

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

YASMMIN FREITAS CAIADO

**A (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INTRASCENDÊNCIA DA PENA ÀS PESSOAS JURÍDICAS
SANCIONADAS À LUZ DA LEI 12.846/13**

VITÓRIA
2017

YASMMIN FREITAS CAIADO

**A (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INTRASCENDÊNCIA DA PENA ÀS PESSOAS JURÍDICAS
SANCIONADAS À LUZ DA LEI 12.846/13**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, orientado pelo Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior.

VITÓRIA
2017

RESUMO

O presente artigo busca compreender a aplicação prática da adoção da modalidade objetiva de responsabilidade pela lei 12.846/13 quanto às sanções de pessoas jurídicas. Para chegar a esse objetivo, foi empregada a metodologia dialética hegeliana. Foi necessário, primeiramente, entender as diferenças entre os tipos de responsabilidade legal, subjetiva e objetiva, bem como as peculiaridades existentes nos diversos campos do Direito, dada ênfase no Direito Administrativo. Isto posto, foi imprescindível explicar de maneira geral o Direito Administrativo Sancionador, a fim de entender a natureza de suas sanções, para finalmente, elucidar os princípios constitucionais normalmente atrelados ao Direito Penal, mas que incidem diretamente nas sanções administrativas. Ademais, traçou-se um paralelo da finalidade punitiva das sanções administrativas com as infrações penais. Além disso, busca-se entender a lógica por trás do princípio constitucional da intranscendência da pena, ligando sua finalidade no Direito Penal com o Direito Administrativo. Com esse objetivo, foram expostos diversos argumentos favoráveis e contrários à aplicação do princípio aludido nos casos de infrações previstas na lei 12.846/13, a lei anticorrupção.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Responsabilidade objetiva. Princípio da intranscendência da pena.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 04 |
| 1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS..... | 07 |
| 2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR..... | 14 |
| 2.1 REGIME JURÍDICO..... | 15 |
| 2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL, LEGALIDADE, TIPICIDADE E CULPABILIDADE..... | 18 |
| 2.3 FINALIDADE PUNITIVA E CAPACIDADE INFRATORA..... | 25 |
| 3 O PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA..... | 28 |
| 3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E RELEVÂNCIA..... | 28 |
| 3.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS A SUA APLICAÇÃO NA LEI 12.846/13 ADMINISTRATIVAS..... | 30 |
| 3.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A SUA APLICAÇÃO NA LEI 12.846/13..... | 33 |
| CONCLUSÃO..... | 39 |
| REFERÊNCIA..... | 42 |

INTRODUÇÃO

Ao fazer uma análise crítica do atual cenário do Brasil, principalmente sob o viés econômico, inúmeros fatores podem ser indicados como motivos determinantes da situação caótica na qual o país se encontra. Embora muitos tentem encontrar alternativas e saídas para a grande crise que nos circunda, é necessário, primeiro, entender de onde ela veio e como tomou tamanha proporção.

Para responder a tais indagações, contudo, um só artigo não bastaria. A complexidade do conjunto de elementos que influencia a estagnação, senão o retrocesso, do nosso país engloba os mais diversos temas, que vão de profundas teorias da economia e política à sociologia.

No entanto, percebe-se que um fator em particular merece destaque, na medida em que se tornou um problema sistêmico que parece emanar da estrutura social do nosso país, de forma que se traduz como uma verdadeira disfunção da sociedade brasileira, a corrupção.

Não seria errôneo atribuir o fenômeno da corrupção a um Estado burocrático, detentor de uma má gestão, cuja estrutura-base foi edificada de maneira inadequada. Isso tudo, junto aos traços do oligarquismo ainda presentes no Brasil, dão origem a uma cultura distorcida.

Apesar de ser um problema que afeta grande parte do país, de pequenos atos no trânsito a uma maior dimensão, como no próprio Congresso, é correto afirmar que, hoje, a corrupção que dá origem ao enriquecimento ilícito de autoridades pode ser considerado uma das principais causas dos problemas socioeconômicos que o Brasil enfrenta.

Isso porque é nas mãos dos membros do Executivo, Legislativo e Judiciário que se concentra o poder, é como se os principais gestores de uma empresa estivessem despreocupados com o seu crescimento e visassem apenas uma ascensão pessoal. Nesse cenário estarrecedor, tomado por escândalos políticos, superfaturamento de

obras públicas e investigações decorrente das frequentes denúncias de corrupção surge a necessidade de discutir instrumentos capazes de corrigir, ou pelo menos mitigar, esses episódios.

Sob essa ótica, a fim de responder à pressão internacional, bem como às cobranças da sociedade, advindas do inconformismo com o escândalo Mensalão que veio à tona em 2005, cujos efeitos ainda refletem no país, foi aprovado, em 2013, a lei nº 12.846 (BRASIL, 2013).

Um dos principais pontos inovadores da lei foi no que tange à responsabilização de empresas envolvidas em corrupção. Estabeleceu-se que a responsabilidade seria objetiva, ou seja, sem necessidade de demonstração de dolo ou culpa por parte da empresa para que a sanção devida fosse aplicada.

O novo diploma legal teve um grande impacto, motivo pelo qual foi apelidado de Lei Anticorrupção. Sua aprovação respondeu, em parte, aos anseios de uma sociedade incrédula na punição de executivos de alto escalão e que acredita estar na maior rigidez normativa a resposta para a crise vivenciada.

Insta salientar, contudo, que é preciso ter cautela ao analisar um dispositivo aprovado nessas condições. A responsabilização da pessoa jurídica envolvida em corrupção foi uma medida conveniente para o país, que se encontra imerso em uma crise não apenas socioeconômica, mas também política, sem precedentes.

Portanto, o estudo de uma lei recente como esta deve ser feito sob o prisma principiológico do Estado Democrático de Direito, para que a paixão do momento não acarrete em uma deterioração dos nossos valores mais basilares.

É perceptível que são válidas as indagações acerca da Lei Anticorrupção, na medida em que vem sendo discutida, apesar de timidamente, sem grande foco das mídias, por diversos grupos.

Nesse sentido, a polêmica adoção da responsabilidade objetiva das empresas na lei 12.846 vem dividindo opiniões entre os juristas. Quando analisada sob a perspectiva

do princípio da intranscendência da pena, objeto de estudo do presente artigo, existe uma divergência quanto a incidência do princípio aludido na seara do Direito Administrativo Sancionador.

Conforme será posteriormente debatido, não é irrazoável alegar que tal princípio, também conhecido como individualização da pena, é cabível na aplicação de sanções administrativas, não sendo, portanto, exclusivo do âmbito penal.

Isso porque esses dois campos do Direito possuem semelhanças inegáveis, desde sua estrutura jurídica até seu objetivo punitivo, que acabam fazendo com que os sujeitos expostos a tais punições sejam merecedores de tal direito individual, sem discriminação de qual área do Direito as aplica.

Para fazer uma análise completa e adequada ao objetivo do presente estudo, utilizou-se da metodologia dialética hegeliana, visto que serão expostas duas posições sobre a adoção da modalidade objetiva na lei 12.846/13, formando uma tese e antítese que darão origem a uma síntese, ou seja, a verdade compreendida através da sobreposição dessas ideias.

Diante do exposto, o presente artigo buscar responder à seguinte indagação: é constitucional a adoção da responsabilidade objetiva das empresas com o advento da lei 12.846/13, se considerado o princípio da intranscendência da pena do Direito Penal previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Dentre todas as novidades trazidas pela lei 12.846, a adoção da modalidade objetiva no que tange à responsabilização de empresas envolvidas em corrupção foi, sem dúvida, uma das mais polêmicas. Estabeleceu-se, através no novo diploma, que não seja necessária a demonstração de dolo ou culpa por parte da empresa para que a sanção devida fosse aplicada.

Portanto, pode-se dizer que dessa mudança denota-se a obrigação dos dirigentes da empresa de estarem completamente integrados sobre o corpo de empregados que possuem, bem como suas ações e omissões sobre tudo que diz respeito ao empreendimento.

É imperioso reconhecer que há uma dificuldade prática de identificar uma pessoa física específica que seja responsável pelo ato ilícito em grandes corporações. De fato, os empreendimentos corporativos atuais são complexos, principalmente sob um aspecto estrutural, se caracterizando pela descentralização e a distribuição de tarefas, dificultando, dessa maneira, a imputação do fato ilícito a uma pessoa singular.

Diante disso, a responsabilidade objetiva pode ser ostentada como uma solução para esse problema, o qual, por vezes, gera uma impunidade para crimes cometidos em empresas, justamente pela dispensa da análise dos elementos dolo ou culpa, tornando mais fácil a apuração de um culpado, podendo ser ele, inclusive, o próprio empreendimento como um todo.

A medida também se apresentou conveniente pela atual fragilidade do campo incidência sobre o qual atua. Quando observada a crise, não só socioeconômica, mas como também política em que o país se encontra, medidas como essa, que facilitam o procedimento de repreensão e punição de práticas de corrupção em contratos licitatórios, são acolhidas de maneira positiva, principalmente pela sociedade já saturada de escândalos políticos.

