



Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPodivm

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robrio Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzet e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

M556t Merçon-Vargas, Sarah.
Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal / Sarah Merçon-Vargas – Salvador:
Editora JusPodivm, 2018.
320 p.

• Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2242-3.

1. Processo Judicial. I. Merçon-Vargas, Sarah. II. Título.
CDD 341.43

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPodivm.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPodivm. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

*Para papai.
Para vonó Aldy (in memoriam).*

A variabilidade de grau dos princípios decorre da própria estrutura jurídica.¹¹² A definição deste grau, em cada tipo de processo, é tarefa do legislador, que a partir de técnicas de sopesamento, chega a uma regra que o privilegie, na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas.

A concretização do princípio em regra pelo legislador, quando implicar restrição ao direito fundamental, em alguma medida, é suscetível de questionamento no caso concreto. Essa análise, que se faz no plano da constitucionalidade da restrição, deve ser feita pelo recurso à regra da proporcionalidade.¹¹³ Pelos critérios propostos por Virgílio Afonso da Silva, deve-se indagar se a regra é adequada para fomentar seus objetivos (adequação), se não há medida alternativa tão eficiente (necessidade) e se há um equilíbrio entre a restrição de um direito para a realização de outro (proporcionalidade em sentido estrito).¹¹⁴ Em caso afirmativo, o conteúdo essencial do direito fundamental restringindo não terá sido afetado.¹¹⁵

Na ausência de definição legislativa específica, que explicita a forma como deve incidir determinado princípio, a aferição da densidade adequada pode ser extraída da própria norma constitucional, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, com foco na sua máxima realização.

Neste estudo, a distinção entre princípios e regras é fundamental. As garantias constitucionais estruturadas normativamente sob a forma de regras que compõem o catálogo de garantias nos processos judiciais punitivos não penais devem incidir de forma integral. Já em relação às garantias estruturadas sob a forma de princípios que também pertencem ao catálogo de garantias, é preciso avaliar a gradação adequada.

Capítulo II

DIREITO MATERIAL PUNITIVO NÃO PENAL

II.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de adentrar, propriamente, ao tema do capítulo, é importante fazer um esclarecimento de ordem terminológica.

A expressão *sanção* pode ser utilizada de diversas formas na ciência jurídica.

Na Teoria Geral do Direito, a expressão *sanção jurídica* é empregada no sentido de consequência jurídica da norma.¹ No exemplo de Tercio Sampaio Ferraz Jr, se A deve ser S, A é a conduta hipotética e S é a *sanção* que segue à ocorrência da hipótese.² Nesta acepção, a sanção pode ser efeito do descumprimento da norma, mas há sanções decorrentes do próprio cumprimento da norma, como é o caso das sanções premiais (p. ex., o abatimento de determinado tributo em virtude do pagamento antecipado). Neste sentido mais amplo, constituem *sanções jurídicas* a imposição de pena privativa de liberdade, a obrigação de pagamento de determinado tributo, o dever de indenizar ou mesmo a decretação de nulidade de determinado ato processual.

1. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*: Lições Preliminares de Direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 260. Em Kelsen, a sanção é o *ato coercitivo*, que se apresenta como uma *pena* ou como uma *execução forçada*. (KELSEN, Hans. *Teoria pura del Derecho*. 4. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2008, p. 56). Em Bobbio, sanção é a resposta à violação da norma (*Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro, 2001, p. 154).
2. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001, p. 99.

112. Idem, p. 57.

113. Idem, p. 167-172.

114. Idem, p. 167-172.

115. Idem, p. 181-200.

Não é esse, entretanto, o sentido em que o termo sanção será utilizado neste livro. Aqui, a expressão será empregada no sentido de *pena*, enquanto castigo que decorre do *ius puniendi* estatal e se impõe de forma compulsória, com a finalidade de punir a prática de determinada conduta.³ Significa que, para além de simples efeito jurídico de uma norma, a sanção, neste sentido, é caracterizada pela função que desempenha.⁴

Feito esse registro, é importante, então, delimitar o objeto deste capítulo.

O ordenamento jurídico é repleto de sanções. Para além do Direito Penal, há sanções no âmbito do Direito Administrativo (p. ex. infrações de trânsito), no Direito Civil (p. ex. pena de indignidade e deserção de herdeiros, penas condominiais, exclusão de sócio), no Direito do Trabalho (p. ex. demissão por justa causa) etc.

Nesse universo, e considerando o viés público deste trabalho, serão investigadas, no plano do direito material, sanções não penais aplicadas pelo Poder Judiciário. São exemplos de sanções desta natureza as previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.

A opção pelo *gênero* – sanções não penais aplicadas pelo Poder Judiciário – está relacionada à tese defendida, que aponta para a existência de um nicho de processos que, em razão do *ius puniendi* estatal, do seu potencial de restrição de direitos fundamentais e das características especiais da relação jurídica processual, comporta tratamento específico sob a ótica do devido processo legal.

Nessa moldura, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção são examinadas enquanto exemplos de sanções não penais aplicadas pelo

3. Na doutrina penal, além da finalidade retributiva da pena – o mal causado deve corresponder ao mal da pena – atribui-se outras funções à pena e, em especial, a função de prevenção, o que significa evitar o cometimento de novos delitos no futuro, tanto pelo próprio delinquent (prevenção especial) como sociedade (prevenção geral). É o caso da teoria da pena, tal como proposta por Roxin e por Hassemer, em que a pena tem a função de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a comunidade, a partir da visão do direito penal como proteção subsidiária de bens jurídicos e do princípio da culpabilidade como forma de limitação. Sobre o tema, sugere-se a leitura da dissertação de Débora da Cunha Piacesi (PIASECI, Débora da Cunha. *Da fundamentação da pena*: uma análise descritivo-crítica da função preventiva geral positiva. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2006. *passim*).

4. Para Alejandro Huergo Lora, não é o conteúdo da medida que informa a sua natureza punitiva, mas a função que desempenha no contexto normativo (HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007. p. 16).

Poder Judiciário.⁵ É possível que estes exemplos não esgotem o gênero⁶, mas justificam a análise na perspectiva proposta.

Em paralelo, a análise das sanções punitivas não penais enquanto gênero também se justifica na medida em que a criação de ilícitos fora do Direito Penal é uma tendência e muitos destes ilícitos são alocados no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.⁷

Esse nicho de ilícitos não penais cresceu em território europeu particularmente a partir da década de 70, em um contexto de resistência ao expansionismo do direito penal acessório, em que se buscou definir quais ilícitos deveriam ser objeto de regulação penal e quais ilícitos deveriam ser excluídos do âmbito penal.⁸

Com isso, ilícitos e sanções punitivas que outrora teriam *status* jurídico de crimes passaram a ser positivados como ilícitos e sanções administrativas ou, em alguns casos, também como ilícitos e sanções administrativas, em reforço da norma penal, com verdadeira sobreposição de figuras normativas.⁹⁻¹⁰

5. Não se trata, portanto, de um estudo sobre a Lei de Improbidade ou sobre a Lei Anticorrupção, o que demandaria o exame de aspectos que não serão sequer referidos.

6. Durante a elaboração deste estudo, muito se refletiu sobre outros exemplos que pudessem se enquadrar neste gênero. Verificou-se, entretanto, que no Direito Administrativo Sancionador a sanção é aplicada por órgão administrativo. Em paralelo, no âmbito eleitoral, não se descarta a possibilidade de que haja sanções punitivas aplicadas pelo Poder Judiciário; entretanto, como a justiça eleitoral desempenha outras funções, além da jurisdicional, este exame mereceria um estudo mais aprofundado e específico, o que seria incompatível com os limites predefinidos de pesquisa.

7. A natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção e a sua relação com Direito Administrativo será objeto de análise específica, ainda neste capítulo.

8. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 87.

9. TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013p. 49; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 91.

10. Na França, um mesmo fato pode ensejar a incidência de sanções penais e administrativas, cuja cumulação é possível a partir da ideia de independência dos sistemas repressivos

O estudo que se apresenta nos itens subsequentes, com aspectos de Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, não tem o objetivo de ser exaustivo. As discussões teóricas relacionadas à definição de qual deve ser o objeto do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador são complexas e se fossem abordadas, com a extensão e a profundidade da doutrina especializada, fugiriam ao escopo central proposto.

Nesse contexto, pretende-se, com essa análise, avaliar se há diferença ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo e contextualizar as sanções punitivas não penais previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, à luz da doutrina, no plano do direito material. Essa avaliação é fundamental, à vista do objeto deste trabalho, para que se tenha elementos para delinear o regime jurídico de garantias adequado, à luz do devido processo legal, aos processos judiciais punitivos não penais.

II.2. ILÍCITO PENAL X ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Com o fim da segunda guerra mundial, verificou-se, em especial na França¹¹, na Itália e na Alemanha, que houve reversão da tendência de criminalização de condutas administrativas que se observava desde a revolução francesa. A partir de então, algumas das competências do Direito Penal foram transferidas para o Direito Administrativo.¹²

Na Alemanha e na Itália houve efetivamente uma política de despenalização, em que se optou por confiar à Administração poder repressivo em relação às infrações de menor gravidade, o que permitiu o desenvolvimento

(a regra do *ne bis in idem* somente incidiria para impedir duplo sancionamento pelo mesmo fato dentro de um mesmo sistema repressivo). (ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 269-270. Acesso em 14.12.2017).

