

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Raphael de Matos Cardoso

A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade administrativa e por atos
lesivos à Administração Pública

Mestrado em Direito

São Paulo
2017

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Raphael de Matos Cardoso

A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade administrativa e por atos
lesivos à Administração Pública

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor José Roberto Pimenta Oliveira.

São Paulo

2017

RESUMO

A apuração da moralidade (que tem como antíteses a improbidade e a corrupção), especialmente a partir da promulgação da Lei nº 12.846/2013, recebeu novo foco e foi transportada para o campo objetivo, o que motivou este estudo, cujos objetos de investigação são: a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa, e a apuração da natureza jurídica das sanções aplicadas no âmbito desta última, bem como o seu lugar no direito administrativo sancionador, onde também está situado o ilícito administrativo, que tem como pressuposto o elemento subjetivo. Analisadas essas matérias, posicionamos a pessoa jurídica no seu devido lugar no tocante às infrações e sanções administrativas no âmbito da Lei nº 8.429/92 e da Lei nº 12.846/2013.

Palavras chave: Responsabilidade. Civil. Administrativa. Pessoa jurídica. Improbidade. Atos lesivos. Administração Pública. Direito Administrativo Sancionador.

ABSTRACT

The determination of morality (which has as antitheses the impropriety and the corruption), especially since the promulgation of Law 12.846/2013, received new focus and was even transported to the objective field, which motivated this study, whose objects of investigation are: the difference between civil responsibility and administrative responsibility, and the determination of the legal nature of the sanctions applied under the latter, as well as its place in administrative sanction law, where the administrative wrongdoing is also situated, presupposes the subjective element. Having analyzed these matters, we place the legal person in its proper place regarding infractions and administrative sanctions under the Law 8.429/92 and the Law 12.846/2013.

Key words: Responsibility. Civil. Administrative. Legal person. Improbability. Injurious acts Public Administration. Administrative Law Sanctioning.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 Responsabilidade subjetiva.....	10
1.2 Responsabilidade objetiva	11
1.3 Responsabilidade por fato de terceiro	13
1.4 A responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado	16
1.5 A responsabilidade da pessoa jurídica pelo ressarcimento do dano à Administração Pública	20
2 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA	23
2.1 Direito administrativo sancionador	25
2.1.1 Princípio do devido processo legal	31
2.1.2 Princípio da proporcionalidade.....	36
2.1.3 Princípio da legalidade	39
2.1.4 Princípio da tipicidade	42
2.1.5 Princípio da culpabilidade	45
2.1.6 Princípio do personalismo da sanção.....	48
2.1.7 Princípio do <i>non bis in idem</i>	49
2.2 Ilícito administrativo e sanção administrativa	51
3 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	55
3.1 A natureza jurídica da responsabilidade por atos de improbidade administrativa	61
3.2 Pressuposto subjetivo	66
3.3 O sujeito ativo e a posição da pessoa jurídica	69
3.5 Sanções	77
4 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	82
4.1 A natureza jurídica da responsabilidade por atos lesivos à Administração Pública .	83
4.2 Sujeito ativo.....	84
4.3 Sanções	87
4.4 Programa de integridade	90
4.5 Acordo de leniência	93
4.6 A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei nº 12.846/2013	97

5 CONFRONTO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA.....	109
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho envolve a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, notadamente após o advento da Lei nº 12.846/2013, primeiro diploma legal a discipliná-la de forma exclusiva, inovando inclusive ao transportá-la para o campo objetivo.

A problemática a ser enfrentada, no entanto, não se resume à responsabilidade objetiva, mas, à possibilidade de responsabilização do ente coletivo, melhor dizendo, a investigação da prática de ilícitos administrativos pela pessoa jurídica e a aplicação a ela da sanção administrativa como resposta a esses ilícitos.

Além de não ser uma questão simplória, a apuração da moralidade (cujas antíteses são a improbidade e os atos lesivos contra a Administração Pública) não se faz, criteriosamente, a partir de quem não possui conduta própria - a pessoa jurídica.

Dizemos isso, prematuramente, sem a intenção de antecipar o debate, inclinando-nos na posição favorável, melhor dizendo, contrária à responsabilização desse ente fictício na esfera da improbidade, dentro da qual, obviamente, se encaixa os atos lesivos à Administração Pública. Apenas abrimos pequena brecha para a reflexão sobre a comodidade de oferecer solução objetiva para um problema complexo, o que impacta na deficiência do enfrentamento desse comportamento deletério histórico e mundial que é a corrupção.

Evidentemente, um ilícito grave (nesse trabalho abordaremos a sua natureza jurídica) merece reprimenda equivalente. As sanções aplicadas aos atos de improbidade e lesivos à Administração Pública – que na verdade pertencem à mesma categoria de ilícitos, insistimos – são, proporcionalmente à esfera de sua aplicação, medidas gravosas capazes de afastar senão eliminar o exercício da cidadania, elemento nuclear da vida em sociedade. Por essa razão, pretendemos questionar se a responsabilização da pessoa jurídica coloca em dúvida o alcance dessa finalidade da sanção, especialmente seus efeitos sobre um ente que, a rigor, não goza desse atributo da personalidade humana.

Não ignoramos que a Lei nº 4.717/65 (ação popular) poderá alcançar a pessoa jurídica que provoque dano ao patrimônio tutelado por esta lei. Todavia, este resultado significa o ressarcimento ou, nos termos da lei, o pagamento de perdas e danos, que não se confunde com sanção administrativa, razão pela qual não nos dedicamos ao diploma legal citado.

A metodologia aplicada para enfrentar a problemática foi a pesquisa, iniciada pela responsabilidade civil, abordada no primeiro tópico deste trabalho, onde discorreremos a respeito da sua evolução histórica e sobre a construção da responsabilidade subjetiva e objetiva no campo privado, ingressando especificamente na responsabilidade civil da pessoa

jurídica de direito privado e na natureza do ressarcimento do dano à Administração Pública. No segundo tópico avançaremos para a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, inaugurando a discussão com a abordagem do direito administrativo sancionador e dos princípios que o informam, finalizando nos ilícitos administrativos e na resposta a eles, a sanção administrativa. No terceiro tópico adentraremos na responsabilidade administrativa disciplinada pela Lei nº 8.429/92, onde trataremos da sua natureza, do pressuposto subjetivo para configuração do ato de improbidade, do sujeito ativo e da pessoa jurídica como sujeito ativo, encerrando com as sanções previstas nesta lei. No quarto tópico nos ocuparemos da responsabilidade administrativa prevista na Lei nº 12.846/2013, da sua natureza jurídica, dos sujeitos dos atos nela previstos, das sanções e da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Por fim, no derradeiro quinto tópico traçaremos breves comentários conclusivos a respeito de ambas as responsabilidades tratadas nesse trabalho: a civil e a administrativa. Na conclusão retomaremos referidos pontos, expondo a ideia resultante da análise das proposições e encerraremos com as referências bibliográficas.

Não esperamos inovar, até porque esse não é propósito de uma dissertação. Todavia, a pouca ou quase inexistente exploração da matéria nos faz acreditar que esse estudo serve ao menos para provocar novo olhar sobre a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL

É difícil precisar o histórico da responsabilidade civil, porém, Caio Mário da Silva Pereira enfrentou esse desafio, nos ensinando que há vestígios de que o tema foi objeto de cogitações nos mais antigos monumentos legislativos. No ordenamento mesopotâmico, como o Código de Hamurabi, havia ideia de punir o dano instituindo contra o causador um sofrimento igual, assim como no Código de Manu e no antigo direito Hebreu.

Nos primórdios do antigo Direito Romano prevalecia a noção básica de delito, constituindo o fator genético da responsabilidade. A ideia predominante era da vingança privada, seguindo-se da composição voluntária, das composições legais e da reparação pelo Estado.

Na vingança privada não se cogitava a noção de culpa, bem como não havia distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, sendo que a intervenção do poder público se dava somente com o propósito de discipliná-la em certa medida.

A punição do mal com o mal (lei de Talião, do latim *talionis*, de *talis*: tal, idêntico) foi o primeiro ensaio da perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, já que, ao contrário da imposição de igual sofrimento, a vítima poderia concordar em receber uma importância em dinheiro ou bens.

Na composição legal, a presença do Estado se insere timidamente, quando surgiram as punições às ofensas leves. Na medida em que o Estado intensificou o interesse pela repressão das infrações dirigidas ao particular, a pena privada passou a perder o caráter de punição, tomando corpo a reparação.¹

O marco mais acentuado da responsabilidade civil ocorreu com a *Lex Aquilia*, de onde surgiu o termo aquiliana para designar a responsabilidade extracontratual, atribuindo-se a ela a origem do elemento culpa. Para que se configurasse o dano, eram necessários três elementos: a lesão na coisa; o ato contrário ao direito; e a culpa, quando o dano resultava de ato positivo do agente.

Embora a Lei Aquilia, originária de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio, tenha mantido a reparação somente em casos originários de fatos concretos, trazia um conceito mais genérico, admitindo ampliação pela jurisprudência. A multiplicação dos casos particulares evoluiu de tal modo que proporcionou a inclusão dos prejuízos morais.²

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1-12.

No direito brasileiro, as Ordenações do Reino mandavam aplicar o direito romano subsidiariamente. O Código Criminal de 1830 esboça a ideia de ressarcimento. A Lei de 3 de dezembro de 1841 revogou essa disposição do Código Criminal e desenvolveu a reparação do dano, por via de ação civil. O Código Civil de 1916 consagrou a teoria da culpa e reconheceu casos excepcionais de responsabilidade sem culpa, mantida pelo Código Civil de 2002.

A responsabilidade civil, segundo o conceito de Caio Mário da Silva Pereira, consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Para o autor, não importa se o fundamento é a culpa ou se independe desta. Onde houver a subordinação de um sujeito passivo ao dever de ressarcimento ocorrerá a responsabilidade civil.³

1.1 Responsabilidade subjetiva

Como já dito, a teoria da culpa nasceu timidamente com a Lei Aquilia e assumiu franca expansão com o Código Napoleão, a partir de quando os autores franceses construíram e desenvolveram a doutrina subjetiva, conforme lembra Caio Mário da Silva Pereira.

Quanto à manifestação humana – toda espécie de declaração volitiva a que se atribui um efeito jurídico, independentemente desse efeito se inserir na vontade do agente –, a ordem jurídica leva em consideração o fato humano voluntário – que compreende o ato jurídico, a conduta individual em harmonia com os ditames da ordem jurídica (atos lícitos) ou em desconformidade com o ordenamento (atos ilícitos). O negócio jurídico se destaca do ato jurídico com o traço distintivo de que, neste caso, os efeitos são desejados pelo agente.⁴

O fato é o elemento gerador do fenômeno jurídico e do direito subjetivo, dividindo-se em natural ou jurídico. Este último é um acontecimento que causa o nascimento, a modificação ou a extinção do direito.

A responsabilidade subjetiva concentra-se no ato ilícito, sendo a sua essência a pesquisa de como o comportamento acarreta o dever de ressarcimento do dano. Considera como pressuposto da obrigação de indenizar o comportamento culposos, que abrange a culpa e o dolo.

Diferente do Código Civil de 1916, o de 2002, na disposição atinente à responsabilidade civil (“art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a

² GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6-9.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 11.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 14.

outrem, fica obrigado a repará-lo”) não faz menção à culpa, somente disciplina o dever de reparar daquele que pratica ato ilícito. Quanto a este o Código exige como pressuposto o elemento culpa (art. 186): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ato ilícito é, portanto, a fonte causadora da obrigação e, para a responsabilidade civil, não é qualquer fato que gera o dever de indenizar, tão somente o ato ilícito.

Orlando Gomes explica que a insuficiência da noção de culpa se apresentou mais ostensivamente com a frequência dos acidentes do trabalho decorrentes da introdução de processos mecânicos na técnica de produção e a impossibilidade de provar a culpa do empregador. Para atender ao imperativo da equidade, a primeira solução foi abrandar o rigor lógico, quando surgiu a inversão do ônus da prova. Em seguida, a eliminação da culpa importou na substituição do ponto de vista subjetivo pelo objetivo, passando a vigorar a ideia de que a produção do dano deveria obrigar a sua reparação por parte de quem criou o perigo.⁵

A chamada responsabilidade de equidade, adotada pelo Código Civil de 2002, constitui exceção à regra da responsabilidade subjetiva. A ideia de culpa não pode ser dissociada do conceito de delito. A responsabilidade delitual significa a consequência que a lei atribui à prática de um ato ilícito, o qual, por definição, há de ser culposos, no mínimo.

Culpa, segundo ensina José Jairo Gomes, traduz o fenômeno de violação de uma norma; exprime a consciência que o agente possui da conduta que realiza e a vontade de produzir o resultado lesivo à esfera jurídica alheia.⁶

Por essa razão, os civilistas, dentre eles Orlando Gomes, preferem classificar a responsabilidade objetiva como garantia e não como responsabilidade propriamente dita, já que configura o dever genérico de reparar o dano.⁷

1.2 Responsabilidade objetiva

A doutrina objetiva ou da responsabilidade sem culpa surgiu quando, em certos casos, substituiu-se a responsabilidade delitual pela responsabilidade contratual, como nos serviços de transporte e na guarda de coisa.

⁵ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 85-86.

⁶ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 269.

⁷ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. p. 88.

Traçando a linha histórica dessa doutrina, Caio Mário da Silva Pereira explica que ela teve origem no campo criminal, e foi concebida inicialmente por estudo científico de Karl Binding, que, aludindo ao Código Prussiano de 1794 e ao Código Austríaco de 1811, se refere à reparação civil por efeito de atos que não eram considerados delitos criminais em razão da ausência de culpa, porém, repercutiam no cível; em consequência, a responsabilidade civil dispensaria o elemento subjetivo para a reparação do dano. Binding, citado por Caio Mário, considerava o dano como uma realidade objetiva que dispensava o elemento vontade.

A teoria objetiva foi defendida pelos civilistas alemães, como Karl Larenz e Enneccerus, e italianos, como E. Orlando, Coviello, De Cupis, Ferrara e Leone. No entanto, a doutrina objetiva planta suas raízes mais profícuas nas obras de Saleilles e Josserand, assentando-se no próprio Código Civil francês. Segundo Saleilles, o Código francês toma a culpa na acepção vulgar de causa. No mesmo sentido, Josserand propôs examinar os preceitos do Código Napoleão sob a perspectiva da evolução da responsabilidade civil em consonância com a ordem social, encontrando na multiplicidade dos acidentes de trabalho a justificativa para opor o risco à culpa, em socorro às vítimas.

A doutrina do risco, inspirada em razões práticas e sociais, segue a fórmula de que todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, resumindo a responsabilidade civil num problema de causalidade.⁸

Aguiar Dias, sem desprezar a contribuição da doutrina alemã para a responsabilidade objetiva, deposita na doutrina francesa o grande impulso do desenvolvimento da teoria que conhecemos hoje, atribuindo aos juristas Saleilles e Josserand, tal como Caio Mário, a precursão da teoria do risco.⁹

O estudo do advento da responsabilidade civil objetiva, observado o seu conteúdo histórico que deu ensejo à criação da teoria do risco, demonstra claramente que a inspiração foi estritamente social, visando proteger o estrato mais vulnerável, qual seja: os trabalhadores que, no período pós-revolução industrial, eram as vítimas recorrentes de acidentes do trabalho e não tinham condições de provar a culpa do empregador.

O primeiro recurso utilizado para melhorar as condições da vítima no tocante à dificuldade de produção da prova da culpa, conforme lembra José Acir Lessa Giordani foi a inversão do ônus, quando se criou a culpa presumida.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 15-16.

⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 57-58.

A preocupação antes voltada totalmente para o autor do ato lesivo, na tentativa de evitar que alguém fosse compelido a reparar outro injustamente, passou a se verter para a vítima, culminando esse caminho inverso com a responsabilidade objetiva.¹⁰

Interessa-nos anotar que o objetivo da responsabilidade civil, seja sob a ótica da teoria clássica da culpa, seja sob a perspectiva da teoria do risco (responsabilidade objetiva), é a reparação do dano e não a aplicação de uma sanção ou pena.

É o que se lê em toda a doutrina desenvolvida sobre o tema, no Brasil especialmente na defesa de Alvino Lima que assim se pronunciou:

O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva. A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa em resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a ideia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da causalidade entre o proveito e o risco.¹¹

Concordamos que a reparação é objetiva, já que se refere à recomposição material, bastando o nexo entre a ação e o dano, respeitados os limites legais, que o Código Civil tratou de limitar no parágrafo único do art. 927.¹²

Todavia, não podemos confundir essa construção histórica e demorada a respeito da responsabilidade civil objetiva com aquela recente referente à responsabilidade objetiva no que tange à aplicação de sanções, conforme veremos adiante.

1.3 Responsabilidade por fato de terceiro

A responsabilidade de indenizar, segundo o Código Civil, é de quem causar o dano.

Tem legitimação para exigir a indenização do dano a vítima do delito civil. Considera-se vítima, explica Orlando Gomes, a pessoa diretamente prejudicada pelo ato ilícito. Quando a

¹⁰ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. p. 35.

¹¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 113-116.

¹² Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

vítima falece, a lei admite que a indenização seja pleiteada por quem vivia sob sua dependência econômica.¹³

Em princípio, o devedor corresponde a quem causou o dano. Todavia, há casos de responsabilidade nos quais o devedor é, por presunção legal, outra pessoa que não o autor direto do dano. É a responsabilidade por fato de terceiro ou indireta.

A culpa do autor do dano se projeta na pessoa sob cuja direção ele se encontra. A responsabilidade de fato de outro deriva da infração do dever de vigilância e se refere aos seguintes casos, resume Orlando Gomes: a) os representantes legais por Direito de Família; b) os empregadores; c) os hoteleiros; d) os donos de educandários; e) os possuidores de animais; f) os que participarem de forma gratuita do produto do crime.¹⁴

Nesses casos a responsabilidade extrapola a pessoa do causador do dano para atingir aquela à qual ele esteja vinculado, que dispõe de uma autoridade de fato ou de direito sobre ele. Basta que o ofendido prove a relação de subordinação entre o agente do dano e a pessoa incumbida legalmente de exercer vigilância sobre ele, bem como a ação culposa deste, para que se estabeleça a presunção *juris tantum*.

Para este trabalho interessa a responsabilidade dos empregadores, das pessoas jurídicas de direito privado.¹⁵

Para que se estabeleça a responsabilidade do empregador, o dano deve ser praticado pelo seu empregado no exercício do trabalho que lhe competir ou em razão dele. Não se exige que tal relação configure contrato de trabalho. Basta que os serviços sejam executados sob a direção de outro, de acordo com as suas ordens e instruções.

¹³ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. p. 89.

¹⁴ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. p. 96.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na matéria tratada no Recurso Extraordinário (RE) 828040, que discute a natureza jurídica da responsabilidade do empregador na reparação de danos a empregado vítima de acidente de trabalho, tendo em vista o disposto no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que prevê a obrigação de indenizar quando há dolo ou culpa.

O recurso foi interposto pela Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que a condenou ao pagamento de indenização a um vigilante de carro forte devido a transtornos psicológicos decorrentes de um assalto. A tese adotada pelo TST foi a da responsabilidade objetiva, que prescinde da comprovação de dolo ou culpa, fazendo incidir no caso a regra prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, por se tratar de atividade de risco. Para a empresa, porém, a condenação contrariou o dispositivo constitucional que trata da matéria, uma vez que o assalto foi praticado em via pública, por terceiro.

O RE 828040 é o processo paradigma do tema 932 da tabela de repercussão geral do STF. O Plenário Virtual, por maioria, entendeu que a matéria tem natureza constitucional e tem repercussão econômica e social, tendo em vista sua relevância para o desenvolvimento das relações empregatícias. Ficaram vencidos a ministra Rosa Weber e o ministro Edson Fachin.

Até a data de defesa desta dissertação o recurso ainda estava pendente de julgamento.

Além dos atos dos seus empregados, a pessoa jurídica também responde pelos atos praticados pelos seus administradores. Nesse caso, porém, a própria pessoa jurídica é considerada autora do dano.

Caio Mário da Silva Pereira adverte que a noção de culpa presumida foi elaborada para sustentar a responsabilidade por fato de terceiro, especialmente no tocante à responsabilidade do empregador, que partiu da concorrência da culpa e passou para a presunção mediante interpretação doutrinária e jurisprudencial.¹⁶

José Jairo Gomes explica que, para a doutrina subjetivista, a responsabilidade por fato de outrem seria, na verdade, responsabilidade por fato próprio, pois as pessoas que respondem a esse título sempre terão contribuído para a produção do dano, eis que teria faltado ao dever de vigiar, cuidar e fiscalizar (culpa *in vigilando*) ou de bem escolher seus prepostos (culpa *in elegendo*). Cabia à vítima a prova dessa culpa.¹⁷

Para superar essa prova, a doutrina subjetivista passou a considerar a presunção da culpa, implicando na inversão do ônus probatório. Como presunção que é, a culpa pode ser afastada pela prova de que a vigilância não foi descuidada e que se empregou toda a diligência para precaver o dano causado, como adverte Orlando Gomes.¹⁸

Segundo José Jairo Gomes essa prova não poderia ocorrer na hipótese de presunção absoluta, como é o caso da responsabilidade dos empregadores.

Posteriormente, a responsabilidade indireta foi fundamentada na teoria da representação, que considera o preposto um prolongamento da própria atividade do representado, como se este próprio tivesse agido.

Já para a teoria objetiva, a responsabilidade indireta é um caso de responsabilidade sem culpa, bastando a prova do prejuízo causado.¹⁹

Durante a vigência do Código Civil de 1916 prevaleceu o fundamento da presunção da culpa, enunciado, inclusive, pela Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco, na medida em que responsabiliza terceiros pela reparação do dano (art. 932) ainda que não haja culpa por parte desses terceiros (art. 933). Enuncia, portanto, a responsabilidade objetiva.

Nada mudou quanto à responsabilidade do autor direto do dano, que continua subjetiva.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 86-96.

¹⁷ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. p. 258-260.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. p. 99.

¹⁹ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. p. 259.

1.4 A responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado

Nem todas as pessoas que causam prejuízos a outra estão obrigadas a indenizá-los e nem todo dano deve ser ressarcido. A partir dessa premissa, Orlando Gomes esclarece que a obrigação de indenizar pode surgir do inadimplemento de obrigação contratual (*ex lege*) ou da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica. No primeiro caso a responsabilidade é contratual e no segundo é extracontratual ou delitual.²⁰

Para que a responsabilidade contratual surja é necessário que a obrigação violada tenha sua fonte no contrato. Já a responsabilidade delitual, tradicionalmente vinculada à teoria dos atos ilícitos, se funda na culpa, sendo, portanto, subjetiva. Na responsabilidade extracontratual a obrigação de indenizar surge como conteúdo da obrigação imposta pela lei, formando-se então a relação jurídica entre o autor e a vítima do dano.

A pessoa jurídica de direito privado percorreu caminho que a conduziu da irresponsabilidade ao caminho oposto. Partindo da ausência de previsão da responsabilidade criminal, por longo tempo a doutrina entendeu que a pessoa jurídica de direito privado não poderia ser civilmente responsabilizada. Predominava a teoria da culpa, supondo-se que a responsabilidade civil seria incompatível com a caracterização da pessoa moral. A pessoa jurídica era entendida como uma ficção, incapaz de querer, sendo que não disporia de órgãos físicos a permitir uma ação direta. Admitido que os seus dirigentes e empregados são seus representantes, a responsabilidade não poderia ser estendida à pessoa jurídica, já que não se compreende a outorga de poderes para a prática de ato ilícito e não existe representação sem outorga de poderes. É o que explica Rui Stoco.²¹

Caio Mário da Silva Pereira afirma que, não podendo incorrer em responsabilidade criminal (salvo em casos especiais), ocorre uma assimilação com o procedimento das pessoas físicas. A elas (pessoas jurídicas) se aplica o princípio da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, pelos danos causados pelas pessoas físicas que são os seus órgãos, como pelos seus empregados ou prepostos, como ainda pelo fato das coisas.²²

O Código Civil de 2002 adotou a teoria da unidade da responsabilidade, tratando ambas as responsabilidades – contratual e extracontratual – apenas como responsabilidade civil, englobando conceitualmente tudo que se refere à reparação civil.

²⁰ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. p. 83-84.

²¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 162.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 118-121.

Três são as teorias sobre a responsabilidade civil da pessoa jurídica, enumera Ana Claudia de Paula Albuquerque: 1. A teoria clássica (art. 47 do Código Civil) estabelece que a conduta dos administradores da pessoa jurídica a obriga, sendo que a responsabilidade da ação culposa decorre de conduta executada em nome da pessoa jurídica; 2. A teoria pragmática considera expressão da vontade da pessoa jurídica o ato de qualquer pessoa que atue em seu nome, independentemente do vínculo ou dos poderes definidos no ato constitutivo; 3. Já a teoria do órgão ou mista define que a pessoa jurídica deve ser responsabilizada pelos atos de seus representantes com vínculo jurídico e o mínimo de poder decisório.²³

Nenhuma das três teorias, é bom registrar, dispensa a culpa como elemento da responsabilidade, já que este elemento é investigado na conduta do representante da pessoa jurídica.

Rui Stoco adverte que a pessoa jurídica normalmente age por via de seus administradores ou dirigentes, que são os seus órgãos, respondendo diretamente ou por fato próprio. À vítima compete provar o dano e a autoria, mostrando o nexo de causalidade entre um e outro. A responsabilidade da pessoa jurídica coexiste com a responsabilidade individual do órgão culposos.

Para o autor basta comprovar o dano e a autoria para responsabilizar a pessoa jurídica. Esta somente se exime se provar o procedimento culposos da vítima e que, não obstante adotados meios idôneos a evitar o prejuízo, este ocorreu por fato vinculado pelo nexo de causalidade com o procedimento do agente.²⁴

Há, ainda, uma quarta teoria desenvolvida recentemente (teoria do defeito de organização), segundo a qual é possível a responsabilização da pessoa jurídica independentemente da identificação da pessoa física, ressalta Ana Claudia de Paula Albuquerque, sustentada no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Federal nos autos do recurso extraordinário nº 548.181/PR, nos termos do qual a responsabilidade é apurada mediante a investigação do processo de deliberação interna da corporação; se o círculo decisório interno do ente coletivo foi observado; se houve aceitação da pessoa jurídica no sentido de ciência, pelos órgãos internos, da deliberação.

Os participantes desse processo de deliberação devem ter atuado de acordo com os padrões e objetivos da empresa, no cumprimento de suas funções e atividades ordinárias

²³ ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. *Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013*. 2015. 189 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

²⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. p. 163-164.

definidas pelo corpo social. A infração, para os efeitos da mencionada teoria, segundo o acórdão precitado, deve ter sido cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Nota-se que ainda permanece, mesmo que de modo mitigado, a busca do elemento subjetivo para justificar a responsabilização. É o que não ocorre, todavia, com a chamada responsabilidade objetiva. Esta, ao inserir na órbita da responsabilidade extracontratual os casos nos quais se entende justa a imposição legal do dever de reparar o prejuízo mesmo quando abstraído o elemento culpa, alarga o campo da obrigação de indenizar.

Caio Mário da Silva Pereira combate a responsabilidade objetiva, que ele chama de teoria da ficção, com a teoria da realidade. Para o autor, sendo as pessoas jurídicas dotadas de personalidade e de vontade, podem ser responsabilizadas por culpa e podem suportar os riscos. Quando um órgão da pessoa jurídica pratica um ato culposos, é a própria pessoa jurídica que assim procedeu, de modo que ela responde diretamente ou por fato próprio.²⁵

O Código Civil de 2002 não cuida da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de forma detalhada. Apenas prevê a responsabilidade por fato de terceiros e admite a obrigação de reparar, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único).

A responsabilidade civil objetiva não dispensa a investigação do nexo causal, conforme adverte José Acir Lessa Giordani. Nesta, a causalidade tem ainda maior relevância, haja vista que a responsabilidade se apoia apenas no nexo de causalidade, especialmente porque, neste caso, as excludentes da responsabilidade são apreciadas em função do nexo causal.²⁶

Referido autor explica que o parágrafo único do art. 927 adotou a teoria do risco criado, de modo que toda atividade desenvolvida, profissional ou não, econômica ou não, desde que por sua própria natureza produza riscos para os direitos de outrem, enseja a responsabilidade objetiva. Ao contrário, se a atividade não é perigosa, a responsabilidade será a subjetiva. Destaca, ainda, que a atividade deve ser normalmente desenvolvida pela pessoa, pois, se for excepcional ou eventual é subjetiva a responsabilidade.²⁷

Orlando Gomes sugere reservar a expressão responsabilidade delitual para significar as consequências que a lei faz derivar da prática de um ato ilícito que, por definição, há de ser culposos, pois, somente nestes casos há que se falar propriamente em responsabilidade. Nos

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 118-121.

²⁶ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. p. 56-60.

²⁷ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. p. 93-95.

demais, o correto é designar-se o dever genérico de reparar o dano como garantia, por se tratar de medida que a lei adota para a segurança jurídica de todos ou de uma determinada categoria de pessoas. A responsabilidade civil objetiva, segundo o autor, quando muito é extracontratual e não delitual.²⁸

A tendência objetiva se restringe, conforme extraímos da Constituição Federal, à reparação civil. É o que consagra o art. 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Como já dissemos, a responsabilidade civil (subjativa e objetiva) e a responsabilidade administrativa não se confundem. A primeira é mecanismo para reparação de danos. A segunda é instrumento para repreensão.