No entanto, a efetivação de uma lei como a em questão deve ser feita sob a luz principiológica do Estado Democrático de Direito, para que o anseio por punição durante a busca de um culpado não culmine em uma deterioração dos nossos valores mais basilares. Nesse cenário, é importante tecer algumas considerações sobre as implicações da adoção da responsabilidade objetiva nas sanções previstas no art. 6º da lei 12.846/13, bem como definir sua natureza jurídica.

A grande diferença entre a responsabilidade objetiva e subjetiva é que naquela não

é necessário que a culpa ou o dolo sejam demonstrados, por serem indiferentes à incidência de responsabilidade. Isso significa dizer que na responsabilidade objetiva basta a mera demonstração do nexo de causalidade para que surja o dever de indenizar, enquanto que na subjetiva é preciso que a culpa ou o dolo sejam aferidos para ensejar tal dever.

Ao estabelecer-se uma definição para o conceito de dolo, com o devido embasamento doutrinário, a fim de melhor compreender a matéria de responsabilidade, é possível encontrar concepções que equiparam o dolo no direito administrativo ao mesmo elemento do direito penal, bem como definições nas quais a equiparação é feita ao dolo do direito civil.

Os elementos da responsabilidade civil e penal são muito similares, quando observado que, no caso do dolo, ambos remetem à ideia de uma conduta consciente que gera um ato ilícito. No entanto, a principal diferença entre as duas se encontra justamente na origem do ilícito. Na responsabilidade civil, os direitos tutelados são de caráter privado, enquanto que na penal tratam-se de normas de direito público, cujo interesse compreende a sociedade toda.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira conceitua dolo como “a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir” (2012, p.309). Já na esfera penal, Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997, p.482) explicam que “o dolo é o querer do resultado típico (a vontade realizadora do tipo objetivo)”.

Percebe-se, portanto, que o dolo, no âmbito do direito penal, vem de uma violação de um tipo penal, previsto em lei, enquanto que no civil ele pode resultar de uma violação contratual ou outra norma de direito privado. Por essa razão, as condições para a incidência de uma responsabilização penal são - e devem ser - mais exigentes, por ser derivada de um rol taxativo de tipos proibitivos, diferentemente da responsabilização civil.

No que tange à definição de dolo no campo do direito administrativo, Fábio Medina Osório (1998, p. 135) elucida que:

O dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.

Diante disso, é verdadeiro afirmar que há uma proximidade entre a classificação do elemento subjetivo dolo no direito administrativo com o dolo do direito penal, quando comparamos a definição de Fábio Medina Osório com a definição de Zaffaroni e Pierangeli citada, no tocante aos aspectos de intenção e consciência, bem como a natureza do ilícito, sendo esta advindo de normas cogentes do direito público.

Corroborando para a tese da proximidade entre a responsabilização penal e administrativa, Sandro Lucio Dezan (p. 165, 2015) diz que:

A definição do conceito de ilícito administrativo/ disciplinar também é obtida pela aferição do fato típico, ilícito e culpável, porém com aquele, ilícito penal, por óbvio, não se confundindo, malgrado ausência de distinção ontológica entre eles. Aceita a aplicação da teoria do delito aos referidos ilícitos administrativos e em análise aos diplomas postos em nosso ordenamento jurídico, chegamos à conclusão de que a diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito do regime jurídico-administrativo opera-se apenas no plano formal, da enunciação-enunciada, onde constatamos que ilícito penal e ilícito administrativo são aqueles fatos típicos, e culpáveis, apontados pela lei.

Desta forma, vislumbra-se que não existe uma grande disparidade no cerne conceitual do dolo nas diferentes esferas do direito, tanto civil, penal como administrativa. Portanto, é possível inferir que a diferença vai refletir de maneira mais forte na averiguação do elemento para fins de sanção, de acordo com a intensidade da mesma tendo como base o bem jurídico violado em cada caso.

Assim como o dolo, é possível inferir que o elemento culpa também possui um núcleo conceitual em comum entre todos os ramos do Direito. A doutrina civilista costuma caracterizá-la como:

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude (FARIAS, ROSELVAD E NETTO apud AGUIAR DIAS, 2015, p. 161).

Percebe-se, portanto, que diferentemente do dolo, no qual o agente deseja o

resultado, na culpa o agente não o pretendia. No entanto, mesmo sem pretender, ele contribui para o evento danoso, seja por negligência, imprudência ou imperícia. Sem importância de qual das três modalidades o levou a cometer o ilícito, tratando-se de um resultado previsível, é possível dizer que o agente agiu em culpa para o resultado.

Como já dito, o núcleo conceitual de culpa é comum aos diversos ramos do direito, suas diferenças estão em peculiaridades. No direito administrativo, a noção de culpa infere a lesão sofrida pelo Estado por um ato de negligência, imprudência ou imperícia de um particular.

Superada a discussão acerca de dolo e culpa no ilícito administrativo, é necessário, para a compreensão do presente trabalho, entender o nexos causal. Isto porque, analisado sob a ótica da responsabilidade objetiva, a relação causa-efeito que gera sanção não depende de apreciação do elemento dolo ou culpa, limitando-se apenas ao nexos causal, sendo assim fator determinante para a incidência de responsabilidade.

Pode-se dizer que tal elemento, presente na modalidade objetiva, é a ponte entre o fato lesivo e a conduta que o originou. De acordo com Maria Helena Diniz (2011, p. 127):

Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada sua causa, e assevera que, todavia não será necessário que o dano resulte apenas e imediatamente do fato que o produziu e bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Sendo assim, tem-se a responsabilidade objetiva nas situações em que não é necessário que o agente causador do dano tenha a intenção de ter cometido a ação ensejadora do prejuízo. Se presente o nexos causal, basta que o dano tenha ocorrido para surja o dever de indenizar.

Ao explicar a responsabilidade objetiva, Cavalieri Filho (2008, p. 137) elucida que:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o

problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

Aplicando esses conceitos no caso em análise, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas seria manifestada na medida em que uma corporação, englobando aqui seus donos, empregados, dirigentes etc, lesionasse a Administração Pública. Portanto, a culpa ou dolo de um indivíduo seria completamente dispensável para que a sanção fosse aplicada à empresa.

Conforme o artigo 2º da lei: “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” (BRASIL, 2013), ou seja, basta que o ato tenha ocorrido em seu interesse ou benefício.

É verdadeiro afirmar que os três campos da responsabilidade, quais sejam civil, penal e administrativo, possuem os mesmos pressupostos para sua caracterização, sendo a conduta junto ao nexos de causalidade e resultado, tratando-se da modalidade objetiva. No entanto, é preciso destacar algumas peculiaridades da responsabilidade administrativa a fim de compreender o que a aplicação da responsabilidade objetiva significa no contexto das sanções administrativas, com enfoque na Lei Anticorrupção .

A responsabilidade administrativa garante à Administração Pública prerrogativas para instaurar um processo administrativo que resulta no julgamento dessas pessoas jurídicas acusadas do ato lesivo, respeitado seu direito ao acesso ao Judiciário. Exatamente por tratar de um exercício do *ius puniendi* estatal, as sanções aplicadas através do processo administrativo devem prestar especial atenção às garantias individuais.

Sobre o tema, o doutrinador Fábio Medina Osório (2011, p. 129) elucida que:

É necessária a vinculação da sanção administrativa às dimensões material e formal do Direito Administrativo, rompendo a lógica vigente em torno à predominância exclusiva da dimensão formal, como se a sanção estivesse ligada conceitualmente à função administrativa. Em nossa ótica, no lugar de conectar a sanção à atividade da Administração Pública, com exclusividade, é necessário conjugar tal instituto com o Direito Administrativo em sua

vertente disciplinadora do poder punitivo estatal, o que implica as já mencionadas interfaces com o Direito Penal.

Paralelamente aos que defendem a semelhança penal à responsabilidade administrativa, Marçal Justen Filho (2005, p. 687), ao comentar acerca da responsabilidade por improbidade administrativa, explica que:

A configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade.

Isto posto, no tangente às sanções aplicadas pela administração pública, se faz necessário compreender que, por se tratar de um exercício do dever punitivo do Estado, tais sanções não devem ser equiparadas às indenizações cíveis, por exemplo. Isso porque pode-se dizer que a maior parte dessas indenizações advém de um descumprimento contratual entre particulares, cujo objetivo é, principalmente, reparar o prejuízo causado.

Além disso, cumpre destacar, que por se tratar de violações a direito privados, é interesse do particular pleitear sua reparação judicialmente, onde será submetido a um procedimento judicial em condição de paridade à parte contrária. No entanto, tal afirmação não é verdadeira nas sanções administrativas, visto que o interesse de sancionar o ato de violação da norma vem do próprio Estado, que goza de uma série de prerrogativas, bem como se coloca, muitas vezes, em uma posição de hipersuficiência frente ao agente do ilícito.

