

A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR: A INCOERÊNCIA NA VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE LIABILITY OF THE LEGAL ENTITY WITHIN THE SCOPE OF PUBLIC SANCTIONING LAW: THE INCONSISTENCY IN THE ASSESSMENT OF CULPABILITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (Salvador, Bahia, Brasil), onde é Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG na Alemanha. Titular da Cadeira 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Advogado.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-0682-601X>].
sbam@terra.com.br

RITA TOURINHO

Doutoranda em Direito pela UFBA. Mestra pela UFPE. Professora de Graduação da UFBA. Coordenadora das Promotorias de Justiça de Defesa da Moralidade Administrativa e do Patrimônio Público. Promotora de Justiça do Estado da Bahia.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-0682-601X>].
ritaatourinho@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.22.mello>].

Recebido em: 26.11.2021 | Received on: Oct. 26th, 2021

Aceito em: 03.02.2022 | Accepted on: Feb. 3rd, 2022

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar o princípio da culpabilidade quanto à responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Após abordar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, demonstra-se a ausência de coerência na valoração da sua culpabilidade no âmbito da Lei 12.846/13 perante a Lei 8.429/92, com flagrante violação ao princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: The present work aims to approach the principle of culpability regarding the liability of the legal entity in the context of Sanctioning Administrative Law. After addressing the criminal liability of the legal entity, it is demonstrated the lack of consistency in the assessment of its culpability under Law 12,846/13 against Law n. 8,429/92, with flagrant violation of the principle of proportionality.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa jurídica – Responsabilidade – Culpabilidade – Lei Anticorrupção – Lei de Improbidade Administrativa – Incoerência.

KEYWORDS: Legal entity – Liability – Culpability – Anti-Corruption Law – Administrative Improbability Law – Inconsistency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito Público Sancionador: intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. 3. Da responsabilização da pessoa jurídica no âmbito do Direito Público Sancionador: da responsabilidade sancionatória administrativa à responsabilidade penal. 3.1. A exigência de coerência na responsabilização da pessoa jurídica: a reconstrução principiológica do princípio da culpabilidade. 4. Da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/13): da incoerência à inconstitucionalidade. 5. Da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa perante a Lei Anticorrupção: violação do princípio da proporcionalidade por incoerência da unidade do sistema jurídico. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Estado dispõe de uma série de institutos que, embora divididos em ramos epistemológicos que buscam proteger bens jurídicos específicos, possuem base ontológica unitária, formada por princípios jurídicos comuns do Direito Público Sancionador, como um sistema geral de normas que balizam o direito punitivo estatal.

Nesse contexto, tem-se o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, integrantes do *jus puniendi* do Estado, informados por princípios comuns, cuja maior ou menor carga de incidência dependerá do bem jurídico tutelado.

Entre os princípios basilares do Direito Público Sancionador, tem-se o princípio da culpabilidade, que parte do juízo de reprovação que recai sobre aquele que atuou de forma contrária ao direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica. Trata-se da imputação de dolo ou culpa à ação delituosa.

Nesse contexto, infere-se a necessidade de análise do princípio da culpabilidade em compatibilidade com a natureza da pessoa do infrator, ou seja, se pessoa física ou jurídica.

Assim, este trabalho parte da análise da responsabilização da pessoa jurídica no âmbito do Direito Público Sancionador, acolhendo a necessidade de

1. Como citar esse artigo/How to cite this article: MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque; TOURINHO, Rita. A responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito do Direito Público Sancionador: a incoerência na valoração da culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 6, v. 22, p. 163-184, jul.-set. 2022. DOI: [10.48143/rdai.22.mello].

No que concerne à pessoa jurídica, a redação original da Lei 8.429/92 já estabelecia a possibilidade de sua responsabilização na qualidade de terceiro beneficiário, com base no seu art. 3º. Apesar de a Lei de Improbidade trazer sanções de cunho pessoal, algumas são aplicáveis às pessoas jurídicas, tais como a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. A nova redação conferida ao art. 3º da lei passa a exigir expressamente a conduta dolosa do terceiro beneficiário⁵³. Por outro lado, o § 1º do referido artigo estabelece a responsabilidade autônoma da pessoa jurídica ao determinar que

“os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação”.