Rafael Munhóz de Mello adverte que a responsabilidade das pessoas jurídicas, no tocante aos atos ilícitos, especialmente às infrações administrativas, também é subjativa, já que a sua vontade é manifestada por meio das pessoas físicas que dela fazem parte.²⁹

O Direito Punitivo estatal, onde se encontra posicionada a responsabilidade administrativa, se funda no conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que informa o *ius puniendi* estatal, sem o qual a atividade punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária, e onde o Direito Administrativo Sancionador encontra o seu núcleo fundamental, com a necessária e indispensável preocupação de contenção do poder do Estado.³⁰

1.5 A responsabilidade da pessoa jurídica pelo ressarcimento do dano à Administração Pública

O ressarcimento ou reparação é medida prevista na legislação civil, destinada à recomposição do dano e inserida como decorrência da responsabilidade civil. É o que conclui, também, José Roberto Pimenta Oliveira.³¹ Não alcança a sanção administrativa, ao passo que se destina à recomposição do *status quo*, razão pela qual abordamos o ressarcimento ao

²⁸ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. p. 88.

²⁹ MELLO, Rafael Munhóz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 208-209.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIOAMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

³¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. p. 302.

tratarmos da responsabilidade civil, deixando de incluí-lo quando enfrentada a responsabilidade administrativa por ato de improbidade e por ato lesivo à Administração Pública, já que não o consideramos sanção.³²

Ainda que dotado de finalidade intimidatória, carece de alguns dos pressupostos da sanção administrativa, entre os quais, conforme leciona Fábio Medina Osório, o elemento finalístico ou teleológico. Não assume efeito aflitivo ou disciplinar; não ambiciona a repressão.³³

No processo de ressarcimento não há sanções nem acusados, simplesmente a apuração de um ilícito, em alguns casos mediante a comprovação de culpa, e suas consequências. A reparação não tem caráter punitivo, pois não visa uma privação de direitos ou a imposição de obrigação com conteúdo intimidatório e repressivo.

Se fosse uma sanção, a discussão sobre a imprescritibilidade da recomposição do dano ao erário, em trâmite no Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 852.475, estaria esvaziada, haja vista que não existe sanção imprescritível, mas crime não sujeito à prescrição, e esse não é o caso dos ilícitos que provocam o dever de reparação.

Vislumbra-se a diferente natureza do ressarcimento ao erário das sanções, dada sua natureza essencialmente patrimonial. Seu descumprimento importa uma execução patrimonial.

A obrigação de reparar o dano decorre da responsabilidade civil, pois é ausente o caráter sancionatório. O ato de improbidade ou o ato lesivo à Administração Pública previsto na Lei nº 12.846/2013 pode não se configurar e, não obstante, a responsabilidade civil ou a reparação do dano subsiste. São pressupostos distintos que orientam essas categorias de responsabilidade do agente.

³² Em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça afirmou que "o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações" (STJ, REsp 1.184.897/PE, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 27/4/2011) (STJ, AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP, 2ª Turma, relatora Min. Assusete Magalhães, julgado 15/12/2015). No mesmo sentido: STJ AgRg no REsp 1.366.208/MT, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado 26/4/2016; STF, AgRg no AREsp 173.860/MS, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado 4/2/2016; STF, REsp 1.315.528/SC, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 9/5/2013; STF, REsp 997.093/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe 25/8/2009; STF, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, DJe de 29/6/2009; STF, REsp 1.376.481/RN, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 15/10/2006.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 114-116.

José Roberto Pimenta Oliveira adverte que “a configuração do dano material ressarcível observa os requisitos da lei civil. O ressarcimento do dano é obtido seja pela reparação natural ou específica, seja pela reparação pecuniária”.³⁴

O ressarcimento do dano não é tecnicamente sanção concebida em sentido estrito como punição, senão obrigação ou efeito ou consequência da prática de ilícito. Essa é a lição de Wallace Paiva Martins Junior. O ressarcimento do dano é preceito que se enraíza nas tradicionais disposições do sistema jurídico, consistindo na recomposição do patrimônio lesado. Se trata de obrigação resultante da prática de ato ilícito.³⁵

A ausência de característica de sanção é confirmada, por exemplo, pelo alcance dessa obrigação, que atinge o agente público e terceiros particulares beneficiários ou partícipes (art. 3º da Lei 8.429/1992), em regime de solidariedade, sendo transmissível aos sucessores no limite das forças da herança (art. 8º da Lei 8.429/1992), o que não se coaduna com as sanções, que são intransmissíveis e não admitem solidariedade.

Dano, em sentido estrito, é a lesão ao patrimônio, que é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, conforme define Carlos Roberto Gonçalves. Este autor aprecia o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio, prendendo a matéria à indenização, que abrange aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar. Afirma que o ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido.³⁶

O ressarcimento do dano visa à recomposição do prejuízo material experimentado pela Administração Pública e deverá ser integral, impondo correção monetária, juros etc., e, conforme ensina Wallace Paiva Martins Junior, não corresponde obrigatoriamente à totalidade de um dispêndio público, podendo ser encontrada pela apuração da quantia correspondente à lesão e à redução patrimonial experimentada.³⁷

Suportam o ressarcimento do dano os bens do patrimônio do devedor – presentes, pretéritos ou pósteros (art. 942, Código Civil; art. 789, Código de Processo Civil).

Lesado o patrimônio público, o ressarcimento deve ser buscado com fundamento na responsabilidade civil, segundo os critérios desta. A mera responsabilidade de ressarcir os cofres públicos não é uma sanção e não está rigorosamente submetida aos princípios

³⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. p. 318.

³⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Sanções por ato de improbidade administrativa*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 02.maio.2017.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 545-548.

³⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Sanções por ato de improbidade administrativa*.

norteadores do Direito Administrativo Sancionador. Não se trata de sanção administrativa, ensina Fábio Medina Osório.³⁸

³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 373.

2 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA

A sanção administrativa, abordada adiante no tópico 2.3, é a resposta a determinado ilícito administrativo.

Diferentemente da responsabilidade civil, cujo fim é a reparação do dano, residindo, portanto, em resultado estritamente material, a responsabilidade administrativa está diretamente relacionada à aplicação de uma sanção, dentre as quais figuram as restrições de direitos.

Adiantamo-nos em afirmar a necessária culpabilidade para a configuração do ilícito administrativo, discordando de autores como Daniel Ferreira, segundo o qual o ilícito administrativo consiste no “comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma sanção da mesma natureza”.³⁹

Esse autor, ao fazer referência ao comportamento voluntário, afasta a necessidade da exigência da culpa do suposto infrator para que ocorra a responsabilização administrativa. Cita como exemplos a infração de trânsito, afirmando que no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) não há qualquer menção exigindo a culpa no comportamento do infrator; e as infrações tributárias de atraso no pagamento do tributo, onde as razões da não pontual quitação da obrigação são desimportantes para o direito; concluindo que a regra é a inexigibilidade de culpa ou dolo para caracterização da infração administrativa.⁴⁰

Esta construção, todavia, não se coaduna com o direito sancionador, no qual está inserido o direito administrativo e todo tipo de sanção que decorra de um ato ilícito, exceto o ressarcimento, por nós excluído da classificação de sanção.

No que diz respeito ao tema deste trabalho, a própria definição de ilícito administrativo ou infração administrativa do mencionado autor, inspirada nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, afasta a possibilidade de que a pessoa jurídica seja autora.⁴¹

Se a infração administrativa é um descumprimento voluntário da norma administrativa, nos parece óbvio que ela exige uma conduta humana e, nesse aspecto, nem precisamos estender a discussão a respeito da culpabilidade.

³⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

⁴⁰ FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas: panorama geral*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, t. II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional/coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos). Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/tomo/2>>. Acesso em: 02 maio 2017.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 876.

Não ignoramos que determinadas infrações, quando excepcionalmente dispensado o elemento subjetivo, podem resultar em sanções pecuniárias à pessoa jurídica. É o que prevê a Constituição Federal em caso de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; e também é como disciplina a Lei nº 12.529/11, ressalvada a responsabilidade objetiva, à qual nos dedicaremos no tópico relativo 4.6.

Nota-se que a Lei nº 9.605/98, ao disciplinar as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê as seguintes sanções restritivas de direitos que podem ser aplicadas à pessoa jurídica: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

De acordo com os dispositivos legais, as duas primeiras resultam do poder de polícia e a terceira é consequência da sanção à pessoa física, já que as pessoas jurídicas são responsabilizadas, segundo essa lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.⁴²

A aplicação da sanção administrativa à pessoa jurídica, nos casos de sanções transmissíveis, segundo ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, seria possível se a legislação expressamente a considerar responsável subsidiário.⁴³

Aproveitamos as palavras de Daniel Ferreira para confirmar nossa inclinação: “Dita constatação é fundamental, sob pena de admitir-se sancionamento administrativo de fatos e não de comportamentos, propriamente ditos”.⁴⁴

O comportamento da pessoa jurídica somente se concretiza por meio da conduta humana. O direito, embora tenha criado o ente fictício para determinados efeitos, estabeleceu, como parece lógico, a dependência da manifestação humana.

José Lamartine Corrêa de Oliveira concebe a pessoa jurídica como sendo um ser, uma unidade ontológica constituída pela reunião de seres humanos que a integram em uma existência autônoma, revelando-se uma “realidade permanente, individual, completa, incomunicável fonte de atividade consciente e livre, realidade distinta. Realiza todas as características da personalidade, menos uma: a substancialidade”.⁴⁵

⁴² Art. 23. §1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. §2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 878 e 885.

⁴⁴ FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas: panorama geral*.

⁴⁵ OLIVERA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo. Saraiva, 1979. p. 17.

Sustenta que essa unidade ontológica não possui “forma substancial”, mas, sim, “forma accidental”, uma vez que para existir depende dos seres humanos que estão sob sua existência. A pessoa jurídica é uma “realidade análoga à pessoa humana pelo fato de ela se identificar em muitos pontos com a pessoa natural; distinguindo-se, porém, dessa, pelo fato de aquela revelar substancialidade, sendo que a pessoa jurídica é destituída de substância”.⁴⁶

Sancionar a pessoa jurídica isoladamente significa punir os fatos e não a conduta.

2.1 Direito administrativo sancionador

Nas sociedades primitivas ou no direito romano, o direito punitivo era visto de forma unitária.

No direito moderno, as raízes mais diretas do direito administrativo sancionador nasceram a partir da Revolução Francesa, quando surgiram e se consolidaram os dois principais sustentáculos das modernas teorias das sanções administrativas: o princípio da separação dos poderes e da separação das autoridades judiciais e administrativas. É o que muito bem adverte Fábio Medina Osório.⁴⁷

Na evolução histórica do direito punitivo e do poder sancionador do Estado, e sua fragmentação nos ramos de direito penal e direito administrativo sancionador, o direito administrativo aparece na tutela de funções ordenadas e repressivas da autoridade.

O Direito Administrativo foi desenvolvido na França pós Revolução Francesa, marcadamente por meio da dualidade de jurisdição que deslocou para o então recém-instituído Conselho de Estado as questões pertinentes à Administração Pública.

A despeito de sua natureza jurisdicional, o Conselho de Estado é integrado ao Poder Executivo e responsável pelo contencioso administrativo. Desempenhou o papel de elaborar o direito administrativo a partir do exame do caso concreto, preocupando-se em encontrar a solução adequada ao litígio sem vinculação rigorosa à lei, já que esta se limitava, na maioria dos casos, à disciplina das relações privadas.

A origem do Direito Administrativo, construída a partir da jurisprudência, advém da ruptura com o Absolutismo, período durante o qual o Monarca não se submetia à lei, de modo

⁴⁶ OLIVERA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. p.17-18; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 46, 2007. p. 128-129.

⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 188.

que não existia um conjunto de regras que disciplinasse a conduta do Soberano e suas relações com os súditos.

As decisões do Conselho de Estado não se curvam exclusivamente à letra legal; são desenvolvidas com o olhar voltado para a relação entre a Administração e o particular, onde esta goza de maior autonomia do que aquela outorgada pelo direito brasileiro.

Ilustrando essa vertente que nega ou relativiza o positivismo, temos como exemplo a doutrina de François Génin em *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, citada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, onde o autor francês se posiciona dizendo que a lei escrita é incapaz de dar solução a muitos problemas sobre as próprias matérias por ela reguladas; segundo ele tal solução depende, muitas vezes, da ponderação sobre os fatos sociais, a fim de evitar que a aplicação da lei possa produzir resultados diferentes daqueles que estavam na vontade do legislador.⁴⁸

Também é importante anotar, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, que na França, após a Revolução, desenvolveu-se uma singular concepção de tripartição do exercício do poder, segundo a qual o controle dos atos do Executivo pelo Judiciário configurava interferência, o que motivou a criação do Conselho de Estado.⁴⁹

A partir do momento que a autonomia do Direito Administrativo ganhou corpo, iniciou-se a discussão de qual seria o fundamento, a noção base que constrói o Direito Administrativo.

Ao longo do tempo foi ensaiada uma pluralidade de critérios, sendo a mais célebre a noção de serviço público, a qual explicava o âmbito da Administração Pública no sentido orgânico. No entanto, após a 2ª Guerra Mundial, surgiram críticas crescentes à teoria do serviço público, na medida em que a Administração Pública passou a se ocupar cada vez mais de atividades econômicas e prestadoras, passando a se submeter, em larga medida, ao Direito Privado.

Passou-se a defender, então, a impossibilidade de formulação de um critério único de explicação da essência do Direito Administrativo, chegando-se ao critério de caráter pessoal ou estatutário para definir o Direito Administrativo como aquele próprio da Administração. Nessa perspectiva, o Direito Administrativo regularia certas espécies singulares de sujeitos, que se agrupam sobre o nome de Administração Pública. Esse critério é defendido, por

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito privado e a administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 82.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 38-39.

exemplo, por José Manuel Sérvulo Correia,⁵⁰ que define Direito Administrativo como ramo do Direito Público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública.

Concordamos com Diogo Freitas do Amaral, segundo quem a Administração não é regulada apenas por um estatuto jurídico, mas por dois, o estatuto de Direito Administrativo e o estatuto de Direito Privado. Para esse autor, o Direito Administrativo é o direito comum da função administrativa.⁵¹

Sob esse ângulo, o Direito Administrativo não se reduz às atividades da Administração Pública, mas, de todos aqueles que estiverem no exercício da função administrativa, única forma, portanto, de se explicar a razão pela qual as regras e princípios de direito público se estendem, nestes casos, aos particulares.

Para delimitar o raio de incidência do Direito Administrativo, Fábio Medina Osório⁵² utiliza os seguintes critérios: a) presença formal, direta ou indireta, da Administração Pública na relação jurídica; b) presença de uma atividade administrativa, permeada por interesse público; c) previsão de regime jurídico publicista à relação jurídica, dotando a Administração Pública de poderes e prerrogativas públicas.

Construído o Direito Administrativo sob a sustentação de princípios coerentes e lógicos que lhe imprimiram unicidade, tem-se o que se denomina sistema, conceituado por Geraldo Ataliba como a composição harmônica de elementos, sob a perspectiva unitária, que integra uma realidade maior.⁵³

Celso Antônio Bandeira de Mello, reportando-se ao Direito Administrativo, designa esse sistema como regime jurídico administrativo. Para este autor o regime jurídico administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público⁵⁴ sobre o

⁵⁰ CORREIA, José Manuel. *Noções de direito administrativo I*. Lisboa: Danubio, 1982. p. 54.

⁵¹ AMARAL, Diogo Freitas do. Apreciação da dissertação de doutoramento do lic. J. M. Sérvulo Correia - Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXIX. Lisboa, 1988. p. 159-166.

⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

⁵³ ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 4.

⁵⁴ Para aprofundamento sobre o conceito de interesse público, inclusive do “princípio” da supremacia do interesse público, indicamos para leitura: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 70-90 e 99-102; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136; ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, 1998, p. 159-180; e MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 123-131. Adiantamos, não obstante, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o interesse público só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro”; “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos

interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (*Curso de direito administrativo*, p. 62). A partir dessas lições, podemos considerar sinteticamente o interesse público uma dimensão do interesse privado. Esse conceito nos incentiva a defender que não existe supremacia do interesse público sobre o particular, já que não há objeto sobre o qual o primeiro exerça prevalência, ao passo que ele é exatamente uma parcela do segundo e visa sua satisfação. Nos ajudou a alcançar dita conclusão o magistério de Humberto Ávila segundo quem: “Dessa discussão orientada pela Teoria Geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. Segunda: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados fundamentada na sistematização das normas constitucionais”. (Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, p. 171). Sobre a [ausência de] supremacia do interesse público sobre o privado, recomendamos a leitura de Humberto Ávila (obra acima indicada), adiante brevemente resumida para situar a nossa conclusão: A supremacia do interesse público não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus. O referido princípio é – tal como seria definido pela Teoria Geral do Direito – uma regra abstrata de preferência no caso de colisão em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*. A ele faltam fundamentos jurídicos positivos de validade. Primeiro porque a Constituição brasileira, por meio de normas princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17) e das normas princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade, a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria em favor dos interesses privados em vez dos públicos. Dessa garantia em favor da vida e dos direitos privados resulta um ônus de argumentação em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados. Além disso, esse “princípio” possui um conteúdo não só indeterminável, como, caso descrito como princípio geral, inconciliável com os interesses privados. A indeterminabilidade empírica vai de encontro ao postulado da explicitude das premissas, decorrente da própria segurança jurídica. O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Outro argumento a excluir um fundamento de validade a esse princípio é a parcial incompatibilidade com postulados normativos extraídos de normas constitucionais, sobretudo com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática. O primeiro exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção. A concordância prática determina que os interesses que estão em posição de contraposição devem ser de tal forma ponderados, que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização a cada um deles. Da constatação de que os órgãos administrativos possuem em alguns casos uma posição privilegiada relativamente aos particulares não resulta, de modo algum, na corroboração da supremacia do interesse público sobre o particular. Essa posição indica, tão só, que os órgãos administrativos exercem uma função pública, para cujo ótimo desempenho são necessários determinados instrumentos técnicos, devidamente transformados em regras jurídicas. O interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente do interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do Direito Administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão. Registramos, ainda, o pensamento – não compartilhado por nós – segundo o qual a Administração Pública possui interesse próprio, subdividindo o interesse público em primário e secundário. Para nós o interesse público é uno, sendo ele o mesmo que movimenta a vontade do Estado e do cidadão. Ousamos divergir, nesse ponto, de Celso Antônio Bandeira de Mello cujos ensinamentos no que tange ao interesse público secundário são: “É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde

particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Para nós, em que pese a respeitável lição do referido autor, o regime jurídico administrativo está escorado no interesse público e funciona mais como garantia aos administrados do que como privilégios para a Administração Pública.⁵⁵

O direito administrativo sancionador se expande a partir da ideia de que o Estado carece de funções para viabilizar sua própria e direta atuação. Embora tenha sua origem na função de polícia, o direito administrativo sancionador não se confunde com o poder sancionador da Administração Pública, pois é passível de imposição pelo Poder Judiciário.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto registra que o avanço para o conceito de Estado Democrático de Direito, ao agregar o elemento da legitimidade, subordinou a ação estatal ao atendimento do interesse público, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como direitos fundamentais dos cidadãos.⁵⁶

Essas premissas são especialmente importantes para estabelecer a essência e os limites do poder punitivo estatal decorrente da aplicação de sanções pela Administração ou pelo Poder Judiciário.

Alcançada essa consciência, a doutrina, capitaneada por Alejandro Nieto García, reconheceu a necessidade de dispensar tratamento integrado ao poder punitivo, por meio de um núcleo principiológico orientador do poder estatal.⁵⁷

Fábio Medina Osório ensina que no campo constitucional há cláusulas comuns ao Direito Público Punitivo como um conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado.⁵⁸

São comuns a essas atividades: a inexistência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (princípio da legalidade – art. 5º, XXXIX); a previsão de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (princípio da irretroatividade –

defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles” (*Curso de direito administrativo*. p. 65-66).

Registramos, por fim, a defesa da supremacia do interesse público por Ricardo Marcondes Martins, para quem há de se reconhecer a dupla natureza da supremacia: o princípio da supremacia e a regra da supremacia, bastando uma rápida leitura do texto constitucional vigente para se constatar que os bens coletivos, no plano abstrato, têm um peso maior do que os direitos individuais, sendo que essa prevalência *prima facie* sobre os direitos individuais é dada pelo princípio formal especial da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o autor, a regra da supremacia tem como efeitos: a inserção do Estado numa posição de verticalidade em relação ao particular; concede aos órgãos estatais certas prerrogativas para que possam tutelar o interesse público; e impõe restrições especiais a quem torne os órgãos públicos presentes nas relações jurídicas.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 55-56.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principilogia no direito administrativo sancionador*. p. III-2.

⁵⁷ GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993, *passim*.

⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 154-158.

art. 5º, XL); a vedação de que a pena não passará da pessoa do condenado (princípio da intranscendência da pena – art. 5º, XLV) e de que qualquer indivíduo seja privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo (princípio do devido processo legal – art. 5º, LIV); e a garantia a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, da ampla defesa (princípio da ampla defesa e do contraditório – art. 5º, LV).

O Supremo Tribunal Federal consagrou a tese do devido processo legal punitivo, com abrangência para estabelecer regime jurídico sólido e garantista para os acusados de improbidade, percebendo mais profundamente o impacto daquelas sanções nos direitos fundamentais, porque o rótulo “ação civil pública” é indiferente para perquirição do regime jurídico, conforme preleciona Fábio Osório Medina. Segundo o autor, aplicam-se aos atos de improbidade - e também aos atos lesivos à Administração Pública, posto que de improbidade por essência -, os princípios do Direito Punitivo e, muito especialmente, os do Direito Administrativo Sancionador:

Daí a incidência do devido processo legal como garantia dos acusados e condicionante dos atos estatais punitivos. Dele decorrem os princípios da Legalidade, da Tipicidade e da Culpabilidade. Também nele se percebe o princípio da Presunção de Inocência. E a razão é muito singela: sendo assegurado um devido processo legal, não há que se negar a evidência de que somente a lei pode fixar procedimentos, infrações e sanções, tal como ocorre no Direito Penal, admitindo-se apenas os matizes do Direito Administrativo.⁵⁹

O bem jurídico ou o valor protegido pela norma é fundamental para impor os limites das proibições e do alcance das sanções.

Exige-se uma gradação proporcional das respostas estatais no direito punitivo. A proteção a direitos fundamentais, que legitima restrição a outros direitos fundamentais, deve ocorrer de modo razoável e proporcional, o que projeta efeitos nas teorias do ilícito e da tipicidade em Direito Sancionador.⁶⁰

A Lei nº 8.249/92 e a Lei nº 12.846/13, objeto de nosso estudo, sofrem influência direta dos princípios que irradiam da Constituição Federal e fundamentam a atividade punitiva do Estado, a seguir abordados. Adotaremos, diante da brevidade do assunto neste trabalho, o conceito de princípio⁶¹ lecionado por Celso Antônio Bandeira de Mello,

⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista da Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, nº 50, out. 2012. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 18 abr. 2017. p. 11.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa*. p. 12.

⁶¹ O conceito de princípio, segundo Ricardo Marcondes Martins, passou por três fases na história da Ciência do Direito. Na primeira fase, aproximava-se do significado comum da palavra, era o fundamento de uma dada disciplina jurídica. Na segunda fase adquire significação técnica, deixa de ser todo assunto importante e geral e passa a ser determinado enunciado do direito positivo, dotado de extraordinária importância para o

destacando que a nossa concepção de princípio se vincula ao sentido de elemento estruturante e não de valor juridicizado:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, que lhe confere a tônica e lhe dão sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁶²

2.1.1 Princípio do devido processo legal

As pressões contra o arbítrio real atingem seu clímax quando, em 1215, João Sem Terra outorga aos senhores dos feudos a Magna Carta, concebida por seus redatores como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento. João Sem Terra assegurava a inviolabilidade dos direitos do baronato relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria pela “lei da terra” (*per legem terrae ou law of land*).

Em 1354, durante o reinado de Eduardo III, a expressão *per legem terrae* foi substituída por *due processo of law*, princípio esse reafirmado em 1628 na *Petition of Rights* formulada sob a inspiração de Lord Coke e endereçada a Carlos I, que mandou prender cinco membros da nobreza por se recusarem a subscrever um empréstimo compulsório ilegalmente lançado. Traduzida em seus elementos mais simples, a garantia se resumia no direito a um processo ordenado.

O estabelecimento dos primeiros colonizadores ingleses nas terras do Novo Mundo, no início do século XVII, assinala a vigência implícita da garantia do adequado processo legal no sistema jurídico, porquanto aos que seguiam para a América se asseguravam os mesmos direitos que sob a égide da Magna Carta assistiam aos súditos britânicos em geral.

entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa a ele atribuída. Na terceira fase o princípio tem a estrutura lógica de norma jurídica, passível de aplicação direta no mundo fenomênico. Para o autor há diferença qualitativa entre as regras e os princípios, tanto no modo de positivação – os princípios exigem que seja atingido um fim, mas não fixam o comportamento a ser adotado para que o fim seja atingido, ao contrário das regras, que fixam o comportamento a ser adotado -, como no modo de aplicação - aplicação dos princípios se dá pela ponderação e a aplicação das regras pela subsunção. Apesar das diferenças, ambos possuem a estrutura lógica de uma norma jurídica. Ressalva que a terceira fase não superou a segunda. Ambas se somaram, pois não é possível abdicar da estrutura sistêmica do Direito. Princípio jurídico é o nome dado aos mandamentos nucleares do sistema jurídico e também é o nome dado às normas jurídicas que impõem mandados de otimização (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15, 19-21 e 27-29).

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 299.

Somente em 1641, com a promulgação da “Declaração de Liberdades” da colônia de Massachussetts, que se inscreveu princípio análogo ao consagrado na Carta Fundamental do povo inglês, seguida pelas leis de Nova York e Nova Jersey. Acolhida na Declaração dos Direitos da colônia de Virgínia, limitava-se seu alcance a questões especificamente criminais, assim como na Constituição de Vermont. Nova York, Pennsylvania, Massachusetts e Maryland estenderam a proteção também aos direitos patrimoniais.

É tão somente com a Convenção da Filadélfia, da qual emerge, em 1787, a Federação e a Constituição dos Estados Unidos, que se fez sentir, no plano federal, a necessidade de se circunscrever na esfera privativa dos direitos individuais. Na Emenda V cristalizara-se o preceito: “No person shall... be deprived of life, liberty or property, without due process of law”.

A limitação que anteriormente constrangia apenas o governo central, a partir de 1868, por meio da emenda XIV, incorporou-se ao Estatuto básico do país e passou a pesar sobre os Estados. Esse é o histórico relatado por Antonio Roberto Sampaio.⁶³

Humberto Ávila ensina que o processo é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios ou da incidência de regras. O processo não é independente dos direitos fundamentais que se pretende realizar. Isso porque os princípios formais e materiais de um ordenamento jurídico mantém uma relação de reciprocidade, pois as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais.⁶⁴

Segundo esse autor, os elementos atribuídos ao devido processo procedimental são decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais. O dever de adoção de um processo adequado ou justo é uma consequência normativa indireta da proteção de um direito, quer decorrente da aplicação de um princípio, quer da incidência de uma regra.

Sendo o processo adequado ou justo aquele estruturado de maneira proporcional e razoável à proteção do direito fundamental alegado, os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são as próprias medidas do processo adequado ou justo, são decorrências diretas e internas dos princípios da liberdade e da igualdade, fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. Exatamente por isso que os deveres de proporcionalidade e

⁶³ Antonio Roberto Sampaio Dória expõe com detalhes a linha histórica do devido processo legal. DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, cap. II. p. 21-52.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, v. 163, p. 51-59, set. 2008. p. 54.

de razoabilidade são aplicados mesmo onde não haja qualquer previsão expressa ao devido processo legal.

Para Humberto Ávila, o uso da expressão devido processo legal substancial é triplamente inconsistente: em primeiro lugar porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao devido processo legal; em segundo lugar porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual; em terceiro lugar porque o devido processo legal substancial dá a entender que esses deveres não estão presentes no devido processo legal procedimental. Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado e justo, é equivocado afirmar que há um devido processo legal procedimental, entendido como direito a um processo adequado e justo.

O Constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do devido processo legal, como ainda fez vários daqueles elementos que dele derivam ser deduzidos: juiz natural, imparcial, ampla defesa e contraditório, motivação, publicidade, proibição de prova ilícita. Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto.

Como vários elementos necessários à promoção do ideal de protetividade já estão previstos na própria Constituição, o princípio do devido processo legal procedimental, ao ascender à posição de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos, que tanto podem convergir, quanto divergir relativamente ao fim maior.

Divergente é a opinião de Ricardo Marcondes Martins, para quem o devido processo legal biparte-se em dois institutos: o devido processo legal adjetivo e o substantivo. O primeiro é um instituto que se aplica a todo direito, seja o direito substantivo, seja o processual.⁶⁵

O devido processo legal adjetivo não é apenas o dever de seguir um processo previamente estabelecido na lei. A menção ao devido só pode indicar que o processo legal é devido não a título da lei, mas a título de justiça. O justo processo legal é aquele que obedece a uma série de princípios processuais. O devido processo legal adjetivo seria um princípio constitucional geral que é concretizado por uma série de princípios constitucionais especiais (contraditório, ampla defesa, motivação, publicidade, imparcialidade etc.). Sendo um

⁶⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan.-mar. 2004. p. 369-375.

princípio, é normal que colida com outros princípios. E, diante do caso concreto, pode ter um peso diferenciado, sendo parcialmente ou até mesmo completamente afastado.

