



Revista de Direito da Faculdade Guanambi
ISSN: 2447-6536
revistadedireito@centrouniversitariounifg.edu.br
Centro Universitário FG
Brasil

A lei anticorrupção e Direito Administrativo sancionador

Ferreira, Shirley Alexandra; Nascimento, Ary Fernando Rodrigues

A lei anticorrupção e Direito Administrativo sancionador

Revista de Direito da Faculdade Guanambi, vol. 7, núm. 2, 2020

Centro Universitário FG, Brasil

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608065705007>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i02.307>



Este trabalho está sob uma Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhamento Pela Mesma Licença.

A lei anticorrupção e Direito Administrativo sancionador


The anticorruption law and sanctioning Administrative Law

Shirley Alexandra Ferreira 1

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/
MG) - Belo Horizonte/MG, Brasil

contatos.shirley@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-9310-544X>.

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=8477939015391145>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i02.307>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608065705007>

Ary Fernando Rodrigues Nascimento 2

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/
MG) - Belo Horizonte/MG, Brasil

professor.puc.ary@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-6526-0573>.

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=824807167786242>

Recepção: 11 Dezembro 2020

Revised: 22 Janeiro 2021

Aprovação: 11 Fevereiro 2021

Publicado: 17 Fevereiro 2021

RESUMO:

O objetivo desse artigo é analisar o fenômeno da corrupção enquanto um fato social, além de identificar os aspectos do direito administrativo sancionador presente nas sanções propostas para práticas de ilícitos e as críticas a essa abordagem, a partir da seguinte indagação: em que medida a formação de uma agenda internacional sobre a temática corrupção influenciou a construção de legislação pautada essencialmente no Direito Administrativo Sancionador? A metodologia utilizada foi a realização de pesquisa bibliográfica a partir da análise de dados secundários disponíveis sobre o tema tanto no âmbito internacional quanto nacional. A referida Lei foi publicada em um contexto de grande pressão internacional e nacional para que o Brasil adotasse práticas de prevenção e repressão à atos ilícitos que configurem como corrupção. No âmbito internacional tratados e convenções trouxeram a necessidade do país se alinhar legalmente às diretrizes. Nacionalmente, inúmeras manifestações eclodiam no país pressionando o Estado a dar uma resposta à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Anticorrupção, Direito Administrativo Sancionador, Fato Social, Lei Anticorrupção.

ABSTRACT:

The objective of this article is to analyze the phenomenon of corruption as a social fact, in addition to identifying aspects of the sanctioning administrative law present in the sanctions proposed for illegal practices and criticisms of this approach, based on the following question: to what extent training Has an international agenda on the theme of corruption influenced the construction of legislation based essentially on Administrative Sanction Law? The methodology used was to carry out bibliographic research based

AUTOR NOTES

1 Mestra em Ciência Política pela UFMG. Pós-Graduada em Direito Tributário pela PUC/MG. Bacharel em Ciências Sociais e Direito pela PUC/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8477939015391145>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9310-544X>.

2 Mestre em Direito pela UFMG. Professor Assistente da PUC/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/824807167786242>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6526-0573>.

contatos.shirley@gmail.com

on the analysis of secondary data available on the subject both at the international and national levels. This Law was published in a context of great international and national pressure for Brazil to adopt practices to prevent and repress illegal acts that constitute corruption. At the international level, treaties and conventions brought the country's need to legally align with the guidelines. Nationally, numerous demonstrations broke out in the country, pressing the State to respond to society.

KEYWORDS: Anticorruption, Administrative Sanctioning Law, Anti-Corruption Law, Social Fact.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A CRIAÇÃO DE UMA AGENDA INTERNACIONAL DE COMBATE A CORRUPÇÃO; 2 A CORRUPÇÃO ENQUANTO UM FATO SOCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS; 3 A LEI ANTICORRUPÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY

INTRODUCTION; 1 THE CREATION OF AN INTERNATIONAL AGENDA TO COMBAT CORRUPTION; 2 CORRUPTION AS A SOCIAL FACT AND ITS CONSEQUENCES; 3 THE ANTICORRUPTION LAW AND THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW; FINAL CONSIDERATIONS; REFERENCES.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar os principais aspectos da Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção visando compreender responder ao seguinte questionamento: em que medida a formação de uma agenda internacional sobre a temática corrupção influenciou a construção de legislação pautada essencialmente no Direito Administrativo Sancionador? A Lei nº 12.846/2013 foi elaborada em um período considerado de grande clamor social para que as instituições apresentassem mecanismos para conter a corrupção no país. Apesar de diversos outros normativos terem como foco a prevenção e repressão à corrupção a Lei inovou ao se tornar um instrumento que regulamentou sanções administrativas para as pessoas jurídicas que praticam ilícitos de corrupção em suas transações envolvendo instituições públicas nacionais e internacionais.

O objetivo desse artigo é analisar o fenômeno da corrupção enquanto um fato social, além de identificar os aspectos do direito administrativo sancionador presente nas sanções propostas para práticas de ilícitos e as críticas a essa abordagem.

Para isso, a metodologia utilizada foi a realização de pesquisa bibliográfica e análise de dados secundários disponíveis sobre o tema tanto no âmbito internacional quanto nacional com intuito de explorar ao máximo as potencialidades dos bancos de dados bibliográficos existentes e disponíveis sobre a temática. A pesquisa mostrou-se relevante para dimensionar o fenômeno da corrupção tanto sociologicamente, quanto suas implicações no Direito Administrativo. Essas interfaces próprias desse tipo de prática possibilitam uma gama de olhares que se complementam e fazem com que não seja possível descrevê-lo apenas por um prisma.

O artigo está organizado em duas sessões. A primeira considera a importância da construção de uma agenda internacional de combate a corrupção. A discussão do conceito de corrupção, enquanto um fato social, adquiriu diferentes nuances a depender do território geográfico e do capital social e cultural a que estivesse impactando, não podendo ser considerada como um processo linear em todos os países. A segunda sessão traz a discussão acerca do papel sancionador da Lei Anticorrupção, bem como suas críticas.

1 A CRIAÇÃO DE UMA AGENDA INTERNACIONAL DE COMBATE A CORRUPÇÃO

Compreender quando determinado tema deixa de ser apenas um problema e se torna uma preocupação política e consequentemente, é transformada em políticas públicas, é fundamental para analisar o desenvolvimento da legislação anticorrupção tanto no cenário internacional, como no Brasil.

A identificação de um problema e formação de agenda de política é considerada o momento em que algum problema deixa de ser apenas um fato, “ou um estado de coisa” e se torna uma preocupação política por parte dos formuladores de políticas públicas que buscam melhores soluções para uma situação. A inserção dos temas na agenda se dá por diversos modos: pela mobilização de atores coletivos e individuais dotados de algum poder capaz de pressionar o governo a intervir; quando a inclusão desses problemas como prioridade irá trazer vantagens eleitorais ou de barganhas dentro do sistema governamental e também por emergência de um momento de crise em que a não intervenção será mais prejudicial que intervir (RUA, 1998).