Diferentemente da esfera cível, na qual um ato ilícito gera o dever de reparar o dano, afastando-se da natureza punitiva, a responsabilidade administrativa “resulta de infração a normas administrativas, sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza também administrativa: multa, interdição de atividade, advertência, suspensão de benefícios, etc”, como ensina José Afonso da Silva (2005, p. 846).

Sob essa ótica, pode-se inferir que enquanto a responsabilização civil não busca a punição, mas sim a reparação do dano, a administrativa possui um caráter punitivo e preventivo, se aproximando da responsabilidade penal nesse ponto. Conforme esclarece Nobre Júnior (2000, p. 128), não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal

como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado.

A focalização da incidência de responsabilidade, no âmbito do direito administrativo, portanto, deve ser colocada sempre sob o filtro do interesse público, princípio basilar do Direito Administrativo. Tendo em vista, portanto, a primazia do interesse público, não pode-se admitir que o procedimento para a aplicação das sanções administrativas seja norteado pelos fundamentos do direito civil, que, por sua natureza, trata de direitos particulares.

Em razão do próprio objetivo do direito civil, que seria compor conflitos de ordem e caráter particular, não há que se falar na adoção da noção de responsabilidade utilizada naquele no que tange à responsabilidade administrativa. O direito administrativo deve seguir uma série de regras e princípios que visam a proteção do interesse público que reflete na sua atuação, que embora não seja tão fechada como no direito penal, até pela inexistência de um código administrativo propriamente dito, devem ser observados.

A responsabilidade administrativa, assim com a penal, é pautada em uma sanção que tem como pressuposto infração ou um ato ilícito. Isto posto, analisando as sanções elencadas pela lei. 12.846, é verdadeiro dizer que ela integra o âmbito do chamado direito penal administrativo, um campo paralelo ao direito penal composto de normas híbridas. Tendo em vista essa característica, Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 141) dizem que:

Daí que dita legislação, por participar parcialmente da função preventiva especial, deve respeitar as garantias que vigoram para a legislação penal. Tais garantias devem ser respeitadas por toda lei que participe – ainda que parcialmente – da natureza penal e mesmo que não seja, propriamente falando, uma lei penal.

Diante disso, é possível dizer que, bem como no Direito Administrativo, no Direito Penal, mais especificamente no tangente ao seu processo, existe um interesse estatal de controle de condutas ilícitas.

Pode-se dizer, também, que uma de suas funções é justamente assegurar os

direitos fundamentais do particular, o processo penal limita o poder punitiva de forma que as garantias individuais sejam respeitadas.

Diante da semelhança no caráter punitivo de ilícitos penais e administrativos, é razoável inferir que os agentes punidos através de sanções administrativas deveriam receber um tratamento jurídico equivalente ao concedido nas sanções penais, entre eles a impossibilidade da adoção da responsabilidade objetiva para fins punitivos.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E GARANTIAS PENAIS

A aplicação do direito administrativo sancionador diz respeito à interpretação das normas e princípios advindos da administração pública que orientam a conduta dos agentes, relacionando seus direitos e deveres a fim de repreender ou, se necessário, penalizá-los pelas violações de tais regras.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito administrativo sancionador tem amparo constitucional, que embora não dite as regras específicas, reúne um rol de direitos e garantias aos acusados de maneira geral, que englobam os de processos administrativos sancionadores. Tais garantias desempenham a função limitativa do *jus puniendi* estatal, para que haja uma atuação conforme a lei de forma proporcional e harmoniosa com nossos princípios basilares.

Isto posto, com o objetivo de manutenção dos propósitos do Estado Democrático de Direito, pode-se falar em alguns princípios do processo administrativo que se destacam, principalmente quanto ao objeto do presente estudo, qual seja as sanções da lei 12.846/12.

O princípio da legalidade, juntamente com a tipicidade, culpabilidade e o devido processo legal, no que tocante aos outorgados pela Carta Magna, norteiam todo o processo na esfera da Administração Pública, motivo pelo qual serão melhor elucidados no decorrer deste capítulo, com o escopo de compreender a importância

da sua aplicação nos processos sancionatórios.

2.1 REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Inserido no âmbito do direito administrativo, o seu sistema disciplinar diz respeito a normas e princípios concretizados por aquele campo que, se violados, podem ensejar um direito punitivo do Estado-administração, fundamentados em normas do direito administrativo.

É necessário, primeiro, entender o que é uma sanção administrativa, para entender o regime jurídico sancionador. Nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 96), citando Daniel Ferreira:

A sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração. A infração administrativa, por sua vez, configura-se como o comportamento típico, antijurídico e idôneo a ensejar a aplicação de sanção administrativa, no desempenho da função administrativa.

Diante do exposto, pode-se inferir que a sanção administrativa nada mais é que uma punição, cuja competência para aplicação é dos órgãos da Administração Pública, tendo em vista a violação de uma norma da mesma. Isto é, refere-se à resposta da Administração a uma infração administrativa.

Antes de adentrar nas peculiaridades do direito administrativo sancionador, se faz necessário fazer uma distinção entre dois ramos desse área, visto que o objeto de estudo é focado em apenas um deles. Existe, dentro do direito administrativo sancionador, o Direito Administrativo disciplinar, que nas palavras de Freitas (1999, p. 120) deve ser definido como:

[...] ramo do Direito Administrativo que tende regular as relações disciplinares entre o Estado-Administração e seu corpo funcional, ou seja, tem em vista a normatização dos deveres dos servidores, suas proibições, a apuração das faltas cometidas pelos mesmos, bem como o bom emprego

da respectiva sanção disciplinar, objetivando, desse modo, permitir o bom funcionamento da máquina administrativa em acordo com os preceitos legais que norteiam a Administração Pública.

Portanto, verifica-se que tal ramo do Direito, chamando também de relação de especial sujeição, cuida das normas e princípios que regem a estrutura interna da Administração Pública, bem como seus agentes, normas essas que se violadas fazem com que tais agentes sejam passíveis de sanções em razão desse ilícito disciplinar. Ou seja, o direito administrativo disciplinar tem a função de apurar condutas dos agentes da administração pública que transgridam um dever funcional, contrariando dispositivo estatutário.

Além desse, existe também o direito administrativo sancionador de relação de sujeição geral. Embora ambos os ramos do Direito Administrativo estejam ligados a uma sanção advinda da administração pública tendo em vista um ilícito administrativo através do exercício do poder de polícia, não é verdadeiro afirmar que são sinônimos com completa identidade substancial. Isso porque esse último diz respeito a sanções que concernem ilícitos administrativos cometidos por particulares, e não integrantes da administração pública.

Nesse sentido, explica Rubio Lloriente, citado por Fábio Medina Osório (2011, p. 209):

La actividad sancionadora de la administración tiene un sentido radicalmente distinto, por tener un distinto fundamento, cuando se ejerce sobre los administrados em geral que cuando tiene por objeto, exclusivamente, la conducta de quienes, por mantener com la Administración una relación jurídica em el sentido próprio, estatutaria o contractual, han contraído obligaciones o asumido deberes específicos frente la Administración. ¹

Não obstante, ambas as categorias de sanções são pertencentes do mesmo regime jurídico do direito administrativo sancionador, embora exista espaço para discussão. O presente estudo se limitar-se-á ao alcance dos entes privados pelas sanções

¹ “A atividade sancionadora da Administração tem um sentido radicalmente diferente, porque tem uma base diferente, quando é exercida sobre os administrados do que quando tem como objeto, exclusivamente, a conduta daqueles que, por manterem uma relação legal com a Administração no sentido próprio, estatutário ou contratual, contrataram obrigações ou assumiram deveres específicos perante a Administração” (tradução nossa).

administrativas, ou seja, de relação de sujeição geral, mas cumpre ressaltar que ambas as categorias devem ser protegidas por uma série de direitos e princípios quando for necessário punir uma conduta, seja de um particular ou de um agente da administração pública.

Ao tentar diferenciar ilicitude administrativas das penais, alguns estudiosos escolheram dois critérios por meio dos quais percebe-se essa distinção. O primeiro deles é o qualitativo, que diz que “os limites de cada ilicitude residem na existência de um desvalor ético presente nos ilícitos penais, bem como na particular característica de imposição de pena restritiva de liberdade na seara criminal”, como infere Guardia (2014, p. 776).

No tangente às sanções administrativas, contudo, Guardia explica que “por outro lado, as sanções administrativas estariam baseadas em infrações de mera ordenação, destinadas à proteção das estruturas do Estado, e, portanto, eticamente neutras” (2014, p. 776).

Ainda sobre a diferenciação dos ilícitos administrativos e penais, outros teóricos usam da terminologia da distinção quantitativa, Guardia (2014, p. 777) explica que:

Esta concepção lança luzes sobre a atividade crítica de escolha do legislador pela resposta punitiva penal ou administrativa; uma vez que as figuras normativas se encontram ao seu alcance, o processo de decisão pauta-se na gravidade da sanção e atende critérios presentes no próprio sistema jurídico.