Segundo Ricardo Marcondes Martins, muitos princípios que regem a função administrativa também estão abrangidos pelo princípio geral do devido processo legal, como, por exemplo, os princípios da motivação e da igualdade. Esses princípios incidem no processo administrativo não em decorrência da incidência do devido processo legal, mas por se tratar de função administrativa.

Há, no entanto, segundo o autor, princípios inerentes ao devido processo legal, necessários para a justiça do processo, tais como a imparcialidade e o juiz natural, que não regem a função administrativa nem são aplicáveis ao processo administrativo por determinação expressa da Constituição. Referidos princípios só serão aplicáveis ao processo administrativo se a este for aplicado o devido processo legal.

Para ele, três são os motivos que fundamentam a não aplicação do devido processo legal adjetivo no processo administrativo.

O primeiro é normativo: o Constituinte de 1988 enunciou no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No inciso seguinte prescreveu que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Não determinou que o princípio do devido processo legal se aplique ao processo administrativo. A privação dos bens ou da liberdade exige o devido processo legal. O processo administrativo não leva à privação de bens ou da liberdade, ao menos a privação definitiva, posto que sempre será passível de revisão judicial, e, assim, não há incidência necessária do devido processo legal.

O segundo é de ordem lógica. Dá-se ao indivíduo, ao menos no ordenamento brasileiro, o direito de ver instaurado dois processos justos, um na Administração e outro no Judiciário. Indaga-se, então, se o processo administrativo já foi justo, por que se faz necessária a possibilidade de instauração de um novo processo no Judiciário. Pela razão óbvia: o processo administrativo não reúne, e nem deve reunir, os predicados exigidos para ser justo, pois nele não atuam todos os predicados do princípio do devido processo legal.

O terceiro motivo é de ordem prática. Para a privação da liberdade ou da propriedade dos bens do indivíduo é necessária, por imposição constitucional, a instauração de um processo em que se assegure o devido processo legal e este só é assegurado no processo jurisdicional. Não há que se falar, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio do administrador natural, nem do princípio da imparcialidade.

Nada impede, todavia, que o legislador institua maiores garantias ao administrado do que as exigidas pelo sistema constitucional. Foi o que fez o legislador federal na lei de processo administrativo, ao prever os institutos do impedimento e da suspeição. Não há inconstitucionalidade nesses dispositivos, segundo Ricardo Marcondes Martins, desde que se efetue, no caso concreto, a devida ponderação entre o princípio do interesse público e os direitos dos administrados, pois a ênfase desmedida nas garantias pode impossibilitar o exercício da função administrativa e impedir a satisfação do interesse público.

Marcondes defende que os princípios do contraditório e da ampla defesa não atuam no processo administrativo de defesa da mesma forma que atuam no processo jurisdicional. A exigência de equilíbrio entre o cumprimento da função administrativa e a garantia dos direitos dos administrados faz que os princípios do contraditório e da ampla defesa atuem de forma diferenciada. No processo administrativo disciplinar, por exemplo, a presença de advogado é dispensável, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversamente do que entende Ricardo Marcondes Martins, não pensamos seja possível o cumprimento da função administrativa mediante o sacrifício da garantia fundamental do devido processo legal, ainda que o ato administrativo possa ser sindicado pelo Poder Judiciário. Embora a Constituição não mencione expressamente essa garantia no inciso que cuida do processo administrativo, neste mesmo dispositivo equipara o processo administrativo ao processo judicial, deixando implícito, para quem não enxerga o que está escancarado, que o devido processo legal não é exclusivo do Judiciário. O Poder Judiciário, ao sindicat os atos administrativos, se concentra no controle de legalidade, sem avançar no mérito do ato. Referido controle é o mesmo exercido em grau recursal, quando o Tribunal Superior aprecia a decisão singular, neste caso adentrando, além do controle de legalidade, na matéria de mérito. Isso não quer dizer que em primeira instância não há devido processo legal, pelo simples fato da decisão estar sujeita ao duplo grau de jurisdição. Admitir que no processo administrativo não se impõe a garantia do devido processo legal se torna ainda mais perigoso quando estendida referida exceção aos Tribunais de Contas, Cortes Administrativas que, embora não desempenhem atividade jurisdicional, estão, ao largo das vezes, absolutamente imunes ao controle, já que suas decisões dificilmente são revistas pelo Poder Judiciário. Por fim, invocamos uma lição básica da hermenêutica para interpretação do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal: onde o legislador, neste caso o Constituinte, não limitou, não cabe ao intérprete fazê-lo. A redação do dispositivo constitucional é muito clara ao conferir abrangência à aplicação da garantia do devido processo legal, ao passo que não o restringiu ao Judiciário, até porque é possível a limitação da liberdade e da propriedade em processo

administrativo, ainda que a decisão seja passível de controle pelo Poder Judiciário. Basta citar as medidas administrativas aplicadas, por exemplo, em âmbito de infrações de trânsito que resultam, inclusive, em apreensão do veículo, o que, além de implicar em limitação da propriedade, também podem ser consideradas restrição da liberdade, já que o direito de ir e vir é comprometido se o proprietário do veículo reside em local não servido por transporte; além da mais gravosa perda que é a desapropriação.

O devido processo legal garante não somente o trâmite regular do processo administrativo ou judicial, assegurando o contraditório, a ampla defesa e todos os meios a eles inerentes, mas visa perspectiva maior, sendo corolário, aliás, do princípio da dignidade da pessoa humana.

No campo do Direito Administrativo Sancionador essa garantia se apresenta mais necessária; os ilícitos administrativos devem guardar correlação lógica com a aplicação de sanções que lhes sejam proporcionais, em decorrência, conforme dissemos alhures citando as lições de Humberto Ávila, da positividade dos direitos fundamentais. O devido processo legal está estruturado nas garantias que encontram fundamento na proporcionalidade.

Nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal em importante decisão:

Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2551 – MG. Min. Rel. Celso de Mello, julgamento em 02/04/2003: A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A proporcionalidade, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é um princípio que introduz em qualquer ramo do Direito uma premissa de justiça, posto que é nele que devem ser encontradas as balizas e os métodos equânimes e uniformizantes, destinados justamente a evitar distorções, excessos e incongruências na aplicação das normas, em especial naquelas afetas ao Direito Administrativo Sancionador.⁶⁶

2.1.2 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade, segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, é uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada especialmente nos casos em que um ato

⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. III-8.

estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. É instrumento contra o excesso dos poderes estatais que, segundo o autor, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura.⁶⁷

José Roberto Pimenta Oliveira ensina que esse princípio é instrumental para promover a contenção da arbitrariedade mediante o controle dos atos administrativos discricionários.⁶⁸

É o que leciona Humberto Ávila quando afirma que a proporcionalidade cresce em importância no Direito, sendo que cada vez mais ela serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público, constituindo-se de um postulado normativo aplicativo, cujo emprego depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.⁶⁹

O autor explica que na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, a proporcionalidade tem estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia da mera exigência de razoabilidade. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

A real importância dessa ordem se evidencia quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras se relacionam de forma subsidiária entre si.

Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Um ato estatal que limita um direito fundamental somente é necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. O exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

⁶⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A proporcionalidade e o razoável. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 27-28.

⁶⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 192.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 204-205.

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais. Se admitido que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios e que os princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto.

Carlos Bernal Pulido trata a proporcionalidade como princípio, subdividindo-a entre os subprincípios da idoneidade, da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁰

De acordo com o subprincípio da idoneidade, também chamado pelo autor de adequação, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo e idôneo para favorecer sua obtenção.

A análise acerca da legitimidade do fim legislativo é designada como juízo de razoabilidade e utilizado como sinônimo de não arbitrariedade; tem como objeto constatar que a norma legal examinada não constitui uma decisão arbitrária porque está fundamentada em alguma razão legítima. Toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental envolvido, entre todas aquelas que revestem pelo menos a mesma idoneidade para contribuir com o alcance do objetivo proposto.

Já a ponderação dos princípios constitucionais a favor e contra a legitimidade do fim deve se diferir até a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Quanto mais intensa for a intervenção legislativa no direito fundamental, maior deverá ser a segurança com que dita intervenção contribui para a obtenção de sua finalidade. De modo correlativo: quanto mais segurança se exija de tais premissas, mais intenso deve ser o controle do Tribunal e mais reduzido deve ser o âmbito de apreciação empírica do Legislador.

Para Bernal Pulido, os critérios de racionalidade, consistentes na clareza argumentativa e na saturação, impõem o dever de diferenciar entre a medida adotada pelo Legislador (meio), sua finalidade concreta (fim imediato) e o princípio constitucional de primeiro ou segundo grau ao qual esta finalidade alcançará (fim mediato).

A idoneidade de uma medida adotada pelo Legislativo dependerá de que esta guarde uma relação positiva de qualquer tipo com seu fim imediato, quer dizer, que facilite sua realização de algum modo, independentemente de seu grau de eficácia, rapidez, plenitude e segurança.

⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 692-763.

Ricardo Marcondes Martins adverte que a regra é posta visando a concretização de um valor que, por sua vez, está positivado num princípio expresso ou implícito. Nem toda regra exige um cumprimento pleno, pois, efetuada a ponderação entre princípios colidentes, a regra concretizadora do princípio menos pesado no caso concreto pode ser parcial ou totalmente afastada pela regra concretizado do princípio mais pesado ou simplesmente afastada por este. Segundo o autor, o princípio tem a seguinte composição: na hipótese prevê a edição de uma regra jurídica, seja abstrata ou concreta, geral ou individual; na consequência impõe o dever ao editor da regra de efetuar a ponderação, de apurar, diante das circunstâncias do caso perante o qual a norma está editada, o peso do princípio e, na medida desse peso, observar o valor consagrado pelo princípio no conteúdo da regra a ser editada, dando ao destinatário da norma o direito de exigir do edito que cumpra esses deveres.

O autor registra, ainda, que a Administração Pública não possui liberdade, só os particulares. Por essa razão, toda conduta do Estado depende de prévia edição de uma regra concreta. Já a conduta dos particulares é fruto de sua liberdade, não correspondem ao efeito de uma norma concreta previamente editada. Assim, no direito público os princípios jurídicos são normas de estrutura, enquanto no direito privado podem figurar como norma de estrutura ou norma de conduta.⁷¹

2.1.3 Princípio da legalidade

Alguns autores, dentre eles Cármen Lúcia Antunes Rocha, preferem abordar o princípio da legalidade sob a abrangência da juridicidade,⁷² conquanto este contemplaria em sua inteireza o Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo. Anuncia que a partir do princípio da juridicidade o Direito passou de condição e limite para fundamento e conteúdo validador do comportamento administrativo público, incorporando a feição do Estado de Direito.⁷³

Não concordamos com essa amplitude conferida pela autora, de modo que não aplicamos neste trabalho a abrangência de legalidade por ela desenvolvida. Adotamos o

⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19-21.

⁷² Em que pese os lúcidos motivos que justificam a adoção do princípio da legalidade como juridicidade, a expressão adotada doravante será a mesma rotulada em nosso Texto Constitucional, qual seja: princípio da legalidade.

⁷³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. p. 69-70. Para estudo mais detalhado a respeito da evolução histórica desse princípio, inclusive as passagens sobre os Estados Social e Democrático de Direito, sugerimos consulta ao livro em referência, visto que este trabalho não comporta a minuciosa abordagem traçada pela autora.

conceito restrito de legalidade considerando, notadamente no que diz respeito ao exercício do poder punitivo, somente o contido na lei em sentido estrito, conquanto este princípio, pressuposto estruturante do Estado de Direito, garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88). No ambiente público, impõe a submissão da atividade estatal à lei (art. 37, *caput*).

Está consagrado como direito fundamental, sendo titular o indivíduo; como controle ao administrador público, sendo titular, igualmente, o cidadão. Também decorre da aplicação deste princípio a garantia de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, CF/88).

Duguit afirma que o princípio da legalidade é essencialmente protetor do indivíduo. A imutabilidade, a generalidade e o caráter abstrato da lei formam a proteção de maior eficácia do indivíduo contra o arbítrio dos governantes.⁷⁴

Assim, o princípio da legalidade, norteador da Administração Pública, é um dever. Ao contrário do particular, protegido pela liberdade, expressão maior do princípio disposto no art. 5º, inciso II, à Administração não é franqueada essa mesma liberdade. Esse é o sentido das máximas: o particular pode fazer tudo o que não está vedado pela lei, mas, por outro lado, a Administração só pode agir nos exatos termos da lei (reserva legal).

Equivale dizer que a Administração exerce atividade ou função de agregar à lei nível de concreção. É o que se extrai do art. 84, inciso IV, segundo o qual compete ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Está contido no princípio da legalidade, conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade, segundo o qual, por força da lei, a Administração está obrigada a buscar a finalidade normativa, circunscrevendo-se a ela.⁷⁵

As fontes do princípio da legalidade, aqui entendida em seu sentido amplo, do qual discordamos, são todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, desde a Constituição até o ato normativo produzido a partir da função administrativa. São elas, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha:⁷⁶

⁷⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième. La théorie générale de l'État*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Editeurs, 1930. p. 733.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. p. 106-108.

⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. p. 92-104.

- a) Regulamentos:⁷⁷ atos normativos infra legais expedidos no exercício de competência atípica da Administração Pública, cumprindo o dever de execução da lei. Cuida-se de caso típico de auto-vinculação,⁷⁸ ou seja, o Poder Público cria a reserva legal que ele próprio deverá se ater, desde que não ultrapasse os limites traçados pela lei, já que no Brasil não existe regulamento autônomo;
- b) Atos e tratados internacionais;
- c) Princípios gerais de Direito: assim considerados os elementos vetores da interpretação;

No campo do Direito Administrativo Sancionador, não se pode compreender a atividade punitiva do Estado sem que prevista em lei em sentido formal, posto que a imposição de sanções administrativas a particulares significa atingi-los em suas atividades, seus bens e seu patrimônio, restringindo, portanto, direitos individuais.

Marçal Justen Filho adverte que “não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções. Embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo, a proximidade dos fenômenos é inquestionável, de modo que a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados, especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais”. A legalidade exige que o ilícito administrativo e a correspondente sanção estejam previstos em lei formal. Retrata a remessa da punição à soberania popular. Somente o povo é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos e de escolher as sanções correspondentes e adequadas.⁷⁹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que não há afronta ao princípio da legalidade os atos normativos secundários que regulamentam normas legais de caráter sancionatório, desde que o façam respeitando os tipos delitivos legais e os limites razoáveis, tudo com vistas a viabilizar uma dosimetria adequada na aplicação das sanções.⁸⁰

⁷⁷ Anota-se que a Constituição Federal conferiu competência ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, inciso V).

⁷⁸ Sobre essa temática recomendamos estudo mais cuidadoso, o qual poderá ser feito com a ajuda dos autores: MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006; VALIM, Rafael. *Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1340.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. p. III-13.

No campo regulatório, segundo o autor, a produção de atos administrativos normativos secundários infralegais não tem essa natureza regulamentar porque não são privativos de Chefes de Poder Executivo e porque se originam no fenômeno da deslegalização, como fruto da expansão de novas formas e limites da delegabilidade da função normativa, como espécie do gênero delegação legislativa, pela qual ocorre a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento. Neste caso não será mais a lei a sede exclusiva para o tratamento normativo das matérias deslegalizadas, mas, secundariamente, a norma regulatória.

No campo do Direito Administrativo Sancionador, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o fenômeno da deslegalização também se faz presente, cabendo à norma regulatória sistematizar o conjunto de infrações e condutas vedadas, desde que, como dito, esse núcleo mínimo respeite as balizas, os limites e os condicionamentos minimamente descritos na lei em sentido formal. Há um legítimo espaço para que as normas secundárias e de densidade inferior sistematizem de forma proporcional e razoável esse conjunto de regras sancionadoras.⁸¹

Neste ponto é que cabe um papel para atos normativos infralegais em matéria sancionadora, pois que podem sistematizar as condutas e sanções (ambas previstas em lei) de forma a expressar, para cada conduta ilegal, a respectiva sanção, facilitando a compreensão dos particulares sobre a relação entre condutas e sanções a que estão sujeitos e, principalmente, atuando na sua dosimetria a proporcionalidade.

Essa posição do autor pode ferir o princípio da tipicidade, conforme veremos a seguir, a não ser que se limite aos conceitos indeterminados e aos elementos normativos vagos. Para nós, não há espaço para essa delegação, que pode se confundir com discricionariedade, incompatível com o poder sancionador.

2.1.4 Princípio da tipicidade

A tipicidade impõe o detalhamento das condutas e comportamentos e das penas aplicáveis. Seu objetivo maior, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é permitir que os administrados possam orientar as suas condutas com previsibilidade, o que somente se torna

⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. p. III-14.

viável com uma detalhada especificação dos núcleos de comportamento considerados ilícitos e a sua correlação com as respectivas infrações administrativas.⁸²

Marçal Justen Filho adverte que se afigura inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica argumentar que a autoridade administrativa – aqui acrescentamos a Judiciária – disporia de faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Essa solução, registra o autor, viola o sistema constitucional, notadamente os incisos XXXIX e XLVI do art. 5º.⁸³

A tipicidade integra a legalidade e o devido processo legal. Nas palavras de Fábio Medina Osório, é uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete, dependendo do bem jurídico tutelado, dos direitos fundamentais em jogo e da natureza da relação de sujeição entre o Estado e o infrator.⁸⁴

A tipicidade, explica Angélica Petian, surge como condição de validade da infração administrativa e, por conseguinte, da sanção que representará a consequência negativa pela prática do ilícito. A caracterização de um ato como ilícito deve ser feito previamente pela lei, sob pena de nulidade. Ressalva a autora há de se considerar que no âmbito das relações jurídico-administrativas algumas são travadas sob regime de sujeição geral e outras sob o regime de sujeição especial. Nesta última, o Legislativo não consegue prever todas as hipóteses de infração administrativa, cabendo à lei apenas o estabelecimento da hipótese legal de forma ampla, remetendo à autoridade administrativa a competência para fixar, pormenorizadamente, as infrações e respectivas penas.⁸⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, na supremacia geral, os poderes da Administração senão extraídos diretamente da lei, enquanto na supremacia especial seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa. Reconhece, todavia, que esses poderes sofrem condicionantes positivos e negativos, tais como: encontrem seu fundamento último em lei; possam exhibir seu fundamento imediato naquelas mesmas relações de sujeição especial, por exemplo, poderes contratuais encontram fundamento no contrato; restrinjam suas disposições

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. p. III-15.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 1342.

⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 232.

⁸⁵ PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/edicao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em 01.nov.2017.

ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações; mantenham-se rigorosamente afinados com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; não podem contrariar ou restringir direitos; não podem extravasar nada que supere a intimidade daquela específica relação de supremacia especial; não podem produzir consequências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros.⁸⁶

Voz discordante é manifestada por Ricardo Marcondes Martins. Para este autor, embora prevaleça na doutrina a admissão de uma exceção ao impedimento dos regulamentos autorizados, as hipóteses de relações especiais de sujeição, nas quais o administrado se insere numa relação específica com a Administração, diversa daquela que esta tem com a generalidade das pessoas, os regulamentos expressa ou implicitamente autorizados são inconstitucionais. A realização de ponderações em abstrato faz parte do núcleo essencial do significado do verbo legislar. Por isso, quando o Poder Executivo efetua ponderações em abstrato, não exerce atividade administrativa, mas legislativa. Para o autor, de fato, o legislador não pode antecipar todas as particularidades do caso concreto e determinar o resultado da ponderação em concreto. Porém, na hipótese de sujeição especial não é disso que se trata, mas de ponderações abstratas efetuadas administrativamente. Na omissão do Parlamento, ao contrário de disciplinar a matéria em regulamento, deve o Executivo fazê-lo por medida provisória.⁸⁷

Para nós, no entanto, as relações de sujeição especial mais se aproximam de uma relação contratual, razão pela qual não entendemos que o Poder Executivo realize a ponderação em abstrato própria do Legislador, suprimindo lacuna que devesse ser preenchida pela lei. Nestes casos, a Administração apenas disciplina de forma geral e abstrata a relação contratual que travará com o particular, no âmbito escolar, hospitalar, no asilo ou no estabelecimento penal, por exemplo. Ela assim já o faz quando regulamenta as sanções de multa nos contratos administrativos. É cediço que a Lei nº 8.666/93 não disciplina a matéria; nem por isso a Administração Pública legisla quando expede decretos prevendo a medida da multa, aplicada nos diversos contratos por ela celebrados.

A atuação administrativa que será complementar à lei deverá ser feita em atenção aos princípios da legalidade, segurança jurídica e, logo, da tipicidade. Assim, a infração poderá ser genericamente caracterizada pela lei, remetendo a outro instrumento, como um decreto ou um contrato, por exemplo, a especificação da conduta ilícita que perfaz o fato típico.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 853-858.

⁸⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 83-88.

Os tipos devem ser claros, suficientemente densos e com o mínimo de conteúdo. Os problemas surgem quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos vagos.

A moderna doutrina do Direito Administrativo, registra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, vem evoluindo para sustentar que toda e qualquer norma sancionadora, mesmo dotada de algum grau de flexibilidade, deve ser completa, o que decorre, em última análise, de um dever imposto por força do princípio da tipicidade. Explica a premissa de que a norma sancionadora deve ser completa:⁸⁸

Para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa, é preciso haver norma não só prévia, mas também completa. Norma completa é aquela que cumpre o dever de especificação, isto é, que seja capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis. Em suma, a regulamentação prévia tem de atender aos requisitos de abrangência, profundidade e consistência.

Toda a norma sancionatória pressupõe um grau de detalhamento que seja suficiente para garantir ao administrado conhecer em que medida o descumprimento de um dever jurídico acarretará a incidência de uma determinada infração administrativa.

A consequência da ausência desse detalhamento é a incabível discricionariedade, desprovida de quaisquer parâmetros razoáveis para delimitação do poder sancionatório. Além de afrontar o princípio da tipicidade, a elástica descrição conferida ao aplicador da norma aniquila também o princípio da igualdade.

A norma deve, obrigatoriamente, estabelecer tipos delitivos que guardem correlação lógica com a aplicação de sanções proporcionais aos ilícitos administrativos cometidos.

2.1.5 Princípio da culpabilidade

Diferente da responsabilidade civil, cujo objetivo se concentra na recomposição, a sanção administrativa não se limita à reparação, visa a punição com caráter repressivo. Como decorrência dessa importante distinção, a sanção administrativa depende da presença do elemento subjetivo, conquanto o ilícito administrativo pressupõe a reprovabilidade da conduta.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. p. III-16.

Como vimos, mesmo a responsabilidade civil não dispensa a culpa. Ao contrário, trata o elemento subjetivo como regra, conforme se extrai do artigo 927 do Código Civil, admitindo a responsabilidade sem culpa em situações excepcionais.

Um Estado Democrático de Direito não admite a sanção punitiva dissociada da comprovação da culpabilidade, é o que adverte Marçal Justen Filho. Segundo o autor, não existe punição apenas em virtude da concretização de uma ocorrência danosa material. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição de penalidade, ainda quando se possa pretender a objetivação da culpabilidade. Assim ilustra:⁸⁹

É a hipótese, por exemplo, da multa de trânsito. Como regra, há um dever objetivo do motorista de cumprir certos parâmetros. A infração às posturas de tráfego faz presumir a presença do elemento subjetivo reprovável. Mas é evidente que a situação não pode ser levada às últimas consequências – ainda que alguns agentes públicos assim não o compreendam. Suponha-se o exemplo do motorista que, acometido de ataque cardíaco, perde o domínio dos sentidos e produz infração às regras de trânsito. É evidente, nesse caso, a não caracterização de conduta punível com multa.

Frank Moderne ensina que a regra é que a repressão administrativa obedeça ao princípio da culpabilidade e que as sanções administrativas não podem ser aplicadas sem que o comportamento pessoal do autor da infração tenha revelado culpa. E acrescenta:⁹⁰

A responsabilização administrativa (ou penal) das pessoas jurídicas pressupõe a transferência à entidade personalizada das condutas culposas cometidas pelos órgãos que exprimem sua capacidade jurídica ou por seus agentes.

Não basta a ocorrência objetiva de um evento danoso. A sanção somente tem lugar quando verificada a conduta subjetiva reprovável.

Angélica Petian explica que a culpabilidade, também denominada de reprovabilidade, é o juízo de reprovação que o ordenamento jurídico confere a determinado fato por ele tipificado como ilícito. É um elemento da infração administrativa e não da sanção, pois para que seja considerado um ato como ilícito o comportamento praticado deve ser reprovado pelo ordenamento jurídico. O juízo de reprovabilidade se dá sobre a conduta do agente.

Prossegue anotando que, no Direito Penal, ramo da Ciência que melhor explica as peculiaridades das sanções, as causas de exclusão da antijuridicidade consagram a licitude do fato, excluindo o próprio crime, porque se o fato não é contrário ao Direito, não há

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 1344-1345.

⁹⁰ MODERN, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993. p. 283-287.

reprovabilidade. Aplicado o conceito às infrações administrativas, só haverá infração administrativa diante da reprovabilidade da conduta.⁹¹

Há de se concluir, por raciocínio lógico, que, para que se verifique a reprovabilidade da conduta é necessário enfrentar os elementos do ato ilícito, dentre os quais o elemento subjetivo, já que somente é reprovável a conduta que tenha sido praticada no exato sentido prescrito pela lei, voluntariamente.

A voluntariedade revela, nas palavras de Angélica Petian, a vontade do sujeito de se comportar de modo contrário à prescrição legal que disciplina o fato por ele praticado.⁹²

Discordamos da autora, que adota as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo as quais a voluntariedade não exige a existência de culpa ou dolo para a configuração da infração administrativa, condição necessária para a aplicação da sanção, mas apenas a constatação do *animus* em praticar a conduta repelida pelo Direito. Ora, o *animus* é exatamente a vontade consciente de praticar a conduta, logo, expõe a presença inequívoca do dolo.

A culpabilidade é uma exigência para as pessoas físicas ou mesmo jurídicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível a análise subjetiva da conduta do autor do ato ilícito, quando se tratar de pessoa humana, e da intencionalidade perceptível ou da previsibilidade do resultado danoso, no caso da pessoa jurídica, ensina Fábio Medina Osório. Registra, ainda, que, se é certo que a legalidade assegura, no campo punitivo, que o sujeito saiba antecipadamente a conduta proibida, tipificada em regras claras, gerais e abstratas, isto não poderia ocorrer diante de uma responsabilidade objetiva, na qual não se indaga as intenções e a inevitabilidade do fato.⁹³

Leandro Sarcedo, tratando da culpabilidade no tocante à responsabilidade penal da pessoa jurídica, cujas lições podem ser transportadas para o Direito Administrativo Sancionador, haja vista que a Ciência Penal extrai seus princípios e fundamentos do mesmo tronco – o Direito Punitivo, afirma que o ente coletivo atua como agregação de pessoas naturais e de suas respectivas vontades e ações, de modo que a atividade empresarial adquire um sentido diverso e mais abrangente do que as ações humanas isoladamente consideradas.

⁹¹ PETIAN, Angélica. *Princípios da culpabilidade e da voluntariedade*.

⁹² PETIAN, Angélica. *Princípios da culpabilidade e da voluntariedade*.

⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 370 e 372. Sobre essa defesa do autor nos deteremos no tópico 4.6, onde nos posicionaremos sobre a responsabilização da pessoa jurídica sob esse enfoque.

Assim, para o autor o conceito de culpabilidade corporativo deve ser normativo e não psicológico.

Para tanto, explica o autor, é possível partir de critérios já existentes nos direitos civil e administrativo, que consideram, por exemplo, a estrutura e a importância da empresa para definir suas obrigações, o risco assumido pela empresa no exercício de sua atividade social e o interesse ou vantagem econômica obtidos pela empresa com determinada prática delituosa. Permite-se a responsabilidade da pessoa jurídica desde que presente o requisito de culpabilidade consistente no defeito de organização, apurando-se o comportamento social do ente coletivo pelo aferimento da implementação de medidas e diligências no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenrolar de sua atividade.⁹⁴

Embora afirme que a culpabilidade é uma exigência tanto para as pessoas físicas como para as jurídicas, conforme anotamos acima, em outro trecho de sua obra Fábio Medina Osório explica que a culpabilidade é uma exigência genérica que não alcança as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance das pessoas físicas. A culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do dano e aos deveres de cuidados objetivos que se apresentam encadeados na relação causal.⁹⁵

2.1.6 Princípio do personalismo da sanção

A referência a este princípio é encontrada na obra de Marçal Justen Filho. Adverte o autor que a penalidade não pode passar da pessoa do condenado, invocando a previsão do art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal, incidente também no âmbito das sanções administrativas, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.⁹⁶

Fábio Medina Osório também trata desse princípio como pessoalidade da sanção, afirmando que a sanção somente pode ser imposta ao autor da infração, sendo incabível a responsabilidade objetiva e a responsabilidade solidária, uma das consequências do referido princípio e um desdobramento do princípio da culpabilidade. Ressalva, no entanto, que a pessoalidade não implica desconsiderar a responsabilidade da pessoa jurídica, simplesmente posiciona em novas bases esta mesma responsabilidade.⁹⁷

⁹⁴ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 104-110.

⁹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 401.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 1346. MS nº 7.311, DJ 02.06.2003: Ato ilícito doloso de empregado, praticado sem convivência ou co-autoria da empregadora, não justifica por si a declaração de inidoneidade desta, pela administração.

⁹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 394-395.

A sanção somente atingirá a pessoa jurídica, dependendo da sua extensão, caso permaneça em seus quadros a pessoa física que a ela deu causa e a quem ela foi aplicada.

