

SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA LEI 12.846/13

José Sérgio da Silva Cristóvam¹

Gustavo Costa Ferreira²

Resumo: O estudo tem por objeto analisar a hipótese de descon sideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica sancio nada por atos lesivos à Administração Pública, prevista na Lei 12.846/13. Objetiva-se estabelecer critérios de sua interpretação e aplicação. Para tanto, aprofundou-se no contexto de nasci mento da legislação, estudou-se o fenômeno da constituçõaliza ção do direito e sua contribuição para estruturação de um re gime jurídico de Direito Administrativo Sancionador. Assentou se conceitos e premissas essenciais a esta investigação a luz do Direito Administrativo Sancionador. Fez-se, então, uma intro dução necessária à técnica da descon sideração da personalidade

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado em Direito do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Adminis trativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universi dade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Membro fun dador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fun dador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Aca demia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Ad vogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Estadual da OAB/SC. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Consti tucional e da Comissão da Moralidade Pública da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC).

² Mestrando em Direito Administrativo no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC (2018). Bacharel em Direito pela UFSC. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade CESUSC. Pós-graduado em Direito Tributário pela UNIDERP/LFG. Es pecialista em Planejamento Tributário pelo IBET/SC. Especialista em *Compliance* pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – GVLAW. Membro da Comissão de Conformidade e *Compliance* Infraestrutura da OAB/SC.

jurídica na legislação brasileira. Finalmente, propôs-se critérios para interpretação e aplicação do art. 14, da Lei 12.846/13.

Palavras-Chave: Lei 12.846/13, anticorrupção, constitucionalização do Direito, Direito Administrativo sancionador, desconsideração da pessoa jurídica.

Abstract: The purpose of this review is to analyze the disregard of the legal entity provision in the Brazilian Anti-Corruption Law (Law no. 12,846/13), intended to sanction entities for harmful acts against the Public Administration. It aims to establish criteria for the interpretation and application of the disregard provision in study. In order to do so, we reviewed the birth context of the aforementioned federal law, we studied the Constitutionalization of Law phenomenon and its contribution to the structuring of a Punitive Administrative legal regime. Therefore, essentials concepts and premises to this investigation were established in light of the Sanctioning Administrative Law. Then, a necessary introduction was made to the disregard of legal person technique in Brazilian legislation. Finally, we suggested criteria for the interpretation and application of article 14, of the Law 12,846/13.

Keywords: Federal Law No. 12.846/13, anti-corruption, constitutionalization of Law, sanctioning Administrative Law, disregard of legal entity doctrine.

1 INTRODUÇÃO



estudo pretende analisar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013), também chamada de Lei Anticorrupção, Lei da Empresa Limpa ou Lei da Corrupção Empresarial.

Considerando-se a inexistência de consenso mínimo sobre a alcinha da norma, essa será tratada aqui, sobretudo, pelo seu número de nascimento.

De início, nesta parte introdutória, convém afastar a impressão, ainda que inconsciente, de que a Lei nº 12.846/13 teria sua aplicação destinada apenas às grandes empreiteiras do Brasil, envolvidas na chamada “Operação Lava Jato”. Supostos corruptos sem rosto, distantes da realidade cotidiana dos autoconclamados “cidadãos de bem”.

Não se pode esquecer que a norma é geral e abstrata, razão pela qual sua aplicação ocorre indistintamente a todas as pessoas jurídicas, conforme conceituação legal do parágrafo único do seu art. 1º (BRASIL, 2013). A legislação tem aplicação às microempresas e empresas de pequeno porte Brasil afora, com impacto direto em micro e pequenos empresários e milhões de empregados, pessoas de carne e osso cujos destinos podem ser comprometidos sem qualquer envolvimento direto em atos lesivos à Administração Pública.

Disso cumpre destacar dois problemas centrais sobre os quais se pretende debruçar o estudo. Primeiro, saber se seria constitucional desconsiderar a personalidade jurídica para estender sanções aos administradores e/ou sócios-administradores de empresas? Se positiva a resposta, quais os respectivos critérios de interpretação/aplicação e quais seus pressupostos?