Analisando os conceitos supracitados, pode-se dizer que não há, de fato, uma diferença substancial entre o ilícito administrativo e penal, por essa teoria quantitativa, mas sim uma escolha do legislador sobre a roupagem designada a vestir tal sanção, de modo a fazê-la ser uma infração penal ou administrativa. Nesse mesmo sentido, Osório (2011, p. 116) argumenta que:

Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito ser hoje penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa.

Diante disso, é possível inferir que existe uma certa zona de penumbra entre o direito penal e o administrativo sancionador, tendo em vista que ainda não é claro, também por não ser muito explorado, sobre quais garantias penais devem incidir na aplicação da sanção administrativa, tendo em vista suas inegáveis semelhanças.

No entanto, tendo em vista a distinção nos regimes jurídicos de cada um deles, não se pode alegar que todos os princípios enaltecidos no Direito Penal se comunicam com o Direito Administrativo Sancionador. É justamente nesse ponto que residem as maiores divergência, no tangente a até que ponto as garantias penais devem estender-se às sanções administrativas. Sobre o assunto, Osório (2011, p. 123) elucida que

A regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre o direito penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas. Nesse ponto, cabe lembrar que a existência de diferenças, em grau acentuado, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados “núcleos duros” aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada.

No entanto, conforme exposto, o Direito Penal bem como o Administrativo Sancionador possuem semelhanças inquestionáveis no tangente à natureza das sanções. Portanto, quando analisamos alguns mandamentos constitucionais que garantem direitos básicos aos acusados no geral, dentro dos quais se enquadram os acusados em processos administrativos sancionatório.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL, LEGALIDADE, TIPICIDADE E CULPABILIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como exposto, tendo em vista que o exercício do processo administrativo, assim como o judicial, parte de uma série de prerrogativas Estado, que podem ser instrumento limitador de garantias individuais, esse poder deve ser delimitado. Essa delimitação emana principalmente da Constituição Federal que prevê uma série princípios norteadores do ordenamento jurídico que incide também no poder punitivo estatal.

Ao falar dos princípios que regem o processo administrativo sancionatório, há de ressaltar alguns deles, que se tornaram basilares na orientação do exercício do poder estatal de sanção capazes de conter um eventual abuso do *jus puniendi*. Entre eles, vale destacar o devido processo legal, que se encontra expresso no art. 5º, LIV da Constituição da República de 88: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

O devido processo legal, que engloba todos os processos do ordenamento, preconiza a ideia de balizamento dos mesmos através de certos formalismos, como ritos, princípios e procedimentos que devem ser seguidos, sob pena de invalidação dos atos que não observem as formas, caso culmine em prejuízo para as partes.

No que tange às implicações, insta ressaltar que o princípio do devido processo legal vem atrelado também aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. A principal finalidade de tais princípios é garantir os direitos dos acusados de terem acesso às informações presentes no processo administrativo, para que possam se defender, de maneira efetiva, dos fatos alegados. Nesse sentido entende o STF no recurso especial 594296, que precedeu a atual súmula 473:

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Mostra-se, então, necessário, proceder-se à compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal.

Isto posto, é possível concluir que a observância do devido processo legal, bem como seus corolários, ampla defesa e contraditório, são indispensáveis na seara de um processo administrativo sancionatório.

Além desse, outro importante princípio é o da legalidade, que impede que uma conduta seja punida sem que lei anterior e expressa a proíba. Trata-se de um meio

de garantir a segurança jurídica dos indivíduos, na qual se tem a certeza que não haverá arbitrariedade do Estado quando às sanções aplicadas a determinadas condutas, uma vez que devem ser previamente definidas.

No âmbito da Administração Pública, a legalidade está prevista no art. 37, caput da Constituição da República, que traz alguns princípios expressos que devem ser observados por todas as pessoas administrativas.

No entanto, a perspectiva da legalidade no tangente ao Direito Administrativo Sancionador deve ser mais ampla, visto que não só a Administração Pública é capacitada para desempenhar normas no Direito Administrativo Sancionador, a exemplo da possibilidade do Judiciário fazê-lo (OSÓRIO, 2011, p. 212).

Nesse sentido, o mesmo autor, (2011, p. 213), explica que:

Interessante observar que a jurisprudência tem encarado o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, CF/88 como aplicável à Administração Pública, independentemente do fato de que esta já teria uma específica regulação de suas atividades no art. 37, *caput*, da mesma CF. De modo que me parece razoável conectar essas duas vertentes da legalidade.

Portanto, observa-se que a partir do momento que o objeto de um processo pertence ao ramo jurídico administrativo, independente de estar sendo aplicado pela Administração Pública ou pelo Judiciário, nas hipóteses em que é competente, o princípio da legalidade deve ser observado, com escopo de que o ato estatal seja legítimo através da observância da relação conduta e lei.

A legalidade também ocupa uma importante posição no ramo do Direito Penal, sendo até mais rígida que no âmbito Administrativo. Posto que ambos os casos referem-se a uma aplicação de sanção do Estado, o princípio é imprescindível em tais processos, tendo em vista a própria manutenção do Estado Democrático de Direito e todas as garantias que ele compreende.

Sobre as diferenças entres os dois, Alejandro Nieto, citado por Guardia (2014, p. 784) diz que:

[...] en el Derecho Penal la estructura de la norma punitiva es muy sencilla, puesto que tanto la tipificación de la infracción como la atribución de la sanción tienen lugar, salvo excepciones, de forma directa e individualizada; mientras que en el Derecho Administrativo Sancionador el mecanismo es mucho más complejo, ya que con frecuencia la tipificación no es directa sino por remisión y la atribución no es individualizada sino genérica.²

Diante disso, é verdadeiro inferir que as normas do Direito Penal são orientadas por uma tipicidade mais fechada e sólida, tendo em vista a conjuntura mais rígida desse campo, quando comparado com o Administrativo que deixa espaço para comandos mais abertas e flexíveis.

Nesse diapasão, vale analisar que a própria competência para criação de normas do Direito Penal contribuem para que essas sejam mais firmes. Enquanto que no âmbito Administrativo existe uma distribuição de atribuições entre os entes federativos no que tocante às sanções aplicáveis, no Direito Penal, existe uma centralização de competência pela União, com algumas exceções das normas penais em branco, como ensina Osório (2011, p. 213).

Nessa perspectiva, o mesmo autor elucidada que:

a competência para legislar diferencia, fundamentalmente, sanções administrativas e penais, visto que as infrações administrativas adquirem, aqui, uma ampla configuração. A legalidade joga, pois, papéis distintos numa e noutra seara, porquanto balizada por limitações materiais decorrentes da Constituição, em níveis diferenciados (2011, p. 214).

Diante do exposto, pode-se inferir que tendo como cenário o histórico do Direito Administrativo Sancionador, a diferente distribuição de competência legislativa, bem como o fato de estar relacionado ao poder de polícia da Administração Pública, que a confere uma certa discricionariedade, as normas nesse ramo do Direito ainda contam com uma certa flexibilidade que culminam em comandos com conceitos indeterminados, o que, via de regra não acontece no Direito Penal.

² “No Direito Penal, a estrutura da norma punitiva é muito simples, uma vez que tanto a classificação da infração como a atribuição da sanção ocorrem, exceto por certas exceções, de forma direta e individualizada; enquanto na Lei de Sanção Administrativa o mecanismo é muito mais complexo, já que a tipificação geralmente não é direta, mas por remissão e a atribuição não é individualizada, mas genérica” (tradução nossa).

No entanto, apesar de terem distinções no tocante ao grau de aplicabilidade do princípio da legalidade, é verdadeiro afirmar que o mesmo não pode ser ignorado, seja no processo administrativo ou penal. Conforme coloca Guardia, (2014, p. 783):

Ainda que o Direito Administrativo sancionador não guarde similitude absoluta com o Direito Penal substantivo, não há questionar a pertinência da aplicação da máxima do *nullum crime nulla poena sine lege*.

Além do devido processo legal e da legalidade, outro princípio que merece especial atenção no estudo das sanções administrativas é o da tipicidade. Pode-se dizer que a tipicidade é corolário da própria legalidade, visto que proíbe que as normas criadoras de ilícitos sejam vagas e deixem espaço para uma arbitrariedade exacerbada do ente estatal.

A tipicidade é normalmente atrelada aos tipos penais, até porque têm, via de regra uma caráter mais garantista na doutrina brasileira. Essa tendência também pode ser justificada pelo texto constitucional que prevê tal princípio, disposto no inciso XXXIV, art. 5º: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

Percebe-se que o emprego da palavra “crime” traz uma ideia de aplicação exclusiva da tipicidade aos tipos penais. Contudo, ao fazer uma análise através da clássica teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, a qual defende a análise da norma pelo ordenamento jurídico como um todo, através do conjunto das normas, fica claro que tal princípio deve reverberar em outras esferas do direito, como no administrativo sancionador.

