 jun. 2016.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3

de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 7 mai. 2016.

_____. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

_____. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 7 ago. 2015.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, II, 10ª ed., reimpr., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CATARINO, Luís Guilherme. *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010.

CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 1, n.º 2, abr/jun, 1994, p. 27-40.

_____. *Curso de Derecho penal*. Parte General. Tomo I: introdución. Madrid: Tecnos, 2004.

CLUNY, António. Breve reflexão sobre os caminhos do direito administrativo sancionador português. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicado por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho).

_____. Código Penal. Projecto da Parte Geral, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, 1963, p. 17-143.

_____. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 49.º, 1973, p. 257-281.

_____. As grandes linhas da reforma penal. In: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, CEJ, 1983, p. 17-37.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

_____. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal económico e europeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, disponível em <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>>. Acesso em 7 ago. 2015.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n.º 84, out/dez, 1987. p. 42-64.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. *Revista Forense*, vol. 2444, 1973, p. 17-24.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Elementos para uma legitimação do direito penal secundário. In: *Direito Penal Secundário*, São Paulo: Coimbra Editora; Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DELLIS, Georges. *Droit penal et droit administratif – L'influence des principes du droit penal sur le doigt administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, 8 de abril de 2015, disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/novas-regras-anticorruptao-cgu.pdf>>. Acesso em 7 ago. 2015.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. Malheiros Editores: São Paulo, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ESPANHA. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 132/2001*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4428>>. Acesso em 17 jun. 2016.

FARIA COSTA, José Francisco de. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Revista de Direito e Economia*, 1-2, 1983, p. 3-51.

_____. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. Editora Atlas S.A: São Paulo, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português. Parte Geral, I*, Lisboa, Verbo, 1981.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14.ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar*. Malheiros Editores: São Paulo, 4ª ed., 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, separata do vol. XLVIII, 1972.

_____. Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, p. 69-98.

_____. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa: CEJ, 1983.

_____. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3714, 1984.

_____. *Direito Penal – As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática Geral das Infrações antieconómicas – O Problema do Direito Penal Económico. In: *BMJ*, 262, 1977, p. 5-49.

FREITAS, Juarez. O princípio da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, n.º 48, fev. 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, n.º 10, 1976, p. 399-430.

_____. *Revolución Francesa y Administracion Contemporânea*. 4ª ed., Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7ª ed. Tomo 2. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador; parte general*. Madrid: Thomson, 2008.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 25, 1972, p. 629-642.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 12 jun. 2016.

LEI ANTICORRUPÇÃO AMERICANA – FCPA, disponível em <www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em 7 ago. 2015.

LOPES, Licínio. Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, p. 7-25.

_____. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código de Procedimento Administrativo. In: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Vol II 3.ª ed., AAFDL, 2016.

LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. In: *Revista de Administración Pública*, 121, 1990, p. 393-414.

LUMBRALES, Nuno B. M. *Sobre o conceito material de contra-ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006.

LUZ, Denise. *Direito administrativo sancionador judicializado: Improbidade Administrativa e Devido Processo Aproximações e distanciamentos do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2014.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Contravenção e contra-ordenação – notas sobre a génese, a função e a crítica dos dois conceitos. In: *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*. Lisboa: Banco de Portugal, 1998, p. 27-49.

_____. Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários; problemas gerais, I*, Coimbra: IDPEE.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada, I*; tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTES, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Historia y Derecho Comparado; traducción de José María Rodríguez Devesa, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Coimbra editora, tomo I, 1997.

MONTORO PUERTO, Miguel. *La infraccion administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo: FA*, Belo Horizonte, v. 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

MOUTINHO, José Lobo. *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica, 2008.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: limites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Colex, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

_____. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo. *Cassazione Penale*, 1987, p. 670-678.

PALAZZO, Fancesco. I critério de riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. In: *L'Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova: CEDAM, 1987.

PALIERO, Carlo Enrico. “*Minima non Curat Praetor*”. *Ipertrófia del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova: CEDAM, 1985.

_____. La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità econômica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1993, p. 1021-1048.

PEREIRA, António Beça. *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

PEREIRA DA SILVA, Jorge. In: Breve nota sobre o Direito Sancionatório do ambiente, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 271-296.

PEREZ-ESPEJO MARTINEZ, Sergio. *El derecho penal administrativo en la Republica Democrática Alemana*. Examen Histórico-Crítico, 2ª ed., Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, 1996.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 56/84*. Disponível em: <<http://publicos.pt/documento/id382242/acordao-56/84>>. Acesso em 17 jun. 2016.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. Malheiros Editores: São Paulo, 2001.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Un Análisis de Política Jurídica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

REBELO, Joana Raquel Pires. *As contra-ordenações Administrativas em face das novas tendências do Direito Administrativo – a ERSE como caso de estudo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, In: *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set, Coimbra: Almedina, 2013.

ROXIN, Klaus. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, I*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, reimpressão, Madrid: Civitas, 2003.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercados de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, José Beleza dos. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1 e 2, 1945, p. 39-59.

SANTOS, Luis Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: *Balada de la Justicia y la Ley*. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Rogério. *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra: Atlântida, 1955.

VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.