Isso, inclusive, justifica a relevância do debate sobre seus contornos de aplicação e a tentativa de refino das suas hipóteses de abrangência. Eis os contornos básicos do debate aqui estabelecidos, a assentar sobre alguns pontos destacados e controvertidos do fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica das empresas no âmbito da Lei nº 12.846/13 (BRASIL, 2013).

2 O CONTEXTO DO NASCIMENTO DA LEI Nº 12.846/13 E O REGRAMENTO NORMATIVO INTERNACIONAL

O combate à corrupção³ é questão de destacada atenção no cenário internacional. Diversos são os tratados e convenções que engrossam as fileiras dessa (aparente) guerra declarada às práticas de corrupção. É possível, também, afirmar a existência de verdadeiro bloco normativo internacional anticorrupção, alguns dos quais o Brasil é signatário, a saber: (i) a Convenção Inter-Americana Contra a Corrupção de 1996, capitaneada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada internamente pelo Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 4.410, de 07 de outubro de 2002 (BRASIL, 2002); (ii) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1997, ratificada internamente em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 3.678, de 30 de novembro de 2000 (BRASIL, 2000); e, (iii) a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção de 2003, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006).⁴

Dentre outros compromissos, referidos diplomas internacionais determinavam aos signatários a instituição de um conjunto normativo voltado ao combate à corrupção,⁵ inclusive com a disciplina da responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em esquemas de corrupção, preferencialmente, de índole penal e, se isso não fosse possível em razão do sistema jurídico do país signatário, de índole não-penal com a imposição de sanções

³ Para uma recuperação histórica sobre as supostas raízes da corrupção no Brasil, ver: FAORO, 2001; HOLANDA, 1995. Para uma interessante e sofisticada releitura crítica sobre o tema, ver: SOUZA, 2017; SOUZA, 2015.

⁴ Para uma análise das Convenções Anticorrupção da OEA e da OCDE ver: RAMINA, 2003. p. 186-198.

⁵ Sobre o tema, até 15/09/2016 tramitavam no Senado 98 proposições relacionadas ao combate à corrupção e 344 na Câmara dos Deputados. Nesse sentido, ver: MOHALLEM; RAGAZZO, 2017. p. 20.

“eficazes, proporcionais e dissuasivas”, nos termos do art. 2º e 3º, da mencionada Convenção da OCDE e do art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção.⁶

Envolto nesse cenário, aliado a outros fatores, surge a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que ingressou às pressas no ordenamento jurídico nacional. O projeto de lei 6.826/2010, que tramitava desde 18.02.2010⁷ na Câmara dos Deputados, restou aprovado em menos de um mês de tramitação no Senado Federal, em 04 de julho de 2013.⁸ A inspiração do projeto nos citados compromissos internacionais é objeto de expressa menção nos parágrafos 7º e 8º da exposição de motivos apresentada na proposta do respectivo anteprojeto da lei,⁹ subscrita por Jorge Hage Sobrinho, Tarso Fernando Herz Genro e Luis Inácio Lucena Adams.¹⁰

⁶ Sobre a influência da Convenção da OCDE no Direito Espanhol, ver: FARALDO CABANA, 2012. p. 1-20.

⁷ Informações extraídas do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 19 out. 2018.

⁸ Informações extraídas do site do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113244>. Acesso em: 19 out. 2018.

⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

¹⁰ Nesse sentido, ver: “[...] 7. Além disso, o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). 8. Com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria – do que, aliás, o país já vem sendo cobrado –, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso” (BRASIL, 2010).

Embora não seja objeto desse estudo a investigação dos motivos da apressada aprovação do projeto, especula-se que isso possa/deva ser creditado (em alguma medida) às manifestações populares de meados de 2013, Pré-Copa das Confederações da FIFA, que clamavam por mudanças, por moralidade administrativa e pelo maior combate à corrupção.

A pressa na aprovação do projeto teve seu preço. Não são raros os seus dispositivos e institutos a reclamar considerável esforço hermenêutico para sanar possíveis incongruências e, em especial, incompletudes.