11. Para Franck Moderne, no entanto, na França, a repressão administrativa não teve o mesmo desenvolvimento de outros países da Europa Continental. Ainda assim, na percepção do autor, há hoje em dia uma evolução significativa. (MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *ius puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 26-27). Para Mattias Guyomar, a evolução foi significativa a partir dos anos 90. (*Les sanctions administratives*. Yssey-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 17).

12. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 90.

das sanções administrativas. Já na Espanha e em Portugal, diferentemente, o crescimento das sanções administrativas está mais ligado à visão autoritária de poder¹³, própria dos longos períodos ditatoriais de Franco e Salazar, do que a uma política institucionalizada.¹⁴

No contexto de desenvolvimento do poder repressivo em âmbito administrativo, duas correntes teóricas centrais desenvolveram-se com a proposta de estabelecer critérios de diferenciação entre ilícitos penais e ilícitos administrativos.

A chamada teoria *qualitativa* apontou a existência de diferenças *substantivas* entre ilícitos penais e ilícitos administrativos, em que os primeiros seriam marcados por um desvalor ético e pela aplicação de penas restritiva de liberdade; ao passo que os segundos seriam infrações eticamente neutras, voltadas à proteção das estruturas do Estado.¹⁵

Essa teoria foi desenvolvida por James Goldschmidt e preconizou a transferência das infrações administrativas do Direito Penal para o ramo que se denominou *Direito Penal Administrativo* – expressão paradoxal para um contexto de despenalização¹⁶ – e chegou a ser consagrada legislativamente na Alemanha.¹⁷

Heinz Mattes, a partir da análise da trajetória histórica do direito penal de polícia, demonstra que não há diferença original entre o direito penal de polícia (equivalente às infrações administrativas) e o direito penal criminal

13. Na França, M. M. Rougevin Baville afirma que o florescimento de regimes repressivos puramente administrativos, a partir de 1940, também tem relação com o caráter autoritário do Governo de Vichy. (ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 260. Acesso em 14.12.2017).

14. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *ius puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 26-27.

15. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 54-55.

16. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *ius puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 50.

17. A Lei alemã de 1952 estabeleceu diferenças qualitativas entre delitos e infrações administrativas, mas a Lei de 1968 abandonou este critério e adotou a teoria quantitativa, que será referida na sequência (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 153).

(injusto criminal). Trata-se, na verdade, de uma distinção conceitual que foi feita pela doutrina.¹⁸

A teoria qualitativa recebeu muitas críticas, notadamente pela dificuldade, sob o prisma científico, em se apontar uma distinção *ontológica*.¹⁹ Uma das mais interessantes, feita por Alejandro Nieto, é a de que o problema central dessa formulação teórica está no fato de que ilícitos penais e ilícitos administrativos não são *ontologicamente* nem iguais, nem desiguais, pela simples razão de que o conceito de ilícito é normativo.²⁰

Na perspectiva de Gómez Tomillo e Sanz Rubiales, a tese qualitativa é também perigosa, pois pode servir de subsídio teórico para justificar a limitação de garantias advindas do Direito Penal, de modo que bastaria etiquetar o ilícito como sendo administrativo para afastar a incidência de todo um arcabouço de garantias.²¹

Além da forte crítica da doutrina, o golpe final à tese qualitativa foi dado pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, que desde o caso *Oztiirk v. Alemanha*, julgado em 1984, reconhece a falta de distinção ontológica entre delitos e infrações administrativas.²²

Na doutrina nacional, prevalece a tese da ausência de distinção ontológica entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos.²³ Mas a refutação

18. MATTES, Heinz; MATTES, Herta. *Problemas de derecho penal administrativo: Historia y derecho comparado*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 138-139.

19. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 103.

20. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 152.

21. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 82.

22. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 148. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos será examinada no capítulo III.

23. Veja-se, por exemplo: HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945, p. 24-27; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 52; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 863; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59-60.

da tese qualitativa não conduz, necessariamente, à afirmação de que ilícitos penais e administrativos devem ter o mesmo regime jurídico.²⁴

Em contraposição à teoria qualitativa, desenvolveu-se a chamada teoria unitária ou *quantitativa*, segundo a qual não haveria distinção ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo: a diferença seria quanto à gravidade da sanção imposta pelo legislador. Nessa linha, sanções mais graves seriam aplicadas aos ilícitos penais e sanções menos graves aos ilícitos administrativos. É a posição, por exemplo, de Nelson Hungria.²⁵

Essa teoria foi bastante desenvolvida na Espanha, em que a preocupação não era propriamente reduzir o Direito Penal, como foi na Alemanha e na Itália, por exemplo, mas limitar a atividade sancionadora da Administração²⁶ ou, pelo menos, aplicar em âmbito administrativo os princípios do Direito Penal e Processual Penal.

Uma das críticas mais contundentes à tese quantitativa é a de que ela não explica por que pode haver ilícitos administrativos apenados de forma mais grave do que ilícitos penais relativos ao mesmo fato.²⁷ Embora seja desejável que haja unidade e coerência no sistema punitivo, na falta de um critério legal, o legislador dispõe de ampla competência discricionária para criar ilícitos e lhes conferir natureza jurídica penal ou não.

Em posição crítica a ambas as teorias, Gómez Tomillo e Sanz Rubiales, afirmam, com a doutrina majoritária na Espanha, que os delitos e as infrações administrativas têm a mesma natureza e estrutura.²⁸ Franck Moderne conclui também que não é mesmo possível estabelecer uma separação radical entre ilícito penal e administrativo.²⁹ Nessa mesma linha, Alejandro Nieto sustenta

24. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 290-291.

25. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945, p. 24-27.

26. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 47-50.

27. *Idem*, p. 84.

28. *Idem*, p. 87 e 91-94.

29. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus punitivi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 133.

que os ilícitos serão penais ou administrativos, conforme a natureza que a norma lhe atribua em cada momento.³⁰

Tendo em mira as duas diferentes teorias, Ana Carolina Carlos de Oliveira adota posição intermediária, que seria *quantitativo-qualitativa*, com essência predominantemente normativa. A autora explica que, ressalvadas as situações de extrema gravidade, como é o caso da pena privativa de liberdade³¹, há zonas limítrofes, em que o enquadramento da sanção como penal ou como administrativa é uma opção³² (cita como exemplos as relações de consumo e a segurança do trabalho etc.).

Na Alemanha, segundo Alejandro Nieto, o Tribunal Constitucional consagrou, sem maiores dificuldades, a separação entre delitos e infrações administrativas e reconheceu que compete ao legislador atribuir a cada grupo um regime jurídico distinto.³³⁻³⁴

No modelo alemão, a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* - OWiG, de 1968, que segue vigente com algumas reformas, contém uma parte geral que disciplina a aplicação de sanções administrativas.³⁵ A lei prevê uma primeira fase, que se desenvolve perante órgãos administrativos e que pode vir a se encerrar nesta seara, nas infrações leves, em que as multas são reduzidas. Porém, em casos mais graves ou quando o sancionado não concorda com a sanção imposta pelo órgão administrativo, passa-se a uma segunda fase que tramita perante um Tribunal como um *processo penal* especial, simplificado. Embora a lei utilize o termo recurso, não se trata de juízo de revisão do sancionamento; o Tribunal passa a ser a autoridade responsável por sancionar e inicia-se um processo penal *ex novo*.³⁶

30. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 153.

31. Neste caso, segundo defende, a diferença em relação a uma sanção administrativa não seria apenas quantitativa (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Inter-venção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 115-118).

32. Fábio Medina Osório alude a *espaços discricionários legítimos* (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133).

33. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 197.

34. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 10-16.

35. HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 66-69.

36. Idem, p. 66-69.

Com tais contornos, Alejandro Huergo Lora pondera que, no modelo alemão, as sanções administrativas aproximam-se muito mais do Direito Penal do que do Direito Administrativo.³⁷ É relevante considerar que, ainda assim, a única sanção administrativa é a multa, salvo no âmbito disciplinar, em que podem ser aplicadas sanções de restrição de direitos, tal como a perda da antiguidade. Em caso de não pagamento da multa, porém, a sanção transforma-se em pena privativa de liberdade.³⁸

Há, portanto, diferenças claras entre ilícito penal e ilícito administrativo, embora a doutrina considerada majoritária afirme que as diferenças são muito mais quantitativas do que qualitativas e reconheça que, ainda assim, há uma zona cinzenta ampla em que cabe ao legislador decidir pelo regime jurídico a ser atribuído.³⁹

Apesar disso, em relação às garantias, entende-se que o núcleo dos princípios do Direito Penal, que foram acolhidos pelo legislador na OWiG, são aplicáveis às infrações administrativas, por imperativo constitucional. Como observa Alejandro Huergo Lora em relação aos princípios da legalidade e da culpabilidade, não se cogita que sejam necessários abrandamentos para essa incidência; tais princípios incidem nas infrações administrativas da mesma forma.⁴⁰

Na Itália, o modelo de sancionamento administrativo tem semelhanças com o modelo alemão.⁴¹ A lei despenalizadora n.º 689/1981, que transformou certas infrações penais em infrações administrativas puníveis com multa, contém também uma parte geral que regula a infração administrativa com clara inspiração penal.⁴² Diversamente da Alemanha, porém, não se trata de uma lei geral aplicável a todos os ilícitos administrativos, mas apenas aos ilícitos punidos com multa⁴³,

37. Idem, p. 71-73.

38. Idem, p. 66-69.

39. Idem, p. 75-87.

40. Idem, p. 86-87.

41. Idem, p. 101-109. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 13.

42. BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 125; GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 39.