Explicamos. No caso de inidoneidade, a declaração deve ser aplicada à pessoa física que agiu com culpa, impedindo-a de contratar e participar de licitação. Caso essa pessoa física integre os quadros de uma pessoa jurídica, em qualquer qualidade, especialmente na condição de sócio, esta pessoa jurídica, obviamente, não poderá contratar com o Poder Público. Não porque ela foi sancionada, mas porque mantém em seus quadros alguém impedido. Mais detalhes sobre esse reflexo na pessoa jurídica serão abordados no tópico 4.3.

Alguns podem argumentar que a pessoa jurídica poderá se utilizar de terceiros exclusivamente dedicados a praticar ilícitos em proveito dela, sem que com ela tenham qualquer relacionamento, seja societário, empregatício ou contratual. Se este caso hipotético se apresentar na prática, o que não deve ser a situação de boa parte das empresas constituídas que trabalham seriamente, estaríamos diante de abuso de personalidade, já tratado pelo Código Civil, implicando em dissolução, segundo a Lei nº 12.846/2013 que, conforme veremos no tópico 10.3, sequer é considerada sanção por nós.

Caso contrário, permitir-se-á que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, se considerada a culpabilidade da pessoa física para punição da pessoa jurídica, já que a sanção é ou deveria ser a resposta ao ato da pessoa humana.

2.1.7 Princípio do *non bis in idem*

Fábio Osório Medina afirma que o princípio do *non bis in idem* "está constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88". Esclarece que se trata "de um problema de legalidade e, mais especialmente, de definir a aplicabilidade de uma norma em detrimento de outra, de uma punição que, uma vez incidente, afasta outra possível sanção, uma vez que ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato".⁹⁸

Quanto aos elementos, cita como fundamento para o reconhecimento do *non bis in idem*: duas sanções em sentido material; identidade de sujeitos, fatos e fundamentos. Não pode o sujeito ter sua conduta considerada lícita, conforme o Direito, na esfera administrativa,

⁹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 293-294.

em determinados domínios especializados e idôneos e ao mesmo tempo ser acusado da prática de crimes decorrentes de violação às mesmas normas.

Nesse mesmo sentido, Rafael Munhoz de Mello explica que o *non bis in idem* “impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira [sanção]”.⁹⁹

A lei deve definir o alcance dos comportamentos proibidos, limitando o poder persecutório do Estado, o qual somente deve ser acionado excepcionalmente, de acordo com a gravidade do ato, concentrando-se referida atividade punitiva ou limitando a extensão dela quando ocorrer concorrentemente.

O que o Estado Democrático de Direito não permite é o juízo puramente discricionário, deixando o destino do jurisdicionado ou do administrado ao arbítrio das diversas autoridades legitimadas, podendo essas aplicarem quaisquer das sanções, independentemente da existência de processo e punição prévias.

Certo é que não existe proibição constitucional ou legal de se impor, cumulativamente, mais de uma sanção para o mesmo fato, bastando, para tanto, que o comportamento tenha configurado uma conduta reprovável de gravidade que exija essa cumulação.

O princípio do *non bis in idem*, por outro lado, veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. O legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio do *non bis in idem*.

Visando a distribuição efetiva de justiça social, o que inquieta é a cumulação de processos e ou procedimentos, de onde a cumulação das sanções pode ganhar proporções não previstas pela lei, haja vista que cada qual poderá aplicar aquelas de acordo com o seu juízo, coexistindo todas elas na esfera administrativa e na judicial.

As sanções administrativas convivem, sem qualquer constrangimento, com todas as modalidades de punição previstas em lei. As sanções impostas pelos diversos órgãos e tribunais administrativos não afastam e nem se refletem naquelas aplicadas pelo Poder Judiciário. De um mesmo fato podem decorrer desdobramentos exaustivos de medidas sancionadoras nas diversas áreas, tal como ocorre entre o ilícito criminal, o civil e o administrativo.

⁹⁹ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros: 2007.

A Lei nº 12.846/2013, no seu artigo 18, prevê expressamente a independência das instâncias: “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”. É certo que a Lei nº 8.112/90 já continha previsão semelhante em seu artigo 126: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Todavia, a extensão dessa lei é de alcance limitado, sendo que as autoridades por ela investidas somente têm competência para avaliar faltas funcionais dos servidores públicos, razão pela qual as sanções nela previstas, ao menos em tese, podem conviver com eventual condenação judicial.

Dissemos em tese porque, por exemplo, a própria Lei nº 8.112 contém brechas que podem desaguar no *no bis in idem*, tal como aquela que considera falta funcional a condenação por ato de improbidade (art. 132, inciso IV). Assim, exemplifica-se: um servidor já julgado em sindicância ou processo administrativo disciplinar, tendo sido a ele aplicada pena de suspensão, considerado seu ato de média gravidade, pode, porém, também ser julgado pelo Judiciário em ação de improbidade administrativa - pelo mesmo fato - sendo condenado, sob o fundamento de que agiu com culpa, ao pagamento de multa, vale dizer, sem perda do cargo ou função pública.

A rigor, a Administração Pública pode, ainda, instaurar novo processo administrativo disciplinar, com fundamento no precitado dispositivo da Lei nº 8.112 (art. 132), mesmo diante da ausência de condenação do servidor à perda do cargo ou função pública, e aplicar-lhe sanção equivalente, de demissão, em evidente excesso (*bis in idem*) e tratamento diverso para o mesmo fato, tudo em privilégio à independência das esferas administrativa e judicial.

Ainda que consideremos impossível a responsabilização administrativa da pessoa jurídica por atos de improbidade ou lesivos à Administração Pública, a novidade inserida pela Lei nº 13.846/2013, não encontrada na lei de improbidade menos ainda nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas ou nas leis de processo administrativo, além de legitimar situação perversa, não foi objeto de reflexão.

Mesmo admitindo-se diferenças entre os ilícitos, os princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*, em termos sancionatórios, incidem para impedir o excesso de penalização.

2.2 Ilícito administrativo e sanção administrativa

Não há uma definição legal do que seja ilícito administrativo, ficando a cargo da doutrina definir essa categoria de ato. Daniel Ferreira considera possível conceituar o ilícito

administrativo como o comportamento substancialmente destoante do previsto na lei que tem na sanção administrativa sua direta, imediata e ordinária consequência jurídica.¹⁰⁰

Essa é a definição material de ilícito administrativo. Há, ainda, as definições formal e analítica, conforme lembra Ana Claudia de Paula Albuquerque. Formalmente o ilícito administrativo é aquele previsto em lei que confere à Administração Pública a competência para a aplicação da sanção. Analiticamente, o ilícito é a conduta típica, proibida por lei e culpável.¹⁰¹

O fato de a Constituição Federal, quando estabelece o princípio da tipicidade (art. 5º, inciso XXXIX), se referir exclusivamente ao crime, não autoriza a aplicação da sanção administrativa independentemente da previsão do ilícito administrativo.

A tipicidade encontra ressonância no conjunto de direitos fundamentais e decorre do princípio da legalidade, pois “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II), conforme ensina Fábio Medina Osório. Além disso, é garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).¹⁰²

Adotamos a definição material de ilícito administrativo, sendo que, para nós, ele é a infração à ordem legal, praticada por meio de conduta no exercício de atividade administrativa ou que nesta interfira, sujeitando o infrator à sanção administrativa, aplicada pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, caso a lei transfira essa competência a este último.

Fábio Medina Osório associa a sanção administrativa ao ilícito administrativo, conjugando-a ao Direito Administrativo em sua vertente disciplinadora do poder punitivo estatal. Refere-se a quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa, segundo o direito europeu: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito afliitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), que se subdivide em: b1) privação de direitos existentes; b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico); e d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).¹⁰³

O elemento subjetivo decorre da dimensão processual do Direito Administrativo, segundo a qual neste ramo do direito há tutela das ações administrativas. Essa concepção remonta ao tempo em que o Poder Executivo concentrava as funções sancionadoras e repressivas, época, aliás, que a divisão de poderes ainda não tinha avançado.

¹⁰⁰ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 364.

¹⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 106.

¹⁰² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 228-233.

¹⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 87-90.

A imposição do elemento subjetivo ignora a dimensão material do Direito Administrativo, responsável pela tutela da Administração Pública, quem quer que seja o operacionalizador. O Poder Público pode assumir posições diversas quanto aos bens jurídicos por ele protegidos, como vítima ou julgador. Quando vítima, a titularidade do processo punitivo pode ser transferida ao Poder Judiciário, mediante deliberação do legislador, o que não elimina a natureza jurídica do bem e da sanção ao ato que o viola. Assim o fez a Lei nº 8.429/92.

Fábio Medina Osório adverte que a configuração de uma típica infração administrativa autoriza a Administração Pública ao exercício de seu específico poder punitivo e, de outro lado, nasce ao Estado um poder punitivo judicial: 1) se os fatos se enquadrem em definições típicas de natureza criminal ou na categoria de atos de improbidade administrativa; 2) nos casos em que a lei assim o determine, criando infrações administrativas cuja repressão resulte configurada como tarefa judicial; ou 3) quando geram, pura e simplesmente, a responsabilidade civil do agente, em vista de lesões ao erário. As normas que disciplinam a improbidade administrativa, segundo o autor, são normas de Direito Administrativo Sancionatório. Trata-se, inegavelmente, de normas de Direito Administrativo, seja pela direta vinculação aos princípios que presidem a Administração Pública, seja pelo objeto (punição de atos atentatórios aos princípios administrativos), seja pelos sujeitos (agentes públicos), seja pelas finalidades presentes naquela legislação.¹⁰⁴

A sanção administrativa não é, portanto, uma atividade privativa da Administração Pública, sequer pode ser confundida com as atividades ou funções administrativas outorgadas ao Poder Executivo.

Outro exemplo de outorga, pelo legislador, da competência para aplicação de sanção administrativa é a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que assim o faz no inciso VI do art. 148: “A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente”.

Os Conselhos Profissionais, embora não integrem a Administração Pública, também recebem a competência para sancionar administrativamente, na medida em que a regulação repressiva é função revestida de interesse público.

¹⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 96.

O elemento objetivo implica no juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, todos decorrentes da prática de um ilícito administrativo.

O elemento teleológico, garante Fábio Medina Osório, é o elemento central do conceito de sanção administrativa. A sua função punitiva não é incompatível com a finalidade disciplinar, assim como não o é com a finalidade ressocializante da sanção penal.¹⁰⁵

No entanto, há medidas cuja finalidade não é a punição, razão pela qual não se confundem com as sanções administrativas, tais como, segundo ensina Fábio Medina Osório: as medidas de polícia, as medidas rescisórias, as medidas de ressarcimento ao erário, as medidas coativas e preventivas e as medidas de responsabilidade na gestão. Referido autor assim conceitua a sanção administrativa.¹⁰⁶

[Consiste] em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material de Direito Administrativo.

Não nos deteremos em cada uma das sanções sem finalidade punitiva porque o objeto deste estudo não é exclusivamente a sanção administrativa.¹⁰⁷

¹⁰⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 103.

¹⁰⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. p. 106-120.

¹⁰⁷ Não obstante, resumiremos as lições do professor Fábio Medina Osório: Medida de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado. Quando o Estado veda ao indivíduo o exercício de um direito para o qual não estava habilitado, aplica uma medida para o restabelecimento da legalidade. As medidas de polícia podem ter caráter preventivo e também podem assumir feições próprias dos poderes investigatórios. A sanção administrativa pode, não raro, servir instrumentalmente à atividade administrativa, embora com ela não se confunda. As medidas rescisórias estão restritas ao âmbito de uma relação bilateral e podem privar o particular do gozo de direitos decorrentes daquela relação, revogando-a, anulando-a, alterando-a dentro do quadro normativo permissivo. Essas medidas podem ser denominadas de sanções, mas, de um ponto de vista material, não se ajustam ao âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador. São sanções contratuais ligadas exclusivamente ao contrato. Não ostentam a nota de generalidade que é inerente às sanções administrativas. Medidas coativas podem ser adotadas pela Administração Pública e por outros Poderes Públicos na aplicação das leis, que não constituem sanções administrativas, assemelhando-se às sanções previstas no ordenamento jurídico. Ostentam um elemento teleológico distinto, diferente daquele que caracteriza as sanções administrativas, e, portanto, não estão sujeitas aos mesmos princípios (Fábio Medina Osório não explicada detalhadamente qual é esse elemento). As medidas preventivas são adotadas antes de se produzir determinados perigos. O objetivo é evitar a ocorrência de determinados fatos. As sanções administrativas, ao contrário, são consequência do cometimento de uma infração administrativa, constituindo uma repressão. As medidas de responsabilidade na gestão pública são derivadas das obrigações de cunho estatutário do regime jurídico aplicável aos gestores. Algumas peculiaridades que definem as obrigações inerentes à gestão apartam elas das sanções administrativas. O gestor fica subordinado a um órgão controlador, em patamares técnicos e objetivos, onde as obrigações são graduadas em escalas hierárquicas de prioridades e importância. As obrigações ligadas a resultados podem ser cobradas por meio de medidas gravosas, conectadas a ilícitos atípicos, como multas e outras restrições de direitos, porque a relação

3 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa funciona como vetor à atividade legislativa, haja vista que o legislador é o encarregado de positivizar os valores que a sociedade admite como imprescindíveis à regulação das relações públicas e até mesmo interpessoais. Para que o ato adquira contornos de ilicitude, sujeitando seu autor ao rigor da sanção, é necessário que a conduta corresponda à tipificação da lei, na medida em que o princípio da moralidade, por si só, não contém previsão de tipos e correspondente sanção. Não atende a moralidade administrativa a punição de agentes sem a suficiente e adequada previsão legal.

A moralidade administrativa, além de nortear as atividades dos particulares (neste caso se manifesta por meio da boa-fé¹⁰⁸) e, sobretudo, dos particulares que se relacionam com a Administração Pública e dos agentes públicos, também informa a própria atuação do Estado enquanto garantidor da ordem, ou seja, no seu papel punitivo. Não basta exigir do administrado que sua atuação se paute na moral constitucionalizada se o comportamento daquele que deve irrigá-la se distancia dos preceitos éticos juridicizados.

A preocupação com os padrões morais a serem observados pelas pessoas políticas e seus agentes se arrasta desde a Constituição do Império, não obstante bem timidamente. A relação entre o Direito e a Moral recebeu maior importância a partir das transformações do Estado – cujo papel sofreu drásticas alterações no último século – e da sociedade – elemento propulsor dessas mudanças.

A moralidade pública e a moralidade administrativa, conforme ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha, refletem o momento e fazem crescer em importância e domínio o princípio da moralidade administrativa, que passa, então, a pairar sobre todos os processos de juridicização.¹⁰⁹

Embora o Direito e a moral não se confundam, ambos têm pontos de contato. A moral revela a ética do comportamento humano conferindo uma tendência às atitudes em sociedade,

estatutária e de controle permite esse nível de cobrança. Sem embargo, há uma aproximação substancial, em termo de devido processo legal, do Direito Administrativo Sancionador, haja vista a tendência protetiva de abrigar direitos fundamentais e de evitar arbitrariedades. Não entendemos a diferença entre essa responsabilidade e aquela decorrente do regime disciplinar. Fábio Medina Osório se utiliza da doutrina italiana para explicar esta medida, no entanto, não a introduz no direito brasileiro de forma a demonstrar claramente qual a correspondência com as nossas previsões legais.

¹⁰⁸ A respeito da interação entre a moralidade e a boa-fé, sugerimos leitura de GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública (o conteúdo dogmático da moralidade administrativa)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁰⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. p. 176.

enquanto o Direito, influenciado por essa ética, impõe o acatamento da definição normativa mediante coerção material. Esclareça-se que não estamos aqui a tratar da Ética, que é o conjunto de conhecimentos extraídos da investigação do comportamento humano visando explicar as regras morais de forma racional, fundamentada, científica e teórica. A moral, diferentemente do Direito, impõe o comportamento com força no elemento volitivo, sendo necessária a investigação da intenção do indivíduo.

Ainda segundo as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “O conteúdo justo do Direito não pode ser atendido apartado do sentido moral que deve prevalecer em todas as relações humanas, sob pena de deixarem de ter este traço de humanidade”. Para a autora, a moral legitima o Direito, ao passo que a força vinculante deste se contém pela coerência com os preceitos morais socialmente adotados, os quais informam o sistema jurídico positivado. Prossegue esclarecendo que a grande mudança na relação entre moral e Direito consiste no fato de que o comportamento moral se tornou objetivo e fundamental na dinâmica social, exteriorizando-se para integrar o Direito.¹¹⁰

Traçamos brevemente a relação entre Moral – conjunto de regras que orientam cada indivíduo, norteando as suas ações e os seus julgamentos – e o Direito, cientes de que este não incorpora, ao menos não integralmente, as normas morais; tão somente positiva valores que podem coincidir com a orientação da primeira.

Inicialmente a moralidade administrativa foi inserida na finalidade do ato administrativo, integrando-se à legalidade e vinculando-se ao desvio de finalidade. Maurice Hauriou, no entanto, já separava a legalidade dos atos administrativos da conformidade desses atos aos princípios básicos da boa administração, cujo distanciamento é considerado desvio de poder.¹¹¹

Possivelmente a construção do doutrinador francês, a qual recebeu amplo espaço no direito administrativo, adveio da necessidade, à época, de maior controle dos atos administrativos, já que o exame do mérito encontrava forte resistência no Conselho de Estado. Todavia, as noções de moralidade administrativa de outrora não correspondem àquela que hoje está codificada.

No direito brasileiro o princípio da moralidade somente recebeu previsão expressa a partir da Constituição de 1988. Não obstante, é possível afirmar que desde a Carta Imperial já

¹¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. p. 181.

¹¹¹ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1914. p. 460.

havia preocupação com a conduta ética, pois encontramos nos artigos 156 e 157 as seguintes disposições:¹¹²

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

A Constituição de 1824 já previa mecanismo de controle que equipava qualquer do povo da ação popular, a qual somente foi de fato introduzida no nosso sistema jurídico na Constituição de 1934, regulamentada, porém, apenas em 1965 pela Lei nº 4.717, sob a égide da Constituição de 1946.¹¹³

Surgiram, então, as Leis Pitombo-Godoy Ilha (Lei nº 3.164/57) e a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58). A Lei Pitombo-Godoy Ilha disciplinava, essencialmente, o sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos por servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal. Mesmo a absolvição ou extinção da ação penal no juízo criminal não impedia a incorporação à Fazenda Pública dos bens, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé. Instituiu que o processo seria promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo, além de determinar o registro público obrigatório de bens e valores dos servidores públicos. A Lei Bilac Pinto, por sua vez, regulamentava o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, trazendo, inclusive, o conceito de servidor público: "A expressão 'servidor público' compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário".

¹¹² Robert Alexy conceitua os princípios como normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto nas regras o grau de generalidade é relativamente baixo (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 108-109). Para Humberto Ávila os princípios são "normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modo diversos e alternativos" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 155).

¹¹³ "Art. 113, inciso 38 – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

A Carta de 1967 estabeleceu no art. 151, fazendo menção à corrupção, que:

Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Ao lado das disposições atinentes à ação popular inseridas nas Constituições brasileiras (exceto na de 1937), bem como daquelas referentes ao perdimento de bens por danos causados ao erário no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, o princípio da moralidade também foi embutido na probidade administrativa, prevista como dever do Presidente da República.

O princípio da moralidade administrativa só alcançou o status que hoje ocupa a partir do momento em que o papel do Estado se modificou, quando a Administração Pública recebeu a função de realizar os fins predados pela sociedade. Ousamos dizer que a moralidade administrativa resulta do interesse público, na medida em que este é o mote elementar da Administração, residindo nele o conjunto de valores constitucionalizados. E não somente do Poder Executivo, mas de todos os Poderes.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no entanto, que a moralidade não se aplica ao Poder Legislativo. Em acirrado debate na ADI 2306, a maioria considerou a impossibilidade de aplicação da moralidade aos atos do Poder Legislativo. A transcrição de alguns trechos é reveladora das posições adotadas naquele julgamento:

Ministro Nery da Silveira — Ninguém pode descumprir a legislação eleitoral, especialmente os candidatos que estão buscando o poder. Essas infrações, todos sabemos, causam a desigualdade dentro do processo eleitoral.

[...]

Ministro Moreira Alves — Não levo a esse radicalismo, porque o problema, aqui, é o de saber se o princípio da moralidade se aplica, ou não, ao Poder Legislativo. Pela nossa Constituição, não...

Ministro Sepúlveda Pertence — Pode até mudar de nome, mas há abuso do Poder Legislativo.

Ministro Moreira Alves — Não há abuso do Poder Legislativo.

Ministro Nery da Silveira — Ministro, tudo, aquilo que estiver em descompasso com os princípios da Constituição não há de merecer acolhida.

Ministro Moreira Alves — Quais são esses princípios?

Ministro Nery da Silveira — V. Exa. entende que o sistema democrático não é princípio básico da Constituição?

Ministro Moreira Alves — Por acaso o sistema democrático necessita de voto obrigatório? Por que os países democráticos não têm voto obrigatório? Se o voto não fosse obrigatório, não poderia haver multa.

Ministro Nery da Silveira — Anistia aos eleitores, até admitiria, mas não a admito quanto aos candidatos que cometem infrações, tornando desigual o processo eleitoral.

[...]

Ministro Moreira Alves — O ministro Celso de Mello está lembrando que até a corrupção eleitoral tem sido anistiada.

[...]

Ministro Marco Aurélio — Na espécie, essa lei não é revestida de razoabilidade, de proporcionalidade; é contrária ao regime democrático, à República, e instaura um verdadeiro incentivo a que não sejam cumpridas, nas eleições — estamos próximos a uma eleição que se anuncia trepidante —, as decisões da Justiça Eleitoral, partindo-se para o campo do faz-de-conta. Tenho como envolvido — perdoem-me aqueles que pensam de forma diversa — o princípio da moralidade, conjugado, no art. 37 da Carta da República, com o princípio da eficiência do Estado em atuação da maior importância, porque, repito, está ligada àqueles que dirigirão os destinos do Estado.

Muitos autores afirmam que a moralidade legitima o comportamento da Administração, funcionando como afirmação da aceitação popular e conformidade com o sistema. Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que:¹¹⁴

O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo.

A Carta da República foi constituída a partir dos valores que a sociedade entendeu como imprescindíveis para nortear o sistema jurídico, sendo certo que a violação deliberada do princípio da legalidade ou da impessoalidade, por meio de condutas tipificadas legalmente, por exemplo, sempre configurará, reflexa e diretamente, sacrifício do princípio da moralidade, já que este está contido nos demais e conforma todo o ordenamento.

A Constituição prevê expressamente o princípio da moralidade no art. 37, *caput*, atribuindo-lhe grande importância em vários outros dispositivos. Estabelece, assim, valores fundamentais como dignidade (art. 1º), justiça (art. 3º), igualdade (art. 5º, *caput*); institui os princípios do Estado de Direito (art. 1º); cria requisitos para ingresso na função pública (art. 37, inciso II); veda a cumulação de cargos (art. 37, inciso XVI); impõe a idoneidade moral ou reputação ilibada aos ocupantes dos cargos de ministro do Tribunal de Contas (art. 73), do Supremo Tribunal Federal (art. 101), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119), do Tribunal Regional Federal (art. 120); proíbe a reeleição se violada a moralidade (art. 14).

¹¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. p. 213-214.

Nota-se que a Carta Política não resumiu o princípio da moralidade à previsão do art. 37, *caput*, até mesmo porque nenhum dos princípios inscritos no dito dispositivo encontram-se hermeticamente nele limitados, menos ainda o da moralidade. O texto constitucional, de maneira sistemática, cuidou de conferir efetividade à proteção dos valores nele positivados, instituindo, inclusive, diversos mecanismos de controle (mandado de segurança, ação popular, improbidade administrativa, ação civil pública, Tribunais de Contas).

Márcio Cammarosano explica que não é possível dissociar a ideia de moral da ideia de liberdade, de consciência, de livre arbítrio. Segundo o autor, a imoralidade administrativa é resultante de uma qualificadora da ilegalidade. A moralidade estaria intimamente ligada ao agir de acordo com o que a ordem jurídica assegura de forma explícita ou implícita.¹¹⁵

José Guilherme Giacomuzzi defende que a origem da moralidade, ligada à boa administração, “relaciona-se com a boa-fé do tráfego jurídico-privado do Direito alemão”. A subjetividade era a marca principal da moralidade administrativa, isso porque Maurice Hauriou dela cuidou atrelando-a ao desvio de poder. Para Giacomuzzi, a boa-fé subjetiva se manifesta pelo conteúdo da moralidade administrativa, sendo que, da violação desse dever exsurge o ato ilícito de improbidade administrativa.¹¹⁶

A clara preocupação com a moralidade administrativa evidenciou-se com a edição da Lei nº 8.429/92 (LIA – lei de improbidade administrativa), com a Lei nº 12.813/2013 e com a Lei nº 12.846/2013, as quais disciplinam, respectivamente: a improbidade administrativa (regulamentando o art. 37, §4º); o conflito de interesses no Poder Executivo federal, assim entendido o confronto entre os interesses públicos e privados, relacionado a titulares (e ex-titulares) de cargos e empregos em três situações funcionais: (a) agentes ocupantes de cargos políticos ou administrativos de alta hierarquia; (b) agentes com acesso a informações privilegiadas, aptas a trazer vantagem econômica para o agente ou terceiro; e (c) agentes que deixaram seu cargo ou emprego, agora sujeitos a determinados impedimentos concernentes ao uso e divulgação de dados públicos; e a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Contra Atos Lesivos à Administração Pública visam nitidamente conferir concretude ao princípio da moralidade administrativa ao traçarem as condutas que consideram lesivas a este princípio, protegendo interesses e direitos materiais, como dinheiro e bens públicos, e imateriais, entre os quais a moralidade

¹¹⁵ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 97 e 102.

¹¹⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 231-244

A probidade, nas lições de Ricardo Marcondes Martins, é um subprincípio da moralidade administrativa e sua vertente subjetiva.¹¹⁷

Embora de alguma forma o princípio sob cotejo tenha suas raízes na Moral, com ela não se confunde, ao passo que o Direito se preocupa em conferir efetividade aos princípios conferindo, no plano abstrato, o respectivo peso, e prevendo, no plano concreto, o meio que os concretize.

No caso do nosso estudo, o meio utilizado para conferir cumprimento ao desiderato do princípio da moralidade administrativa está previsto nas mencionadas leis, meio este que prevê comportamentos negativos ao arrolar condutas vedadas nominadas atos de improbidade administrativa e atos lesivos à Administração Pública.

3.1 A natureza jurídica da responsabilidade por ato de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 é descendente direta do comando do art. 37, §4º da Constituição Federal, constituindo via própria para a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa.

José Roberto Pimenta Oliveira explica que o referido dispositivo constitucional tem a natureza de regra jurídica sancionatória e não princípio jurídico, pois constitui, a um só tempo, no próprio corpo da Constituição, uma densificação de ordem positiva de estrutura e de conduta.¹¹⁸ É regra de estrutura enquanto base que autoriza a produção jurídica complementar. É regra de conduta porque introduz limitações materiais que visam interferir e guiar o exercício de funções públicas.¹¹⁹

¹¹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 55.

¹¹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. 2009. 550 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 146.

¹¹⁹ Ricardo Marcondes Martins ensina que “a norma consiste na padronização, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. A norma sempre obedece a um esquema lógico, em que o consequente é condicionado a um antecedente. Se a ligação obedece ao princípio da causalidade, decorre de uma imposição da Natureza, é chamada de norma natural; se obedece ao princípio da imputação, decorre de uma imposição humana, é chamada norma de comportamento. A norma jurídica é uma norma de comportamento e autoriza a obtenção de uma tutela jurisdicional. É, na feliz síntese de Goffredo Telles Jr., um imperativo autorizante”. Para Ricardo Marcondes, três classificações são de extraordinária utilidade. “A primeira delas, brilhantemente desenvolvida pelo jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, considera dois elementos fundamentais de todas as normas: o destinatário e a ação prescrita, daí a existência de quatro tipos de normas: gerais e abstratas (com destinatário e ação universais); gerais e concretas (com destinatário universal e ação singular); individuais e abstratas (com destinatário singular e ação universal); e individuais e concretas (com destinatário e ação singulares). A segunda classificação, também de Norberto Bobbio, toma as normas sob o aspecto substancial e considera que o ordenamento, além de regular a conduta das pessoas, regula o modo pelo qual devem ser produzidas as normas jurídicas”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25-102).

A matriz constitucional prevê três tipos de sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário. Embora o dispositivo constitucional contenha a previsão de indisponibilidade de bens, é cediço que não se trata de uma sanção, mas, de medida acautelatória que visa garantir o ressarcimento ao erário do prejuízo.

Fábio Medina Osório rechaça a reparação ou a indenização como medida sancionatória.¹²⁰ Ao dispor antecipadamente sobre as sanções, a Constituição Federal excluiu expressamente a esfera penal, sem dizer, no entanto, a natureza daquelas que delegou à lei disciplinar.¹²¹

José Jairo Gomes afirma que os atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92 ensejam responsabilização civil-administrativa, apresentando natureza *sui generis*.¹²²

Para Juarez Freitas a natureza da ação de improbidade há de ser tida como singularíssima e independente das esferas penal e administrativa, inserindo-se no rol das ações civis constitucionais.¹²³

O art. 12 da Lei nº 8.429/92 ressalva textualmente que as sanções lá cominadas são independentes das sanções penais, civis e administrativas.