Seja como for, o fato é que a Lei nº 12.846/13 foi aprovada e está em pleno vigor na ordem normativa brasileira, de modo que, ausente qualquer perspectiva de reforma legislativa, cabe ao jurista trabalhar com a matéria-prima existente, com o estudo e análise dos seus dispositivos, integrando eventuais lacunas, assim como conferindo-lhes interpretação e aplicação mais consentânea ao respectivo sistema jurídico constitucional, notadamente aos direitos e garantias fundamentais do acusado assegurados em nossa ordem constitucional.

3 O REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO INAUGURADO PELA LEI Nº 12.846/13

A Lei nº 12.846/13 inaugurou o regime de responsabilização objetiva, no âmbito cível e administrativo, das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública. Especificamente sobre esse tema, inicialmente cumpre alertar que a responsabilização criminal da pessoa jurídica encontra barreira constitucional no mínimo de difícil transposição, porquanto somente admitida para crimes ambientais, por expressa previsão do art. 225, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com efeito, cabe considerar que a previsão normativa em análise transmite certos ares de festiva tranquilidade, sobretudo àqueles que se colocam como arautos da moralidade e ferrenhos

combatentes da corrupção. No âmbito jurídico, isso inclusive é perceptível nos corredores dos tribunais e repartições do sistema de justiça, povoando também os corredores das faculdades de Direito. Sob o ímpeto punitivista, reputa-se que a caracterização dessa responsabilidade seria mais suavizada, a exemplo da responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade administrativa (art. 37, § 6º da Constituição de 1988) ou daquela do Direito do Consumidor (arts. 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor). Afinal de contas, trata-se de responsabilização *objetiva* e que, aliado a isso, não é *criminal*. Contudo, esse quadro deve ser visto com certo temperamento.

Os contornos desse trabalho impedem que aqui se avance para um maior aprofundamento do tema. No entanto, de modo bastante sintético, antecipa-se que o apontado *temperamento* na responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção se justifica pelo fato de a Lei nº 12.846/13 traduzir norma jurídica destinada à imposição de sanções e que, portanto, atrai incidência do regime jurídico comum ao Direito Administrativo sancionador, diferentemente dos dois outros regimes de responsabilização acima referidos (BRASIL, 2013). Note-se que, se comparadas as sanções estatuídas nos seus arts. 6º e 19 com aquelas previstas às pessoas jurídicas por crimes ambientais (arts. 21, 22 e 24 da Lei nº 9.605/98) (BRASIL, 1998), fica evidente que as medidas afilivas da Lei nº 12.846/13 são mais graves ou, no mínimo, muito semelhantes às de índole penal daquela legislação ambiental, razão pela qual há que se ter cuidado com aquela inadvertida tranquilidade. Abaixo, uma tabela comparativa das sanções evidencia essa semelhança, quase identidade,¹¹¹² das duas normas repressoras:

¹¹ Importa observar que, via de regra, ao legislador incumbe a definição de ilícitos como penais e/ou como administrativos, guardadas as hipóteses constitucionais em que há obrigatoria tipificação penal ou tipificação penal interdita, conforme lição de Osório (2015. p. 125).

¹² Essa identidade ou quase-identidade das sanções contra as pessoas jurídicas em tais diplomas normativos é sintomática da indiferença ontológica entre ilícitos

Crimes Ambientais (Lei 9.605/98)	Atos Lesivos à Administração (Lei 12.846/13)
Multa (art. 21, I)	Multa (art. 6º, I)
Pena restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade (art. 21, II e II)	Publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II)
Suspensão parcial ou Total de atividades (art. 22, I) e Interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (art. 22, II)	Suspensão ou interdição parcial de suas atividades (art. 19, II)
Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações por prazo inferior a 10 anos (art. 22, III e §3º)	Proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19, IV)
Perdimento de bens (art. 24)	Perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração (art. 19, I)
Liquidação forçada (art. 24)	Dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, III)

Assim, resta claro que a legislação em exame é norma sujeita ao regime jurídico comum ao Direito Administrativo sancionador.¹³ Conforme se pretende demonstrar, a existência desse regime jurídico-administrativo sancionatório tem fonte constitucional, em boa medida até decorrência necessária do próprio

administrativos e penais. É dizer, não há diferenças materiais ou essenciais entre tais injustos. Ao Legislador incumbirá fazer essa distinção. Sobre o tema, ver: CEREZO MIR (1975) e ALARCÓN SOTOMAYOR (2014).