43. A diferença, porém, em relação aos ilícitos penais não é ontológica. (BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 113).

e ainda assim, nos casos em que outro regime jurídico específico não tenha sido estabelecido.⁴⁴ Apesar de tais ressalvas, a Lei representa o esforço de unificação do regime material e processual aplicável aos ilícitos administrativos punidos com pena de multa⁴⁵, que é a principal sanção administrativa.⁴⁶

Como na Alemanha, afirma-se em doutrina e na jurisprudência a existência de diferenças entre as penas e as sanções administrativas⁴⁷, o que restringe a liberdade do legislador na atribuição de natureza jurídica ao ilícito. A aplicação de regras penais às sanções administrativas é válida como regra geral, embora haja efetivamente muitas exceções.⁴⁸

Em termos de procedimento, a sanção é aplicada por órgão administrativo e pode ser contestada perante a jurisdição ordinária. Dado o seu caráter pecuniário, o processo segue o modelo *civil* e a oposição que abre a via jurisdicional tem por objetivo a impugnação do ato administrativo sancionador, tanto em relação à legitimidade do ato sancionador, quanto à reavaliação da responsabilidade do sancionado.⁴⁹

A Lei n.º 689/1981 introduziu elementos do processo penal e do processo administrativo em um processo de características tipicamente processual-civilista.⁵⁰

Na Espanha, como já se registrou, o desenvolvimento do poder sancionador da Administração teve curso diverso da Alemanha e da Itália. Além disso, a ideia geral que orienta a regulamentação do poder sancionador da Administração também é diferente. A posição dita majoritária em doutrina e na jurisprudência é a de que penas e sanções administrativas são essen-

44. “Art. 12. *Ambito di applicazione. Le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando alle violazioni disciplinari.*”

45. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 15-16.

46. HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 214.

47. BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 113.

48. HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 107.

49. Idem, p. 108.

50. BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 135.

cialmente a mesma coisa e por isso devem se submeter ao mesmo regime jurídico, com algumas adaptações.⁵¹

As infrações administrativas não são punidas na Espanha apenas com multas. Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales afirmam que os instrumentos punitivos são variados e coincidem, em grande medida, com os da jurisdição penal.⁵²

A aplicação de sanções administrativas é feita por órgãos administrativos, por meio de procedimentos administrativos. O juízo de controle do desenvolvimento do ato administrativo sancionador é feito na jurisdição contencioso-administrativa⁵³, mas diferente da Alemanha, o Tribunal não impõe sanção; o juízo que se exerce é de controle de legalidade sobre a posição administrativa.⁵⁴

Não há, portanto, um processo judicial de aplicação de sanção, muito embora Gómez Tomillo e Sanz Rubiales registrem a ocorrência de jurisdionalização do procedimento administrativo sancionador, com a introdução de diversas garantias do processo penal.⁵⁵ A fórmula – aplicação de princípios do processo penal ao procedimento administrativo sancionador, com adaptações –, no entanto, tem algumas mazelas, entre as quais se pode mencionar a ausência de base constitucional expressa que autorize a extensão das garantias do processo jurisdicional ao procedimento administrativo⁵⁶ e as dificuldades de se fazer esta aplicação adaptada.⁵⁷ Alguns autores propõem, ao ensejo, a criação de uma lei de

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

52. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 1009.

53. A Constituição da Espanha é expressa quanto ao caráter uno da jurisdição (artigo 117): “5. *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*”. Apesar disso, segundo Ricardo Perlingeiro, há jurisdição administrativa autônoma em 1º e 2º graus, porém sujeita a uma corte suprema única, de direito público e de direito privado. (A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Ano XVI, n. 57, mai-ago 2012, p. 7).

54. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 694-697.

55. Idem, p. 694.

56. Idem, p. 696.

57. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 174-175.

II.3. ILÍCITO E SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Para além da diferenciação teórica entre ilícitos administrativos e penais, é importante também perquirir sobre a natureza das sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário e verificar se, à luz da doutrina, podem ser consideradas sanções administrativas. Essa análise é fundamental para a avaliação do regime jurídico aplicável.

Diante deste propósito direcionado, o estudo que segue é limitado: concentra-se na análise da possibilidade de se caracterizarem como sanções administrativas as sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário. Isso significa que alguns pontos centrais na análise e diferenciação das sanções administrativas, especialmente em relação a outras figuras do Direito Administrativo não serão examinados, pois fugiriam do propósito deste estudo.⁶²

O desenvolvimento científico do Direito Administrativo Sancionador é um fenômeno relativamente recente na ciência jurídica. Alejandro Nieto explica que, na Espanha, os primeiros trabalhos sobre o tema remontam às décadas de 60 e 70; antes disso, tratava-se de uma zona intermediária, que não interessava muito nem aos penalistas, nem aos administrativistas.⁶³ Sua autonomia científica desenvolveu-se a partir da tese da unidade do *ius puniendi* estatal, em que se incluíam o poder sancionador da Administração

62. Há grande discussão, por exemplo, sobre o poder de polícia e a caracterização das sanções decorrentes do seu emprego como sanções administrativas. Para Marçal Justen Filho, por exemplo, o sancionamento administrativo reflete uma competência inerente ao poder de polícia (*Curso de Direito Administrativo*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 608). Já para Fábio Medina Osório, medidas de polícia, como é o caso do fechamento ou a interdição de uma atividade iniciada sem autorização do Poder Público, não constituem sanções administrativas, pois tem por objetivo a restauração da legalidade e mais se assemelham ao exercício do poder de fiscalizar. Em paralelo, medidas rescisórias aplicadas com fundamento em atos ou contratos administrativos bilaterais tampouco seriam sanções administrativas, pois a consequência de sua aplicação, no máximo, conduz à perda da situação jurídico-administrativa de vantagem. Não se trata, portanto, de privações a direitos pré-existentes, efeito afinitivo natural do escopo punitivo. As medidas de responsabilização do erário também não são sanções administrativas, pois objetivam a reparação de danos. Por fim, as medidas de responsabilização na gestão tampouco seriam sanções administrativas para o autor, embora reconheça ser este o âmbito mais nebuloso no que tange à definição de regime jurídico (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101-113).

63. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 15.

infrações administrativas, a exemplo do modelo alemão⁵⁸, que contenha uma parte geral que possa resolver as dúvidas do modelo atual, que é excessivamente baseado em princípios.⁵⁹ A posição de Jose Suay Rincón é a de que há espaço, dentro dos parâmetros constitucionais, para que o legislador contribua para o delineamento geral das sanções administrativas e sua aplicação, de modo a reduzir as incertezas decorrentes de um sistema baseado apenas em princípios.⁶⁰

Tais modelos evidenciam que há campo legislativo para o estabelecimento de um regime geral aplicável às sanções administrativas⁶¹, em que sejam estabelecidas normas que disciplinem o exercício do poder punitivo, fora dos limites formais do Direito Penal.

Na mesma linha, é possível cogitar-se, no Brasil, da edição de normas gerais, de direito material e processual, aplicáveis aos processos judiciais punitivos não penais. A vantagem é, tal como assinala Jose Suay Rincón, minimizar a insegurança que decorre do modelo atual, em que o paradigma de devido processo legal precisa ser interpretado a partir da ordem constitucional, para que se tenha, na prática, um processo judicial punitivo com garantias compatíveis com o exercício de pretensão punitiva estatal e aplicação de graves sanções restritivas de direitos fundamentais.

58. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 1009-1010.

59. Na Espanha, a Lei 30/1992, *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, era a normativa estatal básica, que continha um Título que tratava dos princípios do procedimento sancionador. Ainda durante o período de vigência desta lei, a doutrina afirmava a necessidade de haver uma lei geral que regulamentasse as infrações administrativas e sua aplicação. No final de 2015, a Lei 30/1992 foi revogada e substituída pela Lei 39/2015 – Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas e pela Lei 40/2015 – Régimen Jurídico del Sector Público, que passaram a vigorar no final do ano de 2016. As alterações introduzidas por essas leis não foram analisadas, por serem muito recentes e por não terem sido, ainda, atualizadas as obras referidas nesta pesquisa.

60. RINCÓN, José Suay. La potestad sancionadora de la administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. *Documentación administrativa*, 2008, n. 280-281, p. 56-57.

61. Na França, diante da falta de previsão legal expressa, o Conselho de Estado vem construindo regras mínimas que devem ser observadas na aplicação de toda e qualquer sanção, notadamente à luz da garantia da ampla defesa. (ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 287. Acesso em 14.12.2017).

e o poder sancionador dos juízes.⁶⁴ Essa matriz teórica foi bem desenvolvida nos julgados do Tribunal Constitucional Espanhol, que a utilizou como premissa para consagrar a tese da ausência de distinção ontológica entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos e, por conseguinte, para a proclamação da fórmula geral de que os princípios do Direito Penal e Processual Penal devem se aplicar aos ilícitos administrativos, com algumas adaptações.⁶⁵

Um dos elementos centrais do ilícito administrativo é a previsão, em caráter geral e abstrato, de uma sanção administrativa. O conceito de sanção administrativa, porém, é tema que comporta divergências no âmbito da doutrina administrativista, especialmente sob a ótica da autoridade responsável pela aplicação.

Há autores que incluem no conceito de sanção administrativa a circunstância de se tratar de uma punição imposta pela Administração.