Mônica Nicida Garcia considera reforçada a tese de que se trata de esfera distinta de responsabilização o fato de que a responsabilidade disciplinada pela Lei nº 8.429/92 não pode ser enquadrada nas esferas civil, criminal ou administrativa, ainda que haja, em certa medida, coincidência de sanções. A autora chega a essa conclusão, primeiro, como já dissemos, porque a própria Constituição Federal exclui a natureza penal das sanções pelos atos de improbidade. Segundo, porque na esfera da responsabilidade civil somente se admite a reparação do dano. Terceiro porque na responsabilidade administrativa o que se tutela é a boa administração, e a punição por ato de improbidade visa mais que isso, pois a responsabilização se preocupa com valores que repercutem na vida da sociedade, fora da Administração Pública, como a suspensão dos direitos políticos.¹²⁴

E arremata com a seguinte conclusão: a responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa constitui uma esfera autônoma e independente, que com as demais se comunica, sem com elas se confundir.¹²⁵

¹²⁰ Sobre o ressarcimento do dano e sua natureza jurídica falamos no tópico 1.6.

¹²¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. p. 185.

¹²² GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Américo Leite; et al. (Org). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 239-294, 292.

¹²³ FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa*. Fórum Administrativo, Porto Alegre, v. 1, 2005, p. 5075-5092.

¹²⁴ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 248.

¹²⁵ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. p. 250.

Hoje, como explica Fábio Medina Osório, resulta consagrado que a Lei nº 8.429/92 não tipifica normas penais ou sanções rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do art. 37, §4º da Constituição Federal, seja pela legítima opção do legislador ordinário, seja pela ausência de vedação constitucional sobre a imposição de sanções extrapenais.¹²⁶

A Constituição Federal, conforme a própria Mônica Nicida Garcia lembra,¹²⁷ indica o âmbito subjetivo de aplicação da Lei nº 8.429/92, qual seja, a Administração Pública. Esta lei encontra seu fundamento na disposição constitucional posicionada no capítulo dedicado à Administração Pública, de onde se extrai que a preocupação do Constituinte consistiu exatamente na repercussão dos atos coibidos no âmbito da própria Administração, cujos efeitos, embora se espriem aquém dela, têm reflexo imediato sobre ela.

É importante advertir, antes de prosseguirmos, que a Administração Pública não é considerada pessoa pelo nosso Direito, pelo menos é o que extraímos das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor explica que o Estado é a pessoa jurídica de Direito Público que se manifesta por meio das unidades criadas no seu próprio âmbito, representativas, cada qual, de uma parcela de atribuições. São os denominados órgãos, unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado, mas que, não têm vontade nem ação, sendo necessário o concurso dos agentes, cujo querer e agir são atribuídos ao Estado. A Administração Pública seria o próprio Estado, dividido entre Administração Direta, quando este atua por si, ou Administração Indireta, quando cria outros sujeitos.¹²⁸

Ao tutelar a probidade administrativa, o que a Constituição Federal e a lei que a regulamenta visam, obviamente, é a boa administração, já que o objetivo é evitar a prática de atos danosos ao bom desempenho público.

O sujeito passivo dos atos de improbidade é a Administração Pública, em todas as suas facetas, e os atos somente podem ser qualificados de improbidade se houver a participação de um agente público, ou seja, de alguém que esteja incumbido do desempenho de atividades públicas.

Por essas razões, não entendemos que é pacífica, longe de dúvida, a exclusão da responsabilidade por ato de improbidade da esfera da natureza administrativa. Para nós, esta é a natureza da lei de improbidade administrativa. A compreensão de seus termos, inclusive dos

¹²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei nº 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 766, p. 88-99, ago.1999, p. 89.

¹²⁷ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. p. 253.

¹²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 55-56.

conceitos indeterminados, depende do direito administrativo e busca nas atividades desempenhadas pela Administração Pública a correta compreensão da dicção legal.

O advento da Lei nº 12.846/2013 confirma essa nossa conclusão, ao passo que, ao tutelar o mesmo bem jurídico, inclusive inserindo atos de improbidade na Lei nº 8.429/92, disciplina a responsabilidade administrativa. O fato da sanção ser aplicada na esfera judicial não retira dela a natureza administrativa, apenas transfere a competência ao juiz, diante da gravidade dos atos e suas repercussões.

Quando a Lei nº 8.429/92 determina que as sanções nela cominadas são independentes das sanções penais, civis e administrativas, na verdade apenas deixou claro que a sanção por ato de improbidade não exclui a aplicação de outras penalidades, como aquelas decorrentes do crime, o ressarcimento, caso não pleiteado no bojo da ação de improbidade, e a sanção disciplinar ao servidor público, por exemplo.

Se, de fato, a responsabilização por ato de improbidade devesse receber tratamento diverso, a Constituição Federal teria ressalvado expressamente as demais esferas, assim como o fez com a penal. Não o fez porque a perda da função pública tem evidente natureza administrativa e o ressarcimento ao erário é inegavelmente de natureza civil, reparatória.

José Roberto Pimenta Oliveira, em trabalho de fôlego, defende a autonomia constitucional da improbidade administrativa, classificando-a dentro do que concebe como sistemas de responsabilização, ao lado da responsabilidade por ilícito civil (art. 37, §6º), da responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22, inciso I), da responsabilidade por ilícito político eleitoral (artigos 14 e 22, inciso I), da responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, incisos II e VIII), da responsabilidade político constitucional (artigos 29-A, §§2º e 3º, 50, 52, incisos I e II, 96, inciso III, 102, inciso I, letra “a”, 105, inciso I, letra “a” e 108, inciso I, letra “a”), da responsabilidade político legislativa (artigos 27, §1º, 32, §3º e 55) e da responsabilidade administrativa (artigos 37, inciso IX, 41, §1º, inciso II e 173, §1º, inciso II). Para o autor, há um conjunto individualizado de normas regentes da aplicação das sanções punitivas ou reparatórias para cada espécie de responsabilidade. E prossegue:¹²⁹

Parte de uma compreensão sistemática e estrutural da reação do sistema jurídico, a qual irrompe frente à conduta funcional ilegal de agentes públicos. No seu propósito de prevenir e reprimir condutas ilegais, o direito positivo não reage de forma aleatória, senão informada por critérios lógico-jurídicos. Qualifica certa conduta funcional como ilícito, como meio instrumental para proteção de certo valor constitucional ou bem jurídico. À luz deste, a ordem jurídica retrata o ato ilícito segundo tal ou qual ângulo de lesão. Em vista deste referencial valorativo, traça as medidas sancionatórias (em sentido amplo) a serem impostas. Como decorrência da afetação de

¹²⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. p. 427-433.

direitos e tutela de bens jurídicos, individualiza o processo estatal instrumental cabível para levarem-se a contento as consequências desfavoráveis pela prática do ilícito.

Entendemos que o sistema de responsabilização está diretamente vinculado ao ato ilícito e respectiva sanção imposta pelo ordenamento jurídico. Conforme já discurremos aqui, os atos de improbidade são ilícitos administrativos, sendo administrativas as suas sanções, razão pela qual o sistema de responsabilidade é o administrativo, fincado no Direito Administrativo Sancionador.

Nesse ponto divergimos do professor José Roberto Pimenta Oliveira, conquanto para ele “a identidade de responsabilidade não ocorre em razão do ilícito tipificado em norma. Tal singularidade não se dá pelo conteúdo da sanção imposta. [...] Não é o sujeito ativo que individualiza uma instância, nem tampouco o sujeito passivo tutelado”. E “a improbidade administrativa ganha sua autonomia formal no tratamento jurídico singular dispensado pela Constituição aos componentes do sistema punitivo previsto no artigo 37, §4º, que autoriza nele encontrar um vínculo inquebrantável entre bem jurídico tutelado, ilícito reprimido, sanções cominadas e instrumental processual necessário à sua efetivação, inassimiláveis a quaisquer outros”.

Não vislumbramos a defendida autonomia. Incluída no título Da Administração Pública, a responsabilização por improbidade não recebeu tratamento especial do Constituinte, que não reservou a esse tipo de ilícito tratamento único capaz de criar um novo sistema.¹³⁰

Nos alinhamos com a doutrina de Fábio Medina Osório,¹³¹ que posiciona a sanção administrativa no âmbito material do direito administrativo sancionador, que é um instrumento específico para tutelar os ilícitos tipicamente administrativos que devem ser castigados pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, e que têm como vítima da agressão a Administração Pública.

A improbidade, nas palavras de Medina Osório, é um ilícito do direito administrativo, o qual estabelece medidas punitivas. O devido processo legal abriga as regras e os princípios

¹³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, reportando-se ao Direito Administrativo, designa sistema como regime jurídico administrativo. Para este autor o regime jurídico administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Para nós, em que pese a respeitável lição do referido autor, o regime jurídico administrativo está escorado no interesse público e funciona mais como garantia aos administrados do que como privilégios para a Administração Pública (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 55-56).

¹³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. p. 191.

do direito administrativo sancionador, o qual ainda reside num universo extremamente lacunoso e carente de intervenções legislativas.¹³²

3.2 Pressuposto subjetivo

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa depende do elemento subjetivo, exigindo a perquirição da culpa do agente. Flávio Cheim Jorge adverte que não se deve admitir a responsabilidade objetiva para efeito de condenação por ato de improbidade.¹³³

É o que também afirma José Guilherme Giacomuzzi: “Se a improbidade tem caráter puramente subjetivo, as condutas do administrador ímprobo, merecedor das sanções da Lei 8.429, de 1992, hão de ser sempre analisadas do ponto de vista subjetivo do agente”.¹³⁴

O elemento subjetivo constitui fator determinante para a caracterização do ato de improbidade administrativa, o que já está consolidado pela jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, e o que se extrai imediatamente das previsões da lei de improbidade.¹³⁵

Os denominados sujeitos ativos impróprios - terceiros beneficiados - também só podem ser enquadrados nos atos de improbidade a título de dolo. É o que ensinam Flávio Cheim Jorge,¹³⁶ Gustavo Senna Miranda,¹³⁷ Jacinto de Arruda Câmara¹³⁸ e Mauro Roberto Gomes de Mattos.¹³⁹

Fábio Medina Osório destaca, dentre as garantias resultantes do sistema constitucional do direito administrativo sancionador, a responsabilidade subjetiva dos infratores, onde o dolo e a culpa são pressupostos de responsabilidade por improbidade administrativa.¹⁴⁰

¹³² OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. p. 201.

¹³³ JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o artigo 3º da Lei nº 8.429/1992. In: JORGE, Flávio Cheim et. al. *Temas de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010. p. 277-289, p. 283.

¹³⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. p. 296.

¹³⁵ AgRg no REsp 1500812/SE, Julgado em 21/05/2015; AgRg no REsp 968447/PR, Julgado em 16/04/2015; REsp 1238301/MG, Julgado em 19/03/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Julgado em 16/04/2015; REsp 1478274/MT, Julgado em 03/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Julgado em 24/02/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Julgado em 20/11/2014; REsp 1237583/SP, Julgado em 08/04/2014.

¹³⁶ JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o artigo 3º da Lei nº 8.429/1992. p. 284.

¹³⁷ MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 173-174.

¹³⁸ CÂMARA, Jacinto Arruda. A lei de improbidade administrativa e os contratos inválidos já executados. In: BUENO, Cássio Scapinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251-252.

¹³⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47.

¹⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. p. 202.

No único voto até agora proferido no RE 656558/SP, Dias Toffoli afirma que:

É evidente que o dolo, a intenção a que se está referindo, é a vontade inequívoca de praticar o ato ímprobo, desonesto, de má-fé. No âmbito constitucional, a boa-fé da Administração Pública consiste em um subprincípio da moralidade administrativa, manifesto no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Ambos estão presentes, de igual modo, na Lei do Processo Administrativo.

Alguns sustentam que a prova do elemento subjetivo - seja o dolo, nas hipóteses tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11, seja a culpa, nas hipóteses do art. 10 da Lei. 8.429/92 - é muito difícil de se produzir, ou praticamente impossível, dirão outros. Entretanto, não há que se olvidar que jamais se deve presumir a má-fé, muito menos quando se está a tratar de atos praticados por agentes da Administração Pública, ou por quem esteja vinculado às finalidades públicas, em situações eleitas pela própria legislação infraconstitucional.

A individualização de toda e qualquer conduta ímproba depende da indicação de um fato e do elemento subjetivo, eis que é exatamente essa a tônica da improbidade administrativa, adverte Flávio Cheim Jorge. Por essa razão não se admite a responsabilidade objetiva para efeito de condenação por improbidade administrativa. Tendo caráter puramente subjetivo, as condutas qualificadas como ato de improbidade não de ser sempre analisadas do ponto de vista subjetivo do agente.¹⁴¹

O elemento subjetivo, portanto, constitui fator determinante para a caracterização do ato de improbidade, sendo imprescindível a comprovação do dolo ou da má-fé, inclusive para o particular, cuja conduta deve ser intencional, voluntária, consciente e predeterminada. Segundo Flávio Cheim Jorge, para o particular é impensável o enquadramento no ato de improbidade por conduta culposa, até porque a culpa está diretamente ligada à noção de inobservância de um dever objetivo de cuidado, que não é o mesmo para as pessoas comuns e para os agentes públicos. Essa também é a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos.¹⁴²

A conduta não pode ser presumida, já que o dolo é requisito imprescindível para a condenação por ato de improbidade. É bem conhecida a conclusão de que a lei de improbidade visa sancionar o agente desonesto, aquele que pratica ato marcado pela má-fé, e não penalizar o agente incauto ou inábil.

Nesse sentido, segue o registro de Marino Pazzaglini Filho, posição essa também perfilhada por Marcelo Figueiredo:¹⁴³

¹⁴¹ JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o artigo 3º da Lei nº 8.429/1992. p. 283.

¹⁴² JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o artigo 3º da Lei nº 8.429/1992. p. 285. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei nº 8.429/92*. p. 47.

¹⁴³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Improbidade administrativa*. p. 46, 118-119

Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho de função pública.¹⁴⁴

Ímprobo é aquele que não procede bem ou procede com malícia. E, como alerta José dos Santos Carvalho Filho, não há propriamente graus de improbidade. É indiscutível a gravidade da improbidade administrativa: de um lado, atinge a sociedade, cujos interesses são geridos pela Administração, de outro, sua execução é imputada, na maioria das vezes, ao próprio administrador público.¹⁴⁵

Aliás, como adverte Mauro Roberto Gomes de Mattos, a acusação, desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica, é possibilitada pelo caráter aberto da norma. Tal qual o ato de tipificação penal, era dever indelegável da Lei nº 8.429/92 identificar com clareza e precisão os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para, após fixar os seus tipos. A definição de improbidade administrativa não pode ser um cheque em branco ou ato de prepotência, pois a segurança jurídica que permeiam um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica.¹⁴⁶

Jamais se deve presumir a má-fé, muito menos quando se está a tratar de atos praticados por agentes da Administração Pública. A presunção é inversa: há boa-fé na prática de atos administrativos. Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, exigibilidade e auto-executoriedade em virtude da presunção de legitimidade dos atos públicos, que afasta a necessidade de a Administração ter de demonstrar, a todo o tempo, a legalidade de seus atos e de buscar o consentimento de outrem; diante da necessidade de se satisfazer o bem comum; pela circunstância de que o uso da força pela Administração Pública não perturba a ordem social, pelo contrário, a mantém, conforme se extrai da própria finalidade do exercício do poder de polícia; porque há casos em que só se realiza o interesse da coletividade pela aplicação do ato ou procedimento administrativo, como é o caso da licitação ou mesmo do afastamento da adoção desse procedimento quando há previsão expressa na lei, seja por decisão vinculante ou discricionária do administrador, em atendimento ao interesse público primário, pois, nesse caso, a própria lei prevê a desnecessidade ou a imprestabilidade da licitação.¹⁴⁷

¹⁴⁴ FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3.

¹⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 98.

¹⁴⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei nº 8.429/92*. p. 28.

¹⁴⁷ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. p. 15-46.

O ato de improbidade administrativa somente pode ser sancionado caso haja prova concreta de que houve o ato ímprobo por dolo ou, nas situações excepcionais previstas na lei, por culpa. O primeiro elemento da conduta ímproba, segundo Cesar Asfor Rocha, é o dolo, a vontade subjetiva, livre e consciente de praticar a ilegalidade, de cometer a conduta que a lei reprova e o sistema sanciona. A diretriz que deve ser prestigiada para a imputação de atos de improbidade é aquela que o faz depender da conduta dolosa, estribada, nas palavras do autor, na intenção de causar prejuízo ou pelo menos na inequívoca presença de culpa grave, quase confinante com o dolo. Admitir-se a ausência de intenção, ainda segundo Asfor Rocha, mais parece uma avaliação ingênua, avessa ao que geralmente ocorre nas relações da vida humana.¹⁴⁸

Thiago Marrara explica que não é ideal, nem tampouco justo, que meros erros de gestão sejam confundidos com atos de improbidade. Não é adequado seja punido igualmente o administrador que erra e o administrador que deseja afrontar a moralidade administrativa. O autor lembra que está assentado na jurisprudência pátria que a improbidade sempre envolve um elemento (i)moral.¹⁴⁹

Portanto, exige-se, nas ações de improbidade administrativa, a prova do elemento subjetivo, e esse elemento subjetivo não pode ser aferido da pessoa jurídica, já que ela é um ente coletivo.

Mauro Roberto Gomes de Mattos adverte que nada é mais justo e compatível com o sistema jurídico do que estabelecer a responsabilidade subjetiva dos investigados nos atos de violação aos tipos descritos na Lei nº 8.429/1992, pois o sistema acusatório (sancionador) vincula-se à conduta.¹⁵⁰

3.3 O sujeito ativo e a posição da pessoa jurídica

A Lei nº 8.429/92 somente admite o ato de improbidade praticado por agente público, adotando conceito amplo deste, diferente daquele previsto pelo Código Penal (Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma

¹⁴⁸ ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 53 e 57.

¹⁴⁹ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016, p. 113.

¹⁵⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. *Revista Síntese Direito Empresarial*, São Paulo, ano 8, v. 47, nov./dez. p. 9-28, 2015. p. 11.

de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior).

As disposições da lei de improbidade não deixam dúvida de que os atos por ela coibidos somente podem ser praticados por pessoas físicas, especialmente porque, como já vimos, têm como pressuposto o elemento subjetivo.

Não basta a condição de agente público e do correspondente vínculo com um dos sujeitos passivos em potencial dos atos de improbidade. É necessário que o ato seja praticado em razão da condição especial de agente público, ensinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.¹⁵¹

A Administração Pública é informada pelo princípio da hierarquia,¹⁵² segundo o qual o superior hierárquico tem o dever jurídico de fiscalizar a atividade desenvolvida pelo seu subordinado. O descumprimento desse dever acarreta a responsabilidade do agente, sempre que essa omissão configurar algum dos atos qualificados como improbidade.

¹⁵¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 321.

¹⁵² Sobre o princípio da hierarquia são bem-vindas as lições de Paulo Otero (OTERO, Paulo. *O conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra, 1992, Cap. II – Elementos da hierarquia administrativa, p. 79 a 215), aqui brevemente resumidas: Sendo o poder de direção uma faculdade jurídica, os comandos hierárquicos dele provenientes estão assistidos de um fundamento jurídico-normativo direto, representando o vínculo hierárquico um mero fundamento indireto da origem e obrigatoriedade dos referidos comandos. Assim, não há qualquer impedimento ao nível do fundamento de existência e obrigatoriedade dos comandos hierárquicos capaz de lhes retirar a natureza jurídica.

Entretanto, o fato dos comandos hierárquicos terem um fundamento jurídico não lhes atribui automaticamente a qualidade de produzirem efeitos jurídicos.

No que concerne aos efeitos dos comandos hierárquicos, é possível verificar a existência dos seguintes efeitos jurídicos decorrentes dos comandos hierárquicos:

- Os comandos hierárquicos concretizam sempre o dever de obediência abstratamente fixado na lei, criando uma obrigação jurídica específica aos subalternos;
- Os comandos hierárquicos funcionam como meio de formação dos atos administrativos, pois os autores destes últimos têm sua vontade condicionada pelos comandos, os quais consubstanciam uma limitação ao exercício do poder discricionário dos subalternos.
- Além de originarem a imposição de comportamentos, os comandos hierárquicos encontram-se assistidos de dupla proteção sancionatória a nível disciplinar e criminal: (a) ao tornar passíveis de responsabilidade disciplinar os subalternos violadores do dever de obediência, o poder de direção mostra-se susceptível de produzir efeitos jurídicos mesmo em situações patológicas; (b) a conclusão anterior é reforçada tendo em vista o fato de o desrespeito aos comandos consistir em elemento integrante da tipicidade objetiva do crime de desobediência.

O dever de obediência nega qualquer apreciação valorativa do mérito do comando hierárquico. Assim sendo, razões de mérito do comando hierárquico nunca podem fundamentar a cessação do dever de obediência.

Por outro lado, a inexistência de qualquer direito de o subalterno ser ouvido sobre o conteúdo do comando hierárquico, mesmo que o considere inadequado, isenta o referido órgão da responsabilidade decorrente da execução legal da ordem. Mesmo em relação a comandos hierárquicos gravemente inoportunos para o interesse público, não existe fundamento para uma recusa legítima de obediência.

Emerson Garcia Alves e Rogério Pacheco consideram autor do ato de improbidade, inclusive, aquele que não cessou o ato praticado por outro, como, por exemplo, o prefeito eleito que mantém as contratações sem concurso público do seu antecessor.¹⁵³

Embora nesses casos a improbidade possa se apresentar, entendemos que o dolo deverá ser apurado na conduta, pois, para nós, a omissão por si não basta para configurar esse ilícito administrativo.

A punição mediante a automática incidência do princípio hierárquico pode causar distorções, se assemelhando da teoria do domínio do fato por alguns advogada no âmbito do direito penal.

Os próprios autores retro citados advertem que o dever de fiscalização não pode ser transformado em responsabilidade objetiva. Para evitar o mau uso do princípio da hierarquia, eles sugerem fatores indiciários, como a demonstração da participação direta do superior na escolha do subordinado, a proximidade na estrutura orgânica, a importância do ato do subordinado para o regular funcionamento da atividade administrativa, a previsibilidade do ato praticado e do resultado lesivo e as notícias levadas ao conhecimento do superior por terceiros.¹⁵⁴

Na verdade, esses elementos podem auxiliar na apuração do dolo do agente e também na verificação de sua participação, ainda que ele tenha praticado o ato tacitamente, uma vez que, sabendo da má conduta, nada fez para impedi-la ou para corrigi-la.

Já o particular somente estará sujeito às sanções da lei de improbidade quando induzir ou concorrer para a prática do ato ou dele se beneficiar sob qualquer forma. Induzir ou concorrer implicam na vontade deliberada de praticar o ato, melhor dizendo, vontade consciente de contribuir para a prática da improbidade. O mesmo se pode dizer do benefício. Ninguém recebe um benefício sem ter conhecimento da origem dele, assumindo, portanto, a responsabilidade pelo o que usufruiu ilicitamente.

Também para o terceiro o elemento subjetivo é um pressuposto para a configuração do ato, especialmente porque é intrínseco às condutas previstas na lei.

Sendo o elemento subjetivo imprescindível para a composição da improbidade, a pessoa jurídica, despida dessa disposição anímica, não pode ser autora de ato de improbidade.

Para Emerson Garcia Alves e Rogério Pacheco, como a lei não fez qualquer distinção em relação aos terceiros, as pessoas jurídicas também estão incluídas nas suas previsões.

¹⁵³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. p. 340.

¹⁵⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. p. 341.

Dizem os autores que a pessoa jurídica tem individualidade distinta das pessoas físicas que concorreram para a sua criação e personalidade jurídica própria.¹⁵⁵

A personalidade jurídica, todavia, não nos parece suficiente para aplicar as severas sanções previstas na lei de improbidade a uma pessoa desprovida do pressuposto essencial para a configuração dos ilícitos administrativos nela previstos. Tanto que, os próprios autores referidos, ao defenderem a desconsideração da personalidade jurídica, justificam o alcance do patrimônio dos sócios, os verdadeiros responsáveis pelos ilícitos praticados.¹⁵⁶

Bom, se eles são os verdadeiros responsáveis, sobre eles é que devem recair as sanções da lei, sem necessidade, aliás, da desconsideração da personalidade jurídica, já que eles são autores do ato independentemente da inclusão da pessoa jurídica no polo passivo da demanda.

Emerson Garcia, em outro texto, afirma que se determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.¹⁵⁷

O autor justifica a aplicação da sanção nela mesma, esquecendo-se a natureza do ato ilícito que ela responde, bem como o bem jurídico tutelado.

Se a pessoa jurídica tem individualidade distinta das pessoas físicas e personalidade própria, os atos da pessoa humana não podem ser imediatamente a ela creditados, especialmente os ilícitos que dependem do elemento subjetivo.

O ressarcimento do dano, como visto no tópico 1.6, é resolvido de outra maneira, haja vista que não depende do reconhecimento do ato de improbidade.

Wallace Paiva Martins Junior diz que:

Encontra-se na Constituição outras matrizes (diretas ou indiretas) de punição de pessoas (físicas ou jurídicas) pela prática de atos de improbidade administrativa como, verbi gratia, no âmbito eleitoral (arts. 14, §9º, e 15, V), administrativo (art. 41, II), penal (art. 37, §4º, in fine), e político-administrativo (art. 85, V), sem embargo da própria prevenção do patrimônio público em face de atos tismados por esse sério e grave defeito (arts. 5º, LXXIII, e 129, III). Destarte, as sanções da improbidade administrativa não se exaurem no §4º do art. 37.¹⁵⁸

Embora o autor se refira às pessoas físicas e jurídicas, nenhum dos dispositivos constitucionais por ele citados alberga o ente fictício. Nem mesmo a ação popular pode ser

¹⁵⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. p. 357.

¹⁵⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. p. 358.

¹⁵⁷ GARCIA, Emerson. A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a lei de improbidade administrativa. *Revista Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 141-151, out./dez. 2015. p. 42.

¹⁵⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Sanções por ato de improbidade administrativa*. p. 3.

admitida como instrumento de sanção, já que o objetivo desta é tão somente a anulação/nulidade do ato, cuja consequência é a reparação que, como vimos, não é sanção.

Admitir a penalização da pessoa jurídica equivale a admitir que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, já que atingirá indistintamente todos os sócios, tenham eles participado ou não do ato ilícito, sem mencionar todos os empregados que dependem das atividades da pessoa jurídica.

A lei não fez distinção quando previu a sanção aos terceiros porque está construída, conforme já bem demonstrado, no elemento subjetivo, presente somente nas pessoas físicas. Tanto que previu solução quanto à utilização da pessoa jurídica para a prática dos ilícitos quando determina a proibição de incentivos e benefícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica.

Se a pessoa jurídica fosse autora de ato de improbidade, essa disposição não teria razão de ser, já que ela sempre figuraria no polo passivo da ação, sendo diretamente atingida pela proibição.

A lei de improbidade, na verdade, protege a pessoa jurídica, tanto a de direito público (pessoas da Administração Direta e Indireta), como a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual (art. 1º e parágrafo único).

Outros autores, como Silvio Antônio Marques, admitem a prática de ato de improbidade administrativa sem discutirem essa possibilidade; tratam como se a lei considerasse explicitamente a autoria pelo ente personalizado, o que não é correto.¹⁵⁹

A pessoa jurídica também não poder ser admitida como autora na qualidade de terceiro, pois, os atos praticados pelo terceiro dependem de vontade consciente, inexistente neste ente. Além disso, a lei é clara ao tratar o terceiro como uma pessoa física, basta atenção à letra legal (“As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público [...]”).

Vejam que a disposição do art. 3º remete às dos artigos 1º e 2º quando diz “mesmo não sendo agente público”. Agente público, para os efeitos da lei, é “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Mandato é o meio de acesso a alguns cargos

¹⁵⁹ MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41-65.

públicos por prazo determinado, em razão de eleição, ocupados, evidentemente, por pessoas físicas. Cargo é a unidade de poderes e deveres públicos desempenhados por um agente sob o regime estatutário, ocupado, igualmente, por pessoas físicas. Emprego público é a unidade de poderes e deveres públicos desempenhados por aquele contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, ocupado, obviamente, por pessoas físicas. Função pública é a atividade exercida pelos agentes públicos (pessoas físicas) visando atender, por certo prazo, determinada necessidade de interesse público.

Ficou claro que o conceito amplo de agente público conduz inexoravelmente a uma pessoa física, sendo impossível à pessoa jurídica ostentar essa qualidade e, conseqüentemente, ser autora de ato de improbidade, nos termos da Lei nº 8.429/92.

Silvio Antônio Marques enumera os agentes delegados dentre aqueles que exercem transitoriamente funções públicas, os quais ele denomina de particulares colaboradores. Embora não sejam agentes públicos, o autor considera que os representantes das entidades privadas protegidas pela lei de improbidade podem responder pelos ilícitos administrativos. Por outro lado, adverte que os representantes das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos não são sujeitos ativos, pois eventuais prejuízos decorrentes de sua conduta devem ser suportados pela pessoa jurídica de direito privado contratada pelo Poder Público.¹⁶⁰

Confunde, na nossa opinião, o ressarcimento de eventual dano com as penas previstas na lei de improbidade, inclusive, de forma indireta, retira a própria pessoa jurídica do âmbito de aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92.

Admitimos que a pessoa jurídica, em caso de comprovado dano ao erário, pode responder pelo ressarcimento, já que, para efeitos de reparação, incorre na responsabilidade civil. O mesmo não ocorre quanto às sanções do ilícito administrativo, já que, repetimos, para a configuração dele o elemento volitivo é imprescindível. Já no que se refere aos particulares colaboradores, entendemos que eles não são agentes públicos e somente responderão pelo ato de improbidade se praticarem quaisquer das condutas dos terceiros, inclusive os representantes das concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

João Pedro Accioly afirma que as estatais podem figurar tanto na condição de sujeito passivo como na condição de sujeito ativo do ato de improbidade, neste caso quando, na condição de contratadas de outras pessoas da Administração, induzem, concorrem ou se beneficiam de algum ato de improbidade.¹⁶¹

¹⁶⁰ MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade administrativa*. p. 63.