Nesse sentido, pode-se dizer que o próprio princípio analisado anteriormente, qual seja o da legalidade, pressupõe uma aplicação da tipicidade para se manifestar de forma eficaz. Princípio esse que se encontra expresso no bojo do art. 37, *caput* da CF, que norteia toda a atividade da Administração Pública. Nesse sentido, Osório acrescenta que:

Pode-se dizer, nesse passo, que o princípio da tipicidade das infrações administrativas, além de encontrar ressonância direta ou indireta nesse

substancial conjunto de direitos fundamentais, decorre, ainda, genericamente, do princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito, vale dizer, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88) (2011, p. 219).

Por tudo isso, a efetiva observância do princípio da tipicidade nos processos sancionatórios da Administração Pública deve ocorrer, bem como as dos dois últimos supracitados, por decorrerem direta ou indiretamente de previsão constitucional cuja finalidade é preservar as garantias individuais.

Por se tratar de um exercício do *jus puniendi* estatal, advindo de ilícitos, penais ou administrativos, não é incoerente a ideia da aplicabilidade de princípio constitucionais penais aos processos administrativos, posto que é nítida essa similitude de repressão e punição estatal de certas condutas em ambos os casos.

Observa-se tal semelhança, inclusive, em casos nos quais há uma previsão de sanção administrativa e outra penal pela mesma conduta. Ou seja, há uma sobreposição das sanções desses dois ramos do Direito que podem punir tal ato sem prejuízo ao princípio do *ne bis in idem*.

Finalmente, é válido destacar um dos princípios mais basilares em matéria de Direito Penal, que se comunica com outras áreas do Direito Punitivo, a culpabilidade. Para imputação de sanção, exige-se que além da conduta ser típica e ilícita, deve também ser culpável, ou seja, que tenha sido praticada com dolo, ou ao menos, com culpa, conforme discutido nos capítulos anteriores.

O respeito a tal princípio se faz imperioso quando se analisa a finalidade da sanção administrativa. Para que, de fato, ela surta efeito de prevenção de condutas ilícitas, ela deve se mostrar precisa na punição do infrator, a fim de que ele mesmo não as repita e, ao mesmo tempo, sirva de exemplo para os demais.

Nesse sentido, Ángeles de Palma Del Teso citado por Rafael Munhoz de Mello diz que: “la necesidad de la sanción administrativa deriva de fines preventivos, al objeto de evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones y confirmar a los ojos

de la generalidad la vigencia de la norma jurídica”³ (2010, p. 38).

Além disso, insta salientar que o princípio da culpabilidade não deve ficar restrito ao Direito Penal. Isso porque sua previsão decorre de uma série de outras garantias constitucionais aos acusados, como as já citadas legalidade e tipicidade, bem como as segurança jurídica entre outras, o que faz com que ele deva refletir no Direito Punitivo em sua totalidade, ou seja, abarcando o Direito Administrativo Sancionador.

Sobre o princípio analisando, Osório explica que:

Culpabilidade é uma exigência inarredável para as pessoas físicas ou mesmo jurídicas decorrentes de fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana, e da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica (2011, p. 358).

Como já mencionado, é indiscutível a aplicação de culpabilidade, normalmente vinculada ao Direito Penal, ao Direito Administrativo Sancionador, isso porque ambos dividem um núcleo advindo do Direito Punitivo do Estado. No entanto, tratando-se de matérias distintas, com diferentes regimes jurídicos, não se pode falar que a operacionalidade de tal princípio é idêntica nos dois campos.

Aproximando a matéria com o objeto de estudo do presente artigo, é importante dizer que a diferenciação da incidência do princípio da culpabilidade não se dá apenas pelos diferentes regimes jurídicos do direito penal e sancionador, mas também pela possibilidade da aplicação de sanções administrativas a pessoas jurídicas, como nas previstas na lei 12.846/13.

Insta dizer que a ideia clássica de culpabilidade foi estruturada a partir da conduta humana, portanto, a aplicação da culpabilidade no que concerne a sanções de pessoas físicas se afasta do mesmo princípio aplicado para pessoas jurídicas. Quando se trata de um ser humano, é possível falar na análise subjetiva da vontade

³ “A necessidade de sanção administrativa deriva de fins preventivos, a fim de evitar que o autor cometa novas infrações no futuro e confirmar aos olhos da generalidade a validade da norma jurídica” (tradução nossa).

ou intenção por trás da sua conduta.

Contudo, quando se analisa uma realidade criada pelo legislador, qual seja a pessoa jurídica, tais elementos não podem ser auferidos da mesma forma. Isso não significa dizer, no entanto, que as pessoas jurídicas não são protegidas por direitos e garantias, como as físicas. Nesse sentido, Orlando Gomes elucida que:

Atribuída personalidade ao grupo para que possa exercer a atividade jurídica como uma unidade, tal como se fosse uma pessoa natural, implica isso em conferir-lhe da mesma forma que à pessoa natural, capacidade jurídica, ou seja, condição para ser titular de direitos subjetivos e deveres jurídicos, ou de outra forma, a idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas (1974, p. 382).

Ademais, apesar de ser difícil falar em um princípio genérico da culpabilidade, que trace orientações fechadas sobre como ele deve ser aplicado, não se pode dizer que ele deve ser dispensado nos processos em que figure como acusada a pessoa jurídica. Conforme citado nas palavras de Medina Osório, pode-se falar em uma “previsibilidade do evento danoso” (2011, p. 358) para analisar a culpabilidade nesses casos.

Diante disso, conclui-se que apesar de não ser possível exigir uma vinculação total dos princípios tipicamente empregados nos processos penais aos processos administrativos, tendo em vista as diversas peculiaridades de cada um deles, é possível afirmar que existe uma relação de identidade entre os dois que faz com que alguns princípios penais sejam importados à esfera administrativa, moldados de acordo com sua necessidade.

2.3 CAPACIDADE INFRATORA E FINALIDADE PUNITIVA

Ao remeter à capacidade infratora de um sujeito, deve-se ter em mente a ideia de responsabilidade, conforme anteriormente abordada. Seguindo os ideais republicanos nos quais nosso ordenamento se apoia, um agente deve ser responsável por seus atos, sejam omissivos ou comissivos, para fins legais.

Isto posto, vale dizer que para que uma pessoa seja juridicamente responsabilizada por algum dano, é preciso que esse elemento seja identificado por meio de uma análise de uma série de quesitos, dos mais genéricos como a plena consciência do agente – empregado de maneira mais intensa no caso de pessoas físicas -, até critérios mais específicos estabelecidos normativamente.

Nesse sentido, OSÓRIO explica que: trata-se, sem sombra de dúvida, de verificar se o agente é um sujeito ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo. Se não o é, resulta inviável reconhecer-lhe capacidade infratora (2011, p. 352).

Após análise do conceito de capacidade infratora, é possível concluir que há, de fato, uma grande aproximação com a ideia de imputabilidade, empregada no campo do Direito Penal. No entanto, não é correto afirmar que os dois são sinônimos. Uma das grandes distinções, por exemplo, é o fato de no Direito Penal a pessoa jurídica não poder cometer crime, conforme elucida Zaffaroni, (1981, p.55):

En el derecho penal stricto sensu las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual, solo un individuo es posible autor de un delito, nunca una persona moral.⁴

De acordo com o jurista, a natureza da pessoa jurídica não é compatível com os requisitos básicos do Direito Penal no sentido de julgar um agente como imputável ou inimputável. Enquanto que na esfera administrativa, essas pessoas jurídicas podem ter capacidade infratora e serem sujeito ativo de infração, bem como sujeito passivo de sanção administrativa.

No caso específico da lei 12.843, encontra-se a capacidade infratora das pessoas jurídicas de acordo com os critérios trazidas pela lei que, conforme o Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoa Jurídica se aplicam:

[...] às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou

⁴ “No direito penal, as pessoas jurídicas stricto sensu não têm capacidade de conduta, porque o crime é feito com base no comportamento humano individual, apenas um indivíduo é possível perpetrador de um crime, nunca uma pessoa moral” (tradução nossa).

representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (2016, p. 50).

Diante disso, conclui-se que, embora seja impossível falar em imputabilidade do agente na esfera administrativa, existem requisitos, genéricos e específicos, que são capazes de enquadrar ou desqualificar um agente a ser responsabilizado por uma infração administrativa. Isso implica dizer que “a capacidade infratora recolhe da imputação elementos de convencimento e balizamento” (OSÓRIO, 2011, p. 353), que devem ser respeitados durante o processo administrativo sancionador.

Outrossim, no que tange à aplicação das sanções administrativas imposta ao infrator, imperioso incursionar a análise de sua finalidade punitiva. Pode-se dizer que a maioria das medidas punitivas, sejam no campo civilista, penal ou administrativo, tem a função em comum de reprimir certa conduta para que não aconteça novamente.