Ou seja, é possível a responsabilização da pessoa jurídica por improbidade administrativa, desde que comprovada a sua participação dolosa, induzindo ou concorrendo para a prática do ato ilícito pelo agente público.

Ocorre que, no § 3º, ainda do referido art. 3º, a Lei determina que “As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

Em outras palavras, a nova redação parece prestigiar a aplicação da Lei Anticorrupção perante a Lei de Improbidade Administrativa. O mais interessante não é o fato de a Lei 12.846/13, diametralmente oposta à Lei 8.429/92, admitir a responsabilidade objetiva, mas sim a existência de previsão de sanções dotadas de maior gravidade diante das constantes da LIA.

A Lei de Improbidade Administrativa, que exige a presença do dolo para responsabilização da pessoa jurídica como terceiro beneficiário, apresenta como sanção a ela diretamente dirigida, no seu art. 12, “a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”, com prazos variáveis a depender do tipo de ato de improbidade⁵⁴.

53. Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

54. Prazo não superior a 14 (catorze) anos, no caso de enriquecimento ilícito (art. 12, I); prazo não superior a 12 (doze) anos, em se tratando de prejuízo ao erário (art. 12, II) e; prazo não superior a 4 (quatro) anos, na situação de violação de princípios (art. 12, III).

Na redação trazida pela Lei 14.230/21, percebe-se uma clara flexibilização da punição da pessoa jurídica que participa do ato de improbidade. Assim, o § 3º do referido artigo 12 prevê expressamente que “Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades”. Por outro lado, o § 4º deixa claro que a sanção se restringe, em regra, ao âmbito da pessoa jurídica lesada com o ato de improbidade, ao determinar que:

“Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo”.

A flexibilização punitiva trazida na Lei de Improbidade em relação às pessoas jurídicas não guarda qualquer proporcionalidade e, conseqüentemente, coerência, com a Lei Anticorrupção, que estabelece sanções muito mais graves, a partir da responsabilidade objetiva, e sem qualquer digressão ou discussão sobre um fundamento de culpabilidade.

A responsabilização objetiva da pessoa jurídica constante da Lei 12.846/13 revela-se completamente desproporcional à responsabilização dessas mesmas pessoas no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, principalmente com as inovações trazidas pela Lei 14.230/21, que, além de exigir o dolo como elemento subjetivo do tipo, atenuou as sanções a elas impostas.

Desse modo, para que se conserve alguma unidade e ordenação na sistemática de sanções à pessoa jurídica no âmbito do Direito Administrativo sancionador, dada a gravidade das sanções, é preciso recorrer ao princípio de culpabilidade. Uma vez firmado o entendimento de que a culpabilidade da pessoa jurídica, no âmbito penal, está relacionada com a responsabilidade social, é preciso que sistemas de imputação de responsabilidade no Direito Administrativo Sancionador respeitem critérios similares, sobretudo quando as sanções administrativas em muito se assemelham a sanções penais.

Note-se que os tipos constantes da Lei Anticorrupção podem coincidir com aqueles constantes da Lei 8.429/92, bastando para tanto que haja a participação de agente público e que o tipo esteja associado ao enriquecimento ilícito do agente (art. 9º) ou prejuízo ao erário (art. 10), na modalidade dolosa. Quanto à violação de princípios (art. 11), mesmo as hipóteses sendo taxativas na Lei de Improbidade, entende-se que os ilícitos relacionados ao processo licitatório, constantes do art. 5º, IV, *a a e*, da Lei 12.846/13 podem ser absorvidos pelo art. 11, V, da LIA.