¹⁶¹ ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade administrativa e proibição de contratar com o Poder Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 133-147.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista seriam responsabilizadas na forma do artigo 3º da Lei 8.429/1992. Todavia, mencionado autor ressalva que a sanção de proibição de contratar com o Poder Público parece logicamente equivocada e nitidamente prejudicial, do ponto de vista econômico, ao próprio Poder Público. Tal condenação implicaria automática dissolução material da empresa, eis que geralmente elas são constituídas apenas para prestarem serviços para outras pessoas da Administração.

A Lei nº 13.303/2016 não prevê a responsabilização das estatais, assim como não o faz a Lei nº 8.429/1992. Ao contrário, esta última insere esses entes no rol dos sujeitos passivos e a primeira, no seu art. 29, §2º, prevê que será responsabilizado o agente público que, por ação ou omissão, tenha dado causa à situação emergencial decorrente de desídia administrativa, inclusive no âmbito da Lei 8.429/1992.

Afora as razões já expostas quanto à impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por ato de improbidade, não é possível posicionar o mesmo sujeito em ambos os polos, ora como autor do ilícito, ora como vítima dele.

Marcelo Figueiredo comenta que:

Ao contrário da Lei 3.502, de 1958, que só tipificava a conduta de quem era servidor público, ou quem indiretamente intervinha em sua conduta (art. 1º e 3º), a nova lei anotada aplica-se, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indiretamente. No regime da lei anterior, ora revogada expressamente, o terceiro, estranho à Administração Pública, não era alcançado pela tipificação especial, salvo pelas normas do Código Penal.¹⁶²

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/92, o particular somente será considerado sujeito ativo do ato de improbidade se sua conduta estiver intrinsecamente vinculada à conduta do agente público. Em outras palavras, o particular somente age em coautoria, jamais sem a participação de um agente público.

Emerson Garcia¹⁶³ explica que a ação do terceiro se apresenta de três formas: 1. Despertando no agente público o interesse de praticar o ato de improbidade, induzindo-o; 2. Concorrendo para a prática do ato de improbidade, por meio da divisão de tarefas ou pelo auxílio material; 3. Beneficiando-se, de forma direta ou indireta, do produto ilícito.

¹⁶² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.

¹⁶³ GARCIA, Emerson. Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa: reflexões. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO/ CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL. *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: CEAF, 2005. Coleção do Averso ao Direito. v.6. p. 93-134. p. 131.

As condutas do agente público e do particular, este último denominado de sujeito ativo impróprio, são substancialmente distintas, conforme ensina Flávio Cheim Jorge, sendo que o reconhecimento do ato de improbidade praticado pelo agente público não acarreta automaticamente as mesmas consequências para o particular.¹⁶⁴

No REsp 737978/MG o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

Terceiros que porventura concorrem para a prática de ato de improbidade, ou dele se beneficiem, podem até se submeter às sanções decorrentes da lei (art. 3º da Lei 8.429/92), todavia, a apuração e a individualização de suas condutas, bem como a investigação do elemento subjetivo, dependerá de novo processo a ser instaurado a partir dos elementos probatórios disponíveis. Muito embora sejam condutas conexas, a sentença não será obrigatoriamente idêntica para as duas situações, conduta do agente público e conduta extraíeis, implica dizer, não há relação jurídica unitária.

A pessoa jurídica é inserida como sujeito ativo impróprio do ato de improbidade. Todavia, a ela não podem ser imputados os atos previstos na Lei nº 8.429/92.

A conduta do particular, repetimos, é necessariamente intencional, voluntária e predeterminada, de modo que sempre haverá de ser dolosa, não comportando sequer a culpa *stricto sensu*, já que, na improbidade administrativa, a culpa está diretamente relacionada à noção de inobservância de um dever objetivo de cuidado dos agentes públicos. Nesse sentido: Flávio Cheim Jorge,¹⁶⁵ Gustavo Senna Miranda,¹⁶⁶ Jacinto de Arruda Câmara,¹⁶⁷ Mauro Roberto Gomes de Mattos.¹⁶⁸

A Lei nº 8.429/92 foi concebida para sancionar os agentes públicos, os únicos imediatamente capazes de praticar atos contra a Administração Pública e jungidos ao regime jurídico administrativo. Para ser sujeito ativo, já dissemos, o particular deve ter a sua conduta visceralmente ligada à conduta do agente público.

A pessoa jurídica, aliás, é classificada pela lei como vítima do ato de improbidade, ao menos aquelas que recebam algum subsídio do Poder Público. As demais se relacionam com a Administração Pública, ou com particulares, no exercício de suas atividades, que têm por finalidade a obtenção de benefício financeiro e econômico. A regularidade do procedimento administrativo não é de sua responsabilidade.

¹⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o artigo 3º da Lei nº 8.429/1992*. p. 282.

¹⁶⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Temas de improbidade administrativa*. p. 285-286.

¹⁶⁶ MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa*. p. 173-174.

¹⁶⁷ CÂMARA, Jacinto de Arruda. *A lei de improbidade administrativa e os contratos inválidos já executados*. In: BUENO, Cássio Scapinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 251-252.

¹⁶⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei 8.429/92*. p. 47.

3.5 Sanções

A matriz constitucional (art. 37, §4º) prevê três tipos de sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário. Referido dispositivo constitucional limitou as sanções por atos de improbidade, delegando à legislação apenas a forma e gradação.

Não obstante, a Lei nº 8.429/92 estendeu o rol de sanções para incluir a multa civil, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a proibição de contratar com o poder público e a proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios, extrapolando, portanto, a previsão do §4º do art. 37 da Constituição Federal.

A perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio não pode ser considerada uma sanção, mas uma expressão da regra geral de vedação ao enriquecimento sem causa e mesmo da responsabilidade civil. As demais sanções, todavia, não podem ser aplicadas para punição de atos de improbidade. Isso porque a redação do dispositivo já citado é imperativa ao dispor que os atos de improbidade administrativa “importarão” nas sanções expressamente por ele definidas. Devem, portanto, ser consideradas inconstitucionais por ofensa ao §4º do art. 37 da Constituição Federal as penas de pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público e de proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios. Assim defendem Toshio Mukai,¹⁶⁹ Álvaro Lazzarini,¹⁷⁰ Kiyoshi Harada¹⁷¹ e Mônica Nicida Garcia.¹⁷²

Essa não é a opinião de José Roberto Pimenta Oliveira. Segundo o autor, as sanções criadas no plano legal colhem fundamento constitucional, posto que demonstram adequação ao desiderato constitucional de banir atos ímprobos na atividade pública.¹⁷³

Há julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido nos autos do RE 598.588-AgR/RJ (DJe 26/02/2010) que, embora não se pronuncie com profundidade a respeito do tema, reconheceu a constitucionalidade da previsão da Lei nº 8.429/92:¹⁷⁴

¹⁶⁹ MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 11, p. 720-723, 1999. p. 722.

¹⁷⁰ LAZZARINI, Álvaro. Improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 398-404, abr. 2006. p. 402.

¹⁷¹ HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/361>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁷² GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. p. 270.

¹⁷³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. p. 303. Sobre a constitucionalidade das sanções legais não previstas na Constituição leiam, ainda: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 825.

¹⁷⁴ Lembramos, ainda, a ADI 2182/DF (DJ 31/05/2000), cujo julgamento se concentrou tão somente na inconstitucionalidade formal da Lei nº 8.429/92. Não houve pronunciamento do STF sobre a

A tipificação de ilícitos civis, penais e administrativos e a cominação das respectivas sanções constituem matéria de competência do legislador infraconstitucional, cuja atuação, porquanto se paute, obviamente, por balizas definidas pela Constituição Federal, não se esgota na interpretação literal que se faça do seu texto.

As sanções civis cominadas pela Lei nº 8.429/92 em seu art. 12 aos atos de improbidade administrativa tipificados em seus artigos 9º, 10 e 11, estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, e visam não só ao ressarcimento do patrimônio público material, mas também à recomposição do patrimônio público moral.

Por outro lado, Paulo Emílio Catta Preta, acerca dos atos de improbidade, recorda que o legislador Constituinte previu pena de suspensão dos direitos políticos em dois momentos do texto da Magna Carta, a saber, (i) o artigo 15, inciso V, admite excepcional suspensão temporária dos direitos políticos em virtude de improbidade administrativa, com expressa remissão ao (ii) artigo 37, §4ª, que arrola as penas aplicáveis, reafirmando a possibilidade de cominação legal da indicada suspensão.¹⁷⁵

Em observância desse imperativo constitucional, sobreveio a Lei nº 8.249/1992, destinada a regular as hipóteses (tipos legais), espécies e graduação das penas, processo e procedimento, dando os contornos necessários à sua aplicação. Coube ao artigo 12, em seus incisos I, II e III, estabelecer a pena de suspensão dos direitos políticos em quantum variável e condicionado à tipologia legal do ato ímprobo e à gravidade apontada na mesma lei, segundo se cuide de infração aos seus artigos 9º, 10º e 11.

A sanção por improbidade administrativa está posicionada no âmbito material do direito administrativo sancionador, que é um instrumento específico para tutelar os ilícitos tipicamente administrativos que devem ser castigados pela Administração Pública ou pelo

constitucionalidade material da lei. Eis a ementa da questão de ordem suscitada: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA); INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

¹⁷⁵ CATTÀ PRETA, Paulo Emílio. Suspensão de direito político por improbidade é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico* de 23 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/paulo-emilio-suspensao-direito-politico-improbidade-inconstitucional>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Poder Judiciário, e que têm como vítima da agressão a Administração Pública, como ensina Fábio Osório Medina.¹⁷⁶

A natureza administrativa das ações de improbidade é absolutamente incompatível com a fixação da suspensão dos direitos políticos, segundo normas constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), pactuada em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e aprovada no Brasil através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Isso porque a referida Convenção Americana de Direitos Humanos assegura direitos políticos de participação ativa e passiva nos pleitos eleitorais, mais especificamente nos ditames do seu artigo 23, assim redigido:

Artigo 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Os Estados convenientes consentiram em garantir os direitos políticos de seus cidadãos, permitindo somente as restrições relativas às matérias contidas na própria ressalva e, no que tange às demandas judiciais, restritas àquelas prolatadas em sede de condenação criminal decorrente de regular processo de natureza penal.

Mencionada disposição deve ser vista pela perspectiva do art. 5º, §3º da Constituição Federal (acrescentado pela EC 45/2004), que determina que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, ressoa evidente que as disposições da referida Convenção Internacional passaram a integrar — ao menos a partir da edição da Emenda Constitucional 45 de 2004, o denominado Bloco da Constitucionalidade do ordenamento brasileiro, de sorte que, por exata incongruência, não mais se admite a suspensão de direitos políticos em razão de condenações por improbidade administrativa por não configurar, na forma de entendimento consagrado, condenação de cunho criminal.

Não se desconhece o dissenso doutrinário existente sobre a posição hierárquica das normas dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro,

¹⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. p. 185.

inventariando-se quatro distintas correntes que classificam sua hierarquia como: (i) supraconstitucional; (ii) constitucional; (iii) infraconstitucional, porém supralegal; ou (iv) infraconstitucional, com hierarquia de lei federal (legalidade).

Sobre o tema, o Excelso Pretório adotou posição de que tais normas ingressariam no ordenamento pátrio com o patamar de supralegalidade, rompendo a ligação porventura existente entre a disposição constitucional e a legislação federal, de acordo com a compreensão sufragada no julgamento do RE 466.343/SP pela Corte Suprema.

Relembre-se que o precedente adotado como paradigma cuidava da (in)eficácia da prisão do depositário infiel — admitida pelo artigo 5º, inciso LXVII da Carta Federal e na legislação federal — artigo 1287 do CC/1916, artigo 652 CC/2002, e DL 911/1969 — porém não excepcionada à vedação de aprisionamento civil na referida Convenção Americana dos Direitos Humanos.

No julgamento do referido RE 466.343/SP, prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes, nos seguintes termos, *in litteris*:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

O mesmo procedimento hermenêutico adotado ganha lugar na hipótese presente, pois ainda que se aceite a supralegalidade da disposição internacional que limita a suspensão dos direitos políticos às condenações criminais, é de rigor apurar o efeito paralisante dessa Convenção em relação à legislação infraconstitucional, especificamente os incisos I, II e III do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, na parte em que dispõem acerca dessa pena.

A contrariedade dos dispositivos constitucionais é flagrante diante dos termos do artigo 23.2 da CADH que somente admite a suspensão dos direitos políticos como decorrência de condenação criminal, portanto, de índole processual penal o que, declaradamente, não corrobora a natureza da improbidade administrativa. Por derivação lógica e necessária referida disposição revogou as disposições constantes do artigo 15, inciso V e 37, parágrafo 4º da Constituição Federal.

Malgrado a impossibilidade de a pessoa jurídica ser sancionada por ato de improbidade, conforme já ficou claro, as demais sanções, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, a ela são inaplicáveis, razão pela qual estaria esvaziada a incidência da Lei nº 8.429/92 sobre o ente fictício.

4 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 12.846/2013 disciplina a responsabilização da pessoa jurídica por ilícitos administrativos, incorporando previsões normativas transnacionais como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹⁷⁷

Os ilícitos administrativos, malgrado à semelhança com aqueles previstos na Lei nº 8.429/92, receberam tratamento diferente, estando sujeitos, por exemplo, ao acordo, na forma de leniência; a fase preliminar instaurada nas ações de improbidade não existe na demanda ajuizada com fundamento na Lei nº 12.846/2013; e a prescrição das ações albergadas pela Lei nº 12.846/2012 diferem daquelas aplicadas às ações de improbidade; apenas para citar alguns pontos divergentes.

Todavia, a distinção que mais interessa a este estudo, embora também não seja inovação, conquanto já prevista nas Leis nº 6.938/81, 9.605/98 e 12.529/2011, é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, tratada ao final.

As previsões normativas transnacionais, fonte de inspiração da legislação brasileira, ao contrário do que se pensa, não contêm disposições a respeito da responsabilidade objetiva. A Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais estabelecida no âmbito da OCDE (incorporada pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.678/2000), recomenda a criminalização das pessoas naturais e jurídicas que corromperem funcionário público estrangeiro a fim de favorecê-las em suas transações econômicas e de negócios internacionais. A Convenção Interamericana contra a Corrupção, criada na OEA (promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002), sugere a implantação de mecanismos voltados à orientação de condutas adequadas aos funcionários públicos, à

¹⁷⁷ Daniel Kahneman, vencedor do prêmio Nobel de Economia em 2002, explica que as pessoas tendem a estimar a importância relativa das questões pela facilidade com que são puxadas da memória (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012). É possível dizer que a nova legislação foi produzida intuitivamente, tendo papel decisivo a extensão da cobertura da mídia aos movimentos populares que ocuparam as ruas em 2013, sem um propósito claro e efetivo. Vários episódios da nossa história, aliás, tiveram como elemento propulsor o combate à corrupção: a Proclamação da República, a vassourinha de Jânio Quadros e o golpe de 1964 são alguns exemplos. Não é por acaso que regimes autoritários exercem substancial pressão sobre a mídia independente. E também não é por acaso que a mídia independente, sem limites, também pode desaguar em autoritarismo de opinião. Não obstante a provocação intuitiva, buscamos um resultado lógico e racional, nos distanciando do calor dos fatos para atentarmos para a complexidade da matéria e a concentração que ela exige.

implantação de procedimentos contábeis e de transparência em relação às movimentações econômicas do Estado, dos funcionários públicos e das pessoas jurídicas, sem qualquer menção expressa à responsabilização destas últimas. Já a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004) sugere a implementação de normas regulatórias contábeis e de auditoria que garantam mais transparência e dificultem a corrupção no setor privado empresarial; rigor ético na concessão de subsídios e licenças pelo poder estatal aos agentes privados; vedação de dedução tributária de atividades que venham a se constituir na prática de suborno; e criação de tipos infracionais.

Embora a Lei nº 12.846/2013 atenda, em parte, as disposições dos sobreditos normativos, no que se refere à criação de tipos infracionais, tipificou as mesmas condutas já punidas pela Lei nº 8.429/92, as quais, como já dissemos, exigem a presença do elemento subjetivo, incompatível com o sancionamento da pessoa jurídica.

4.1 A natureza jurídica da responsabilidade por atos lesivos à administração pública

Tal como as sanções por ato de improbidade, as sanções pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira também têm natureza administrativa, cabendo aqui as mesmas considerações já escritas no subitem 3.1.

A própria Lei nº 12.846/2013 classifica a responsabilização como administrativa, disciplinando, inclusive, sua aplicação pelo Poder Judiciário, o que não transforma a sua natureza em civil. A redação do artigo 18 da lei deixa isso bem claro: “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”.

Outra disposição que confirma a natureza administrativa da sanção, independentemente da esfera onde ela é aplicada, é a o artigo 20, assim redigido: “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”.

Tratando do mesmo bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.429/92, cujos tipos até coincidem com aqueles nesta previstos, outra não pode ser a natureza das sanções prescritas na Lei nº 12.846/2013 senão a administrativa.

Robert Klitgaard, diante da difícil tarefa de definir corrupção, traz um conceito amplamente citado pela literatura sobre o tema: “comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados de natureza pecuniária ou para

melhorar o status; ou o que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento a interesses privados”.¹⁷⁸

Para nós, os atos corruptos são ilícitos administrativos tal como os atos de improbidade, em nada se diferenciando destes, ao menos para os efeitos deste estudo.

Não foi por outro motivo que a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.446/91, que originou a Lei de Improbidade Administrativa, elaborada pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, enfocava que a principal finalidade do pretendido diploma era servir de importante instrumento para o combate à corrupção, uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País.

Fábio Medina Osório, em discurso no II Seminário de Direito Administrativo promovido pela OAB/DF no Superior Tribunal de Justiça, cujo tema era Regime Administrativo Sancionador na Jurisprudência do STJ, assim se manifestou: “Não há classificação de direito judicial”, para dizer que o direito administrativo sancionador não é aquele aplicado somente no âmbito da Administração Pública.¹⁷⁹

4.2 Sujeito ativo

A Lei nº 12.846/2013 foi concebida exclusivamente para disciplinar a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, aplicando-se, nos termos do art. 1º, parágrafo único, às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Márcio de Aguiar Ribeiro lembra que estão ao alcance da lei os entes personificados ou não, inclusive aqueles constituídos de fato ou temporariamente. Segundo o autor não houve ressalvas em relação às entidades que integram a Administração Pública indireta, de forma que as empresas públicas e as sociedades de economia mista poderão incorrer na responsabilidade, ressalvada a sanção de dissolução compulsória, haja vista que essas pessoas

¹⁷⁸ KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Tradução Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 40.

¹⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Regime administrativo sancionador na jurisprudência do STJ. In: *II Seminário de Direito Administrativo*. Brasília, OAB/DF, 2017. (comunicação oral).

jurídicas só podem ser extintas mediante autorização legal e não por força de decisão judicial.¹⁸⁰

Discordamos desta elasticidade conferida à lei. Não é possível aplicar interpretação extensiva às disposições que restringem ou limitam direitos, regra básica da hermenêutica. Caso o legislador quisesse conferir tal amplitude ao texto normativo deveria tê-lo feito expressamente.

Foi o que fez, no entanto, a Lei nº 13.303/2016, em patente inconstitucionalidade, assim dispondo no art. 94: “Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei”.¹⁸¹

A Constituição Federal limitou expressamente o alcance da responsabilidade desses entes, dispondo no art. 173, §5º que:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, de acordo com a previsão constitucional, estão sujeitas somente às sanções pelos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹⁸⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 39.

¹⁸¹ Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5624), proposta pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – FENAEF e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, contra a Lei 13.303/2016. Segundo os autores, a lei questionada, ao regulamentar o artigo 173, §1º, da Constituição Federal, inseriu no ordenamento jurídico “normas de grande impacto sobre o regime societário, a organização e a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a composição de seus órgãos de administração, a sua função social, o seu regime de compras e contratações e as formas de prestação de contas ao Estado e à sociedade, estabelecendo limitações e obrigações e restringindo a capacidade de gestão dos respectivos Poderes Executivos”. Afirmam que há inconstitucionalidade formal na norma, entendendo que houve invasão do Poder Legislativo sobre a prerrogativa do chefe do Poder Executivo de dar início ao processo legislativo em matérias que envolvam a organização e funcionamento do próprio Executivo e o regime jurídico de seus servidores. Quanto às inconstitucionalidades materiais, sustentam que a lei apresenta abrangência excessiva, pois alcança a totalidade das empresas públicas e sociedades, quando o artigo 173, §1º, da Constituição prevê o estabelecimento do estatuto jurídico das estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços. Alegam incompatibilidade da norma com os artigos 25 e 30 (incisos I e II), uma vez que torna inviável que os estados e municípios exerçam sua capacidade de auto-organização. Sustentam, ainda, que as restrições previstas na lei para investidura em cargos de gestão nas empresas estatais ofendem o caput do artigo 5º da Constituição Federal (princípio da igualdade). Entre os que se encontram impedidos de integrar o conselho de administração e a diretoria das estatais estão as pessoas que atuaram, nos últimos 36 meses, como participantes da estrutura decisória de partido político e aqueles que exerçam cargo em organização sindical. Por fim, argumentam que a norma mostra-se inconstitucional ao impor às estatais que explorem atividades econômicas em regime de competição com o mercado regras que não são aplicáveis às empresas privadas que atuem no mesmo ramo. Não há qualquer menção na ADI à inconstitucional previsão do art. 94.

Mauro Roberto Gomes de Mattos também afirma que o legislador constitucional foi bem explícito quando estabeleceu que a lei punisse a pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, de modo que a Lei nº 12.846/2013 não se presta ao papel de regulamentar o art. 173, §5º, da CF, assim como a Lei nº 8.429/92, embora quanto a esta o autor não se refira.¹⁸²

Por outro lado, ao mesmo tempo que reconhece a ampla aplicação da lei, Márcio de Aguiar Ribeiro rechaça uma de suas sanções. Ora, se de fato o diploma legal se estende à Administração Indireta, já há o permissivo legal para a sua dissolução, sendo que a decisão judicial apenas concretizaria o comando da lei.

As pessoas físicas não podem ser punidas no âmbito da Lei nº 12.846/2013, haja vista que não há qualquer disciplina a respeito. Entendimento diverso é sustentado por Emerson Garcia, que afirma:

[...] constata-se uma evidente conexão com as demandas a serem instauradas, o que permite a tramitação simultânea das relações processuais voltadas à responsabilização das pessoas físicas e jurídicas. A distinta natureza do prisma de análise de uma e de outra conduta, já que contextualizadas no plano das responsabilidades objetiva e subjetiva, não obsta o *simultaneus processus*. De acordo com o segundo aspecto, como os terceiros concorreram para a prática do mesmo ilícito imputado à pessoa jurídica não de sofrer as mesmas sanções a ela cominadas, desde que compatíveis com a sua condição pessoal (por exemplo, a pessoa natural não pode ser dissolvida compulsoriamente) e nos limites da sua culpabilidade. Não nos parece defensável a tese que a LRPJ, ao referir-se à responsabilização dos terceiros, estaria fazendo referência a outro sistema que sequer preocupou-se em declinar. Em verdade, ao ressaltar que tal responsabilização levaria em conta a culpabilidade de cada qual, nada mais fez que estabelecer uma sistemática específica para a aplicação do processo sancionador que veicula.¹⁸³

Em que pese o sujeito ativo dos atos lesivos à Administração Pública seja a pessoa jurídica, segundo a lei, a desconsideração da personalidade jurídica faz recair sobre as pessoas físicas (administradores e sócios) os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica, conforme prevê o art. 14 da Lei nº 12.846/2013. É evidente, no entanto, que essa disposição contém vício de inconstitucionalidade. A responsabilidade da pessoa jurídica, no âmbito da referida legislação, é objetiva, de modo que a sanção que lhe for aplicada o será tendo em vista a apuração objetiva. Embora a disposição legal afirme que será respeitado o contraditório e a ampla defesa no caso de desconsideração, isso não significa que haverá novo julgamento a

¹⁸² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. p. 12.

¹⁸³ GARCIA, Emerson. *A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a lei de improbidade administrativa*. p. 40-41.

respeito dos ilícitos previstos nesta lei, mas quanto aos fatos que ensejam a desconsideração, posto que a extensão da sanção pressupõe o aproveitamento da decisão já proferida pela autoridade. Caso admitida a previsão legal, a pessoa física é inserida como autora dos atos e responsabilizada objetivamente, a não ser que seja instaurado novo processo administrativo de responsabilização para que seja apurada subjetivamente a conduta das pessoas físicas.

Embora admita a responsabilização da pessoa jurídica por ato de improbidade, mesmo reconhecendo a imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração deste ato, sem explicar como o apurar na conduta da pessoa jurídica, Mauro Roberto Gomes de Mattos adverte que o legislador criou uma antinomia jurídica, no afã de driblar a responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica quando responde pelos termos da Lei nº 8.429/1992, para alçá-la na responsabilidade objetiva, por meio da Lei nº 12.846/2013, apesar de o ilícito ser o mesmo já previsto na Lei nº 8.429/92.¹⁸⁴

4.3 Sanções

No âmbito administrativo, a Lei nº 12.846/2013 (art. 6º) prevê duas sanções: a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

A multa é sanção pecuniária que, segunda a lei, pode oscilar de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício, anterior àquele da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e nunca inferior à vantagem eventualmente auferida.¹⁸⁵ Caso não seja possível estimar o valor do faturamento bruto, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Embora a lei determine que a multa nunca seja inferior à eventual vantagem auferida, ressalva que esta sanção não tem caráter reparatório.

A publicação extraordinária da decisão sancionadora é medida punitiva de cunho reputacional, nas palavras de Márcio de Aguiar Ribeiro.¹⁸⁶

A pessoa jurídica sancionada deverá publicar a decisão condenatória na forma de extrato de sentença, a suas expensas, 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

¹⁸⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. p. 11.

¹⁸⁵ Há decisão do STF que equipara a receita bruta ao faturamento: Ag. Reg. no RE nº 548.222/RJ. O Decreto nº 8.420/2015, regulamento da Lei nº 12.846/2013, indica os valores que devem ser incluídos ou excluídos do faturamento bruto (artigos 17 e 18).

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MARRARA, Thiago (Coord). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 192.

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.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a princípio essa sanção poderia ser considerada irrelevante, tendo em vista que todos os atos da Administração devem ser publicados. Ressalta, todavia, que a publicação extraordinária produz efeito moral e é registrada no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, criado pelo art. 22 da Lei nº 12.846/2013.¹⁸⁷

Embora as sanções previstas no art. 6º sejam impostas na esfera administrativa, caso omissas as autoridades competentes para promover a responsabilização, poderão ser aplicadas em ação judicial promovida pelo Ministério Público.

Além das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, a pessoa jurídica poderá suportar aquelas previstas na Lei nº 8.429/92 e na Lei nº 8.666/93, sendo que, neste último caso, a apuração será conjunta, conforme determina o Decreto nº 8.420/15 que regulamentou a Lei nº 12.846/2013 no âmbito federal.

Essa apuração conjunta poderá revelar dificuldades, já que agrupa no mesmo raio investigações diversas: a responsabilidade objetiva criada pela Lei nº 12.846/2013 e a responsabilidade subjetiva da Lei nº 8.666/93.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro justifica referida conexão na previsão da Lei nº 12.846/2013 que inclui sete hipóteses de atos ilícitos que correspondem a infrações também punidas no âmbito dos procedimentos de licitação e contratação. Segundo a autora, não há discricionariedade absoluta na aplicação das sanções: “trata-se de discricionariedade limitada pelos fatos e pelas consequências maiores ou menores da infração para a Administração Pública”.¹⁸⁸

No que tange à dosimetria, a Lei nº 12.846/2013 admite ampla margem de apreciação, sem indicar os critérios, o que foi feito, na esfera federal, pelo Decreto nº 8.420/2015.

Concordamos com Maria Sylvia Zanella Di Pietro que essa margem de apreciação não significa discricionariedade, pois na aplicação de sanções não há decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade, já que a dosimetria se limita aos critérios definidos na lei ou no regulamento.¹⁸⁹

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. p. 125.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. p. 120-122.

¹⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao artigo 6º. p. 129.

Na esfera judicial, podem ser aplicadas as seguintes sanções (art. 19 da Lei nº 12.846/2013): 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; e 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.

Ressalva-se que também podem ser aplicadas no âmbito judicial as sanções previstas no art. 6º, desde que tenha sido ajuizada a ação em virtude de omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa. É o que prevê o art. 20 da Lei nº 12.846/2013.

O perdimento de bens e o ressarcimento do dano não são propriamente uma sanção, mas, medidas reparatórias já previstas no Código Civil (art. 884).

Já as demais são sanções de tanta severidade que mais se aproximam de penas somente aplicadas no âmbito criminal. A suspensão ou interdição parcial e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos podem, na prática, provocar a dissolução da pessoa jurídica. Essa dissolução indireta é a pena de morte deste ente.

É necessário destacar que sanções de tamanha envergadura, segundo a lei, são aplicadas objetivamente, ainda que os ilícitos tenham conteúdo materialmente subjetivos.