Para Kingdon (1995) a agenda é uma lista de assuntos ou problemas para os quais os atores governamentais e não-governamentais associados a uma área política estão prestando séria atenção em um determinado momento. Pode-se delinear a existência de três fluxos que conduziriam ao processo de formulação de políticas públicas: problemas, soluções/alternativas e dimensão política. O primeiro fluxo propõe a diferenciação entre um problema e uma questão, sendo essa entendida como uma situação social que não desperta uma ação, mas que pode transformar-se em um problema quando chama a atenção dos agentes que participam de um processo decisório. Já no segundo fluxo, as políticas são propostas por atores que buscam soluções para os problemas.

A política então será resultado da movimentação dos grupos de pressão, das esferas legislativas e executivas, agências administrativas e da opinião geral a respeito de determinado problema. Por fim, o terceiro fluxo, dimensão da política, tem sua própria dinâmica e regras, pois o processo de negociação e barganha envolvido nesse fluxo pode influenciar diretamente a tomada de decisão.

Todo esse processo de formação de agenda é perceptível quando da inserção da temática corrupção enquanto uma preocupação política no cenário internacional. Segundo Tourinho (2018), durante o século XX a corrupção era compreendida como um investimento para o desenvolvimento internacional e somente a partir da década de 80 que as regulamentações internacionais sobre práticas corruptas ganharam força, gerando como consequência um normativo internacional anticorrupção consistente a partir dos anos 2000, a partir da publicação de tratados e convenções, bem como leis nacionais cujo alcance extrapolava as fronteiras geográficas.

A entrada na agenda desse tema foi morosa tendo como impulso a legislação dos Estados Unidos após o escândalo de Watergate. Nas décadas de 80 e 90 a temática corrupção foi destacada nos negócios comerciais das empresas multinacionais. “Em países como Canadá, França, Japão e Alemanha, por exemplo, ainda era possível, a partir do final dos anos 90, deduzir impostos sobre subornos pagos no exterior, desde que a identidade do destinatário e um motivo comercial adequado fossem fornecidos” (TOURINHO, 2018, p. 2).

No final dos anos 90 instituições como Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI) passaram a estudar a trajetória de desenvolvimento de diversos países e perceberam que a corrupção era uma prática central em muito deles. Com a preocupação em como aplicar melhor suas doações, as instituições citadas produziram pesquisas para melhorar a gestão de recursos públicos, além de tentarem estabelecer marcos regulatórios que não impedissem a realização de financiamentos e doações, mas que coibisse práticas corruptas. Para Tourinho (2018) essa mudança de perspectiva foi fortemente influenciada pela Transparency International, uma organização não governamental (ONG) transnacional fundada em 1993, que contribuiu com sucesso para definir e enquadrar a corrupção como um problema na agenda global.

Outra grande motivação para abertura da agenda pública internacional para a coibição da corrupção foi o desejo dos Estados Unidos de tornar a economia global mais competitiva.

Preocupado com as possíveis desvantagens comerciais para as empresas americanas, o país promoveu a internacionalização de sua legislação nacional de combate à corrupção estratégia era dupla: primeiro, incentivar o estabelecimento de tratados e convenções internacionais contra a corrupção; segundo, fortalecer a aplicação extraterritorial de sua própria lei. Essas estratégias foram bem-sucedidas em incentivar outros estados a seguir um caminho semelhante no tratamento de questões de corrupção por suas próprias empresas ou em seus territórios. (TOURINHO, 2018, p. 3)

A estratégia de fortalecer a legislação americana para além do território dos Estados Unidos foi exitosa a partir da influência dessa legislação em países como Reino Unido e Brasil, na compreensão que a corrupção é um crime transnacional e que, portanto, a legislação não poderá produzir efeitos apenas dentro do território nacional. Nesse sentido, se formou uma governança global anticorrupção, pois instituições de todo mundo definiram uma agenda e criação de questões, elaboração de regras, implementação e aplicação e monitoramento e avaliação de práticas de combate a esse crime. Assim, passou-se a considerar a corrupção como um inimigo internacional tanto nas transações comerciais quanto naquelas que envolvendo órgãos públicos, tornando importante se delinear marcos legais, bem como implementação de políticas públicas capazes de mitigar a corrupção.

2 A CORRUPÇÃO ENQUANTO UM FATO SOCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A sociologia e a ciência política apresentam conceitos distintos sobre o tema e suas formas de existir nas sociedades. Do ponto de vista sociológico, a corrupção pode ser conceituada como “um tipo de ação praticada por autoridades políticas que se desviam das normas e regras vigentes no sistema”. (FILGUEIRAS, 2006, p. 4). Isso porque a sociedade estaria organizada em um sistema funcional e a corrupção seria consequência de uma disfunção desses sistemas configurando-se como uma “estrutura social predatória, a qual tende a configurar um conjunto de comportamentos orientados por espólios e por vantagens obtidas de modo eminentemente ilegal.” (FILGUEIRAS, 2006, p. 3). Essas práticas são mais perceptíveis em sociedades pouco desenvolvidas onde observa-se a prevalência de interesses privados sobre o comum. Para coibir a corrupção seria necessário o fortalecimento de um sistema normativo, ou seja, de leis que sejam aceitas e introjetadas por toda sociedade.

Nessa vertente é possível considerar que a corrupção atua enquanto um fato social, conceito proposto por Durkheim (1999) definido como “toda maneira de pensar geral, fixa ou não e que exerce sobre os indivíduos uma coerção”. Observando por esse conceito, a corrupção se configura como um fato social quando atinge níveis capazes de desestabilizar o organismo social. Enquanto um fato social externo e coercitivo a corrupção está inserida na sociedade por meios de práticas pouco republicanas contidas no seio da Administração Pública e no Sistema Político de muitos países. Tal conduta, por muito tempo constrangeu e até mesmo impôs a necessidade de seguir determinados procedimento para que tanto o setor público como o privado alcançassem êxito em suas atividades.

Para Filgueiras (2006) as causas da corrupção nesse cenário,

é a existência de monopólios e de privilégios no setor público, os quais criam incentivos para que os agentes busquem maximizar sua renda privada através do suborno e da propina, visando a auferir recursos públicos. Contudo, a corrupção sofre o problema de coordenação da ação coletiva, caso os recursos e o poder de negociação dos agentes públicos estejam fragmentados. Entrar em esquemas de corrupção, deste modo, depende das motivações criadas pelo arranjo institucional, tendo em vista uma aritmética racional de custos e de benefícios da ação. (FILGUEIRAS, 2006, p. 5)

Nesse sentido, entender como se dá a corrupção é problematizar a distribuição de poder político, econômico e social e de maneiras de controla-los para evitar que haja a reiteração de práticas ilegais que pode ensejar uma instabilidade política, desconfiança em relação à atuação pública e a redução de crescimento econômico e consolidação democrática de países em desenvolvimento.

É nesse contexto, que a construção normativa de estruturas formais que constroem os indivíduos a agirem baseados em consensos comuns possibilita a coibição de práticas consideradas delitivas para

determinada comunidade. Assim, a partir do regramento jurídico é possível estabelecer para o problema da corrupção o seu caráter de crime.

No âmbito do Direito Penal, a corrupção se configura enquanto um crime contra a ordem pública. Por outro lado, no Direito Administrativo, a corrupção se configura como um desvio de funcionalidade por parte de agentes públicos e privados, tendo como horizonte um sistema instrumentalizado em torno da ideia de interesse público.