¹³ As medidas de referência que atraem a incidência dos princípios e regras de direito administrativo sancionador consistem nos institutos da infração e sanção administrativas. Não cabe, aqui, trazer um conceito desses institutos, impondo-se assinalar, tão somente, que o conceito de sanção administrativa no Direito Brasileiro não está vinculado ao elemento “autoridade administrativa”, mas à presença formal e material da Administração Pública. Sanções administrativas podem ser, sim, aplicadas por autoridades judiciárias, sem que isso descaracterize sua natureza administrativista. O conceito que se adere, portanto, é mais amplo que o conceito propugnado pela doutrina espanhola e parte da doutrina brasileira, o qual está visceralmente ligado à presença da autoridade administrativa como sujeito responsável pela imposição da penalidade. Sobre conceito de sanção administrativa independente da autoridade administrativa como sujeito impositor da sanção, ver: OSÓRIO, 2015. p. 107. Sobre conceito de sanção administrativa dependente da autoridade administrativa, ver: OLIVEIRA, 2005. p. 52; FERREIRA, 2001. p. 173; VITTA, 2003. p. 62; REBOLLO PUIG *et al*, 2005. p. 24-25 e RAMÍREZ TORRADO, 2007. p. 274-275.

fenômeno da *constitucionalização do Direito Administrativo*.

Antes, porém, de adentrar ao tema objeto de investigação, convém discorrer, brevemente, sobre o fenômeno da *constitucionalização do Direito Administrativo* e seus reflexos na construção do referido regime jurídico-administrativo sancionatório.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

No Brasil, apenas com a promulgação da Constituição de 1988 é que se passou a verificar, com maior intensidade, o fenômeno da *constitucionalização do Direito* no nosso sistema jurídico.

A expressão, como se nota, é plurissignificativa,¹⁴ podendo albergar mais de um sentido, ideia ou noção. Assim, para evitar desencontros interpretativos, convém propor um acordo semântico, de que a referida locução será aqui utilizada para encerrar a ideia de “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2008. p. 32).

A repercussão desse fenômeno pode ser identificada nas mais variadas searas do Direito, ao que o Direito Administrativo não está e nem poderia estar imune. Como consequência direta desse fenômeno, cumpre identificar em certa medida, por exemplo, “um interessante e sofisticado movimento de substituição da legalidade, como fonte reitora da disciplina jurídico-administrativa, pela própria Constituição, fator de verticalização e direta

¹⁴ Em um sentido bastante ampliado, Barroso (2008. p. 31-32) explica que é possível empregar a locução *constitucionalização do Direito* para caracterizar qualquer ordenamento jurídico no qual vigore uma Constituição dotada de supremacia. Pode, igualmente, “servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do direito”.

parametrização normativa da atuação administrativa” (CRISTÓVAM, 2015. p. 212).

A própria técnica da *interpretação conforme a Constituição* pode ser catalogada como outro resultado direto desse fenômeno. Segundo ela, o intérprete deve descartar possibilidades interpretativas que tornem a norma incompatível com ordem constitucional (BINENBOJM, 2008. p. 67). Portanto, essa abordagem impõe balizas constitucionais à interpretação jurídicas de todas as instituições jurídico-administrativas (JUSTEN FILHO, 2008. p. 83).

Com efeito, a *constitucionalização do Direito* labora não apenas na releitura dos tradicionais institutos do regime jurídico-administrativo, repercutindo igualmente nos novos institutos e estruturas da disciplina administrativa, na sua conformação aos princípios e regras constitucionais, mais precisamente a partir da modulação dos seus critérios de interpretação e aplicação, devidamente constitucionalizados.¹⁵ É o que ocorre com a Lei nº 12.846/13, que nasce quase que 25 anos pós-Constituição de 1988, pelo que seus institutos e disposições devem sofrer essa *filtração constitucional*, analisados e aplicados à luz das regras e princípios constitucionais (BARROSO, 2008. p. 43).