Sanção administrativa, para García de Enterría, por exemplo, consiste de um mal infligido pela Administração como consequência de uma conduta ilegal.⁶⁶ Para o autor, a distinção entre sanções administrativas e penas é justamente a autoridade que as impõem: as sanções administrativas são impostas por autoridades administrativas, enquanto as penas são impostas por juízes penais. Guido Zanolini⁶⁷ e Alejandro Nieto⁶⁸ expressaram esse mesmo entendimento.

Franck Moderne faz distinção entre três modalidades de sanção: a sanção penal (aplicada por juízes penais); a sanção administrativa (aplicada por autoridade administrativa sem função jurisdicional) e a sanção jurisdicional não penal (aplicada por juízes não penais).⁶⁹ Para o autor, quatro elementos são essenciais para a caracterização de uma sanção administrativa: (i) a finalidade punitiva; (ii) o conteúdo afliitivo; (iii) o caráter ilícito da infração

64. *Idem*, p. 80-81.

65. Veja-se, por exemplo, a Sentença 18/1981, com referência a outros precedentes.

66. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, p. 399-430.

67. ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 40.

68. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 182.

69. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 51-53.

e, finalmente, (iv) o caráter administrativo da autoridade competente para aplicação da sanção.⁷⁰ Veja-se que para este autor a autoridade responsável pela aplicação da sanção é um dos elementos que caracterizam a sanção administrativa.

No direito pátrio, Regis Fernandes de Oliveira afirma que sanção administrativa é aquela cuja aplicação decorre da apuração de infração perante autoridade administrativa, e cujo ato sancionador não possui força de ato jurisdicional.⁷¹ Para ele, se a sanção é aplicada por órgão jurisdicional, em processo judicial, em que o ato final possui força de coisa julgada – a rigor, tenha aptidão para possuir –, trata-se de pena criminal ou de sanção *civil*.⁷²

Em sentido análogo, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que a natureza administrativa da infração pode ser reconhecida a partir da natureza da sanção que lhe corresponde e, ao mesmo tempo, a natureza da sanção advém da autoridade competente para imposição. Conclui que sanção administrativa é a sanção imposta pela Administração.⁷³ Rafael Munhoz de Mello afirma, nessa mesma linha, que o traço que identifica a sanção administrativa é formal (aplicação por autoridade administrativa).⁷⁴

Em sentido diverso, outros autores afastam esse elemento formal – a autoridade administrativa como aplicadora da sanção – do conceito de sanção administrativa. Para eles, a sanção administrativa pode ser aplicada por uma autoridade administrativa ou mesmo pelo Poder Judiciário.

Fábio Medina Osório, por exemplo, sustenta que a sanção administrativa é um mal ou castigo (de efeitos afliitivos), com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, que pode ser imposto pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário⁷⁵ ou por corporações de direito público a

70. *Idem*, p. 77.

71. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 20.

72. *Idem*, p. 20.

73. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiro, 2013, p. 863-864.

74. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 62-68.

75. Na mesma linha, veja-se LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado*: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e

um administrador, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, que tenha ou não especiais relações de sujeição com o Estado, em razão de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.⁷⁶ Para o autor, a presença da autoridade administrativa como aplicadora da sanção não é definitiva para a caracterização da sanção como sendo administrativa.⁷⁷

Essa também é a posição de Mattias Guyomar, que explica que a característica de ser aplicada por uma autoridade jurisdicional não é um critério determinante para diferenciação entre sanção penal e sanção administrativa, já que na França há sanções administrativas que são aplicadas por autoridades administrativas e outras que são aplicadas por órgãos jurisdicionais não penais (por exemplo, as *contraventions de grande voirie*), no âmbito da jurisdição administrativa.⁷⁸

A perspectiva de Fábio Medina Osório, seguida por Ana Carolina Carlos de Oliveira⁷⁹ e por Denise Luz⁸⁰, portanto, inclui a aplicação jurisdicional de sanções do âmbito formal e material do Direito Administrativo

Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014, 103-110; LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A Lei Anticorrupção e o Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 55-58.

76. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

77. Apesar do desenvolvimento teórico sobre as sanções administrativas em países da Europa Continental, Fábio Medina Osório adverte que o conceito europeu de sanção administrativa – que é fundamental para demarcação do âmbito do Direito Administrativo Sancionador e de aplicação de seu regime jurídico – deve ser lido com reservas no Brasil, considerando-se a jurisdição dual dos países influenciados pelo sistema francês (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83-91).

78. *Les sanctions administratives*. Yssey-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 37-38. Veja-se também: DEGOffE, Michel. *Droit de la sanction non pénale*. Paris: Economica, 2000, p. 101.

79. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 94.

80. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado*: Improbidade Administrativa e Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

Sancionador.⁸¹⁻⁸² Em obra específica sobre improbidade administrativa, o autor explica que sua proposta é reunir os ilícitos que tenham a Administração Pública como figurante no polo passivo da agressão.⁸³

Diante de tantas divergências conceituais, verifica-se não haver consenso quanto aos elementos que definem as sanções administrativas.⁸⁴

Para os fins deste trabalho, é importante identificar a divergência e conhecer a premissa de que partem os autores para considerar uma sanção como administrativa. Para aqueles que conceituam sanção administrativa com base na autoridade aplicadora da sanção, as sanções somente são administrativas quando aplicadas por autoridades administrativas. Já para aqueles em que esse critério não é essencial, mesmo sanções aplicadas pelo Poder Judiciário podem ser consideradas sanções administrativas e, nessa medida, pertencem ao âmbito formal do Direito Administrativo Sancionador.

Antes de adotar qualquer posição em relação ao tema, passa-se à análise dos ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.

II.4. ILÍCITOS, SANÇÕES E PROCESSO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 conferiu à moralidade o *status* jurídico de princípio da Administração Pública (artigo 37, *caput*) e previu a punibilidade dos atos de improbidade administrativa, com aplicação de sanções,

81. Essa conceituação mais ampla de sanção administrativa recebeu a crítica de Rafael Munhoz de Mello, pelo fato de incluir em um mesmo rótulo manifestações de funções estatais distintas – jurisdicional e administrativa – que, na sua avaliação, devem submeter-se a regimes jurídicos distintos (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63-68).

82. Para Marçal Justen Filho, há um *regime jurídico de direito administrativo punitivo*, que se vincula ao direito penal, com aplicação de todos os princípios fundamentais penais (Curso de *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1046).

83. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 191.

84. Esta também é a percepção de Ana Carolina Carlos de Oliveira (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 98).

na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, §4º).

A norma constitucional foi regulamentada no governo Collor, com a Lei n.º 8.429/92, que institui sanções punitivas aplicadas pelo Poder Judiciário aos agentes públicos. Essa é uma das diferenças de concepção da Lei de Improbidade Administrativa, em relação à chamada Lei Anticorrupção, que será tratada no tópico subsequente. A Lei de Improbidade Administrativa foi promulgada com o objetivo de punir agentes públicos⁸⁵, pessoas físicas, muito embora o artigo 3º estenda a possibilidade de aplicação das sanções àqueles que, não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática dos ilícitos previstos ou deles se beneficiem.⁸⁶ Na prática, tal disposição legal motivou a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa também às pessoas jurídicas de direito privado, em litisconsórcio passivo com o agente público.⁸⁷

Os atos de improbidade administrativa estão previstos nos artigos 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública), da Lei n.º 8.429/92. Além da previsão genérica do caput, os incisos desses dispositivos enumeram condutas comissivas ou omissivas que configuram improbidade administrativa.

A amplitude e generalidade de tais disposições é alvo de críticas por não ser possível identificar, em princípio, quais condutas podem ensejar a aplicação de sanções.⁸⁸ Essas características são ainda mais acentuadas no

85. Lei n.º 8.429/92: “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.”

86. “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

87. O Superior Tribunal de Justiça tem a orientação jurisprudencial consolidada (Jurisprudência em Teses, edição n.º 38) de que: “É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.” Mas, ao mesmo tempo: “9) Nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo.” Na esteira deste entendimento, a ação de improbidade administrativa deva sempre ser proposta contra um agente público, pelo menos, e não pode ser proposta apenas contra o particular.

88. Mauro Roberto Gomes de Mattos compara as hipóteses de incidência da norma a um cheque em branco para a aplicação de sanções graves. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa. Artigo disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6540/do-excessivo-carater-aberto-da-lei-de>

artigo 11, que prevê a aplicação de sanção a condutas que violem princípios, normas que, diferentemente das regras, são dotadas de grande fluidez estrutural.⁸⁹ A conformidade constitucional deste modelo, em que ilícitos genéricos são punidos com sanções severas é questionável, mas o tema é de direito material, atrelado aos desdobramentos do princípio da tipicidade em âmbito punitivo e, por isto, foge ao objeto deste trabalho.

Passando ao tema das sanções, a Constituição Federal prevê a punição de atos de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (artigo 37, §4º).

A indisponibilidade de bens não é uma sanção punitiva, trata-se de ferramenta processual que pode ser utilizada como forma de assegurar o resultado útil do processo, desde que presentes seus requisitos legais. A indisponibilidade é, nesse sentido, meio para assegurar o êxito futuro da demanda punitiva.