A ausência de ponderação entre os sistemas punitivos revela o descaso com a coerência e, conseqüentemente, com a unidade do sistema jurídico, o que viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que há identidade de bens jurídicos protegidos de forma diversas no mesmo ramo do direito. Saliente-se que a coincidência de bens tutelados é reconhecida pela Própria Lei 8.429/92, ao estabelecer, no § 3º do art. 3º, já citado, que “As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

A incoerência do sistema punitivo estatal em relação à pessoa jurídica revela que há necessidade de sério enfrentamento da questão, certamente não encarada da forma devida pelas divergências ainda vigentes quanto à sua culpabilidade, que acaba refletida na tratativa legal conferida à matéria.

Assim, para que se guarde coerência sistemática, é preciso que harmonize o conjunto de sanções – penais e administrativas – incidentes sobre pessoas jurídicas com o princípio de culpabilidade, evitando-se, com isso, que o tratamento dado no âmbito administrativo, como é o caso da Lei 12.846/13, não seja mais rigoroso que o tratamento penal dado às pessoas jurídicas.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade da pessoa jurídica é tema em constante debate no âmbito do Direito Público Sancionador, no qual estão incluídos o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. A questão perpassa pela aplicação do princípio da culpabilidade às pessoas jurídicas, em razão da ausência de vontade subjetiva.

Apesar de posições contrárias quanto à possibilidade de reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, esta já se encontra consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne à prática de crimes ambientais (Lei 9.605/98).

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, apesar de diversos diplomas legais abordarem a responsabilidade da pessoa jurídica, aponta-se a falta de coerência no sistema punitivo, o que se revela diante da existência de diplomas legais que protegem bens jurídicos idênticos, porém com exigências díspares quanto à presença da culpa para tipificação da conduta. Assim, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) estabelece a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) exige a presença do dolo, apesar de estabelecer sanções mais brandas.

Considerando que se aplica ao Direito Administrativo Sancionador os princípios gerais do Direito Penal, questiona-se a constitucionalidade da Lei 12.846/13

quando estabelece a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, destacando, inclusive, a incoerência gerada no sistema punitivo, com possibilidade de violação do princípio da proporcionalidade, até mesmo quando confrontada com a Lei de Improbidade Administrativa, com a nova redação conferida pela Lei 14.230/21.

É preciso que o Poder Legislativo, nas suas investidas democráticas, atente para a coerência normativa que deve existir entre institutos pertencentes ao mesmo microsistema, respaldada por princípios que servem de alicerces comuns.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Social. In: HECK, Luís Afonso (Org. e Trad.). *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. Minha filosofia do Direito: a institucionalização da razão. In: HECK, Luís Afonso (Org. e Trad.). *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BEALE, Sara Sun. A response to the critics of corporate criminal liability. *American Criminal Law Review*, v. 46, 2009.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. México: Paidós, 2002.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2019.
- BRASIL. Projeto de Lei. Subchefia de Assuntos Parlamentares. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2010/msg52%20-%20100208.htm]. Acesso em: 20.10.2021.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COCHRAN, Philip L. The evolution of corporate social responsibility. *Elsevier-Business Horizons*, Indianapolis, v. 50, p. 449-454, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- DIAZ, Maria José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: [http://criminnet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 20.03.2022.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 01, 2012.

- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. Madrid: Civitas, 2000.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FOFFANI, L. Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas? *Nuevo Foro Penal*, v. 6, n. 75, 31.03.2013.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. *Revista General de Derecho Penal*, v. 16, 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thomson-Civitas, 2012.
- GRECO, Luís. Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal*. Quatro estudos. Trad. e org. Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945.
- MARTIN, Luis Gracia. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, maio 2016.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. II.
- NIETO, Alejandro. Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador. *Cuadernos de derecho local*, Madrid, n. 14, 2007.
- NIETO MARTÍN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 128, jan.-mar. 2000.

- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 2, p. 15-27, 1995.
- RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio España, 1989.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2006.
- ROTH, Roberth. Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VERVAELE, John A. La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores, 2005.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O processo administrativo sancionador na CVM e a pessoa jurídica, de Eli Loria e Maiara Madureira Mendes – *RDB* 71/63-91; e
- Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), de Humberto Barrionuevo Fabretti – *RT* 947/25-35 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 4.