Ao discutir a temática corrupção a Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) define tal prática considerando o abuso dos servidores públicos ou empregados privados para ganho pessoal, ao praticarem práticas de suborno, peculato, nepotismo ou captura do Estado, associadas às práticas ilegais, como manipulação de ofertas, fraude ou lavagem de dinheiro (OECD, 2014, p. 2).

Tal prática pode se dar em uma

empresa multinacional que paga suborno para ganhar o contrato público para construir a rodovia local, apesar de propor uma oferta abaixo do padrão. Poderia ser o político redirecionando investimentos públicos para sua cidade natal, e não para a região mais necessitada. Poderia ser o oficial público desviar fundos para reformas de escolas para construir sua casa particular. Pode ser o gerente de recrutamento de um amigo inadequado para uma posição de alto nível. Ou poderia ser o funcionário local exigindo subornos de cidadãos comuns para obter acesso a um novo cano de água. (OECD, 2014, p. 2).

Isso posto, é possível afirmar que o conceito de corrupção pode ser construído a partir de um olhar sociológico, político e jurídico. De forma comum, todas as visões demonstram uma intrínseca relação entre a Administração Pública, normalmente servidores públicos, e o setor privado para consecução de benefícios não previstos legalmente. Isso remonta a discussão sobre o que vem a ser integridade no cumprimento das determinações para o ator público.

Apesar das diversas visões sobre o que seja corrupção é preciso enfatizar que tal prática não possui o mesmo significado em todos os países. Seu significado irá variar em cada cultura e regime político, que exigirá ações diferenciadas do Estado para coibir e normatizar um regramento capaz de definir quais condutas serão aceitas ou serão reprimidas.

Na busca por compreender qual conduta configura ou não crime Bitencourt (2016) destaca que para além de entender o conceito de crime como ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena (formal) e uma ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social e que, portanto, exige uma punição (material) é preciso entender o crime enquanto a partir de uma visão analítica. Assim, é necessário destacar que a configuração de um ato que seja crime precisa levar em conta que para consecução de um crime há o emprego de uma força física e de uma força moral onde situa-se a culpabilidade e o dano moral da infração penal. Tal modelo analítico é amplamente utilizado no direito europeu.

Partindo dessa premissa é possível analisar que ao definir quais práticas serão consideradas como crimes, Estados demonstram qual valor moral é importante e que não poderá ser violado em seu país. Daí poder afirmar que a corrupção não é somente um ato lesivo às finanças públicas, mas um ato que carrega em si uma valoração. Ou seja, sua configuração traz, intrinsecamente, quais valores são caros a determinada comunidade e quais podem ser flexibilizados.

Apesar da valoração moral que pode ser dada em cada país para práticas corruptas, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) destaca que

o argumento relativo às diferenças culturais não pode justificar o fornecimento de propinas. Em muitos países a corrupção se tornou o modo mais comum de praticar atos negociais, todavia, práticas comuns não merecem ser confundidas com aceitação cultural e logo o uso indevido da coisa pública não pode ser visto como uma prática cultural. Se a corrupção fosse efetivamente um fenômeno cultural, ela não seria considerada ilegal em todas as partes do mundo. (ROMINA, 2003, p.185)

A OECD (2014) tem enfatizado que a prática de corrupção tem resultado em elevado custo para os Estados impactando o desenvolvimento social, político e econômico. Segundo a Organização o custo da corrupção

pode chegar a mais de 5% do PIB Global (US \$ 2,6 trilhões), com mais de US \$ 1 trilhão em subornos pagos anualmente (Banco Mundial). Outros custos da corrupção estão vinculados a moralidade do Estado.

O Fundo Mundial de Investimento (FMI) demonstrou que investe cerca de 5% a menos em países com histórico de corrupção, se comparado com os países que possuem maior controle sobre essa prática. Por sua vez, o Fórum Econômico Mundial

estima que a corrupção aumenta o custo dos negócios em até 10%, em média. A Siemens, gigante alemã de engenharia, teve que pagar multas de US \$ 1,6 bilhão em 2008 para liquidar as acusações de rotineiramente se envolver em suborno em todo o mundo. (OECD, 2014, p. 3)

Para a OECD (2014) a prática de corrupção atinge pontos críticos para qualquer gestão pública: 1) desperdício de recursos públicos por não permitir a correta alocação de investimentos em áreas que deveriam ser prioritárias. Tendo sido observado que há investimento em infraestrutura ou compras militares onde, devido a grande movimentação de recursos, há um histórico de propinas e outras práticas ilegais. 2) A corrupção atinge diretamente as burocracias estatais tornando-as ineficiente o que incentiva a prática ilegal: quanto mais longa a fila para um serviço, maior o incentivo para que os cidadãos subornem para conseguir o que querem” (OECD, 2014, p. 3). 3) A existência de nepotismo nas instituições públicas ou privadas é um indicativo de gestão, muitas vezes, pouco eficiente, o que debilita o desempenho e a governança. 4) A corrupção é um mecanismo de perpetuação da pobreza, pois os recursos, utilizados como moeda de troca entre aqueles que a eles tem acesso, não são aplicados como deveriam às políticas públicas. Assim, as camadas mais pobres da sociedade suportam esse custo, que é transmitido a partir de elevadas tarifas, impostos, prestação de serviços públicos precária ou inexistente. Por fim, 5) A corrupção destrói a confiança da população no Poder Público em suas diversas esferas, deslegitimando o ordenamento legal. Essa desconfiança pode ser alimentada também pelos inúmeros casos que envolvem as eleições e os processos corruptos para financiamento partidários. “Como resultado, os cidadãos desapontados podem se afastar do estado, recuar dos processos políticos, migrar - ou - resistir ao que consideram as elites políticas e econômicas corruptas.” (OECD, 2014, p. 4)

Diante do exposto, é possível afirmar que a corrupção é um fato social presente em todos os países. Sua concepção e regramentos punitivos variam de acordo com cada cultura e uma visão analítica do conceito de crime. Assim, o que é corrupção no Brasil pode não ser na África, por exemplo. Mecanismos internacionais têm sido criados na busca por uma responsabilização entre os países para combater a corrupção enquanto uma prática que corrói as instituições. É nessa esteira que observamos a ratificação de convenções e acordos envolvendo inúmeros países, na busca por tornar a gestão pública mais eficiente, transparente e menos corrupta.

No Brasil, a internacionalização de uma conduta anticorrupção foi incentivada de forma exógena e endógena. Na primeira questão, os marcos legais internacionais, alguns citados nesse trabalho, foram elementos que impulsionaram a formação de agenda em várias partes do país para construção de legislações, programas anticorrupção e de conformidade, dentre outros.

A burocracia brasileira aproveitou as oportunidades normativas globais para alcançar os objetivos domésticos. Os agentes locais participam do processo de elaboração de normas selecionando, emprestando e modificando ativamente normas e instituições globais para atender às suas visões de mundo e interesses (TOURINHO, 2018, p. 13).