Em paralelo, o ressarcimento ao erário também não deve ser considerado uma sanção, no sentido punitivo do termo, pois não decorre do ius puniendi estatal. Trata-se de um dever de reparar, de índole compensatória, que pode inclusive ser demandado apenas no plano da responsabilidade civil, sem estar cumulado com pedidos de natureza punitiva. Como aponta Guilherme Recena Costa, por razões de racionalidade processual, permitiu-se a sua postulação em sede de ação de improbidade⁹⁰, em cumulação simples com pedido de cunho punitivo, mas nada impede que venha a ser

-improbidade-administrativa>. Acesso em 24.06.2015). Para Medina Osório, no entanto, a abundância de utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela Lei de Improbidade Administrativa, além de não ser incompatível com sua natureza sancionatória (há exemplos do emprego dessa técnica no direito penal), ampliaria o espectro de repressão inclusive para comportamentos não previstos textualmente, mas que se subsumem aos conceitos do caput dos arts. 9º, 10 e 11 (*Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 211).

89. AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

90. A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 235. No mesmo sentido: “O pedido de ressarcimento cumulado na ação de improbidade não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito.” (SILVA, Bruno Freire E. Algumas peculiaridades e polêmicas dos elementos da ação civil por improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 228, fev. 2014, p. 261).

demandada em instrumentos jurídicos de tutela do patrimônio público (p. ex., em ação civil pública, ação popular etc.). O pedido de ressarcimento do dano causado, por não ter natureza punitiva, submete-se ao regime jurídico geral de garantias do processo civil em geral e não ao modelo mais adensado proposto neste trabalho.⁹¹⁻⁹²

Além das sanções previstas constitucionalmente, a Lei n.º 8.429/92, em seu artigo 12, estipula sanções específicas para cada tipo de ato de improbidade administrativa (artigos 9º, 10 ou 11). São abstratamente previstas as sanções de *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública*⁹³⁻⁹⁴, *suspensão dos direitos políticos, multa civil,*

91. O tema será retomado no item II.7, *infra*.

92. A ressalva não se aplica, é claro, ao pedido de aplicação de sanções punitivas em decorrência da prática dos ilícitos previstos no artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, em que a *lesão ao erário* é elemento essencial do tipo.

93. Nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, há oscilação sobre a extensão da sanção de perda da função pública. Em sentido mais amplo, veja-se o seguinte julgado: “2. A aplicação da penalidade de perda de função pública, prevista nos arts. 9º, 10º e 11 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), abrange todas as atividades e vínculos que o agente improprio eventualmente possuir com o poder público. 3. A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível” (REsp 1.297.021/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 20.11.2013). No mesmo sentido: REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 19.8.2009.” (RMS 32.378/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 05/05/2015). Em linha mais restritiva, que nos parece mais acertada: “4. A sanção de perda do cargo público prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente improprio ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.” (AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 13/12/2016)

94. Na hipótese em que o agente público já não mais exerça função pública na ocasião do trânsito em julgado da sentença condenatória, tem se entendido que não pode haver cassação da aposentaria correspondente: “3. O art. 12 da Lei 8.429/92, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva. 4. O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.” (ST - 2ª Turma - REsp 1.186.123/SP, Relator Ministro Herman Benjamin). 5. Recurso especial provido.” [REsp 1564682/RO, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, j. 10/11/2015].

proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

O artigo 12, parágrafo único, estabelece critérios legais para a dosimetria da pena (extensão do dano causado e proveito patrimonial obtido pelo agente), elementos que, como se verá, devem ser expressamente considerados na motivação da sentença condenatória. As sanções de *suspensão dos direitos políticos* e de *proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios* possuem gradações de período. O valor da *multa civil* também deve ser avaliado conforme a gravidade da conduta apurada.

Não há consenso na doutrina administrativa quanto à natureza jurídica dessas sanções, às quais se atribuiu natureza civil, administrativa, penal e política.⁹⁵

95. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ilícito previsto na Lei de Improbidade Administrativa tem natureza civil e política e o procedimento a ser adotado em juízo é processual civil. (DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 893-894). Para Fábio Medina Osório, como exposto no tópico precedente, as sanções tem natureza *administrativa* e inserem-se no ramo do Direito Administrativo Sancionador. (*Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 192). Segundo Marçal Justen Filho, as sanções tem natureza civil, administrativa ou penal. Para ele, a sanção de reparação do dano é civil, a perda do cargo ou função é sanção de natureza administrativa e a perda de cargo eletivo e a suspensão de direitos políticos é sanção penal, diante da exigência legal de intervenção judicial. (*Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1076). Ao avançar para o âmbito do direito processual, o autor afirma que a ação principal a que alude o artigo 17 da Lei n.º 8.429/92 é uma ação penal (*Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1093). José dos Santos Carvalho Filho defende que algumas sanções seriam de natureza política (p. ex. suspensão dos direitos políticos) e outras de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos e perda de função pública). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1061). O autor chega a afirmar que algumas das sanções tem inegável conteúdo penal, o que, todavia, não seria suficiente para lhes retirar a natureza civil (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1075). Por fim, Marino Pazzaglini Filho sustenta que as sanções têm natureza: política (p. ex. suspensão dos direitos políticos), político-administrativa (p. ex. perda da função pública), administrativa (p. ex. proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) e civil (p. ex. a multa, o ressarcimento, e a perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio). (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148).

Embora não haja previsão de pena privativa de liberdade – e nem poderia haver fora dos limites do Direito Penal⁹⁶ – as sanções punitivas cominadas são bastante graves e restritivas de direitos fundamentais. Ademais, a condenação à suspensão de direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito acarreta também a ineligibilidade do condenado, conforme alteração introduzida pela Lei Complementar n.º 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.

Além de tipificar os atos considerados ímprobos com bastante fluidez, a Lei de Improbidade Administrativa disciplina alguns (poucos) aspectos processuais e, como regra geral, o legislador estabeleceu o rito ordinário⁹⁷ (artigo 17, *caput*, da Lei n.º 8.429/92).⁹⁸

A Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 alterou o artigo 17 (§§6º ao 12º) e criou a fase inicial de admissibilidade da demanda, em procedimento semelhante àquele previsto para crimes praticados por funcionários públicos (artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal). Com isto, passou a haver requisitos para o processamento da ação de improbidade administrativa, o que permite o controle inicial pelo magistrado para evitar a tramitação de demandas sem mínima plausibilidade.⁹⁹

A fase preliminar de apresentação de defesa prévia foi alvo de crítica fundada na sua ineficácia enquanto filtro de controle de admissibilidade de ações mal ajuizadas.¹⁰⁰ A pesquisa confirma que há certa incompreensão

96. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

97. Como já referido, o Código de Processo Civil de 2015 passou a tratar apenas de procedimento comum, em razão da exclusão do procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil de 1973. A referência a procedimento *ordinário* deve ser interpretada, no atual cenário, como procedimento *comum*.

98. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo em versão eletrônica*, v. 178, dez. 2009.

99. Mauro Roberto Gomes de Mattos observa que, desde a entrada em vigor da lei, a ação de improbidade administrativa passou a ser utilizado de maneira inapropriada. A sua utilização para punição de atos ilegais, segundo narra, levou o Superior Tribunal de Justiça a fixar a máxima de que a improbidade administrativa alcança o administrador desonesto, não o inábil, o despreparado, o incompetente e desastrado. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Os vinte anos da Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/artigos/OS_VINTE_ANOS_DA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf>. Acesso em 11.10.2017).

100. COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa. Projeto vencedor

quanto à natureza e importância desta etapa prévia, que se devidamente utilizada, à luz do conjunto de garantias que se aplicam às ações de improbidade administrativa, pode contribuir para que haja um controle inicial mais rigoroso sobre os requisitos de admissibilidade da demanda.

Sob a ótica processual, a Lei de Improbidade Administrativa traz, para fora do âmbito processual penal, a tutela jurídica da imputação, em que a inicial deve descrever fatos que caracterizam um ilícito e que, se comprovado, tem como consequência a imposição de sanções punitivas graves, com rescrição de direitos fundamentais.¹⁰¹ Tais elementos denotam a singularidade do direito material e processual em questão.

A similaridade da Lei n.º 8.429/92 com a Lei n.º 3.502/58 – a chamada Lei Bilac Pinto¹⁰² – sua antecessora, é um dos fatores que contribui para que parcela minoritária¹⁰³ da doutrina atribua à ação de improbidade administrativa a natureza de ação penal.¹⁰⁴ Além disso, não é usual a utilização da jurisdição civil para a aplicação de *sanção*,¹⁰⁵ o que tende a provocar asso-

do programa “Pensando o Direito” da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011 (Publicação de relatório de pesquisa), p. 72. Segundo a pesquisa, o percentual de acolhimento das defesas prévias, entre os anos de 2005 e 2010, foi de 13,5%.

101. Na ação de improbidade administrativa, a imputação de ilícito e o pedido de aplicação de sanção punitiva são necessários, sob pena de descaracterização. Como bem demonstrou Teori Albino Zavascki, a ação de improbidade não comporta pedido isolado de ressarcimento de danos causados, porque, neste caso, a ação seria coletiva – ação civil pública – e não ação de improbidade administrativa (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108-109).

102. Tal lei previa, em seu artigo 4º, que o enriquecimento ilícito, tal como definido na lei, equiparava-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público e sujeitava os responsáveis ao *processo criminal* e à imposição de penas, na forma das leis penais então em vigor.

103. Parece ser o caso de Vanderlei Anibal Junior e Sergio Roxo Fonseca (Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9372/natureza-penal-da-sancao-por-improbidade-administrativa#ixzz3aQMeXIAV>>. Acesso em: 17.05.2015).

104. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1093.