Nesse contexto, cabe extrair do texto constitucional princípios e regras que incidem diretamente no exercício da competência sancionadora do Estado, a formar verdadeiro regime jurídico limitador da potestade administrativa sancionatória – aqui referida por Direito Administrativo sancionador –, uma ordem de direitos e garantias fundamentais dos acusados. Tal regime

¹⁵ Nesse sentido: “[...] a construção de um renovado regime jurídico-administrativo deve ser edificada sobre as bases do fenômeno do movimento de constitucionalização do Direito em geral, e do Direito Administrativo em especial. A constitucionalização do Direito, que no Brasil somente passa a operar mais firmemente a partir do advento da Constituição Cidadã, acaba por inaugurar um processo de reestruturação não somente das bases da teoria constitucional, mas da própria disciplina jurídica em geral, espraiando renovadas luzes e reflexos normativos em todas as direções e aos mais longínquos e recônditos espaços do universo jurídico nacional” (CRISTÓVAM, 2015. p. 325).

tem como fundamento: (i) a opção brasileira por um Estado democrático de direito (MELLO, 2007. p. 103); (ii) o direito fundamental ao devido processo legal, assegurado aos *acusados em geral* nos processos judiciais ou administrativos, nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (OSÓRIO, 2015. p. 129); e, (iii) a própria identidade ontológica entre os ilícitos administrativos, o que reconhece certa liberdade do legislador para rotulá-los como bem lhe aprouver, mas não lhe reconhece prerrogativa para dispor das garantias dos acusados. Há, ainda, quem defenda que a existência de um regime desse cariz se justificaria pelo só fato da imissão estatal nos direitos e garantias fundamentais em razão da prática de uma infração.¹⁶

Seja como for, parte-se da ideia da existência de um regime jurídico-administrativo sancionador comum ao Direito brasileiro. Importa registrar que, inicialmente, o Direito Administrativo sancionador toma por empréstimo princípios e regras comuns ao Direito Penal, assim como parte de suas construções teóricas. Trata-se de simples inspiração inicial em razão da maior evolução científica desta disciplina. No entanto, assiste razão à Suay Rincon (2008. p. 51) ao assinalar que “superado el vacío y alcanzada la madurez, la criatura podría empezar a echar a volar en solitario y por su propia cuenta”. Em vista disso, a tarefa desse estudo também está em delimitar o conteúdo normativo desses direitos e garantias no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica prevista na Lei nº 12.846/13 (BRASIL, 2013).¹⁷

Os princípios e regras penais aplicam-se com certos matices e graduações ao Direito Administrativo sancionador, respeitadas conteúdos mínimos obrigatórios. Tais graduações são influenciadas pelo que está em jogo na aplicação da norma repressora, quais direitos fundamentais dos acusados serão objeto

¹⁶ Nesse sentido, ver: COSTA, 2013. p. 176.

¹⁷ A tal “grito de independência” do Direito Administrativo sancionador em relação ao Direito Penal, quando ele passa a caminhar com suas próprias pernas, Nieto soe designar de “giro administrativo” (2007. p. 8).

de limitação caso haja imposição da sanção. São influenciados, ainda, pela extensão e a gravidade dessa restrição. É dizer, quanto maior a restrição, maiores serão as garantias asseguradas aos acusados (OSÓRIO, 2015. p. 144).

No caso específico da Lei nº 12.846/13, já se demonstrou que há considerável semelhança, quase identidade, entre as suas sanções e àquelas previstas na Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes e Infrações Ambientais) (BRASIL, 1998). Por consequência, são quase idênticos ou muito semelhantes os conteúdos normativos dos direitos e garantias fundamentais à disposição da pessoa jurídica situada na posição de acusada nos processos de responsabilização da Lei nº 12.846/13 (BRASIL, 2013).

Eis as premissas hermenêuticas fundamentais à análise de quaisquer disposições da Lei nº 12.846/13, as quais uma vez assentadas, resta franqueado o acesso ao tema propriamente dito, objeto desta investigação.