No âmbito da Administração Pública, é inerente dessas sanções, ainda, a necessidade de garantir a ordem pública, tendo em vista o primado princípio do interesse público, através da repressão de infrações. Para que a tutela dos valores promovidos pelo Estado seja eficaz, é preciso que os atos que vão de encontro com essa missão sejam coibidos e um dos instrumentos utilizados para tanto é a sanção administrativa. Nessa perspectiva, Osório (2011, p. 135) elucida que:

A sanção administrativa *latu sensu*, ora examinada, resulta de um exercício de pretensão punitiva do Estado, com finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violado, inibindo a possibilidade de novas infrações, dentro dos limites formais e materiais do Direito Administrativo, no que se encontram, em termos nucleares, este ramo jurídico e o Direito Penal, ambos com idênticas finalidades em sentido amplo.

Ademais, conclui-se que a imposição de uma sanção pressupõe uma infração que viola uma norma válida da Administração Pública, através de uma conduta típica, antijurídica e reprovável. Nesse sentido, a medida tem um caráter restritivo de algum(s) direito(s) do agente para que cumpra seu papel punitivo e repressivo.

Sobre a finalidade das sanções administrativas, Juliana Bonacorsi de Palma, (2010, p. 74), argumenta que:

É o exercício da prerrogativa sancionatória por meio da aplicação da sanção administrativa que afirma a autoridade da Administração frente o administrado, razão pela qual são reconhecidos os seguintes efeitos: repressão do infrator, recomposição da legalidade e prevenção de infrações, dado o efeito simbólico da sanção à sociedade.

Isto posto, pode-se inferir que as sanções administrativas não deixam de ser uma forma de fomento à observância das normas da Administração Pública, a fim de resguardar o interesse público, bem como concretizar sua autoridade como Estado. Para que esse incentivo seja eficiente, a Administração lança mão de um cunho punitivo da sanção, para que sirva de exemplo a outros potenciais infratores, bem como repressivo, que remete à esfera individual do agente com escopo de garantir que o mesmo não repita tal conduta.

3 O PRINCÍPIO DA INSTRASCENDÊNCIA DA PENA

3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E RELEVÂNCIA

Como debatido anteriormente, existe uma grande relevância, por vezes oculta, por trás dos princípios, principalmente dos consagrados pela Constituição da República, no que tange à manutenção dos nossos valores. Com a instrascendência, ou individualização, da pena isso não é diferente.

Tal princípio é encontra-se positivado expressamente no artigo 5º da Constituição e diz:

XLV – Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, 1988).

Percebe-se, portanto, que se trata de uma garantia que proíbe o Estado de imputar pena derivada de ato ilícito a outra pessoa senão o próprio agente. Ou seja, o culpado que deve ser, de fato, punido, e quando isso não for possível não se pode estender a pena a terceiros.

Isso significa dizer, por exemplo, que se um réu prestes a ser condenado por homicídio tira sua própria vida, seu pai ou seu filho não podem ser punidos pelo crime, apesar de existir a possibilidade da reparação pelos danos causados à vítima, desde que o valor fique dentro do teto da herança deixada pelo falecido. Sua lógica, portanto, justifica fenômenos do Direito tal qual a extinção da punibilidade pela morte do agente. Nesse sentido, Zaffaroni e Perangelli, (2004, p. 171) elucidam que:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete terceiros.

Dito isso, infere-se que ideia por trás do princípio é um tanto quanto óbvia, porque é natural que a pessoa que cometeu o crime é quem deve ser punida pelo mesmo. No entanto, quando lançada no mar de leis infraconstituicionais, de diferentes áreas, que tem como escopo a defesa diferentes bens jurídicos, esse princípio pode vir a se perder e, no caso concreto, acabar sendo sequer aplicado.

Nas palavras do doutrinador Nucci, (2010, p. 160), a intranscendência da pena:

Assegura que a ação penal não deve transcender da pessoa a quem foi imputada a conduta criminoso. É decorrência natural do princípio penal de que a responsabilidade é pessoal e individualizada, não podendo dar-se sem dolo e sem culpa (princípio penal da culpabilidade, ou seja, não pode haver crime sem dolo e sem culpa), motivo pelo qual a imputação da prática de um delito não pode ultrapassar a pessoa do agente, envolvendo terceiros, ainda que possam ser consideradas civilmente responsáveis pelo delinquente.

Outrossim, ao discutir a aplicabilidade do princípio, é necessário delimitar qual sua área de incidência e entender o fundamento por trás dessa escolha. Como já tratado, a atuação estatal deve ser regulada e restringida a fim de evitar abusos que o excesso de poder pode trazer.

Com isso, foram previstos diversos direitos individuais na Constituição, que, por

consequência, se assemelham a um sistema de freios a atuação do Estado. Sobre isso, Gabardo e Castella, (2015, p.140), explicam que:

Consequentemente, a doutrina entende que os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, em especial, os princípios da legalidade – artigo 5o, XXXIX; princípio da irretroatividade – artigo 5o, XL; princípio da intranscendência da pena – artigo 5o, inciso XLV; princípio do devido processo legal – artigo 5o, inciso LIV; princípio da ampla defesa e do contraditório – artigo 5o, inciso LV, tornaram-se elementos indispensáveis para aplicação do ius puniendi estatal. Sobre o tema, Diogo Moreira Neto e Flavio Amaral Garcia, argumentam que o poder punitivo estatal deve ser interpretado a partir deste núcleo constitucional, inclusive em relação à nova lei anticorrupção empresarial.

Portanto, percebe-se que não há discussão acerca da necessidade da previsão constitucional expressa de garantias aos acusados, entre elas a individualização da pena, garantindo que apenas o autor do ilícito será punido. No entanto, enquanto a aplicação do referido princípio é pacífica no Direito Penal, ela ainda causa divergências quando se trata do Direito Administrativo Sancionador.

3.3 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS A SUA APLICAÇÃO NAS SANÇÕES DA LEI 12.846/13

Por se tratar de um tema muito controverso, o qual desperta interesse de muitas pessoas por estar relacionado aos grandes escândalos políticos que o país vem passando, existem diferentes posições sobre a temática. Dentro dos estudiosos do Direito é possível encontrar posicionamentos completamente divergentes, e mesmo os que chegam a mesma conclusão lançam mão de diferentes argumentos para isso.

Portanto, a fim de chegar a uma conclusão acerca de todos os comentários tecidos sobre a lei 12.843/13 até agora, é imperioso incursar na análise dos argumentos dos que se colocam contrariamente à inconstitucionalidade da lei, ou mais especificamente, à incidência do princípio da intranscendência da pena nas sanções administrativas.

É pacífico que as sanções decorrentes da lei anticorrupção integram o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, conforme afirma JANOT, citando

MUNHOZ DE SOUZA, (2016, p. 30), em seu parecer na já comentada Ação direta de inconstitucionalidade 5.261:

A lei 12.846/2013 não se insere no âmbito do Direito Penal, mas dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra a Administração, inserindo-se declaradamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Percebe-se, diante do trecho supracitado, que, nesse ponto, o Procurador-Geral da República não vai de encontro com a posição sustentada até aqui. Pelo contrário, ele afirma que a matéria regulada pela lei anticorrupção pertence ao Direito Sancionador.

No entanto, seu entendimento segue linha diversa quanto à proximidade de tais áreas do Direito. Em sua manifestação, é possível verificar que o Procurador-Geral nega qualquer semelhança do Direito Penal com o Direito Sancionador, ignorando a similitude de suas punições, finalidades bem como o fato de integrarem o exercício do *ius puniendi* do Estado.

Sobre isso, Janot, (2016, p. 27), explica que

Intranscendência de penas guarda correlação com sanções de natureza criminal. A Lei 12.846/2013 impõe a pessoas jurídicas responsabilização, autônoma em relação à de seus dirigentes, de índole cível e administrativa, como se vê dos arts. 2º, 6º e 7º. 19 Busca reparação de danos ao patrimônio público, uma vez comprovados onexo causal e a lesão decorrente de ato ilícito.

Diante disso, verifica-se que sua posição é manifestamente contrária à aplicação do princípio constitucional da intranscendência da pena às sanções da referida lei. Isso porque, o Procurador-Geral entende terem as sanções caráter exclusivamente cível e administrativo, diferentemente do demonstrado no presente estudo, que apresenta a proximidade do caráter penal do Direito Sancionador.

No entanto, com maior coerência ressalta-se a posição dos Advogados Leonardo Ruiz Machado e Karina da Guia Leite, (2014, p. 53), em um artigo publicado na Revista do Advogado no qual elucidam que:

Não há como dizer o contrário: a Lei Anticorrupção tem todas as características de uma lei penal. E diante disso é no mínimo difícil fechar os olhos para a possibilidade – ou até mesmo para a necessidade – de aplicação dos princípios e preceitos protetivos da seara penal.

Outrossim, outro argumento recorrente dentre os que se posicionam a favor da constitucionalidade da lei 12.846/13, é válido ressaltar a temática acerca da pessoa jurídica. Utiliza-se um raciocínio de que a lei estaria autorizando uma espécie de desconsideração da personalidade jurídica inversa da empresa. Ou seja, atribuir ao empreendimento uma responsabilidade derivada de uma conduta dos sócios, conforme explica Abduch Santos, (2014, p. 4), que:

Pode-se cogitar que, de certa forma, a responsabilidade objetiva prevista na lei versa sobre espécie de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa admitida por precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, pela qual é juridicamente possível responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações originalmente de titularidade dos sócios ou administradores.