Além de violarem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ferem os princípios da ordem econômica, da livre concorrência, da proteção ao consumidor e do pleno emprego, pois o objetivo da Constituição é o desenvolvimento econômico, a geração de emprego e a circulação de renda, ressalta Sebastião Botto de Barros Tojal, de onde se extrai que os esforços devem ser no sentido de preservação das empresas.¹⁹⁰

A gravidade dessas sanções foi reconhecida pela Lei nº 13.303/2016. Em que pese inconstitucional a previsão do art. 94, conforme já dissemos no tópico 4.2, mencionadas sanções foram expressamente excluídas como resposta à responsabilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

A dissolução propriamente, no entanto, está restrita às pessoas jurídicas que não cumprem a sua função social e que foram criadas ou são utilizadas para a prática de atos

¹⁹⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Da inconstitucionalidade da pena prevista no inciso II do art. 19 da Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, nº 125, p. 138-146, dez. 2014, p. 141.

ilícitos, conforme dispõe o §1º do art. 19 da Lei nº 12.846/2013. Neste caso, pode-se dizer que não se trata sequer de sanção, mas de medida que reconhece situação de fato que impediria inclusive e antecipadamente a constituição da pessoa jurídica.

4.4 Programa de integridade

Dentre os critérios para aplicação da sanção a lei inclui a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta.

O Decreto nº 8.420/2015 assim define esse programa de integridade no artigo 41:

[...] programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Esse fator não se confunde com a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, que, por sua vez, não equivale ao acordo de leniência. A colaboração foi disciplinada pelo Decreto apenas para definição dos valores que podem ser subtraídos dos percentuais do faturamento, enquanto o acordo de leniência pode reduzir o valor da multa em até dois terços ou afastar as sanções previstas no art. 6º, inciso II e no art. 19, inciso IV da Lei.

Além dos aspectos conceituais, o Decreto estabeleceu extensa lista de mecanismos e procedimentos a serem considerados quando da avaliação do programa de integridade, com um rol de dezesseis elementos essenciais utilizados para a avaliação a respeito da adequação e conformidade do programa, também considerados em eventual acordo de leniência.

É certo que o comando central de qualquer programa de integridade parte do órgão de cúpula da pessoa jurídica, sendo o seu principal objetivo o estabelecimento de uma cultura de fidelidade ao Direito, somente passível de construção e consolidação, registra Márcio Aguiar Ribeiro, com a efetiva participação da direção superior da organização societária, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa.¹⁹¹

Nota-se que, mesmo a análise da aplicação do programa depende do envolvimento das pessoas físicas que conduzem a pessoa jurídica, de modo que a responsabilidade pelo sucesso ou engodo do referido mecanismo deve ser imputado a elas e não recair sobre o ente conduzido.

¹⁹¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. p. 206.

Vejamos os dezesseis parâmetros previstos no Decreto. Fazemos questão de reproduzir o texto normativo em razão da sua importante leitura para percepção do imprescindível envolvimento da pessoa física:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;
- XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e
- XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

A Portaria CGU nº 909, de 07 de abril de 2015 regulamenta a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas nos processos administrativos conduzidos pela Controladoria Geral da União, contemplando o relatório de perfil e o relatório de

conformidade do programa, instrumentos esses que, na verdade, são os mecanismos de comprovação da efetiva aplicação do “compliance”.¹⁹²

Fernando Rissoli Lobo Filho defende que a culpabilidade da pessoa jurídica no âmbito da Lei nº 12.846/2013 é “proativa”, podendo ser avaliada em face dos mecanismos de *compliance*. Para esse autor, a culpa da pessoa jurídica é apurada mediante a avaliação do programa de integridade desta.¹⁹³

Não concordamos com essa interpretação do elemento subjetivo do ente fictício.

A Lei nº 12.846/2013 criou obrigação às pessoas jurídicas, qual seja: promoção de mecanismos e procedimentos internos de combate a irregularidades.

Todavia, o descumprimento desse ônus não pode acarretar as severas sanções previstas na legislação, menos ainda servir de critério para apuração dos graves ilícitos nela previstos.

Reconhecemos que nesse aspecto a Lei nº 12.846/2013 andou muito bem, haja vista que tem a perspectiva de introduzir a conscientização e a participação no monitoramento e proteção ao bem público, de interesse de todos.

Repetimos, no entanto, que esse objetivo não justifica a exclusividade com a qual a pessoa jurídica é responsabilizada, haja vista que as pessoas físicas, reais autoras de eventual ato lesivo, estão fora do alcance desta lei.

A Lei nº 12.846/2013 apenas considera a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta quando da aplicação das sanções, sem afastar a aplicação delas, transferindo ao regulamento a disciplina referente aos parâmetros de avaliação. O Decreto nº 8.420/2015 prevê que a multa poderá ser reduzida de um por cento a quatro por cento se a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade. Desencoraja, portanto, o comprometimento da sociedade, na medida em que deixa de creditar a real importância a esses programas de integridade.

Essa importância não passa despercebida pela comunidade internacional, que privilegia a consensualidade, inserindo os programas de integridade em toda e qualquer relação. Nas Olimpíadas de 2024 em Paris, por exemplo, o comitê olímpico e o comitê organizador deverão ter um programa de *compliance*. O contrato para as Olimpíadas de 2028,

¹⁹² O CADE editou um guia de compliance, onde é possível verificar a preocupação com a efetividade do programa, diferenciando o programa sério daqueles meramente de fachada. Confira em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf

¹⁹³ LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A lei anticorrupção e o regime jurídico do direito administrativo sancionador*. 2017. 213 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017. p. 99 e 115.

em Los Angeles, divulgado em 31 de julho, já exige essas medidas. O item 13.2 do documento diz que a cidade anfitriã, o comitê olímpico nacional e o comitê organizador dos jogos devem “abster-se de qualquer ato envolvendo fraude ou corrupção, de forma consistente com quaisquer acordos internacionais, leis e regulamentos aplicáveis no país anfitrião e todos os padrões anticorrupção internacionalmente reconhecidos aplicáveis no país anfitrião, inclusive estabelecendo e mantendo relatórios efetivos e *compliance*”.

Se for constatado algum ato de corrupção ou que viole os direitos humanos (a cláusula também exige respeito às leis nacionais e internacionais de direitos humanos), a sede dos jogos deverá pagar multa ao Comitê Olímpico Internacional. E se a falta for muito grave, o órgão tem poder de transferir o evento para outro local.

Notamos que o legislador nacional perdeu a oportunidade de se alinhar às práticas internacionais e de proporcionar ao país novas perspectivas a partir do envolvimento da sociedade no combate à corrupção, que se inicia com a conscientização, passando para o interesse e desaguando na efetiva participação. Na forma como editada, a lei não conscientiza e não desperta interesse, já que a existência do programa de integridade proporcionará pouco ou quase nenhum efeito.

4.5 Acordo de leniência

O acordo de leniência é um ajuste que integra o processo administrativo sancionador mediante a celebração pelo ente que titulariza o poder de punir e o infrator que se propõe a colaborar com o Estado para obter, em troca, a mitigação das sanções. É o que ensina Thiago Marrara.¹⁹⁴

Aquele que colabora com o Estado não assume a obrigação de resultado, no sentido de que da sua contribuição advenha necessariamente a condenação dos infratores.

A despeito de ser um importante instrumento para o Estado, sem o qual, muitas vezes, a investigação não avançaria tanto, a abrangência do acordo de leniência está restrita ao âmbito administrativo, caso celebrado pela Administração Pública, não comunicando as demais esferas.

O acordo de leniência não é inovação da Lei nº 12.846/2013, haja vista que já era praticado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a partir da Lei nº

¹⁹⁴ MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro; e MARRARA, Thiago (Coord). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

10.149/2000, que adicionou o artigo 35-B à Lei nº 8.884/94 (antiga Lei de Defesa da Concorrência).

Todavia, o programa de leniência do CADE confere aos signatários do acordo imunidade administrativa e criminal na hipótese do CADE não ter conhecimento prévio da infração, ou a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis na hipótese de o CADE já ter iniciado um procedimento administrativo para apurar a conduta denunciada.

A introdução da consensualidade pela Lei nº 12.846/2013 encorajou alteração, ainda que de forma tímida, na Lei nº 8.429/92 pela Medida Provisória nº 703/15, revogando o dispositivo que vedava a conciliação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. No entanto, referida Medida Provisória perdeu a vigência e o §1º do art. 17 voltou à sua redação original.

O acordo de leniência pode ser classificado pelo critério subjetivo: celebrados com pessoa física ou com pessoas jurídicas (a Lei nº 12.846/2013 limitou o acordo de leniência às pessoas jurídicas); pelo critério temporal: prévio, concomitante ou secundário ao processo administrativo (distinção não feita pela mencionada lei¹⁹⁵); pelo critério material: à luz do tipo da infração e da esfera de responsabilidade (a Lei nº 12.846/2013 criou as modalidades para atos lesivos à Administração Pública e para infrações licitatórias).

Thiago Marrara explica que a leniência apresenta como características essenciais: 1. acordo administrativo integrativo, ajuste com a finalidade de facilitar a instrução do processo administrativo; 2. não exclui a ação unilateral do Estado, pois serve para que a autoridade pública obtenha provas que facilitem a instrução e a punição, podendo conviver com o processo e com um ato administrativo final de natureza punitiva ou absolutória; 3. gera a obrigação de cooperar com a investigação e com a instrução do processo acusatório por sua conta e risco; 4. implica a obrigação ao Estado de reduzir as sanções que seriam aplicadas ao infrator confesso caso houvesse cooperação.¹⁹⁶

O acordo somente poderá ser celebrado se, cumulativamente:

1. A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

¹⁹⁵ Embora a Lei nº 12.846/2013 não tenha estabelecido marco temporal, o Decreto nº 8.420/2015 fixou que a proposta para o acordo de leniência só poderá ocorrer até a conclusão do relatório a ser celebrado no âmbito do processo de responsabilização.

¹⁹⁶ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015, p. 513-514. O autor expõe no mencionado trabalho interessantes quadros comparativos entre as leniências das Leis nº 12.846/2013, 12.529/2011 e 8.666/93, os quais deixamos de reproduzir aqui, mas indicamos para leitura.

2. Cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
3. Admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Muitas dúvidas e incertezas não foram resolvidas pela Lei nº 12.846/2013, especialmente no tocante à competência para a celebração do acordo de leniência e a extensão dos seus efeitos.

A lei não esclarece quem, em cada ente político, poderá celebrar esse instituto nacional. Além disso, silenciou quanto à cooperação entre os eventuais entes lesados, bem como não disciplinou a competência do Ministério Público.

Para Modesto Carvalhosa a regra de competência contida no art. 16 deve ser desconsiderada em favor da previsão do §10 deste artigo. Considera que, em todas as esferas de governo e Poder, apenas os órgãos correccionais e disciplinares são competentes para celebrar os acordos de leniência.¹⁹⁷

Thiago Marrara entende que a responsabilidade subsidiária do Ministério Público, que inclusive pode pleitear a aplicação das sanções administrativas na esfera judicial se não instaurado o processo administrativo, transfere a competência a este órgão para celebrar o acordo de leniência.¹⁹⁸

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que o Ministério Público Federal não tem competência nem legitimidade para fazer acordos de leniência envolvendo atos de improbidade administrativa.¹⁹⁹ Para os integrantes do colegiado, só a Controladoria-Geral da União pode falar em nome da União para fazer os acordos, já que o Ministério Público não tem legitimidade para dispor do patrimônio público. Foi definido que os acordos assinados pelo Ministério Público Federal em matéria de improbidade devem ser analisados e ratificados pela CGU. Com isso, a 3ª Turma manteve liminar proferida em maio pelo desembargador Fernando Quadros da Silva, que havia suspenso decisão da primeira instância de desbloquear os bens da empreiteira. Fernando Quadros havia entendido, em análise preliminar, que o acordo não invalida outras punições de natureza civil.

¹⁹⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei nº 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 390-391.

¹⁹⁸ MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. p. 208-209.

¹⁹⁹ Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000, Relator: Vânia Hack de Almeida - 3ª Turma, J. 22.ago.2017.

Quanto aos efeitos do cumprimento, a Lei nº 12.846/2013 não incentiva a celebração do acordo de leniência, já que limita os benefícios às sanções aplicadas pela Administração Pública, sem eliminar por completo a multa, e a sanção aplicada judicialmente de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos. As demais sanções de competência judicial não são excluídas e os processos administrativos conduzidos por outros órgãos da Administração não são afetados pelo acordo.

Não bastasse as deficiências da lei, ainda há que se compatibilizar a convivência do acordo de leniência com a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013, cuja competência é exclusiva do Ministério Público e do Delegado de Polícia.²⁰⁰

Outro tema muito controvertido se refere à atuação dos Tribunais de Contas. Diante da ausência de menção específica, o Tribunal de Contas da União expediu a Instrução Normativa nº 74/2015, tornando obrigatória a submissão prévia à Corte dos acordos de leniência celebrados no âmbito da Administração Pública federal.

Certo é, porém, que a competência do Tribunal de Contas prevista no art. 70 da Constituição Federal não abrange a análise do mérito de ato administrativo no exercício de competência sancionadora, conforme lembra Márcio de Aguiar Ribeiro, como já decidiu o próprio TCU (Acórdão nº 29061/2009-Plenário).²⁰¹

Embora o claro intuito da Lei nº 12.846/2013 seja o de dividir com o particular o combate à corrupção, não o fez de forma eficaz, já que, além de introduzir responsabilidade administrativa incompatível com a Constituição, deixou de disciplinar com segurança o instituto consensual que poderia se espalhar por toda a Administração Pública.

Temos assistido a diversas transformações nas relações entre o Estado e os particulares que resultam na perda gradual do caráter de precedência e de supremacia estatal, em favor de uma postura mais negocial e mais mediadora. Essa mutação pode ser notada com facilidade no Código de Processo Civil promulgado em 2015.

Esse crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado, dentre outros fenômenos, à limitação da autoridade do Estado, à crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, à contratualização da atuação administrativa, ao fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e ao reconhecimento do esgotamento/insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação

²⁰⁰ A Procuradoria Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508) para questionar a previsão de capacidade postulatória do Delegado de Polícia para requerer a homologação da colaboração premiada.

²⁰¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. p. 250.

administrativa. É o que ressaltam Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista²⁰².

Nessa perspectiva os dispositivos da Lei nº 12.846/2013 que incentivam a tutela mais inteligente, mediante a participação e envolvimento da sociedade, merecem ser salvos, pois podem provocar efetivamente alteração de comportamentos ou ainda resultar em medidas compensatórias que tragam mais benefícios à coletividade do que danos. A prerrogativa de punir deve ceder espaço às providências que assegurem com efetividade o interesse público.

Exemplo disso é o CADE, que pode celebrar compromisso visando não apenas a reparação dos danos, mas, principalmente a imposição de ações que buscam prevenir a reincidências nos ilícitos.

A Lei nº 12.846/2013, ao contrário de incentivar boas práticas, inibe a participação dos particulares nesse novo papel assumido pelo Estado. O faz quando busca, mesmo após colaboração, a sanção, haja vista que a existência de um programa de integridade e o próprio acordo de leniência não afastam a aplicação das sanções. Também desestimula os particulares quando não disciplina de forma clara a competência para a celebração do acordo.

4.6 A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na lei nº 12.846/2013

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica foi objeto de amplo debate na Câmara dos Deputados no âmbito da análise do Projeto de Lei nº 6826-A. Ana Claudia de Paula Albuquerque registra bem esse momento do processo legislativo.²⁰³

Na proposta original, defendida pela Controladoria Geral da União, a responsabilização objetiva da pessoa jurídica recaia sobre todos os atos praticados em seu nome, independentemente de existir vínculo jurídico entre quem praticou a ação e a pessoa jurídica e de o agente ter ou não agido em benefício dela. Essa foi a defesa da Controladoria:

O modelo de responsabilidade objetiva é essencial para evitar que as pessoas jurídicas tentem se esquivar da responsabilidade, arguindo que seu empregado ou preposto agiu por conta própria ou sem autorização ou consentimento superior e que, por isso, ela não teria culpa. Além disso, esse dispositivo busca enfrentar a possível situação de que a pessoa jurídica se valha de terceiro, com o qual não possui qualquer vínculo formal, para a

²⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²⁰³ ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. *Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013*. p. 109-110.

prática de atos ilícitos. Por isso, a necessidade de se prever a responsabilização objetiva.

Lendo esse trecho da manifestação do alto escalão estatal somos transportados para a antiga discussão dos civilistas a respeito da reparação do dano, ou melhor, a preocupação do direito civil quanto à vulnerabilidade da vítima. No entanto, diferentemente do direito civil, a sanção administrativa não se preocupa com a reparação do dano, embora seja esse o mote que se extrai da defesa da responsabilidade objetiva.

Ao se afirmar que o intuito da repressão é evitar que a “pessoa jurídica se valha de terceiro” esquece-se que o ente fictício não tem vontade própria, sendo esse terceiro o responsável por ela, de modo que o poder punitivo deve alcançar esse sujeito para, assim, evitar que ele se utilize de outros artifícios para cometer os ilícitos.

Foi essa a conclusão dos parlamentares, a de que a responsabilidade objetiva se referia à indenização (reparação) e às sanções pecuniárias, sendo que para aplicação das sanções restritivas de direito há que se analisar o elemento subjetivo. Assim se manifestou o relator do projeto:

A solução encontrada foi o desdobramento da responsabilidade em puramente objetiva, para fins de reparação de danos ao erário e aplicação de sanções pecuniárias; e subjetiva, para fins de aplicação das sanções restritivas de direitos. Como dito, a responsabilidade das pessoas jurídicas foi desdobrada para estabelecer que as sanções pecuniárias e a reparação do dano ao erário decorram unicamente de critérios objetivos, que vinculem um ato a uma lesão de direito, independentemente da comprovação de culpa. Entretanto, para efeito das sanções restritivas de direitos, há que se comprovar a existência de elementos de culpabilidade. Por essa razão, foi realizada alteração no §2º do art. 19, que trata da responsabilização judicial, para determinar que a aplicação das sanções restritivas de direitos dependerá da comprovação de culpa ou dolo.

A alteração introduzida pelo legislador, todavia, não foi adiante, já que esse texto foi vetado pela Presidência da República. Venceu a previsão inconstitucional, ao nosso ver, de responsabilização da pessoa jurídica, com efeito punitivo.

Alguns autores tentam salvar esse defeito legislativo, aduzindo que a lei deve ser interpretada conforme a Constituição, de modo a resguardar as garantias constitucionais dos acusados. Dentre esses autores citamos Ana Claudia de Paula Albuquerque²⁰⁴ e Marçal Justen Filho, sendo esta a doutrina do autor:

Outra questão que desperta a atenção é a regra de que a responsabilidade das pessoas jurídicas é objetiva (art. 1º). O texto literal deve ser interpretado em termos. Nenhuma pessoa jurídica atua diretamente no mundo. Toda pessoa

²⁰⁴ ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. *Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013*. p. 107-120.

jurídica se vale de pessoas físicas. As práticas de corrupção são consumadas por meio da conduta de uma ou mais pessoas físicas. Somente se consuma uma das infrações previstas na Lei 12.846 quando a conduta da pessoa física for eivada de um elemento subjetivo reprovável. Esse elemento será necessariamente o dolo. Em momento algum a Lei 12.846 instituiu uma espécie de “corrupção objetiva”, em que seria bastante e suficiente a ocorrência de eventos materiais. Ocorre que, consumada a infração em virtude da conduta reprovável de um ou mais indivíduos, poderá produzir-se a responsabilização de pessoa jurídica. Essa responsabilização será “objetiva”, na acepção de que bastará a existência de um vínculo jurídico com a pessoa física infratora. Configurar-se-á a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica se o indivíduo que cometeu a infração for a ela relacionado, ainda que não na qualidade de administrador ou representante. O vínculo exigido compreende os casos de representação formal, mas também abrange aquelas hipóteses em que a pessoa jurídica forneceu elementos ou recursos para a prática da infração. Mais precisamente, é indispensável existir um vínculo que permitisse à pessoa jurídica controlar a conduta do indivíduo infrator, especificamente para adotar as providências necessárias a impedir a prática da infração.²⁰⁵

Sobre essa transferência de responsabilidade que configura verdadeira transposição da pena além do condenado, já nos manifestamos quando tratamos dos princípios da culpabilidade e da pessoalidade, e da natureza jurídica dos ilícitos administrativos.

Referida transferência está abrigada na teoria do órgão, largamente acolhida pelos tribunais superiores,²⁰⁶ teoria essa elaborada em torno da responsabilidade civil, enunciando que toda atuação do agente público deve ser imputada ao órgão que ele representa e não a sua pessoa, haja vista que a atuação dos servidores públicos é atribuída diretamente à pessoa jurídica para a qual serve.

Esta teoria se manifesta como argumento daqueles que não aceitam a possibilidade de o particular ajuizar ação de indenização diretamente contra o agente público causador do dano.²⁰⁷

Justifica-se, ainda, a responsabilidade objetiva com fundamento na teoria da culpabilidade por defeito da organização, segundo a qual os entes coletivos devem empregar

²⁰⁵ JUSTE FILHO, Marçal. A nova lei anticorrupção brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Pereira, Oliveira e Talamini*, nº 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://justen.com.br/informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

²⁰⁶ RMS 35221-BA, Min. Francisco Falcão - Primeira Turma, DJ 09.ago.2012; RESP 800.817-SC, Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) - Sexta Turma, DJ 22.fev.2010; RESP 564.960-SC, Min. Gilson Dipp - Quinta Turma, DJ 13.jun.2005.

²⁰⁷ Sobre a responsabilidade direta do servidor público recomendamos a leitura de: BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a responsabilidade civil do servidor. In: CELY, Martha Lucia Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. *Direito disciplinário internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 453-460. Está em trâmite no STF RE 1027633, com repercussão geral reconhecida, onde se discute se cabe à vítima escolher quem demandará: o agente público responsável pelo ato lesivo ou o Estado.

meios de controle e precaução para garantir que sua atividade seja desenvolvida licitamente.²⁰⁸ Esta teoria também não consegue sustentar a responsabilidade objetiva.

Duas previsões constitucionais expressam a previsão de responsabilidade à pessoa jurídica: o art. 173, §5º²⁰⁹ e o art. 225, §3º.²¹⁰ Nenhum dos dois dispositivos autorizam a responsabilidade objetiva, tão somente contemplam a controversa possibilidade de sanção à pessoa jurídica.

A Lei nº 12.529/2011 (Lei antitruste), que regulamenta o art. 173, §5º, extrapolando o permissivo constitucional, expressamente prevê a responsabilidade da pessoa jurídica, independentemente de culpa.²¹¹

Malgrado a importante inovação legislativa, não encontramos trabalhos dispostos a enfrentar o tema. Consultamos diversas obras,²¹² inclusive aquela promovida pelo próprio CADE e divulgada no seu endereço eletrônico,²¹³ que conta com exemplares desde 2013, sempre em dois exemplares por ano. Localizamos apenas breves passagens sobre a responsabilidade objetiva, dentre as quais simples menção escrita por Paulo Burnier da Silveira que resume essa responsabilidade como se fosse ponto pacífico no direito administrativo.²¹⁴ Referido autor afirma que:

Em relação aos sujeitos, o direito penal é, em regra, restrito às pessoas físicas, enquanto o direito administrativo tolera aplicação a ambas as pessoas físicas e jurídicas. Em matéria de culpabilidade reside talvez a maior diferença, pois o direito administrativo admite a responsabilidade objetiva, independente de culpa, enquanto no terreno penal a culpa em sentido amplo (dolo, imprudência, negligência ou imperícia) aparece como elemento essencial na configuração da responsabilidade do infrator.²¹⁵

²⁰⁸ AGUIAR, André Amaral. Desvendando a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelas penas previstas na lei anticorrupção. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal (EMARF)*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 1-317, maio/outubro 2015. p. 51.

²⁰⁹ A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

²¹⁰ As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

²¹¹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

²¹² Visitamos as obras: GABAN, Eduardo Molan Gaban; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²¹³ Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/issue/archive>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²¹⁴ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. RDC, Brasília, v. 2, nº 2, p. 5-22, nov. 2014.

²¹⁵ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. p. 15.

A responsabilidade objetiva e as graves sanções aplicadas com fundamento nela passam ao largo dos estudiosos sobre a lei antitruste, talvez porque as infrações previstas neste diploma gozam de objetividade e extensão definida que não dependem do elemento subjetivo, o que, entretanto, não a torna constitucional.

Em consulta aos números divulgados pelo CADE, verificamos possível explicação para a despreocupação com a séria previsão da responsabilidade objetiva. Em 2016, por exemplo, foram julgados 705 processos. Destes, apenas 31 foram processos administrativos, sendo que 12 foram arquivados e apenas 01 foi instaurado para imposição de sanções, o que demonstra a ausência de vocação punitiva do Conselho.²¹⁶

Outra justificativa para a tranquila convivência com a responsabilidade objetiva prevista na legislação regulatória, segundo Ricardo Brandão Silva em palestra proferida sem muita profundidade quanto a esta matéria específica no II Seminário de Direito Administrativo realizado pela OAB/DF no Superior Tribunal de Justiça, seria que as agências reguladoras são parte do processo regulatório, cujo objetivo não é a atividade sancionatória, mas a fiscalização, regulamentação e controle de produtos e serviços.²¹⁷

Embora entendamos a peculiaridade da atividade regulatória, inclusive a objetividade das infrações econômicas, pensamos que as sanções aplicadas pelas agências reguladoras não estão fora do âmbito do direito administrativo sancionador, sob pena de se admitir outro poder punitivo do Estado que demande disciplina específica.

No âmbito do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi publicada no dia 08/06/2017 a Medida Provisória nº 784 que aumenta os poderes de punição e permite que esses órgãos celebrem acordos de leniência.²¹⁸ Embora combata as infrações com maior rigor, referida Medida não contém previsão sobre responsabilidade objetiva, embora as infrações nela previstas não dependem do elemento subjetivo para sua configuração.

²¹⁶ Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

²¹⁷ SILVA, Ricardo Brandão. Regime Administrativo Sancionador na Jurisprudência do STJ.

²¹⁸ O PSB ajuizou ADIn 5.738 questionando a MP 784/17. Para o partido, a norma contraria o regime jurídico das medidas provisórias, ofende diretamente os princípios da separação dos Poderes e da reserva legal, além de violar os princípios da transparência e moralidade da Administração Pública. “A importância de regulamentar e supervisionar as atividades financeiras não configura — para os fins de edição de medida provisória — situação de relevância compatível com a exigência constitucional para sua edição, não se justificando a edição de modelo normativo dotado de precariedade e, por sua própria natureza, efêmero”. Na ação distribuída ao ministro Toffoli, o partido argumenta que a edição da MP 784/17 padece inconstitucionalidade nos artigos 14, 15 e 31, que preveem a possibilidade de sigilo absoluto dos termos de compromisso e acordo de leniência celebrados, e viola os princípios da transparência, moralidade e eficiência que regem a Administração Pública. O PSB pede a concessão de liminar para suspender a eficácia da MP 784/17 e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Já a Lei nº 9.605/98, que disciplina o art. 225, §3º, prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na esfera penal, embora a própria lei condicione a incidência da pena à medida da culpabilidade.²¹⁹

Na tentativa de conciliar o elemento subjetivo do tipo com a imputação de sanção à pessoa jurídica, há jurisprudência do STJ, 5ª Turma, segundo a qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais somente é possível desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa natural que atua em seu nome ou em seu benefício (EDCL no REsp 865.864-PR). Em sentido contrário, no entanto, decide a 1ª Turma do STF: RE 548.181-PR.

Se a responsabilidade da pessoa jurídica fosse matéria tranquila e bem amadurecida pelo Direito, não seria necessária a previsão expressa dessa possibilidade no texto constitucional.

A Constituição Federal deixou clara essa responsabilidade apenas nas duas passagens já citadas, deixando de fazê-lo com relação a outros bens jurídicos, como a moralidade. O art. 37, §4º, já visto, não cita a pessoa jurídica. Ao contrário, sua redação conduz à exclusão do ente moral, conquanto as sanções nele previstas (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública) são inaplicáveis à pessoa jurídica.

José Roberto Pimenta Oliveira alerta que:

[...] o arcabouço de princípios e regras informativos do Estado Democrático de Direito impede a consagração legal de exercício de competências sancionatórias punitivas, fundado na responsabilidade objetiva. Isso significa, portanto, que, além da tipificação objetiva da conduta violadora da ordem jurídica, torna-se indispensável a investigação da tipificação subjetiva agasalhada nos dispositivos sancionatórios.²²⁰

Em que pese referida lição, em outro texto o autor defende a constitucionalidade da estrutura da responsabilização administrativa objetiva inserida pela Lei nº 12.846/2013, afirmando que:

A tutela da probidade administrativa no ordenamento brasileiro fornece sustentação axiológica suficiente para fundamentar a objetivação da responsabilidade administrativa, do art. 6º. Não coloca em xeque qualquer princípio jurídico do ordenamento brasileiro. Através da objetivação, viabilizam-se sanções aplicadas pela Administração Pública competente e Poder Judiciário competente contra pessoas jurídicas, que podem ser consideradas eficazes e dissuasivas, atendendo ao disposto no art. 26 da Convenção da ONU contra a corrupção, internalizada no sistema jurídico

²¹⁹ Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

²²⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. p. 278.

pátrio, pelo Decreto nº 5.687/2006, seguindo-se na mesma direção apontada pelas Convenções da OEA (art. II, Propósito 1ª, do Decreto nº 4.410/2002) e OCDE (art. 2º do Decreto nº 3.678/2000).²²¹

É exatamente esse o motivo pelo qual entendemos pela incompatibilidade da responsabilização da pessoa jurídica no âmbito da improbidade administrativa e dos atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira: o conteúdo axiológico do bem jurídico moralidade ou probidade.