Na segunda questão, em 2003 o Ministério da Justiça criou a Estratégia Nacional contra a Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) para deliberar sobre mudanças legislativas, propor iniciativas contra corrupção e lavagem de dinheiro, estabeleceu diretrizes, ajustando as práticas de processos administrativos e criminais e promovendo legislação importante (ENCCLA, 2019).

Essa mudança global foi percebida e implementada no Brasil a partir da inspiração em legislações internacionais.

Essa validação é importante porque as leis e formas institucionais emergentes de tratados internacionais são frequentemente entendidas como inerentemente legítimas. Os tratados internacionais e suas instituições associadas, como as Nações Unidas, são repositórios de legitimidade), que lhes proporciona uma certa gravidade que facilita sua implementação doméstica. Os atores domésticos que buscam mudanças institucionais, assim, operacionalizam essa legitimidade para pressionar por novas leis e práticas que, embora tenham surgido no exterior, atendem às suas visões de mundo e interesses. (TOURINHO 2018, p. 14)

Além disso, a coerção imposta por mecanismos internacionais obrigou a transformar práticas ou regulamentos para estar em conformidade com os padrões ou práticas internacionais formais ou informais impostas. Mecanismos de monitoramento inseridos nos tratados internacionais anticorrupção incluem implementação de revisão por pares ou monitoramento dos estados signatários, que enviam regularmente mostra de suas políticas, que são então avaliadas. Os mecanismos produzem relatórios de avaliação e recomendações para promover os sistemas anticorrupção, buscando impactos técnicos e políticos. Além de facilitar a cooperação e o intercâmbio de estado para estado, os mecanismos de monitoramento foram capazes de moldar a política anticorrupção doméstica e aproximar-se dos padrões internacionais relevantes.

Além disso, observa-se tanto no setor privado quanto público a sujeição desenvolvimento de programas de conformidade, compliance, dentre outros que atestassem que a empresa brasileira está alinhada com as legislações e práticas internacionais de governança anticorrupção transnacional. Essa é uma realidade para o setor público brasileiro, “deve se consolidar em todas as esferas e órgãos federais, estaduais e municipais, sobretudo com a publicação do novo diploma legislativo”(COELHO, 2017, p. 3).

Isso tudo, levou ao fortalecimento de leis e a “vulnerabilidade pessoal dos executivos a multas pesadas e sentenças de prisão afastou algumas empresas de modelos de negócios ilícitos para estabelecer sistemas de regulamentos e controle interno” (TOURINHO, 2018, p. 15)

Por fim, o suporte para implementação de políticas públicas para conter a corrupção foi fundamental para impulsionar o Brasil. Tais suportes ocorrem quando normas e instituições internacionais se transformam em agentes catalizadores das práticas domésticas no nível operacional, atuando para melhorar e facilitar o desempenho das instituições.

Nesse sentido, institutos legais foram construídos no cenário internacional visando criar uma governança internacional anticorrupção. A mudança na legislação internacional foi fundamental para que países como o Brasil se atentasse para a necessidade de propor medidas visando combater a corrupção. Algumas convenções e leis internacionais foram destaques nesse processo pela sua capilaridade mundial

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos é considerada um marco na América por trazer diretrizes transnacionais para o combate à corrupção, a partir do entendimento que essa situação ultrapassa as fronteiras envolvendo diversos Estados em uma teia, muitas vezes, difícil de ser desfeita. Firmada em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, no Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e publicada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. O grande mote da Convenção Interamericana Contra a Corrupção foi considerar que a corrupção trazia para as instituições públicas uma fragilidade, demonstrando para a sociedade uma ausência de integridade, moralidade e de justiça dos órgãos públicos. Nesse contexto, requer que os Estados estejam atentos para promover ações de combate e de erradicação de tal prática em todas as funções e atos públicos por meio da instauração de medidas que garantam a punibilidade de tais atos.

A partir da Convenção Interamericana, o debate em torno do necessário combate a corrupção se tornou muito presente no contexto internacional. A Organização das Nações Unidas (ONU) demonstrou essa preocupação ao apresentar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, tratando de questões como: prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. O que se buscava era ultrapassar os limites geográficos e apresentar para todos os países uma diretriz para que atuassem no combate à corrupção, compreendendo que essa prática está presente em todos os âmbitos da sociedade e não mais é um problema local, mas estende seus tentáculos conectando diversos países, incorrendo, muitas vezes em um crime transnacional. Em relação a prevenção, observa-se que a Convenção buscou apresentar caminhos

para os setores públicos e privados, bem como para a construção de políticas de transparência, contratação pública e participação social. Tais recomendações visam que cada Estado Parte formule e desenvolva políticas eficazes contra a corrupção, “que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.” (UNODC, 2019, p. 9)

A Lei contra práticas corruptas conhecida como Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) foi publicada em 1977 nos Estados Unidos, após um dos mais graves escândalos de corrupção do país, denominado como Watergate. Mais de 400 empresas norte americanas admitiram ter feito mais US\$ 300.000,00 em pagamentos ilegais à funcionários de governos, políticos e partidos políticos estrangeiros. Projetada para combater a corrupção e desestimular corporações e empresas norte-americanas a se envolverem em casos de suborno e corrupção no exterior a Câmara dos Deputados dos EUA descreveu que o pagamento de subornos visando influenciar atos ou decisões dos funcionários estrangeiros, partidos ou candidatos estrangeiros, além de ser antiético, não é um bom negócio pois abala a confiança do público na integridade do sistema de livre mercado. (SPORKIN, 1997).

Considerada como uma das leis mais rígidas do mundo para o combate à corrupção, a Lei Anticorrupção do Reino Unido foi assinada em 2010, entrando em vigor em 01/07/2011. Tal marco legal foi produzido para responder as inúmeras pressões da ACDE para que o país apresentasse e colocasse em vigor uma legislação anticorrupção uma vez que o “Índice de Percepção da Corrupção de 2010 da Transparency International mostrou que a pontuação do Reino Unido caiu de 7,7 em 2009 para 7,6 em 2010, perdendo três posições no ranking internacional, de 17 para 20”. (PWC, 2019).

Assim como a FCPA, a Bribery Act aplica-se a: empresas do Reino Unido que fazem negócios local e no exterior; empresas estrangeiras com operação no Reino Unido; Funcionários públicos locais e estrangeiros; abrange também o setor privado. Apesar de práticas de suborno serem ilegais no país os órgãos reguladores passaram a demonstrar maior atenção para tais práticas na busca por aplicar uma legislação mais rigorosa corrupção. Para isso demonstraram que seria necessária a cooperação de diversas agências que atuassem na repressão e penalização para a organização comercial, indivíduo responsável por tais práticas.

A partir dessa configuração do cenário mundial pode-se elencar pontos importantes que perpassam todas as legislações e que serão importantes na análise que se propõe esse trabalho.

Em primeiro lugar observa-se uma preocupação internacional com o papel do servidor público e o impacto que suas ações podem promover nas relações comerciais ou governamentais. Isso leva a concluir que, no cenário mundial, considera-se que a corrupção é uma prática que só conseguiu se estabelecer por seu apoio presente dentro dos órgãos públicos. Portanto, é um crime que envolve diretamente governos e empresas e reprimir ou combatê-lo requer uma mudança legal e política para que as instituições públicas e privadas possam desenvolver mecanismos de prevenção e coerção de tais práticas.