105. Mesmo a indenização punitiva, inspirada nos *punitive damages* do *common law* depende, para aplicação em nosso sistema jurídico, segundo Pedro Ricardo e Serpa, de previsão legislativa expressa (*Indenização punitiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.)

ciação entre a improbidade administrativa e o direito material e processual penal. Não obstante, apesar das semelhanças, o argumento de que a ação da Lei n.º 8.429/92 seria formalmente criminal encontra óbice no artigo 37, §4º, da Constituição Federal, em que o legislador previu a punição daqueles que praticarem atos de improbidade, *sem prejuízo da ação penal cabível*.¹⁰⁶ Ademais, a natureza criminal de determinado ilícito deve estar expressa em lei, por força do princípio da legalidade penal, previsto no artigo 1º do Código Penal. Não se trata, portanto, de um ilícito penal ou de uma ação penal.

Em linha menos radical, mas considerando a gravidade das sanções previstas, muitos autores defendem a aplicação de princípios penais e processuais penais à ação de improbidade administrativa.¹⁰⁷ Essa trilha, embora

106. Sobre a natureza não criminal das ações de improbidade administrativa, Fábio Medina Osório é claro: “Muito se discutiu a respeito do caráter penal das sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/1992, resultando consagrado o entendimento de que não se trata de normas típicas penais ou sanções rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do constituinte de 1988 (art. 37, § 4º, CF/88 (LGL\1988)), seja pela legítima opção do legislador ordinário, seja, finalmente, pela ausência de vedação constitucional a que se consagram sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei 8.429/92.” (As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 766, ago. 1999, p. 88).

107. “Em que pese a sua natureza extra-penal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 341)

“O presente trabalho não pretende definir a natureza da Lei de Improbidade Administrativa como penal, mas apenas sustentar a impossibilidade de se declarar alguém como culpado pela prática do ato ímprobo e puni-lo com sanções tão graves quanto as penais, sem a preocupação de assegurar-lhe os mesmos princípios protetivos” (CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16).

“(…) na medida do possível, princípios penais [devem ser] incorporados de modo claro no regime jurídico da improbidade administrativa.” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, jan. 2011, p. 171)

“A Lei de Improbidade, substancialmente, é de cunho repressivo. Apenas o rito se desenvolve no juízo cível e, por isso, sua natureza de ação civil. Trata-se unicamente de uma questão de forma. No fundo, o que se busca na ação de improbidade é demonstrar que o garante público praticou determinada conduta; que existe um nexo de causalidade entre essa conduta e o resultado previsto; que essa conduta se subsume ao preceito primário de uma norma sancionadora (artigos 9º, 10 ou 11); e que, por isso, o responsável deverá ser

possa conduzir a resultados satisfatórios – incidência de garantias mais densas, como se propõe – não é adequada, pois o modelo de devido processo legal deve ser aferido a partir da Constituição Federal e não diretamente do Direito Penal e Processual Penal.

De qualquer maneira e, sem antecipar as análises e conclusões que seguem nos próximos capítulos, já se pode afirmar que, por se tratar de *ius puniendi* estatal, bem como diante da gravidade das sanções previstas, que são restritivas de direitos fundamentais e diante do desequilíbrio estrutural da relação processual, o paradigma de devido processo legal deve ser mais adensado do que o modelo do processo civil em geral. Essa reflexão é um dos temas centrais do capítulo III.

II.5. ILÍCITOS, SANÇÕES E PROCESSO NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei n.º 12.846/2014, regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015, instituiu a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. É o diploma legal que se tornou conhecido como Lei Anticorrupção¹⁰⁸ e que passou a integrar o arcabouço

submetido às punições discriminadas no preceito secundário da norma incriminadora (art. 12). O raciocínio é o mesmo feito pelo juízo criminal ao condenar o autor de um ilícito penal.” (FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo*: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 189-190).

“*tal lei [de improbidade administrativa] assume um caráter político-administrativo, (...) não de natureza penal, mas com vários princípios que norteiam tal ramo do direito, pois penaliza o agente público com as penas aqui citadas.*” (MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008, p. 70)

Veja-se também: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, v. 947, 2014, p. 267, set. 2014; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 261-269; MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008, p. 70.

108. Maurício Zockum ressalva que, apesar desta denominação midiática – Lei Anticorrupção – o objeto juridicamente tutelado é mais amplo, de modo que se trata, a rigor, de uma Lei de Probidade Administrativa Empresarial (ZOCKUN, Maurício. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 15-16).

jurídico de defesa da moralidade administrativa.¹⁰⁹ Diferentemente da Lei de Improbidade Administrativa, que se volta à punição de *agentes públicos*, a Lei Anticorrupção tem por objetivo principal a responsabilização de pessoas jurídicas¹¹⁰ por ilícitos praticados em detrimento da Administração Pública.¹¹¹

Em que pese haver diversidade de propósitos, há diversas zonas de sobreposição entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção¹¹², o que tem suscitado importantes reflexões, por parte da doutrina, quanto à possibilidade de convivência do dogma da independência das instâncias com a garantia do *ne bis in idem*, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. A questão está longe de ser solucionada¹¹³ e, até a conclusão da

109. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo* – FA, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

110. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo* – FA, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

111. As sanções também possam vir a ser aplicadas a pessoas físicas, em certas hipóteses, por força dos artigos 3º e 14:

“Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.”

“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.”

112. Para José Roberto Pimenta Oliveira, todos os ilícitos descritos na Lei n.º 12.846/13 constituem atos de improbidade administrativa (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 25)

113. A proposta de Wallace Paiva Martins Júnior é a de que, se o ilícito não é imputável à agente público, mas há lesão ao patrimônio público ou aos princípios jurídicos administrativos, a hipótese é de aplicação da Lei Anticorrupção. Se, porém, houver comportamento ímprobo de agente público, a hipótese é de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que o ato tenha sido praticado em benefício de pessoa jurídica de direito privado (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 343-346). Veja-se ainda a reflexão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro especificamente

pesquisa, não havia chegado aos Tribunais Superiores. De todo modo, tais leis pertencem ao mesmo *domínio punitivo*¹¹⁴ e esse ponto de contato permite a reunião proposta neste estudo.

Em que pese a temerária opção legislativa pela responsabilização objetiva¹¹⁵, a Lei incorporou diretrizes de normas internacionais voltadas ao combate à corrupção¹¹⁶ e justifica-se, no contexto nacional, em razão da estreita e conhecida relação entre excesso de burocracia estatal e corrupção.¹¹⁷ Há quem afirme que a Lei é também uma reação legislativa às manifestações de rua ocorridas no ano de 2013 contra a corrupção.¹¹⁸

Antes de passar à análise dos ilícitos previstos e das sanções cominadas que tem aplicação em sede judicial, é importante ressaltar que se trata de uma lei ainda muito recente e que há poucos estudos e trabalhos acadêmicos publicados a seu respeito. Em paralelo, os julgados relacionados ao tema são, ainda, incipientes, já que não houve tempo suficiente para que as teses jurídicas relacionadas ao tema chegassem aos Tribunais Superiores. Com isso, é natural que os aspectos teóricos relacionados à Lei Anticorrupção estejam menos desenvolvidos em doutrina, na comparação com a Lei de Improbidade Administrativa.

Essas circunstâncias foram levadas em conta, mas, apesar das dificuldades de se tratar de um tema tão recente, avaliou-se que seria interessante abordá-lo, com as limitações que lhe são naturais neste momento, por se tratar, assim como o processo de improbidade administrativa, de exemplo

quanto ao *ne bis in idem* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 251-253).

114. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50.

115. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 315.

116. LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A Lei Anticorrupção e o Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 48. No mesmo sentido: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

117. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo* – FA, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

118. PEREIRA NETO, Miguel. Lei Anticorrupção e ética. *Revista do advogado*, a. XXXIV, n. 125, dez. 2014, p. 85.

de processo judicial punitivo não penal, com sanções de elevada gravidade e exercício de pretensão punitiva estatal.

Feita essa ressalva inicial, passa-se à análise dos ilícitos e das sanções previstas.

O artigo 5º estabelece os ilícitos não penais lesivos à Administração Pública.¹¹⁹ A responsabilização pode ser feita de duas maneiras: (i) em sede administrativa (artigo 6º), em que a pessoa jurídica infratora está sujeita às penas de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória; (ii) em âmbito judicial (artigo 19), com previsão das penas de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou que sejam controladas pelo Poder Público (artigo 19). A responsabilização administrativa e as sanções previstas nesta fase podem ser aplicadas judicialmente na hipótese de omissão da autoridade competente, por força do artigo 20, desde que haja pedido formulado pelo autor.¹²⁰

119. “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: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposição pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; 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; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

120. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 258.

Para o presente trabalho, interessam apenas as sanções aplicadas pelo Poder Judiciário, sejam as sanções previstas no artigo 19, sejam as sanções previstas no artigo 6º, na forma do artigo 20 da Lei (sanções administrativas aplicadas em sede judicial).

Tal como a ação de improbidade administrativa, a ação judicial fundada na Lei Anticorrupção também pode conter pedido de reparação dos danos causados (artigo 21, parágrafo único), na hipótese de não ter havido apuração administrativa (artigo 13, *caput* e parágrafo único), embora a reparação civil não seja, tecnicamente, uma sanção punitiva, como se explicitou no tópico precedente.¹²¹

Em caso de cumulação de pedido indenizatório, tal como ocorre em relação às ações de improbidade administrativa, o regime jurídico aplicável em relação a tal pleito em termos de garantias é o regime geral do processo civil; diferente, portanto, do regime que se propõe para os pedidos de aplicação de sanções punitivas.