5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica¹⁸ consubstancia-se, tradicionalmente, em técnica tendente a afastar a autonomia patrimonial entre pessoa jurídica e as pessoas físicas a ela vinculadas, isto é, seus sócios e/ou administradores, gerentes e dirigentes.¹⁹ Seu objetivo é responsabilizar tais pessoas físicas

¹⁸ Vale mencionar as variações terminológicas e linguísticas da técnica da desconsideração da personalidade ao redor do mundo, inventariadas por Clápis (2006. p. 51), a saber: *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, nos Direitos Inglês e Norte-americano; *superamento de la personalidad jurídica*, no Direito Italiano; *Durchgriff der juristischen Person*, no Direito Alemão; *teoría de la penetración o desestimación de la personalidad*, no Direito Argentino; e, *mise à l'ecart de la personnalité morale*, no Direito Francês.

¹⁹ Um conceito mais teleológico deste instituto é oferecido por Moraes (2009. p. 1), para quem “a desconsideração da personalidade jurídica é o instrumento utilizado pelo direito para coibir atitudes eivadas de fraude que desvirtuam os fins para os quais a sociedade empresária é criada”.

pelas obrigações societárias não satisfeitas.

Em linhas gerais, por autonomia patrimonial entende-se a distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica (patrimônio social) e dos sócios que a constituíram. Essa autonomia garante, minimamente, a existência de uma ordem de preferência (benefício de ordem) em desfavor dos bens societários para fins de satisfação das obrigações sociais não adimplidas. Equivale dizer que *os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais*, conforme preceitua o art. 1.024 do Código Civil (BRASIL, 2002). A autonomia patrimonial pode, em outros casos, significar impedimento legal a que os bens dos sócios respondam pelas dívidas sociais, tal como ocorre nas *sociedades limitadas*, por força do art. 1.052 do Código Civil, na qual a responsabilidade do sócio resta limitada à sua participação societária. Seja como for, referida autonomia patrimonial é garantia fundamental intrinsecamente vinculada à livre de iniciativa, princípio geral da atividade econômica brasileira por força do art. 170, *caput*, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

A desconsideração da personalidade jurídica pode, ainda, ser utilizada para afastar a autonomia patrimonial entre pessoas jurídicas vinculadas,²⁰ responsabilizando pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico²¹ por obrigações de uma das outras, ou, igualmente, para ser atingido o patrimônio do “sócio oculto” da pessoa jurídica, essa última hipótese conhecida como

²⁰ O embrião de um conceito legal de pessoas jurídicas vinculadas pode ser recuperado do art. 243 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.'s), por meio do qual o legislador traz os conceitos de *sociedades coligadas* e *controladas*. Noção semelhante pode ser extraída do art. 23 da Lei nº 12.973/14, que, dentre outras matérias, dispôs sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas.

²¹ Vale lembrar que sociedade *matriz* e sociedade *filial* afiguram-se faces distintas de uma mesma pessoa jurídica. A distinção entre uma e outra interessa mais ao Direito Tributário, em geral não se estendendo às demais áreas do Direito, como o Direito Administrativo.

desconsideração expansiva da personalidade jurídica.²²

Em arremate, eventualmente a técnica pode se apresentar em sua modalidade *inversa*, por meio da qual se imputa à sociedade responsabilidade por obrigações não cumpridas pelos sócios (PEREIRA JUNIOR, 2010. p. 55).²³

Trata-se de técnica cuja assimilação inicial e posterior evolução podem ser creditadas sobremaneira à jurisprudência e à doutrina. Apesar disso, no ordenamento jurídico brasileiro existem algumas *regras desconsideradoras* expressamente contempladas, a dizer: o art. 135 do Código Tributário Nacional; o art. 28 da Lei nº 8.087/90 (Código de Defesa do Consumidor); o art. 4º da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes e Infrações Ambientais); o art. 50 do Código Civil; o art. 34 da Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência); e, mais recentemente, o art. 14 da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) (BRASIL, 1966; 1990; 1998; 2002; 2011; 2013).