Em segundo lugar para mudança desse cenário, é necessário o estabelecimento de uma rede de cooperação nacional e internacional. O crime de corrupção não mais é algo que está circunscrito a uma fronteira territorial, mesmo que sua configuração seja condicionada a determinações culturais, observa-se que se trata de uma ação que ultrapassa qualquer limite geográfico. Daí que as legislações precisam ter um alinhamento que permita cercear o desenvolvimento de ações locais e internacionais que possam configurar crime. Assim, o sistema de justiça, bem como a construção de leis nacionais precisam estar em consonância com os marcos regulatórios internacionais.

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO E O DIRETO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Inúmeros marcos legais internacionais foram instituídos para prevenir e reprimir os atos de corrupção, no Brasil há um conjunto de leis esparsas que tratam de várias esferas desse tema. Para Di Pietro (2018)

o Código Penal, além de outras leis esparsas punem os crimes praticadas contra a Administração Pública, alcançando porem as pessoas físicas. A lei de Improbidade Administrativa (lei 8429/92) significou considerável avanço em termos de combate à corrupção, porém punindo especificamente pessoas físicas. (...) Ainda merece menção a chamada Lei da Ficha Limpa voltadas para as pessoas físicas para torna-las inelegíveis. Também a Lei de Licitações (8.666/93) define ilícitos administrativos e crimes, bem como as respectivas sanções, em matéria de licitações e contratações efetuadas pela Administração Pública, aplicando-se as sanções administrativas tanto à pessoa física como às jurídicas. (DI PIETRO, 2019, p. 1047).

O Projeto de Lei 6.826/2010 (BRASIL, 2010) foi encaminhado ao Congresso Nacional em 2010, a partir de uma iniciativa da Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União e Ministério da Justiça, e sua tramitação levou cerca de três anos. Após o PL foi encaminhado ao Senado Federal, referenciado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 39/2013 (BRASIL, 2013).

O Parecer nº 649/2013 (BRASIL, 2010), publicado no Diário Oficial do Senado Federal em 05/07/2013, aprovou o PLC nº 39/2013. Na sequência, com o veto nº 29, em 02/08/2013, é instituída a norma jurídica Lei nº 12.846/2013. A regulamentação do referido diploma legal adveio com o Decreto nº 8.420/2015. (GOMES; MIRANDA, 2018, p.1106)

No parecer n.º 649/2013 do Senado Federal (BRASIL, 2013) o relator destacou que a corrupção é considerada uma das maiores mazelas da democracia atual, que impacta o sistema político, econômico e social brasileiro. Foi considerado que o nosso ordenamento jurídico que prevê sanções aos agentes públicos corruptos e ao corruptor não era suficiente, deixando uma lacuna na sanção às pessoas jurídicas. Uma legislação que atuasse especificamente sobre os ilícitos cometidos por pessoas jurídicas foi considerada necessária para preencher as lacunas ainda não abrangidas no arcabouço legal brasileiro.

Para Silveira e Diniz (2015) escândalos de corrupção, fraudes econômicas e a instabilidade financeira da economia global impulsionaram medidas de integração supranacional dos mercados, orientadas estas pela ideia de precaução na movimentação dos investimentos e pela adoção de boas práticas de governança corporativa. Já no âmbito nacional os movimentos sociais em prol de uma gestão pública mais íntegra e contra a corrupção transformaram o tema em uma plataforma política necessária de ser defendida. A legislação não deixa de ser uma resposta a essa pressão popular.

No âmbito do Poder Legislativo, a aprovação do PL foi considerada um avanço nas relações exteriores, por atender recomendações da OECD e uma contribuição para “valorização da imagem brasileira no cenário internacional. Com uma lei anticorrupção, as empresas internacionais teriam incentivos renovados para direcionar seus investimentos ao Brasil, posto que o ambiente negocial do país estaria revestido de maior transparência e segurança jurídica.” (BRASIL, 2013, p. 2)

As recomendações da OECD são referentes ao trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno Transnacional que monitora nos Estado-Parte o cumprimento das diretrizes ratificadas por meio da Convenções. No que tange à análise brasileira

na primeira fase do processo de monitoramento, a legislação dos Estados é estudada no tocante à adequação normativa com os termos da convenção. Dessa aferição resulta uma lista de recomendações aos Estados para que, em uma segunda fase, o Grupo de Trabalho realize investigação in loco acerca da aplicação das normas internas de combate à corrupção, bem como a respeito das consequências práticas das recomendações listadas na primeira fase de avaliação”

(...) a fase 2 o diagnóstico acerca da aplicação da Convenção no Brasil agravou-se substancialmente. Apesar do reconhecimento do comprometimento do Governo no combate à corrupção, foram destacados alguns desafios a serem enfrentados como destaque para a necessidade da aprovação do projeto de lei que instituisse a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública nacional e estrangeira. (BRASIL, 2013, p. 3).

O relator destacou que na terceira fase da avaliação do Brasil, a ausência de respostas do país às recomendações poderá “ocasionar uma série de prejuízos à economia nacional porque a depender da próxima avaliação da OCDE, pode-se recomendar inclusive, que empresas estrangeiras tenham cautela na escolha do país como local para seus investimentos”. (BRASIL, 2013, p. 3).

A proximidade da legislação brasileira das já implementadas legislações Bribery Act (Reino Unido) e dos padrões da FCPA (Estados Unidos), apresentou a Lei como “uma das mais avançadas e modernas leis

anticorrupção do mundo, por considerar para além da experiência e dos debates, o campo prático, diário e cotidiano dos países pioneiros” (BRASIL, 2013, p. 1-2).

A Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013) tem como finalidade ampliar a responsabilização das pessoas jurídicas. A inovação que se propõe é previsibilidade da responsabilidade objetiva prevista já no art. 2º que enfatiza que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

Para Di Pietro (2018) o direito brasileiro retrata que no silêncio da lei a responsabilidade é subjetiva, como previsto no art. 927 do Código Civil (BRASIL, 2002): “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por natureza, risco para os direitos de outrem.”

Para Freitas e Moreira Neto (2019) ao apresentar a responsabilidade objetiva civil e administrativa, a legislação prevê que instituições poderão sofrer sanções por atos de corrupção, independentemente da comprovação de dolo ou culpa.

Isso porque para se configurar responsabilidade objetiva é preciso que haja “nexo de causa e efeito entre a atuação da pessoa jurídica e o dano sofrido pela Administração Pública; seja praticado ato lesivo; que o ato lesivo seja praticado por pessoa jurídica e cause dano a Administração Pública Nacional ou Estrangeira.” (DI PIETRO, 2018, p. 1049) Assim, para fins de responsabilização, bastará que seja comprovado o ato de corrupção e o nexo de causalidade entre ele e conduta de qualquer representante das pessoas jurídicas envolvidas.