O próprio bem tutelado tem inarredável teor subjetivo, sendo que as condutas que o vilipendiam também estão comprometidas com essa subjetivação. Não é possível declarar que um sujeito é ímprobo, cuja desonestidade é a mesma que qualifica a corrupção, sem investigar a intenção, já que, pelo que se sabe, não existe má-fé não intencional.

Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Sant’Anna Tamasauskas tentam subjetivar a conduta da pessoa jurídica, defendendo que:

A pena, o castigo, é para quem tem culpa. E esta culpa, na pessoa jurídica, revela-se na decisão de burlar a lei ou na estruturação deficiente, na ausência de programa de compliance efetivo e funcional, na complacência ou condescendência com comportamentos suspeitos. A empresa que instala e incorpora políticas de integridade, dedicada à implementação de programas de prevenção a delitos, à apuração de qualquer ato suspeito, que demonstre seu compromisso real com a ética e com a transparência, não merece ser penalizada.²²²

Não concordamos com os autores porque a “decisão de burlar a lei” é da pessoa física e não do ente fictício. Ao mirar todos os esforços de repreensão à corrupção na pessoa jurídica, os operadores da lei inevitavelmente esgotarão seu fôlego no objeto errado, já que para a sociedade a sanção à pessoa jurídica pode significar exemplar punição, mas, os reais responsáveis podem permanecer ilesos.

Além de se distanciar da verdadeira vocação da sanção, a responsabilização da pessoa jurídica é de difícil ou impossível individualização. Praticado o ato, em interesse ou benefício da pessoa jurídica, exclusivo ou não, por qualquer pessoa, portanto, a sanção atingirá todo o ente moral, refletindo-se em todos os sócios e empregados, tenham eles participado ou não da conduta. Os efeitos negativos suplantam o próprio bem tutelado.

Da mesma forma que não se admite a responsabilidade objetiva, para efeito de condenação por ato de improbidade, também não o deve ser feito relativamente aos atos

²²¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 45.

²²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. A controversa responsabilidade objetiva na Lei nº 12.846/13. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, nº 125, p. 125-130, dez. 2014. p. 129.

lesivos à Administração Pública, vinculados ao mesmo tronco. Nas lições de José Guilherme Giacomuzzi:

A máxima proposta com brilho por Pedro Henrique Távora Niess e lapidada por Cláudio Ari Mello parece resumir a questão: o legislador pune o administrador desonesto, não o administrador incompetente. Ao incompetente a sanção aplicável não é da LIA, podendo ser política - via princípio democrático - ou meramente civil, de reparação do dano. Não há como se admitir qualquer hipótese de responsabilidade objetiva, por uns erroneamente sustentada.²²³

São os mesmos os ensinamentos de Fábio Medina Osório:

Não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente. A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitido responsabilidade objetiva.²²⁴

Essa também é a orientação jurisprudencial, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça²²⁵ de modo que não pode ser conferida interpretação diversa aos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013, pois derivam do mesmo comando constitucional e visam proteger o mesmo bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.429/92.

A pessoa jurídica, pensamos esteja claro a essa altura do trabalho, é um ente incorpóreo que não tem acesso aos objetos materiais, devendo se recorrer da pessoa física. Sua vontade formal é a expressão da vontade material dos seres humanos que a conduz (ou melhor, da reunião dessas vontades individuais). Somente o indivíduo pode compreender o caráter delituoso dos atos lesivos à Administração Pública e o seu cunho moral.

À vista disso descartamos por completo a possibilidade de aplicação de sanção à pessoa jurídica como resposta à prática dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 12.846/2013, assim como pela prática de ato de improbidade. A sanção à pessoa jurídica é incompatível com a mensuração da culpabilidade (maior ou menor reprovabilidade da conduta – manifestação da vontade por meio de um comportamento positivo ou negativo).

Discordamos, inclusive, do método de aferimento da culpabilidade da pessoa jurídica por meio dos programas de integridade, mecanismo que, no entanto, não foi adotado pela Lei

²²³ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. p. 296-297.

²²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. p. 291.

²²⁵ REsp 621.415/MG, Rel. Min. Eliana Calmon - Segunda Turma, DJ 30.maio.2006; REsp 734.984/SP, Rel. Min. José Delgado - Primeira Turma, DJ; 16.jun.2008; REsp 658.415/RS, Rel. Min. Eliana Calmon - Segunda Turma, DJ 03.ago.2006; REsp 604.151/RS, Rel. Min. José Delgado - Primeira Turma, DJ 08.jun.2006; REsp 626.034/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha - Segunda Turma, DJ 05.jun.2006; REsp 875.425/RJ, Rel. Min. Denise Arruda - Primeira Turma DJ 11.fev.2009.

nº 12.846/2013. Leandro Sarcedo defende que o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica fundamentado no defeito de organização insere-se no contexto do controle social consistente na autorregulação forçada, por meio do qual se impõe às empresas o dever de se organizar e de se regular a partir da ação e da implementação concreta de programas de *compliance*.²²⁶

Embora o autor se refira à responsabilidade penal, suas lições podem ser estendidas à responsabilidade administrativa haja vista que se comunicam com o direito punitivo, cujas raízes são as mesmas de ambas as responsabilidades. Por essa razão o combate aos ilícitos administrativos, no tocante à atividade empresarial, se assemelha ao combate aos crimes, e a repressão não é o caminho mais produtivo numa estratégia político-punitiva. O fomento à adoção de nova cultura na atividade empresarial, segundo o autor, proporcionaria a possibilidade de debelar o nascedouro do processo causador da criminalidade.

Não foi o que fez a Lei nº 12.846/2013. Não há incentivo à autorregulação das empresas (programas de integridade), menos ainda à colaboração com a repressão (acordo de leniência), conquanto não há exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica mesmo diante da sua efetiva contribuição.

Os ilícitos previstos na citada lei não podem ser imputados à pessoa jurídica, pois o núcleo de ação e a culpabilidade não podem ser aferidos a partir da conduta do ente coletivo. Referidos atos somente podem ser praticados por pessoas físicas. O que se deve exigir das empresas é a participação no combate e punição desses atos, caso praticados por pessoas envolvidas nas suas atividades. Essa participação ocorre mediante a adoção de um programa de integridade, de acordo com o estipulado legalmente, e também por meio do acordo de leniência, quando o ato não foi devidamente prevenido, mas, a efetividade do programa permitiu identificar os autores e auxiliar as autoridades competentes.

Dessa forma a punição continua recaindo sobre a pessoa física, a real causadora do ilícito. A pessoa jurídica, caso não ofereça esses elementos de contenção, poderá sofrer não as pesadas sanções previstas nas leis aqui tratadas, cujos efeitos são mais deletérios do que profiláticos, mas, a inabilitação para disputar qualquer contratação com o Poder Público e de receber incentivos ou subsídios.²²⁷

²²⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. p. 194.

²²⁷ Nesse sentido (inabilitação) foi promulgada a Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, pelo Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a obrigatoriedade de instituição de Programa de Integridade nas empresas que contratarem com o Poder Público fluminense.

Referida lei se insere no esforço que mencionamos no sentido de incentivar a adoção de medidas de integridade, revelando iniciativa ambiciosa torna obrigatória a adoção do *compliance*, e não somente para as

Defendemos que a legislação brasileira, à semelhança da americana, exija da pessoa jurídica que reestruture processos para aumentar os controles, a segurança e a transparência na condução dos negócios, na administração financeira, nas escriturações contábeis e na gestão e divulgação das informações, ou seja, adote práticas de boa governança corporativa. E que o faça pelos caminhos ordinários e não pela via transversa da punição.²²⁸

Dependendo da natureza das atividades da pessoa jurídica, essa restrição (inabilitação), todavia, também pode ser nociva, provocando sua paralisia e nefastos efeitos sociais. Entretanto, usando o modelo da Diretiva 2014/24/UE da União Europeia, podemos trazer o conceito de *self-cleaning*, que permite a redefinição da conduta futura da empresa condenada, reabilitando-a a celebrar contratos com a Administração Pública se concretizadas certas medidas.

É que o defende Rafael Wallbach Schwind ao explorar a ideia de reabilitação de empresas impedidas de celebrar contratos com a Administração Pública, que tem relação direta com a noção de *self-cleaning*. O autor explica que esse autossaneamento é uma forma alternativa que, ao contrário de promover a exclusão da empresa, o que seria potencialmente

empresas de grande porte, embora somente para os contratos celebrados com o Poder Público em todo o estado do Rio de Janeiro que ultrapassem os limites hoje previstos na Lei n.º 8.666/93 na modalidade concorrência — R\$ 650 mil (para compras e serviços) ou R\$ 1,5 milhão (para obras e serviços de engenharia). Possivelmente haverá insurgência contra a lei porque ela sujeita as contratantes de menor vulto, o que pode onerar os contratos públicos e principalmente as pequenas empresas. Discordamos desse eventual argumento, já que o Programa de Integridade deve se adaptar à realidade de cada pessoa jurídica, já que, conforme a própria lei prevê, deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, e o Poder Público deverá estar equipado para lidar com o acompanhamento, seja ele de um contrato de menor ou de maior vulto. Outro argumento que poderá ser explorado é a competência, já que cabe à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratações. Nessa matéria ingressamos no movediço terreno das normas gerais, no qual nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem porto pacífico.

²²⁸ A Lei Sarbanes-Oxley (*Sarbanes-Oxley Act*, SOx) é uma lei dos Estados Unidos criada em 30 de julho de 2002 por iniciativa do senador Paul Sarbanes e do deputado Michael Oxley. Se aplica a todas as empresas, sejam elas americanas ou estrangeiras, que tenham ações registradas na SEC (*Securities and Exchange Commission*) o equivalente americano da CVM brasileira, inclusive as empresas estrangeiras que possuem programas de ADRs (*American Depositary Receipts*) dos níveis 2 ou 3, nas bolsas de valores dos EUA. Define como obrigatórias uma série de medidas consideradas como práticas de boa governança corporativa. Prevê a criação, nas empresas, de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis, definindo regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, formados em boa parte por membros independentes, com o intuito explícito de evitar a ocorrência de fraudes e criar meios de identificá-las caso ocorram, reduzindo os riscos nos negócios e garantindo a transparência na gestão. Torna os Diretores Executivos e Diretores Financeiros explicitamente responsáveis por estabelecer e monitorar a eficácia dos controles internos em relação aos relatórios financeiros e a divulgação de informações. Aumentou a regulamentação sobre as modalidades de contratação de serviços de auditoria e assessoria jurídica, disciplinando o relacionamento entre a empresa e estes prestadores de serviços e sobre os limites de atuação (serviços que podem e não podem ser prestados) e a gestão de eventuais conflitos de interesses. Para supervisionar os processos de auditoria das empresas sujeitas a SOx, foi criado o *Public Company Accounting Oversight Board* (Conselho de Auditores de Companhias Abertas) que tem como missão estabelecer as normas de auditoria, controle de qualidade, ética e independência em relação aos processos de inspeção e a emissão dos relatórios de auditoria. As penalidades pelo descumprimento da lei americana são multa e reclusão.

danoso em termos concorrenciais e sociais, estabelece o dever de as autoridades avaliarem se os interessados adotaram medidas eficazes para restabelecer sua confiabilidade perante a Administração Pública.²²⁹

O conteúdo das medidas dependerá do caso concreto, tendo-se em consideração a gravidade da conduta praticada, a duração, a recorrência e o impacto econômico. Sua efetivação deve tornar o mais difícil possível a repetição dos atos delituosos. De acordo com a Diretiva 2014/24, a empresa deve provar que esclareceu integralmente os fatos e as circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades responsáveis pela investigação. Outro requisito é a prova do ressarcimento dos danos causados. A empresa também deverá desligar os acionistas, executivos e empregados que tiveram relação com a prática dos atos, e adotar medidas estruturais e organizacionais voltadas à prevenção da ocorrência de atos delituosos.

Hely Lopes Meirelles já defendia a reabilitação:

A derradeira observação é a de que a declaração de inidoneidade exige oportunidade de defesa e admite cancelamento, desde que afastada a diretoria, a equipe técnica ou o profissional responsável pelas falhas contratuais e técnicas, pois, cessada a causa, devem cessar os efeitos da sanção. Mesmo a pessoa física atingida pela sanção poderá reabilitar-se demonstrando o seu bom desempenho posterior perante outras Administrações, porque são contra a índole do Direito as interdições administrativas perpétuas.²³⁰

O Decreto-lei 2.300/1986 já continha previsão nesse sentido: “Art. 73. [...] IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Federal, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”. Previsão de semelhante teor está contida no art. 87, inciso IV da Lei nº 8.666/93:

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A Lei nº 8.429/92 e a Lei nº 12.846/2013 não contêm previsão semelhante e estão inseridas no sistema meramente punitivo, embora esta última ainda ensaie o consensualismo

²²⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Reabilitação de empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 974-992.

²³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 220.

ao prever o acordo de leniência e considerar o programa de integridade para mitigar ou afastar pequenas sanções. Estabelecem prazos máximos para as restrições que impõem como sanções, como se ao final destes termos aqueles sancionados estejam automaticamente habilitados para continuarem contratando com a Administração Pública e dela recebendo benefícios, incentivos ou subsídios.

Uma vez sancionada a pessoa física responsável pelo ato de improbidade (ato lesivo à Administração Pública), a pessoa jurídica poderá ser inabilitada para se relacionar com o Poder Público mediante a inserção em um cadastro geral, como o já existente CEIS, se não demonstrar que mantinha mecanismo efetivo de autocontenção (programa de integridade). Após inabilitada, a pessoa jurídica poderá provar o autossaneamento e requerer a reabilitação, demonstrando que 1) colaborou com as autoridades investigativas (participação em acordo de leniência, se for o caso); 2) ressarciu o dano, caso tenha ocorrido; 3) desligou os acionistas, executivos e empregados que tiveram relação com a prática dos atos; e 4) adotou medidas estruturais e organizacionais voltadas à prevenção da ocorrência de atos delituosos.

Nesse sentido, a Lei nº 12.846/2013 pode ser aproveitada para que os tipos nela previstos sejam considerados atos de improbidade e acrescidos à Lei nº 8.429/92, desde que já não estejam contemplados nela, atingindo somente as pessoas físicas, e para que os mecanismos consensuais sejam aprimorados e estendidos às ações de improbidade, recebendo a pessoa jurídica o tratamento acima proposto.

5. CONFRONTO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA

Vimos que a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado é subjetiva, admitida excepcionalmente em caráter objetivo quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Visa exclusivamente a reparação do dano, estando nela incluído o ressarcimento previsto na Lei nº 8.429/92 e na Lei nº 12.846/2013, ou qualquer tipo de recomposição de prejuízos causados à Administração Pública, já que tecnicamente o ressarcimento do dano não pode ser considerado sanção.

A consequência da responsabilidade civil para a pessoa jurídica – assim como para a pessoa física – é unicamente financeira, conquanto se traduz em indenização cujo objetivo é o restabelecimento do *status quo*, sendo que em alguns casos a composição monetária é a única forma de restaurar o estado comprometido.

Embora a indenização seja uma resposta ao ilícito civil, este não se equipara ao ilícito administrativo, ao passo que se manifesta nas relações privadas e decorre das obrigações assumidas pelas partes, resolvendo-se na seara patrimonial. Cabe lembrar, por oportuno, que não mais se admite, há longo tempo, sequer a prisão decorrente de dívida.

A responsabilidade administrativa também é subjetiva, já que dela resulta a aplicação de uma sanção com efeito punitivo e cujo fim é a repressão. O ilícito administrativo não prescinde do elemento subjetivo, ao contrário, é ato que recebe reprovabilidade da lei e somente se configura se presente a culpabilidade do agente.

Inserida no Direito Punitivo e especificamente no Direito Administrativo Sancionador, a responsabilidade administrativa deve obediência, guardadas as devidas proporções, às garantidas estabelecidas por esses sistemas, razão pela qual não pode se divorciar delas, seja qual for o sujeito sobre quem recaem seus efeitos.

Surge dificuldade quando o sujeito é a pessoa jurídica de direito privado, na medida em que esse ente coletivo não ostenta conduta individual, sendo difícil ou impossível apurar a vontade livre, consciente e dirigida dele de praticar o ilícito administrativo, bem como delicada a tarefa de aplicar a sanção sem que terceiros que em nada contribuíram para a prática do ato, nem dele se beneficiaram sejam atingidos, como os sócios, acionistas e empregados. Esses óbices encontram resistência principalmente nos princípios da culpabilidade e da pessoalidade.

Visando superar esse problema, alguns autores, conforme registramos, oferecem contorcionismo jurídico para salvar a aplicação das leis vigentes que, implícita ou

explicitamente, contém previsões de sanções às pessoas jurídicas de direito privado. O artifício mais citado é a culpabilidade normativa, que seria estabelecida pela lei e não pela investigação psicológica do sujeito ativo do ato, e, no caso da pessoa jurídica de direito privado, seria apurada mediante a análise, em síntese, da conduta social desse ente fictício, sobremaneira do seu programa de integridade.

O que resulta desse malabarismo, no entanto, causa reflexos bem diferentes daqueles provocados pela responsabilidade civil objetiva, de índole puramente financeira, vez que a responsabilidade administrativa exige a imposição de sanções repressivas que têm potencial de ocasionar repercussões mais severas, inclusive sociais.

Por essas razões as responsabilidades civil e administrativa não podem receber idêntico tratamento e em nada se equiparam. Mais que isso, esta última não deve utilizar as mesmas medidas da primeira, ao passo que cuida de bem jurídico completamente diverso e tem como finalidade uma resposta pública e não privada.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, seja sob a ótica subjetiva, para a qual o fato é o elemento gerador do fenômeno jurídico, que leva em consideração a conduta humana voluntária, importando o ato em desconformidade com o ordenamento jurídico (ato ilícito), que tem como pressuposto o comportamento culposos; seja sob a perspectiva objetiva, resumida à causalidade; tem como único objetivo a reparação do dano e não a sanção ou a punição, razão pela qual a responsabilidade civil historicamente se deslocou do Direito Penal para o Direito Civil.

O Código Civil não disciplina a responsabilidade civil da pessoa jurídica detalhadamente. Apenas anuncia a responsabilidade por fato de terceiros, admitindo a reparação do dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Diferentemente da responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa é instrumento de repressão. O direito punitivo, onde está posicionada a responsabilidade administrativa, se funda no conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos sem os quais a atividade punitiva do Estado se torna ilegítima e arbitrária. O ilícito, para nós, é a infração à ordem legal, praticada por meio de conduta no exercício de atividade administrativa ou que nesta interfira, sujeitando o infrator à sanção administrativa, aplicada pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, caso a lei transfira essa competência a este último. Já a sanção administrativa é a resposta a um ilícito administrativo, encontrando-se ambos subordinados ao direito administrativo sancionador. Não é uma atividade privativa da Administração Pública, sequer pode ser confundida com as atividades ou funções administrativas outorgadas ao Poder Executivo.

O direito administrativo sancionador recebe tratamento integrado ao poder punitivo, por meio de um núcleo principiológico comum: princípio do devido processo legal, princípio da legalidade, princípio da tipicidade, princípio da proporcionalidade, princípio da culpabilidade, princípio do personalismo da sanção e princípio do *non bis in idem*.

Embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo, a proximidade dos fenômenos é inquestionável, de modo que a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados, especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais.

Em decorrência do caráter repressivo da sanção administrativa, a configuração do ilícito administrativo depende da presença do elemento subjetivo, conquanto pressupõe a reprovabilidade da conduta.

O bem jurídico ou o valor protegido pela norma é fundamental para impor os limites das proibições e o alcance das sanções, pois as garantias contidas nos princípios exigem uma gradação proporcional das respostas estatais no direito punitivo. O bem jurídico protegido pela Lei nº 8.429/92 e pela Lei nº 12.846/2013 é a moralidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Contra Atos Lesivos à Administração Pública visam nitidamente conferir concretude ao princípio da moralidade administrativa ao traçarem as condutas que consideram lesivas a este princípio, protegendo interesses e direitos materiais, como dinheiro e bens públicos, e imateriais, entre os quais a moralidade.

Ambas as leis referidas encontram seu fundamento na disposição constitucional posicionada no capítulo dedicado à Administração Pública, de onde se extrai que a preocupação do Constituinte consistiu exatamente na repercussão dos atos coibidos no âmbito da própria Administração, cujos efeitos, embora se espriem aquém dela, têm reflexo imediato sobre ela. Ao tutelar a probidade administrativa, o que a Constituição Federal e as leis que a regulamentam visam, obviamente, é a boa administração, já que o objetivo é evitar a prática de atos danosos ao bom desempenho público. A improbidade tal como os atos lesivos à Administração Pública são ilícitos do direito administrativo, o qual estabelece medidas punitivas.

A sanção por improbidade administrativa está posicionada no âmbito material do direito administrativo sancionador, que é um instrumento específico para tutelar os ilícitos tipicamente administrativos que devem ser castigados pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, e que têm como vítima da agressão a Administração Pública.

Quanto aos atos de improbidade é pacífico que a sua configuração depende da presença do elemento subjetivo, por força do que dispõe a própria lei. Não se admite a responsabilidade objetiva. O sujeito ativo do ato é o agente público, considerado de acordo com o amplo conceito previsto na lei. Já o particular somente estará sujeito às sanções da lei de improbidade quando induzir ou concorrer para a prática do ato ou dele se beneficiar sob qualquer forma. Induzir ou concorrer implicam na vontade deliberada de praticar o ato, melhor dizendo, vontade consciente de contribuir para a prática da improbidade. O mesmo se pode dizer do benefício. Ninguém recebe um benefício sem ter conhecimento da origem dele, assumindo, portanto, a responsabilidade pelo o que usufruiu ilicitamente. Também para o

terceiro o elemento subjetivo é um pressuposto para a configuração do ato, especialmente porque é intrínseco às condutas previstas na lei.

Sendo o elemento subjetivo imprescindível para a composição da improbidade, a pessoa jurídica, despida dessa disposição anímica, não pode ser autora de ato de improbidade. Também não poder ser admitida como autora na qualidade de terceiro, pois, os atos praticados por este dependem de vontade consciente, inexistente no ente coletivo.

Tal como as sanções por ato de improbidade, as sanções pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira também têm natureza administrativa. A própria Lei nº 12.846/2013 classifica a responsabilização como administrativa, disciplinando, inclusive, sua aplicação pelo Poder Judiciário, o que não transforma a sua natureza em civil. A redação do artigo 18 da lei deixa isso bem claro: “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”. Outra disposição que confirma a natureza administrativa da sanção, independentemente da esfera onde ela é aplicada, é a o artigo 20, assim redigido: “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”.

Tratando do mesmo bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.429/92, cujos tipos até coincidem com aqueles nesta previstos, outra não pode ser a natureza das sanções prescritas na Lei nº 12.846/2013 senão a administrativa.

Dentre os critérios para aplicação da sanção a lei inclui a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta. Esse fator não se confunde com a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, que, por sua vez, não equivale ao acordo de leniência. O acordo de leniência é um ajuste que integra o processo administrativo sancionador mediante a celebração pelo ente que titulariza o poder de punir e o infrator que se propõe a colaborar com o Estado para obter, em troca, a mitigação das sanções.

A maior novidade da Lei nº 12.846/2013 foi a imputação de responsabilidade administrativa exclusivamente objetiva. A Constituição Federal deixou clara essa responsabilidade apenas em duas passagens (art. 173, §5º e o art. 225, §3º), deixando de fazê-lo com relação aos outros bens jurídicos, como a moralidade. O art. 37, §4º, já visto, não cita a pessoa jurídica. Ao contrário, sua redação conduz à exclusão do ente moral, conquanto as sanções nele previstas (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública) são inaplicáveis à pessoa jurídica.

Além da responsabilidade administrativa objetiva não se sustentar em fundamento constitucional, o conteúdo axiológico do bem jurídico moralidade ou probidade é incompatível com a pessoa jurídica. O próprio bem tutelado tem inarredável teor subjetivo, sendo que as condutas que o vilipendiam também estão comprometidas com essa subjetivação. Não é possível declarar que um sujeito é ímprobo, cuja desonestidade é a mesma que qualifica a corrupção, sem investigar a intenção, já que, pelo que se sabe, não existe má-fé não intencional.

Além de se distanciar da verdadeira vocação da sanção, a responsabilização da pessoa jurídica é de difícil ou impossível individualização. Praticado o ato, em interesse ou benefício da pessoa jurídica, exclusivo ou não, por qualquer pessoa, portanto, a sanção atingirá todo o ente moral, refletindo-se em todos os sócios e empregados, tenham eles participado ou não da conduta. Os efeitos negativos suplantam o próprio bem tutelado.

A Lei nº 12.846/2013 é uma forma de driblar o elemento subjetivo previsto na Lei nº 8.429/92, já que os ilícitos nelas previstos coincidem. Por essa razão, os tipos nela previstos só podem ser sancionados como atos de improbidade, pois já contemplados na Lei nº 8.429/92, atingindo somente as pessoas físicas. Os mecanismos consensuais previstos na Lei nº 12.846/2013 devem ser aprimorados e estendidos às ações de improbidade.

Solução, ainda, pode ser a inabilitação da pessoa jurídica para se relacionar com o Poder Público mediante a inserção em um cadastro geral, como o já existente CEIS, se, sancionada a pessoa física responsável pelo ato de improbidade, não demonstrar que mantinha mecanismo efetivo de autocontenção (programa de integridade). Após inabilitada, a pessoa jurídica poderá provar o autossaneamento e requerer a reabilitação, demonstrando que 1) colaborou com as autoridades investigativas (participação em acordo de leniência, se for o caso); 2) ressarcir o dano, caso tenha ocorrido; 3) desligou os acionistas, executivos e empregados que tiveram relação com a prática dos atos; e 4) adotou medidas estruturais e organizacionais voltadas à prevenção da ocorrência de atos delituosos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade administrativa e proibição de contratar com o poder público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AGUIAR, André Amaral. Desvendando a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelas penas previstas na lei anticorrupção. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal (EMARF)*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 1-317, maio/out. 2015.

ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. *Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013*. 2015. 189 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Diogo Freitas do. Apreciação da dissertação de doutoramento do lic. J. M. Sérvulo Correia - legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XXIX, Lisboa, p. 159-166, 1988.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, v. 163, p. 51-59, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a responsabilidade civil do servidor. In: CELY, Martha Lucia Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Org). *Direito disciplinário internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 453-460.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A controversa responsabilidade objetiva na Lei nº 12.846/13. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, nº 125, dez. 2014. p. 125-130.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CÂMARA, Jacinto de Arruda. A lei de improbidade administrativa e os contratos inválidos já executados. In: BUENO, Cássio Scapinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARDOSO, Raphael de Matos; MARZAGÃO, Lúcia Valério. Lei anticorrupção – novos desafios ao sistema jurídico. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei nº 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CATTA PRETA, Paulo Emílio. Suspensão de direito político por improbidade é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico* 23 de jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/paulo-emilio-suspensao-direito-politico-improbidade-inconstitucional>>. Acesso em 17/04/2017>. Acesso em: 05 jul. 2017.

CORREIA, José Manuel. *Noções de direito administrativo I*. Lisboa: Danubio, 1982.

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Do direito privado e a administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. Comentários ao artigo 6º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MARRARA, Thiago (Coord). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel: La théorie générale de l'État*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Editeurs, 1930. v. 3.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Infrações e sanções administrativas: panorama geral. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. T. II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal

Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/tomo/2>>. Acesso em: 02 maio 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo*, Porto Alegre, v. 1, p. 5075-5092, 2005.

GABAN, Eduardo Molan Gaban; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson. Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa: reflexões. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO/ CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL. *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: CEAf, 2005. Coleção do Averso ao Direito. v.6. p. 93-134.

_____. A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a lei de improbidade administrativa. *Revista Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, n. 58, p. 141-151, out./dez. 2015.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Américo Leite ET al (Org). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 239-294.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1914.

HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/361>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o artigo 3º da Lei nº 8.429/1992. In: JORGE, Flávio Cheim et. al. *Temas de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010. p. 277-289.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. A nova lei anticorrupção brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Pereira, Oliveira e Talamini*, nº 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://justen.com.br/informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Tradução Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

LAZZARINI, Álvaro. Improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 398-404, 2006.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A lei anticorrupção e o regime jurídico do direito administrativo sancionador*. 2017. 213 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 27, ago./out. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, 2012.

_____. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro; e MARRARA, Thiago (Coord). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.

_____. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015;

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, 2004.

_____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 369-375, jan./mar. 2004.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Sanções por ato de improbidade administrativa. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. T II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 02.maio.2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Do conflito da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. *Revista Síntese Direito Empresarial*, São Paulo, ano 8, v. 47, p. 9-28, nov./dez. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Rafael Munhóz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MODERN, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 37, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIOAMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 11, p. 720-723, 1999.

OLIVERA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo. Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Autonomia constitucional da improbidade administrativa*. 550 fls. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista da Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, nº 50, out. 2012. Disponível em: <<http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/FabioOsorio.html>> Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Regime Administrativo Sancionador na Jurisprudência do STJ. In: *II Seminário de Direito Administrativo*. Brasília, OAB/DF, 2017 (comunicação oral).

OTERO, Paulo. *O conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra, 1992.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. T II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/edicao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em 01. nov. 2017.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Reabilitação de empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A proporcionalidade e o razoável*. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Ricardo Brandão. Regime Administrativo Sancionador na Jurisprudência do STJ. In: *II Seminário de Direito Administrativo*. Brasília, OAB/DF, 2017 (comunicação oral).

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *RDC*, Brasília, v. 2, nº 2, 5-22, nov. 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Da inconstitucionalidade da pena prevista no inciso II do art. 19 da Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, nº 125, p. 138-146, dez. 2014.

VALIM, Rafael. *Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.