Por interessar à investigação proposta, convém trazer a

²² São poucos os trabalhos sobre referida modalidade de desconsideração da personalidade jurídica. Destaca-se monografia elaborada por Corrêa (2011) e, ainda, de forma incidental, a abordagem na decisão liminar do MS 32.494 (STF), de lavra do Min. Celso de Mello.

²³ É digna de nota a lição Justen Filho (1987. p. 55-56), resgatada por Clápis (2006. p. 51), quando pontua os elementos conjugadores da formação do conceito da desconsideração da pessoa jurídica: “(i) existência de uma ou mais sociedades personificadas, em que os sócios pessoas físicas ou jurídicas, são tratados distintamente da sociedade, e as diversas sociedades personificadas, porém vinculadas entre si por laços de coligação ou controle, que são tratadas individualmente; (ii) ignorância dos efeitos da personificação, ou seja, afastamento das regras relativas à personificação; (iii) ignorância de tais efeitos para o caso concreto, vale dizer, com a caracterização da desconsideração, a pessoa jurídica não se torna inválida ou inexistente, apenas suspendem-se os efeitos da personificação a algum ato específico, a um período determinado da atividade da sociedade, ou a um relacionamento específico entre a pessoa jurídica e certa pessoa; (iv) manutenção da validade de atos específicos, que não é sinônimo de invalidação dos atos jurídicos. Os atos jurídicos permanecem válidos, porém os efeitos da personalidade jurídica são considerados ineficazes. A carência de elemento ou de pressuposto de validade para o ato não significa superar a personalidade; e (v) a fim de efetivar perecimento de um interesse, o que significa afirmar que a finalidade da desconsideração é ignorar os efeitos da personificação em determinado caso, em razão do risco da conduta adotada em sacrificar um interesse tutelado pelo direito”.

lume a classificação das diversas técnicas de descon siderações em *teoria maior* ou *teoria menor*. Explica Gonçalves (2016, p. 205) que na teoria maior “a comprovação da fraude e do abuso por parte dos sócios constitui requisito para que o juiz possa ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas”. A teoria menor, por outro lado, “considera o simples prejuízo do credor motivo suficiente para a descon sideração”, tal como ocorre no art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, onde se pode levar a efeito descon sideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990). Situação análoga se verifica no art. 4º, da Lei de Crimes e Infrações Ambientais (BRASIL, 1998).

Refoje aos objetivos dessa investigação historiar e minudenciar a técnica da descon sideração da pessoa jurídica, impondo-se apenas delimitar noções preliminares para facilitar sua análise na Lei nº 12.846/13, que é do que se cuidará a seguir.

6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.846/13

Há muita controvérsia se seria lícito à Administração descon siderar no âmbito administrativo personalidades jurídicas, bem como se haveria necessidade de previsão legal dessa competência/prerrogativa. Há entendimento pela reserva de jurisdição para levar a efeito eventual descon sideração de pessoa jurídica, caso em que, supõe-se, seria imperativa a verificação da presença dos pressupostos do art. 50 do Código Civil (BRASIL, 2002). Há, ainda, interessante defesa no sentido da possibilidade de descon sideração na seara administrativa, desde que amparada em expressa previsão legal, com fundamento no princípio constitucional da legalidade administrativa. Por fim, uma tese bastante ampliativa sustenta que seria lícito à Administração descon siderar a personalidade jurídica na esfera administrativa,

mesmo sem previsão em lei, com base nos princípios constitucionais-administrativos da moralidade e da eficiência.²⁴

Seja como for, essa discussão perde um pouco em relevo para os processos de responsabilização deflagrados com base na Lei nº 12.846/13, vez que há inequívoca disposição legal acolhendo a *disregard doctrine* nessa seara, como se colhe do art. 14 da referida norma, ora transcrito:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2013).