Com esse dispositivo pode-se inferir que o objetivo é

claramente, fomentar que as pessoas jurídicas, elas próprias, instituam sistemas de controle sobre as condutas de seus agentes, de sorte a que evitem a prática de atos violadores da moral administrativa, uma vez que lhes será impossível isentarem-se de eventual responsabilização alegando ausência de culpa in vigilando. (FREITAS; MOREIRA NETO, 2019, p. 6)

Por outro lado, está previsto no art. 3º § 2º que “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.” Isso significa que tais indivíduos somente serão penalizados pelos atos de corrupção quando comprovadamente agirem com dolo ou culpa para lesar a Administração Pública tanto nacional quanto internacional. Ou seja, é necessário que o ato esteja entre o rol definido no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013):

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 interposta 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.

Observa-se que é possível dividir o art. 5º em grupos de tipificações. Enquanto o inciso I ao crime previsto no art., 333 do Código Penal (BRASIL, 1940) e é um crime formal, os incisos II e III caracterizam-se como um tipo administrativo material. Já os atos que lesam o processo licitatório podem ser considerados como dependentes “da comprovação do dolo específico do agente privado de violar o princípio da competitividade das licitações.” (FREITAS; MOREIRA NETO, 2019, p. 14)

Esses atos definidos como lesivos à Administração Pública correspondem aos atos já previstos na Lei de Improbidade Administrativa, bem como previstos no Código Penal e na Lei 8.666/1993. Nesse sentido, o cuidado que se precisa é evitar a dupla punição quando os atos lesivos confrontarem mais de uma legislação.

Ainda no que tange a responsabilização a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) prevê no art. 4º, § 2º que

as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. (BRASIL, 2013)

A preocupação com a responsabilidade solidária pode ter como fundamento as práticas de consórcio comuns para participação em processos licitatórios previstos na Lei 8.666/1993. Ao se organizarem nesse formato passam a ser consideradas como um único prestador de serviço, nas palavras de Santiago Filho, Portes e Cunha (2005)

a responsabilidade solidária entre as consorciadas, prevista na Lei 8.666/93, faz surgir uma espécie de sociedade de fato, em que todos os atos praticados individualmente se comunicam aos demais consorciados. Isso decorre da necessidade de o consórcio comparecer perante a Administração como unidade (união de esforços, bens e recursos financeiro. (SANTIAGO FILHO; PORTES; CUNHA, 2005, p. 15)

O resultado dessa responsabilização solidária “está no fato de que o agente econômico responsável pela prática de corrupção poderá ser demandado individualmente, administrativa e judicialmente, em razão de ato em benefício de todo grupo econômico, cabendo, contudo, eventual ação regressiva em face dos seus demais integrantes” (FREITAS; MOREIRA NETO, 2019, p. 21).

Lado outro, a lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013) prevê a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pelas práticas de atos corruptos contra a Administração Pública em seu art. 6º, incisos I e II

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. (BRASIL, 2013)

Para Di Pietro (2018) foi deixada uma larga margem de apreciação da Administração Pública na dosimetria da sanção, o que não significa discricionariedade administrativa, pois a escolha deverá ser devidamente fundamentada nas circunstâncias do art. 7º e assim, não pode a Administração se recusar a implicar sanção.

Aqui observa-se a aplicação do Direito Administrativo Sancionatório pois, a sanção não é somente um fim em si mesma, mas será aplicada com efeito pedagógico para evitar que as pessoas jurídicas se sintam desmotivadas a cumprirem o ordenamento e assim, o interesse público pode ser preservado. Freitas e Neto (2019) destaca que “em nenhuma hipótese, portanto, a sanção administrativa deve ter fins acarreadatórios” assim, ao se fixar as sanções será preciso analisar o princípio da proporcionalidade e os aspectos subjetivos e objetivos da infração. Flávio Amaral Garcia, apud Freitas e Moreira Neto (2019, p. 15) destaca que:

No campo do Direito Administrativo Sancionador, a norma deve, obrigatoriamente, estabelecer tipos delitivos que guardem correlação lógica com a aplicação de sanções que sejam proporcionais aos ilícitos administrativos cometidos ou, expresso de outra forma, tipos que correspondam a condutas que efetivamente revelem desconformidade com bens jurídicos merecedores de proteção. (FREITAS; MOREIRA NETO, 2019, p. 15).

Nesse diapasão o art., 7º da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) apresenta que:

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

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados (BRASIL, 2013).

O inciso VII do art. 7º pode ser considerado como um incentivo, mesmo tímido, às pessoas jurídicas para instituírem internamente programas como integridade, Gestão de Riscos, Auditorias e Programas de Integridade visando estabelecer um código ética e comportamentos que possam afastá-las de atos considerados corruptos.

Entende-se que tais estruturas devem ser formatadas a partir de um diagnóstico e de um prognóstico de condutas realizadas pelos funcionários dessas corporações, de modo a que nelas possam ser reduzidos os riscos da prática de corrupção. Num segundo momento, deverão ser expedidas normatizações internas que orientem as relações dos interlocutores dessas corporações com Poder Público. (FREITAS, 2009, p. 20)

No que tange a responsabilização judicial os art. 18 e 19 da Lei nº 12.846/2013 preveem que:

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

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

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

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

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

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

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

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (BRASIL, 2013).

Assim, afirma-se que a Lei prevê que as pessoas jurídicas que incorrem em ilícito podem ser responsabilizadas civil e administrativamente, bem como judicialmente. Assim, o processo não ocorrerá apenas no âmbito da Administração Pública, podendo ocorrer até mesmo por proposição do Ministério Público quando da omissão da Administração Pública em investigar os atos. Assim, são previstas multas proporcionais ao ilícito cometido.

A legislação também prevê a realização de acordo de leniência em seu art. 7º, inciso VII quando remete a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e no art. 16 que aponta que a

autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”.

O caráter sancionador previsto nessa norma tem sido questionado desde a análise do Projeto de Lei 6.826/2010 (BRASIL, 2010). A esse respeito o relator destacou que “há uma grande controvérsia a respeito da admissibilidade de sanções penais contra pessoas jurídicas no Brasil”. Contudo, considerou que o art. 26 da

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção possibilita a proposição de uma norma capaz de prevenir e reprimir práticas ilícitas das pessoas jurídicas ao destacar que

cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos. Sujeitos aos princípios jurídicos do Estado Parte a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. (BRASIL, 2010, p. 1-2).

Essa integração entre normas que pode ser considerada a proposta da Convenção vem na esteira de que os grandes escândalos de corrupção, fraudes econômicas e instabilidade financeira passaram a necessidade de precaução para se fazer investimentos e a busca por uma gestão corporativa preservando a ética das negociações. Nessa esteira, pode-se afirmar que a legislação não é uma norma penal, mas traz em seu bojo efeitos sancionatórios e restrições de direitos que podem repercutir em aplicações condenatórias.

A sanção jurídica pode ser definida como “um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamento ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito” (OSÓRIO, 2015, p. 101). Ou seja, ao se definir uma sanção o Estado deseja com isso estimular o cumprimento das normas, a partir da imposição de punições para aquele que a desrespeita. Nesse sentido, há um processo que é de repressão aos atos contrários aos dispositivos legais, mas há também um aspecto pedagógico a partir do momento que com isso pretende-se coibir a prática ilegal por meio da “premiação de condutas preferíveis, ou a substituição de consequências jurídicas previstas por lei podem ser, a depender da circunstância concreta, meios adequados de produzir o resultado desejado; sempre se aproveitando do mecanismo de feedback positivo e negativo das condutas humanas” (RECH, 2018, p. 160). Ou seja, o aspecto pedagógico aqui se configura como o caráter positivo da sanção enquanto a repressão um aspecto negativo.