As sanções previstas pela Lei Anticorrupção são severas e restritivas de direitos, podendo chegar à dissolução compulsória da pessoa jurídica (artigo 19, §1º) – a pena de morte empresarial¹²² – e suspensão ou interdição de atividades, que são inovações em relação às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. É inegável, portanto, o caráter punitivo de tais sanções e seu amplo potencial de restrição de direitos fundamentais.

Não há consenso sobre a natureza jurídica dos ilícitos ou das sanções previstas nesta lei, às quais se atribui natureza administrativa¹²³ e civil¹²⁴.

121. Idem, p. 267.

122. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 275.

123. Segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, as sanções são administrativas e se submetem a regime de Direito Administrativo Sancionador. [A corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 324].

124. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as sanções seriam administrativas (artigo 6º) e civis (artigo 19). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 118). Para Modesto Carvalhosa, instituiu-se um processo penal-administrativo, de efeitos civis, mediante ação civil pública. Ademais, por se tratar de sanções com amplo potencial de restrição de direitos fundamentais, o autor enfatizou o seu caráter punitivo e defende a aplicação de princípios penais. (*Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32-34). No

Do ponto de vista processual, Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta a aplicação de regime jurídico próprio, próximo ao das ações penais.¹²⁵ Em linha semelhante, Modesto Carvalhosa defende a aplicação do *devido processo penal*.¹²⁶

Tal como as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, trata-se de sanções graves, restritivas de direitos fundamentais, que não podem ser aplicadas sem que assegure a plena observância das garantias do devido processo legal, em patamar compatível com a natureza punitiva do direito material e com a desigualdade da relação processual. Assim, no mesmo sentido do que foi defendido em relação à improbidade administrativa, o paradigma de garantias do devido processo legal deve ser mais adensado do que o modelo do processo civil em geral. Voltaremos ao tema no capítulo III.

II.6. SANÇÕES JUDICIAIS PUNITIVAS NÃO PENAIS

À luz da doutrina administrativa, viu-se que não há consenso sobre o conceito de sanção administrativa, em especial porque nem sempre se utiliza o critério *autoridade aplicadora da sanção* como essencial nesta classificação.

Tendo em vista as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, é importante identificar e compreender tal divergência. Para os autores que conceituam sanção administrativa a partir do critério formal, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa¹²⁷ e na Lei Anticorrupção não são administrativas. Para os que admitem a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Judiciário, não há óbice em se considerar que as sanções previstas em tais diplomas pertencem ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador.¹²⁸

mesmo sentido: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei n.º 12.846/13 – Lei Anticorrupção empresarial: considerações sobre o processo como instrumento de controle da administração sancionadora. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 310.

125. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais online*, v. 947, ano 2014, p. 267, set. 2014, p. 3.

126. CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

127. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 584-585.

128. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 191; OLLIVEIRA,

É importante perceber que essa questão não é apenas doutrinária, pois o que está à base da controvérsia é a definição do regime jurídico material e processual, apropriado tanto às sanções aplicadas por autoridade administrativa como às sanções aplicadas pelo Poder Judiciário.

Sob a ótica do direito material, a grande semelhança entre sanções aplicadas por autoridades administrativas e sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário é o fato de caracterizarem exercício de *ius puniendi* estatal, perspectiva que permitiria reuni-las inclusive com as penas do Direito Penal, no ramo mais amplo do Direito Público Punitivo.¹²⁹

No plano do processo, a reunião, sob uma mesma categoria, de sanções aplicadas por autoridades administrativas e pelo Poder Judiciário implicaria reunir também processo administrativo e processo judicial. Entretanto, na perspectiva metodológica de construção do regime jurídico de garantias aplicável aos processos judiciais punitivos não penais, essa reunião traria dificuldades, porque acabaria por implicar uma nova subdivisão, para que as peculiaridades de cada processo fossem tratadas adequadamente. Por tais razões, faz-se, nesta obra, a opção de tratar os ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção como ilícitos não penais e as sanções deles decorrentes como sanções punitivas judiciais não penais.

Tal opção, além de ser mais adequada ao objeto deste trabalho, evita que as conclusões aqui delineadas sejam transportadas, sem maiores reflexões, para os processos administrativos em que há aplicação de sanções punitivas. Com efeito, o regime jurídico de garantias nos processos administrativos sancionadores deve ser construído à luz das características e peculiaridades do processo administrativo, ainda que, pontualmente, possa se chegar a conclusões semelhantes àquelas a que se chegou em relação ao processo judicial.

É importante registrar que o fato de não se classificar, aqui, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção como

Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 94; IUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado*: Improbidade Administrativa e Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

129. Nesse sentido: MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa*: natureza jurídica e aspectos processuais. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 54-58.

sanções administrativas não afasta a utilização, como recurso de pesquisa, de doutrina e jurisprudência de Direito Administrativo Sancionador, especialmente na perspectiva do direito material. Com efeito, as construções deste ramo são especialmente relevantes, por serem teorizações em matéria de Direito Público Punitivo fora do âmbito penal. Mas é claro que, para tanto, é preciso ter cuidado e considerar as diferenças dos fenômenos.

Em paralelo, é também importante examinar as distinções entre os ilícitos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção e os ilícitos penais.

Considerando o cenário legislativo brasileiro de sobreposição de ilícitos, em que uma mesma conduta pode configurar crime e ilícito não penal e desencadear processos e punições autônomas, não se pode considerar que os ilícitos previstos em tais leis sejam ontologicamente diferentes dos ilícitos penais; ou ao menos, não em relação às condutas que configuram o ilícito.

Na perspectiva da sanção punitiva cominada para a prática da conduta vedada – em referência à tese da diferenciação quantitativa, tratada no item II.2, acima – sabe-se que as sanções, em tese, de maior gravidade previstas no ordenamento jurídico são as sanções penais, em que se prevê a aplicação de pena privativa de liberdade.¹³⁰ Nos processos judiciais punitivos não penais, entretanto, as sanções são restritivas de direitos fundamentais e não há pena privativa de liberdade.

Essa constatação isolada poderia conduzir à afirmação de caráter geral de que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção seriam menos graves. Mas nem todos os crimes são punidos com penas privativas de liberdade e, se levarmos em conta que o sistema processual penal opera com penas alternativas decorrentes de transação penal, suspensão do processo e da pena, substituição por medidas restritivas de direito ou cumprimento inicial em regime aberto, essa maior gravidade, em tese, nem sempre estará configurada.¹³¹

Em algumas situações, as sanções previstas em processos judiciais punitivos não penais podem representar para o réu um potencial de restrição de

130. Não há, no Brasil, nem pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 84, inciso XIX, da Constituição Federal), nem de prisão perpétua, de trabalho forçado, de banimento ou pena cruel (artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal).

131. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 197-198.

direitos equivalente ou mesmo mais elevado do que o de alguns crimes.¹³²⁻¹³³ As sanções de proibição de contratar com o poder público, de suspensão ou interdição de atividades e de dissolução compulsória da pessoa jurídica, previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, por exemplo, são mais graves do que uma pena de multa e, por vezes, podem ter efeitos mais drásticos do que uma condenação à pena privativa de liberdade.¹³⁴

Além disso, é importante considerar que a condenação, em ação de improbidade administrativa, pode ter também drásticas repercussões no plano da elegibilidade. De fato, a condenação à sanção de *suspensão de direitos políticos*, quando proferida por órgão judicial colegiado ou transitada em julgado, por ato doloso que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, acarreta a inelegibilidade, conforme artigo 1º, inciso I, alínea “I”, da Lei Complementar n.º 64/1990. Para o agente público, esse efeito da condenação pode ter repercussões tão ruins, ou mesmo mais gravosas, do que uma condenação criminal.

No âmbito criminal, a condenação transitada em julgado implica, em qualquer caso, a cassação dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal), o que acarreta, neste período,

132. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116; GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais penais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, 2014, p. 786.

133. Na comparação com os delitos contra a Administração Pública, Ana Carolina Carlos de Oliveira assinala que é possível, a depender da sentença, que a pena imposta no processo criminal seja mais branda que as sanções aplicadas com base na Lei de Improbidade Administrativa. Isso por que, apesar de a pena máxima cominada para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva etc. ser alta, a sua aplicação em nível mínimo possibilita o emprego de benefícios previstos na lei processual penal (p. ex. suspensão condicional da pena, substituição por medidas restritivas de direito ou cumprimento inicial em regime aberto). (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 197-198).

134. A ideia de que a pena privativa de liberdade é sempre e em todo caso a mais grave é questionada por Gómez Tomillo e Sanz Rubiales. Para eles, em determinadas situações, a restrição da liberdade por certo período pode ser menos drástica do que, por exemplo, a perda definitiva da possibilidade de exercício do meio de sustento (GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013, p. 65-67).

a inelegibilidade do condenado.¹³⁵ O fato é que, antes disso, isto é, durante o processo penal, a decisão de condenação já pode trazer repercussões em relação à elegibilidade. Trata-se da hipótese do artigo 1º, inciso I, alínea “e”, da Lei Complementar n.º 64/1990 que prevê a inelegibilidade daquele que foi condenado, em decisão proferida por órgão judicial colegiado, em relação a certos crimes.¹³⁶

Assim, como a inelegibilidade decorrente da condenação criminal não transitada em julgado é limitada a certos crimes, é possível, em tese, que a condenação por ato de improbidade administrativa possa implicar a inelegibilidade antes mesmo da condenação criminal.