No entanto, não é razoável que tal teoria seja aplicada com regra no nosso ordenamento jurídico. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica deve ser empregada em situações excepcionais, conforme explicitado pelo Ministro Celso de Mello no informativo 732 do STF:

É preciso reconhecer, presente esse contexto, que a desconsideração da personalidade jurídica, como anteriormente assinalado, configura prática excepcional, cuja efetivação impõe ao Estado a necessária observância de postulados básicos como a garantia do “due process of law”, que representa indisponível prerrogativa de índole constitucional assegurada à generalidade das pessoas .

Nesse mesmo sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em agravo regimental no recurso especial, no qual o ministro-relator Antônio Carlos Ferreira explicou que:

A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular (BRASIL, 2013).

Extrai-se do entendimento dos Tribunais Superiores que a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo que inversa, deve ser uma situação excepcional. Mesmo nesses casos, é preciso uma análise do conjunto probatório do caso, a fim de apurar se houve intenção de fraude ou abuso de direito.

Isto posto, percebe-se que o argumento mencionado de que a lei 12.846/13 estaria autorizando tais situações que são tidas, atualmente, como excepcionalíssimas, pudesse acontecer mesmo sem qualquer averiguação de dolo ou culpa, bastando o nexo causal. Logo, essa posição não se mostra sensata, visto ir de encontro com o raciocínio adotado pela jurisprudência pátria.

Em breve síntese, conclui-se que o melhor argumento acerca da constitucionalidade da adoção da responsabilidade objetiva da lei anticorrupção gira entorno da refusão de que o Direito Sancionador é suficientemente similar ao Direito Penal, de modo a justificar a extensão das garantias desse aquele.

No entanto, tal justifica se demonstra frágil na medida em que mesmo que a intranscendência da pena, conforme já esclarecido, seja normalmente atrelada às matérias penais, ela advém da Constituição em si, norteadora de todas as normas do nosso ordenamento.

Por essa razão, visto que o Direito Sancionador também faz parte de um exercício punitivo do Estado, não há que se falar em não adoção dessa garantia que é expressamente prevista na Carta Magna com escopo de conter eventuais abusos estatais desempenho de sua função punitiva.

3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

A lei 12.846/13 promete uma grande eficiência por transferir às empresas privadas a preocupação de prevenir atos de corrupção. É exatamente nessa finalidade que entra a adoção da modalidade objetiva de responsabilidade, na qual, conforme explicado, abre a possibilidade do empreendimento em si ser punido por corrupção,

o que antes era limitado a pessoas físicas.

As sanções trazidas pela lei anticorrupção são bem rígidas, portanto, se aplicadas, podem gerar um grande prejuízo para as empresas, até mesmo resultando no seu fim. Os artigos 19 e 6º da referida lei traz as possíveis sanções às pessoas jurídicas.

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.

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

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

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

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

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da

atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores (BRASIL, 2013).

Diante disso, imperioso destacar que sanções que permitem a aplicação de multas no valor de até 20% do faturamento bruto de uma empresa, suspensão ou interdição de suas atividades e até mesmo a dissolução da pessoa jurídica, por um ato que não dependerá da averiguação de dolo ou culpa da empresa. Pelo contrário, não é necessário sequer que o terceiro que incorreu em ato de corrupção 'em seu favor' seja seu preposto.

Sobre isso, é importante salientar que, numa economia volátil e frágil como a do Brasil, tais sanções muitas vezes acabam significando a extinção do próprio empreendimento em si. O que implica dizer, também, que os empregados daquele local estarão desempregados e que aquela empresa não contribuirá mais para o Fisco.

Destarte, a permissão de imposição de tais sanções sem a necessidade de se pautar na culpa do agente, como normalmente é feito, abre espaço para grandes injustiças que terão impactos ainda imprevisíveis no cenário nacional. Podem apresentar, portanto, uma afronta aos princípios da atividade econômicas, expressos na Constituição da República.

Nesse sentido, o advogado Sérgio Reale, (2015, p. 11), na petição inicial da ADI 5261 que tem como objetiva a declaração de inconstitucionalidade da lei 12.846/13, arguiu que:

Por sua vez, no tocante à inconstitucionalidade do §3º do art. 3º, da legislação impugnada, (CF art. 50 XLV), no recente seminário "O Poder Judiciário, as Empresas e a Lei Anticorrupção", promovido pela Escola Nacional da Magistratura Estadual, na sede do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a responsabilização de empresas por ato de terceiros (§3º, do art. 3º) foi rejeitada, conforme *vexata quaestio* publicada na Revista Consultor Jurídico, em 29/11/14, no ponto, em apertada síntese (doc nº 12): Pela lei, o terceiro que não tem vínculo com a pessoa jurídica, mas foi acusado de agir em benefício dela, poderá gerar sanção à pessoa jurídica. Então seria possível punir uma pessoa jurídica por ato de uma pessoa natural que sequer seja seu preposto.

Verifica-se, portanto, que a lei vem causando desconforto entre vários juristas que têm dificuldade em aceitar essa responsabilidade quase que integral transferida aos empresários pela prevenção da corrupção. Não se pretende negar aqui que é, também, dever dos donos de empresas serem cautelosos ao contratar pessoas para integrar o corpo da empresa e continuar a incentivar boas práticas internas, bem como fiscalizá-las.

No entanto, não parece razoável, muito menos condizente com o nosso Estado de Direito, que os dirigentes e administradores, mesmo tendo tomados todas as precauções necessárias, vejam sua empresa sofrer uma sanção tal como a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, III), por ato de terceiro, que pode ser, inclusive, alheio ou empreendimento, contanto que tenha agido em seu 'favor'.

Diante das incompatibilidades auferidas entre a lei. 12.846/13 e a própria Constituição da República, em especial seus incisos XLV, XLVI, LIII e LIV do art. 5º, que versam sobre a intranscendência da pena, bem como o devido processo legal, o Partido Social Liberal, através de seu advogado, Wladimir Sérgio Reale, entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5261) contra a referida lei.

Entre os argumentos trazidos, o princípio da intranscendência das penas foi bem enfatizado, visto que, conforme demonstrado até aqui, há uma clara violação do mesmo na adoção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Na ADI, o advogado do PSL traz uma fala do Deputado Édio Lopes, (2015, p.4), que propôs uma emenda ao PL, com a seguinte explicação:

A imputação da responsabilidade objetiva ao particular, tal como descrito na versão original do presente Projeto de Lei, padece de vícios de inconstitucionalidade, que fulminam a validade material da referida proposta legislativa, pois se vislumbra afronta aos artigos 1º, inciso III (princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito – acréscimo nosso) 5º, incisos XLV, (princípio da incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena – idem), além dos incisos XLVI e LIII de nossa Carta Magna. No atual Estado Democrático de Direito, em especial na seara do direito administrativo sancionador, o princípio da culpabilidade ou da

responsabilização subjetiva do causador do dano é pressuposto de validade de qualquer ato normativo relacionado à matéria. A previsão de responsabilidade objetiva, com o falso pretexto de “agilizar” a punição de eventuais culpados ou “abreviar” a instrução probatória do processo punitivo, fere garantias basilares do Estado de Direito brasileiro. O poder punitivo, seja ele personificado pelo Poder Judiciário ou pelo próprio Poder Executivo, não pode ser implementado de forma arbitrária, devendo ser garantido ao acusado a ampla proteção de seus direitos fundamentais, previstos da Constituição Federal. A responsabilidade subjetiva decorre do conjunto de garantias conferidas aos acusados, sendo certo que nosso sistema constitucional não aceita responsabilização e conseqüente aplicação de sanções de forma objetiva, ou seja, sem que haja persecução aprofundada do dolo ou, ao menos, da culpa do agente. Dessa forma, deve ser acatada a presente emenda na medida em que, persistindo o sistema de responsabilização objetiva do referido Projeto de Lei, padecerá ele de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, não poderá ser aplicado no nosso sistema.

Conclui-se, diante disso, que o sistema de garantias previstos pela nossa Constituição não abre espaço para situações como essas, nas quais uma pessoa, mesmo que jurídica, seja punida sem qualquer comprovação de culpa ou dolo, mesmo que tais elementos sejam adaptados àquela realidade jurídica, conforme exposto no capítulo anterior.

Visto ser a intranscendência da pena foco do presente estudo, e sendo a aplicação desse princípio pacífica na esfera penal, vale ressaltar o entendimento do STJ no tangente a sua incidência no Direito Sancionador, visto ser de extrema relevância para a compreensão do argumento em questão. Isso porque, a inconstitucionalidade da lei, no tangente à adoção da modalidade objetiva das pessoas jurídicas, tem como um dos argumentos base a violação da intranscendência da pena, princípio comumente associado ao Direito Penal.