A sanção administrativa enquanto ação repressiva tem um caráter negativo por ser uma resposta a uma infração administrativa (ou ilícito administrativo). Assim, tem-se como elementos fundamentais para essa sanção:

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

A sanção aqui configura-se como um fato social que através de sua generalidade e coercitividade consolida aquilo que é considerado como aceitável ou não nas práticas empresariais que envolvem a instância governamental.

A sanção administrativa pode ser entendida, por fim, como aplicação da pretensão punitiva do Estado visando inibir infrações, garantindo a manutenção de valores sociais e a ordem jurídica. Há limites formais e materiais entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. O Direito Administrativo é um instrumento tão legítimo quanto o Direito Penal para garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico, porém com uma área de incidência mais limitada em termos de valores, dado que exige a presença intervencionista estatal ou a existência de relações de especial sujeição, subordinando-se, nesse passo, a um exame crítico concreto em termos de resultados. (OSÓRIO, 2015, p. 142).

A Administração Pública tem o poder-dever de atuar na defesa dos interesses públicos. [...]. Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de consequência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 71).

Nesse contexto, a Administração Pública pode, ao identificar uma conduta ilícita optar por aplicar uma das sanções administrativas previstas exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Interessa notar que sanção administrativa não se confunde com poder polícia, pois,

o poder administrativo de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado. As medidas de polícia se diferenciam das sanções administrativas pela possibilidade de adquirirem um caráter preventivo, perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando ao exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes. Conclui-se que a aplicação de sanções administrativas, ao contrário do que ocorre nas medidas de polícia, precisam observar princípios e garantias constitucionais impostos ao poder punitivo geral, porque representam uma limitação de direitos e imposição de deveres, adentrando a esfera jurídica particular do administrado (OSÓRIO, 2015, p. 111).

As sanções administrativas aplicadas pela Administração Pública diferem de outras medidas à disposição do Direito Administrativo, pois observam os princípios constitucionais previstos para qualquer ação sancionatória do Estado. Isto ocorre porque, apesar das diferenças entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, que podem influenciar na escolha do legislador pela utilização de uma ou de outra modalidade na repressão de condutas ilícitas, ambos os ramos possuem em comum o fato de serem derivados do poder punitivo estatal.

Aplicado esse conceito a Lei nº 12.846/2013, pode-se enfatizar que já há uma responsabilização de agente infrator na esfera penal, quando dos Crimes contra a Administração Pública. Na área Civil tem-se Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92 (BRASIL, 1992); assim como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/93 (BRASIL, 1993), e a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85 (BRASIL, 1985). Já a Lei Anticorrupção apresenta as sanções de caráter administrativo para reprimir condutas corruptas, expressando o direito administrativo sancionador, ao impor sanções que, em virtude de seu caráter punitivo, têm como finalidade a prevenção de novas condutas contra a administração pública. (COSTA, 2015).

Pode-se afirmar que a Lei Anticorrupção, apesar de ser, possivelmente, uma resposta à sociedade devido aos grandes escândalos nacionais de corrupção, especialmente envolvendo grandes e vultuosos contratos públicos ainda não está totalmente regulamentada nos Estados.

Ao se elaborar a Lei Anticorrupção, foi uma escolha do legislador optar pela aplicação do Direito Administrativo Sancionador, não se elaborando legislação penal para pessoas jurídicas que cometem atos corruptos, ao buscar dar uma resposta ao clamor social, ampliou a responsabilização e não regulamenta setores estratégicos e organizações que podem atuar como potencializadores da corrupção, fraudes contábeis, desvios de dinheiro, fraudes e procedimentos de licitação.

Numa crítica a esse aspecto da Lei, Silveira e Diniz (2015) pontuam que há muito mais uma lógica penal por meio do

combate prévio de situação de corrupção, mencionando os termos de criminal compliance e prescrevendo sanções administrativas nem sempre proporcionais; dada a natureza sancionatória; 2) déficit na verificação constitucional do direito de defesa; 3) menção expressa aos mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; 4) disposição sobre os acordos de leniência; 5) punição de atos que obstruam a investigação ou fiscalização; 6) cadastro de pessoas punidas.” (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 308)

A grande discussão que se opera aqui é que punir não necessariamente regula comportamento empresarial. Assim, ao dar maior ensejo a normas de sanção não se considerou a qualidade essencial coercitiva e as expectativas dos comportamentos econômicos. (SILVEIRA; DINIZ, 2015).

Embora a elaboração da Lei Anticorrupção tenha como lastro a presença do Direito Administrativo Sancionador, considerando sobremaneira os aspectos repressivos, após a sua vigência Estados da Federação passaram também a dar ênfases outras no combate a corrupção e a aplicação da Lei Anticorrupção ganhou contornos para além do previsto em seu bojo, numa busca por trazer uma mudança de comportamento tanto das pessoas jurídicas quanto dos agentes públicos e no relacionamento necessário entre esses atores.

Influenciado pela legislação, o Tribunal de Contas da União (TCU) elaborou o Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção afirmando que o combate à corrupção precisa levar em conta não apenas o

aspecto sancionador, mas também prever mecanismos de prevenção, detecção, investigação, correição e monitoramento. Para o TCU

por meio de um ambiente ético, reduz-se a disposição para desvios de condutas e formação de conluios e aumenta-se a propensão para denúncias. Por meio de controles, reduz-se o risco de que vulnerabilidades sejam exploradas por fraudadores e corruptos. Por meio da transparência e accountability, aumenta-se a capacidade de observação dos atos e fatos na gestão pública pelas partes interessadas organização e aferição dos resultados obtidos. (BRASIL, 2018, p. 36)

O Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção traz uma preocupação com a atuação dos agentes públicos no contato direto com o setor privado, o que levou os órgãos governamentais perceberem a necessidade de instaurarem internamente programas de integridade, visando prevenir práticas porventura ilícitas. Tal interesse tem amparo nos vários marcos legais já citados nesse trabalho, como Convenção da ONU contra a Corrupção e a Convenção da OECD, no FCPA e no Bribery Act que convergem para incentivar a própria Administração Pública a buscar sanar os possíveis vícios decorrentes dessa interação, principalmente no que tange aos contratos públicos.

Para isso, há a necessidade da construção de nova cultura de integridade orientada

por decisões em conformidade com best practices e por padrões procedimentais de governança corporativa, não se limita à avaliação de um “estar em conformidade com a lei”. A instituição às novas práticas empresariais, buscando fomentar, por meio de regulamentação jurídica, um verdadeiro novo padrão de mercado. (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 321)

É possível perceber, portanto, que o contexto social brasileiro, bem como a influência internacional para se estabelecer mecanismos legais para coibir a prática de corrupção envolvendo agentes públicos e pessoas jurídicas possibilitaram a implantação da Lei Anticorrupção.