Essa circunstância corrobora a afirmação de que nem sempre a condenação por crime é mais impactante na esfera de direitos do condenado do que a condenação por ato de improbidade administrativa e confirma a impropriedade, no plano pragmático, da utilização geral do critério quantitativo para diferenciação entre ilícitos penais e não penais.

Por fim, é importante considerar ainda que não há um direito público subjetivo de que a sanção não penal seja menos grave do que a sanção penal¹³⁷, o que também esvazia a chamada tese quantitativa, na comparação entre ilícitos penais e ilícitos não penais no ordenamento jurídico brasileiro.

II.7. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, LEI ANTICORRUPÇÃO E MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA

Ainda no plano do direito material punitivo, é importante analisar a afirmação, feita por parte da doutrina e também verificada na jurisprudên-

135. DECOMAIN, Pedro Roberto. Inelegibilidade por condenação criminal. *Revista Paraná Eleitoral*, v. 2, n. 2, p. 194-195.

136. “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.”

137. Na comparação entre a sanção administrativa e a pena: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

cia de que o direito tutelado nos processos de improbidade administrativa seria difuso.¹³⁸ Nessa afirmação, considera-se que a Lei de Improbidade Administrativa comporia o microsistema de tutela coletiva.¹³⁹ Há posição semelhante em relação à ação judicial da Lei Anticorrupção.¹⁴⁰ Além disso, em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a ação de improbidade administrativa é tratada como *ação civil pública*.¹⁴¹⁻¹⁴²

Pela conceituação legal¹⁴³, os direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Ricardo de Barros Leonel explica que tais direitos se referem a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não há um vínculo fático ou jurídico bem caracterizado. O objeto é indivisível e compartilhado entre os membros da coletividade. Um exemplo típico, de

138. ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. *Revista dos Tribunais* online, v. 947, set. 2014, p. 7; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 389; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas*. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunal, 2010, p. 869; PAZZAGLINI FILHO, Marinho. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 263. Também parece ter esta posição José Carlos Baptista Puoli (PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 190-191).

139. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 149-153; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reflexos do novo CPC na ação de improbidade administrativa. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241, ano 28, jan-mar 2016, p. 466; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas*. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunal, 2010, p. 869).

140. ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. *Revista dos Tribunais* online, v. 947, set. 2014, p. 7; CARVALHOSA, CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 263-265.

141. O site do Superior Tribunal de Justiça retornava 1909 acórdãos com os termos “improbidade administrativa” e “ação civil pública”, em pesquisa realizada em 04.01.2018.

142. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 910.

143. Artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

meio ambiente, é, por exemplo, o direito à limpeza das águas¹⁴⁴, que pode dar ensejo à imposição de uma *obrigação* de tratamento da água utilizada em um processo industrial.

Mas nem todos os interesses metaindividuais configuram interesses difusos.¹⁴⁵ Como esclareceu Ada Pellegrini Grinover, o interesse à ordem pública, à defesa comum e à segurança pública, por exemplo, apesar de serem inegavelmente supraindividuais, não são direitos difusos; são apenas interesses que todos compartilham.¹⁴⁶ Nem todo interesse geral, atrelado à concretização de valores fundamentais da sociedade, pode ser considerado um direito difuso. A grande diferença, como pontua Susana Henriques da Costa, é que os direitos difusos acarretam fruição direta e efetiva de um benefício/prejuízo por parte de seus membros, o que não ocorre nos chamados interesses gerais da mesma maneira.¹⁴⁷

Nos processos judiciais punitivos não penais, o pedido de aplicação de sanções punitivas a um agente improbo ou corrupto tem, certamente, relação com um interesse da coletividade na tutela da moralidade administrativa e na proteção do patrimônio público. É claro que há um interesse público na punição de agentes públicos corruptos e dos particulares envolvidos e também não se nega que a condenação represente um ganho quanto à probidade administrativa. O interesse subjacente à demanda, porém, não é um direito difuso, mas um interesse geral da coletividade.¹⁴⁸⁻¹⁴⁹ A natureza pública do interesse não é suficiente para se atribuir ao direito material o rótulo de *difuso*.¹⁵⁰

144. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 107.

145. Entre os direitos coletivos *lato sensu*, os direitos difusos são os que detém maior grau de amplitude e abstração. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77).

146. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89.

147. COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 64-65.

148. *Idem*, p. 71-77.

149. COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245.

150. Nesse sentido: QUEIROZ, Maria Regina Ferro. *Perfil processual da Lei de Improbidade Administrativa*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação

Além disso, por serem processos punitivos voltados à aplicação de sanções, o interesse público que está à base de tal pretensão é semelhante ao de um processo penal para punição de um crime praticado contra a Administração e nem por isso se afirma que a ação penal seria um instrumento de tutela coletiva. Como bem enfatiza Hugo Nigro Mazzilli, o *ius puniendi* não se inclui entre os interesses difusos; trata-se de um interesse público, que é expressão direta da soberania do Estado.¹⁵¹

Por tais razões, o direito tutelado nos processos judiciais punitivos não penais, notadamente em relação à pretensão de aplicação de sanções punitivas não é um direito difuso.¹⁵²

Em paralelo, como destaca Eduardo de Carvalho Motta Junior, o objeto imediato da ação de improbidade administrativa é um elemento decisivo na demonstração de que não se trata de ação coletiva: a tutela coletiva volta-se para condenações a prestações – fazer, não fazer, dar ou pagar – e não para a aplicação de sanções punitivas àquele que tenha lesado um bem jurídico coletivo.¹⁵³⁻¹⁵⁴

Nessa perspectiva, rotular a ação de improbidade administrativa como uma *ação civil pública* é uma imprecisão.¹⁵⁵ É importante perceber, ademais,

stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 126.

151. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120.

152. COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 136-137. A posição da autora é apenas em relação à improbidade administrativa. No mesmo sentido: MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa: natureza jurídica e aspectos processuais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 74 e seguintes.

153. MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa: natureza jurídica e aspectos processuais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 84.

154. Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues avaliam que a ação de improbidade administrativa é coletiva, mas por força do artigo 17 da Lei, a ação é civil e segue o procedimento ordinário, o que torna inviável pretender-se a utilização do sistema processual coletivo. [JORGE, Flavio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa (Lei 8.429, de 1992). In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 179].

155. Em análise feita a partir dos elementos da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa, José dos Santos Carvalho Filho conclui que os regimes são diferentes

que essa questão não é apenas conceitual, pois o enquadramento amplo do direito tutelado na ação de improbidade administrativa e na ação da Lei Anticorrupção como *diffuso* acarreta a incidência do conjunto de institutos do microsistema de tutela coletiva. Isso tornaria plausível, por exemplo, a inversão do ônus da prova em desfavor do réu, que se veria na ingrata posição de ter de efetuar prova de que não praticou o ilícito, o que é incompatível com a garantia presunção de inocência.¹⁵⁶

A pretensão punitiva exercida na ação de improbidade administrativa e na ação ajuizada com base na Lei Anticorrupção não é, portanto, um direito difuso, razão pela qual não é possível aplicar, nestas ações, como regra geral, o regime jurídico processual de tutela de direitos coletivos *lato sensu*.

Nesse entendimento, é importante ressaltar o pedido de ressarcimento dos danos causados ao erário, que pode ser cumulado ao pedido de aplicação de sanções punitivas em tais processos. Este pedido, como visto, não configura exercício de *ius puniendi* estatal para aplicação de sanção punitiva e constitui hipótese de responsabilização civil, de índole compensatória. Por isso, em relação a tal pleito o regime processual é o do microsistema dos processos coletivos.¹⁵⁷ Mas é preciso ter presente que a cumulação objetiva – pedido de aplicação de sanções punitivas e de reparação de danos – acaba por implicar a adoção de regimes jurídicos processuais distintos em um mesmo processo, o que pode trazer alguns inconvenientes do ponto de vista prático.

De qualquer maneira, o que não se pode admitir, à luz da garantia do devido processo legal, é que em razão da cumulação de pedido de reparação

(dualidade de ações), não sendo correto, para o autor, cogitar-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunal, 2010, p. 497). Para Pedro Dinamarco, a Lei de Improbidade Administrativa é incompatível com a ação civil pública (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 282-286).

156. A aplicação dessas garantias aos processos judiciais punitivos não penais será examinada no capítulo IV.

157. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97; COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa*: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013, p. 254.

de danos, o processo que é, por essência, punitivo¹⁵⁸, seja submetido integralmente ao regime jurídico de tutela coletiva, o que, na perspectiva dos réus, implicaria a supressão de garantias processuais fundamentais.

No caso da Lei Anticorrupção, avalia-se que houve grave equívoco ao se prever, no artigo 21, a aplicação do rito da Lei de Ação Civil Pública à ação judicial. Tendo em vista que se trata de processo voltado ao exercício de pretensão punitiva, para aplicação de sanções às empresas que praticarem os ilícitos descritos na Lei, a previsão geral de aplicação do rito da Lei de Ação Civil Pública e, por conseguinte, do microsistema de tutela coletiva, por força do artigo 21, é inadequada e pode render ensejo à violação de garantias do devido processo legal (p. ex. ampla defesa e direito à prova). Nesses processos, a aplicação do regime jurídico processual de tutela coletiva deve limitar-se ao pedido de reparação dos danos causados, se e quando houver.

158. Diz-se, em essência, pois o pedido de reparação de danos não é necessário em tais processos; já o pedido de aplicação de sanção punitiva é imprescindível para a caracterização da demanda como uma ação por ato de improbidade administrativa ou como uma ação fundada na Lei Anticorrupção.