Portanto, corroborando para a ideia aqui exposta da comunicabilidade do princípio constitucional penal com o Direito Administrativo Sancionador, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.489.819 – SC, cujo relator foi o Ministro Herbamn Benjamin explicou que:

Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º , XLV, CF 88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. 9. Isso porque a

aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (pela reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal ente conduta e dano (BRASIL, 2012).

Sob essa perspectiva também se posicionou o Ministro do STF, Celso de Mello, em decisão acerca de um mandado de segurança:

É preciso reconhecer, presente esse contexto, que a desconsideração da personalidade jurídica, como anteriormente assinalado, configura prática excepcional, cuja efetivação impõe ao Estado a necessária observância de postulados básicos como a garantia do “due process of law”, que representa indisponível prerrogativa de índole constitucional assegurada à generalidade das pessoas. **No que se refere à alegada violação ao art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, não se desconhece que o postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Na realidade, essa tem sido a percepção do tema no âmbito da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** (AC 266-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AC 1.033-AgR-QO/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AC 1.761/AP, Rel. Min. EROS GRAU – AC 1.936/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – AC 2.228/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – AC 2.270/ES, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AC 2.317-MC-REF/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 925-MC-REF/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 970-TA/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), **cujos pronunciamentos põem em evidência o fato de que medidas restritivas de ordem jurídica não podem transcender a esfera subjetiva daquele que incidiu em práticas reputadas ilícitas pela Administração Pública (...)** (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Isto posto, considerando que as garantias penais dos acusados devem ser estendidas ao Direito Sancionador, como a intranscendência da pena, resta claro que o dispositivo que prevê a sanção da pessoa jurídica quando terceiro incorre em conduta ilícita prevista na lei anticorrupção fere frontalmente a Constituição da República.

Nessa mesma seara, posicionando-se contra a lógica trazida pela lei 12.846/13, o advogado e professor da Universidade de São Paulo, Pierpaolo Bottini juntamente com seu sócio, Igor Tamasauskas. (2014, p.1), comentaram a adoção da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. Os juristas esclarecem:

Note-se: ainda que a corrupção tenha sido detectada e investigada pela própria instituição, e comunicada por esta aos órgãos públicos responsáveis,

serão aplicadas a Lei e a pena cabível (embora com uma atenuante, nos termos do art. 7º da lei, ou mesmo uma causa de diminuição caso firmada e cumprida a leniência, como disposto no artigo). Portanto, não é adequado que a pessoa jurídica, que não decidiu pelo ato, e que não foi imprudente – ao contrário, dispunha de um sistema de integridade que detectou o ato – seja castigada com as sanções previstas nos arts. 6º e/ou 19 do diploma.

Conclui-se do trecho supracitados que mesmo que uma empresa tenha estruturado um sistema de *compliance*, ou seja, uma fiscalização da própria empresa para certificar que seu corpo está seguindo a risca uma série de normas internas e também dos órgãos de regulamentação, demonstrando sua cautela em tentar evitar subornos ou outras condutas corruptas, ela mesmo assim poder ser punida.

No mesmo artigo, (2014, p.1), os autores explicam que:

Ainda que a multa seja pequena — reduzida a 0,1% do faturamento bruto com um desconto de 2/3 por uma eventual leniência — não parece ser aplicável. Não se trata de tamanho, mas de princípio. Impor a pena neste caso é admitir que se castigue um ato sem culpabilidade, algo que não se justifica em um Estado cuja constituição prevê a intranscendência da pena (Constituição Federal, artigo 5º, XLV).

Diante do exposto, tendo em vista que o princípio da intranscendência da pena advém não da doutrina do Direito Penal, mas sim da própria Constituição da República, é correto afirmar que ele deve incidir em qualquer exercício do *jus puniendi* estatal. Por esses motivos, considerando que o Direito Sancionador se enquadra nesse exercício, resta claro que tal princípio deve nortear os processos administrativos instaurados pela lei anticorrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu analisar o cenário sob o qual a lei 12.846/13 foi aprovada, com enfoque na inovação trazida sobre a adoção da modalidade objetiva de responsabilidade das pessoas jurídicas. A delimitação da discussão se deu, ainda, na possibilidade da aplicação do princípio constitucional da intranscendência da pena às sanções administrativas, tendo em vista a adoção da responsabilidade objetiva.

Conforme exposto, resta claro que as sanções do Direito Administrativo guardam grande similitude com as do Direito Penal. Dito isso, não há justificativa para discriminar os acusados administrativamente, com o afastamento de garantias previstas na Constituição, tal qual a intranscendência da pena, dos acusados na esfera penal.

Isso porque é irrefutável que a Constituição da República serve de norte para aplicação das demais normas do ordenamento, que devem seguir seus princípios e obedecer a sua lógica sistemática. Portanto, tratando-se de exercício do dever punitivo do Estado, não há razão para o afastamento do princípio aludido no Direito Sancionador, mas apenas sua adaptação aquele regime jurídico.

É inegável que os direitos previstos no art. 5º, CR, foram criados a partir da ideia de proteção individual da pessoa física. Contudo, isso não implica dizer que as pessoas jurídicas não merecem tais proteções, tratando-se apenas de uma evolução fática para o qual o Direito deve ser adaptado.

Por isso, embora a ideia da aplicação do princípio da intranscendência da pena deva ser moldado a partir da ideia de culpabilidade que, conforme elucidado, parte da análise de elementos diferentes da pessoa física, como a “intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso” (OSÓRIO, 2011, p. 358), ele ainda deve ser observado em sanções com as previstas na Lei Anticorrupção.

Isto posto, a ideia trazida pela modalidade objetiva de responsabilidade não é compatível com a aplicação do princípio, visto que conta com uma certa análise sobre a intenção do agente, o que se afasta da lógica da responsabilidade objetiva.

Portanto, partindo do pressuposto que uma empresa tomou todas as precauções possíveis para evitar que um ato de corrupção ocorra sob seu controle, como a instituição eficaz e completa de um sistema de *compliance*, conforme rege a lei, não é razoável que a mesma seja punida se um de seus empregados incorrer em uma das condutas ilícitas da Lei Anticorrupção.

A punição apresentaria clara afronta ao princípio da intranscendência da pena, ao ultrapassar a esfera do agente para um terceiro, nesse caso a empresa. Nesse sentido, é válido ressaltar a conclusão dos advogados BOTTINI E TAMASAUSKAS:

Enfim, a lei merece elogios, mas se há algo que merece reparos em seus dispositivos, é a responsabilidade objetiva. A nosso ver, o intérprete deverá ajustar tal preceito, que não importa em grandes exercícios. Basta conferir uma abrangência maior ao parágrafo 1º do artigo 6º, admitindo que o compliance efetivo, completo e funcional possa, em determinados casos, exonerar a empresa de pena. Com isso, incentiva-se a adoção de políticas comprometidas com a integridade e ajusta-se a punição ao princípio constitucional da culpabilidade (2014, p.1).

Diante do exposto, conclui-se que para uma aplicação íntegra do diploma legal, que englobe os pressupostos do nosso Estado Democrático de Direito, é preciso que haja a observância dos princípios da intranscendência da pena nas sanções derivadas da lei 12.846/13, o que vai de encontro com a lógica da responsabilidade objetiva adotada. Se isso não ocorrer, a lei estará ferindo visivelmente a Constituição da República e representando uma ameaça aos direitos individuais como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.846**, 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988** disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Ministério Público Federal. Parecer no 395, de 2016. Ação direta de inconstitucionalidade 5.261. Brasília, DF, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp n 1.489.819. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466584637/recurso-especial-resp-1489819-sc-2014-0271021-6>>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n 948.117**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms-2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976>>. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE Nº 594296 – MG**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>>. Acesso em: 27 ago. 2017. MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo Constitucional**. São Paulo, n. 11, p. 03-35, mar. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo no 732**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento732.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 32494**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24620034/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32494-df-stf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. 2014 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CASTELLO, Gabriel Morettini; GABARDO, Emerson. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública**. 2015 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorruptao-compliance.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2017.

DEZAN, Sandro Lucio. **Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar, 3 ed.**, Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Izaías Dantas. **A finalidade da pena no direito administrativo disciplinar**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/455/r141-10.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 set. 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GUARDIA, Gregório Edoardo. **Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: Um Estudo à Luz das Garantias Constitucionais**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.

LEITE, Karina Guia da; MACHADO, Leonardo Ruiz. A responsabilidade dos sócios, administradores e conselheiros perante a Lei Anticorrupção. **Revista de Advogado**. São Paulo, n. 125, p. 51-58, dez. 2014.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica**. Brasília, 2016.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios do Direito Penal**. 2000. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>> Acesso em: 3 set. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Improbidade Administrativa**, Porto Alegre: ed. Síntese, 1998.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. 2010. 332 f. Tese de Mestrado (Direito Administrativo) – Universidade de São Paulo, São Paulo

REALE, Sérgio. **ADI 5262**. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4730342>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 2 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2015.

SANTOS, ABDUCH. **Lei anticorrupção**: responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a Administração Pública. 2015 Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_4_13_06.pdf>. Acesso em: 8 set. 2017.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 25ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, Rio, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.