Contudo, a legislação, com foco preponderante na sanção administrativa relegou importantes pontos que são necessários serem observados quando colocado em discussão a temática corrupção. Para além de estabelecer sanções para as pessoas jurídicas é preciso que tanto essas quanto os agentes públicos possam atuar sob outros paradigmas. Assim, ganhou força no cenário nacional, tanto nos setores privados quanto públicos, os programas de integridade como um instrumento de efetivação da Lei Anticorrupção dentro das empresas e do próprio Estado. O efeito pedagógico da sanção perpassa também por alterar a forma de negociar dos agentes para que o crime possa ser cada vez mais mitigado, uma vez que já existem um grande número de normativos que aplicam sanções no âmbito penal e civil.

Como já enfatizado por Durkheim (1999) a lei funciona enquanto um fato social que constrange a sociedade a agir sob determinada forma, sob risco de sofrer uma penalidade, seja legal, seja do grupo que está inserido para que retorne “à normalidade”. Esse mecanismo social garante, por meio da coerção que os indivíduos caminhem coesos. Contudo, quando tal mecanismo falha, é preciso observar as instituições e os meios em que foram socializados os indivíduos. A educação e a cultura são elementos e indicativos de como são repassados valores e construídas percepções.

Nessa construção de uma nova cultura anticorrupção do país mesmo que a Lei seja aclamada pela sociedade como uma forma de se estabelecer a ordem, não é suficiente. É preciso considerar o papel que cada ator tem nesse processo, seja esse ator público ou privado. A lei vem para moldar e constranger comportamento, mas a construção dessa mudança perpassa por inserir uma cultura, relativamente nova, tanto nos setores públicos quanto privados a partir do já criticado direito administrativo sancionador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a temática corrupção, considerada como um fato social presente em todos os países, ganhou grande destaque tanto na literatura quanto no interior das organizações públicas e privadas. Convenções, a legislação americana e do Reino Unido proporcionaram no mundo empresarial e governamental uma mudança na forma ver e desenvolver as relações comerciais e o custo da corrupção passou a ser monitorado por

instituições como OECD o que incentivou também os governos a implementarem legislações que mitigassem tais ilícitos.

No Brasil a denominada Lei Anticorrupção foi publicada em 2013 depois de uma grande pressão popular para que o governo criasse mecanismos para combater os grandes casos de corrupção que eram apresentados na mídia. Manifestações eclodiram no país e com isso, a Lei nasce como uma resposta social. O principal questionamento à legislação é a presença predominante do direito administrativo sancionador e, pouca consideração em imprimir uma nova cultura empresarial que se pautela pela integridade. A análise da legislação internacional demonstrou que há uma grande preocupação com a atuação dos agentes públicos como impulsionadores de práticas ilícitas e ao mesmo tempo como agentes que são fundamentais para o combate à corrupção dentro das organizações públicas especialmente nas relações comerciais entre essas instituições e o setor privado e assim observa-se um enfoque grande em ações que levem a mitigar o risco de práticas ilícitas dentro das organizações.

A Lei Anticorrupção pode ser considerada um avanço no combate à corrupção nas relações entre governo e pessoas jurídicas ao inserir em seu bojo as sanções administrativas. Contudo, ainda há um longo caminho a percorrer. Somente a Lei Anticorrupção não dá conta de abarcar todos os aspectos necessários para mitigar relações ilícitas entre as pessoas jurídicas e a Administração Pública. É por isso também que o desdobramento dessa lei perpassa pela implementação de programas de integridade em diversos setores. Esse conjunto de forças (legal e cultural) poderá influenciar o cenário que envolve a relação entre pessoas jurídicas e instituições governamentais. Além disso, transformar os normativos legais em ações concretas em qualquer área é um desafio para os administradores públicos.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.826/2010**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2010], Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002**. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2002]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-152-25-junho-2002-459890-convencao-1-pl.html#:~:text=2%20%2D%20promover%2C%20facilitar%20e%20regular,especificamente%20vinculados%20a%20seu%20exerc%C3%ADcio>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1., inciso "c". Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2015], Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 30 out. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

- BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 30 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº649, de 05 de julho de 2013 referente ao Projeto de Lei da Câmara nº 39.** Brasília, DF: Senado Federal [2013]. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113244>. Acesso em: 28 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate à fraude e corrupção:** aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2. ed. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2018.
- COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Compliance na Administração Pública: uma necessidade para o Brasil. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 3, n. 01, p. 75-95, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.29293/rdfig.v3i01.103>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e lei anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fonseca, 1999.
- ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA). **Histórico**. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos/historico>. Acesso em: 5 out. 2019.
- FILGUEIRAS, Fernando. A corrupção do Estado: perspectivas teóricas e seu processo social. *Utopia y Praxis Latinoamericana*, Maracaibo, v. 11, n. 34, p. 11- 34, 2006. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162006000300003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 9 set. 2019.
- FOREIGN CORRUPT PRACTICES - FCPA. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. The Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission**. 2012.
- FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 14, n. 156, 2014. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.
- GOMES, Renata Machado dos Santos; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de Araújo. Os caminhos da política pública anticorrupção e as influências internacionais: o caso da Lei nº 12.846/2013. **Revista da Controladoria Geral da União**, Brasília, v. 11, n. 18, p. 17-22, 2019. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/64. Acesso em: 10 out. 2019.
- KINGDON, John W. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. 2. ed. Estados Unidos: Harper Collins, 1995.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **The rationale for fighting corruption**. 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- PRICEWATERHOUSE COOPERS SERVIÇOS PROFISSIONAIS LTDA (PWC). **Respondendo à Lei Anticorrupção do Reino Unido de 2010:** Informações para organizações comerciais do Reino Unido que operam em mercados emergentes, especificamente em países do BRIC. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/forensics/assets/uk-bribery.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.
- RECH, Talyz William. Aplicação do direito administrativo sancionador no combate à corrupção. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 158-188, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/32>. Acesso em: 10 out. 2019.
- ROMINA, Larissa O. **Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção:** a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A e a Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 11, p. 185-198, jan./mar. 2003.
- SANTIAGO FILHO, Luiz Francisco Mota; PORTES, Louise Dias; CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues. Panorama da Aplicação da Lei Anticorrupção nos Estados Brasileiros. **Jota**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/10/60633e78423a649ba4f81cc39a85c97e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo. Saraiva, 2015.
- SPORKIN, Stanley. The Worldwide Banning of Schmiergeld: A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on its Twentieth Birthday. **J. Int'l L. & Bus.**, v. 18, p. 269-281, 1997.
- TOURINHO, Marcos. Brazil in the global anticorruption regime. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 61, n. 1, e004, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7329201800104>. Acesso em: 10 out. 2019.
- UNODC – ESCRITÓRIO CONTRA DROGAS E CRIMES. **Convenção das Nações Unidas contra Corrupção**. 2007. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

INFORMAÇÃO ADICIONAL

COMO CITAR ESTE ARTIGO: FERREIRA, Shirley Alexandra; NASCIMENTO, Ary Fernando Rodrigues. A lei anticorrupção e Direito Administrativo sancionador. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 7, n. 02, e307, jul./dez. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfig.v7i02.307>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/307>. Acesso em: dia mês. ano.

LIGAÇÃO ALTERNATIVE

<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/307> (pdf)