Com efeito, o dispositivo alberga uma peculiaridade existente até então apenas na legislação de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/11), que parece não ter sido tratada com a devida importância. Ao contrário das demais hipóteses de *disregard of legal person*, tal dispositivo, a reboque do que foi previsto no art. 34 da Lei nº 12.529/11, autoriza a desconsideração para fins de extensão de sanção aos sócios com poderes de administração e aos administradores da pessoa jurídica sancionada. Tradicionalmente, as normas desconsideradoras previstas no art. 135 do CTN, no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º da Lei 9.605/98 e no art. 50 do Código Civil, admitem a possibilidade de se redirecionar as pessoas físicas obrigações ressarcitórias da pessoa jurídica,²⁵ mas não sanções administrativas, o que impõe, nessa parte, o necessário teste de

²⁴ A matéria será objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento do já citado MS 32.494, hoje sob a Relatoria do Min. Celso de Mello. Para uma breve introdução ao tema, recomenda-se a leitura da decisão liminar proferida na referida ação.

²⁵ Há clara diferença teleológica entre obrigações ressarcitórias e sanções administrativas. A primeira se preocupa com a reparação do dano à vítima, bem traduzida pela ideia de retorno ao *status quo ante*. A segunda objetiva, preponderantemente, a retribuição/punição do infrator, aliada a uma finalidade de prevenção geral e especial do ilícito. Sobre o tema, ver: OSÓRIO, 2015. p. 114 e REBOLLO PUIG, 2000. p. 174.

constitucionalidade dessa inovação legislativa.

Assim, são basicamente duas as questões centrais em torno das quais gravita este estudo, a saber: é constitucional desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa jurídica para o fim de estender sanções aos seus administradores e/ou sócios-administradores? Em caso afirmativo, quais seriam os critérios de interpretação e aplicação dessa hipótese desconsiderativa e quais seriam seus pressupostos? É do que se cuidará nas linhas seguintes.

6.1 SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA PARA EXTENSÃO DE SANÇÕES AOS ADMINISTRADORES E/OU SÓCIOS-ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA

A pretensão de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresarial para atribuir aos seus sócios-administradores e administradores sanções a ela imposta parece esbarrar firmemente no direito fundamental do acusado à intranscendência da pena (nenhuma pena passará da pessoa do condenado), proibição abrigada no art. 5º, XLV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Na mesma esteira, parece igualmente esbarrar no Pacto de San José da Costa Rica (BRASIL, 1992), que em seu art. 5º, item 3, dispõe que “a pena não pode passar da pessoa do delinquente”. Inclusive, cumpre recordar que tal norma convencional goza de carácter supralegal, tendo o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 466.343, sob relatoria do Min. Cezar Peluso (BRASIL, 2008).

Percebe-se, portanto, que inserido o referido dispositivo constitucional no regime jurídico-administrativo sancionatório, sua interpretação conduz à vedação de transcendência da sanção,

salvo na obrigação de reparação de dano – que não é sanção, a propósito – e no perdimento de bens.²⁶ Na mesma esteira, o dispositivo convencional parece ser ainda mais amplo ao não admitir a transcendência em qualquer hipótese de sancionamento.

Parece possível reconhecer que o legislador tenha certa medida de liberdade para a conformação/formatação das infrações como criminais e/ou administrativas. Não tem, porém, liberdade para a disposição dos direitos fundamentais do acusado. Assim, se as sanções administrativas veicularem penalidades tão gravosas quanto as criminais, apesar de rotuladas como *sanções administrativas* ou *civis*, tal como ocorre no caso da Lei nº 12.846/13 – o que parece reforçado pelo cotejo analítico entre suas penalidades e os crimes previstos na Lei nº 9.605/98 –, a aplicação dos direitos e garantias constitucionais do acusado se dará de maneira muito semelhante à esfera penal, a exemplo da norma constitucional (direito/garantia) da intransmissibilidade das sanções, aplicável, igualmente, aos processos de responsabilização da Lei nº 12.846/13 (BRASIL, 2013).²⁷

Portanto, parece correto afirmar que referido dispositivo deve sofrer *interpretação conforme a Constituição*, no sentido de confirmar como possível a desconsideração da personalidade jurídica de pessoa jurídica apenas, e tão somente, para extensão aos seus sócios administradores e administradores: (i) da obrigação de reparar o dano; e, (ii) do perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, previstas nos art. 6º, §3º e art. 19, I, da Lei nº 12.846/13. As demais sanções da Lei Anticorrupção, por seu turno, estariam situadas naquilo que se pode nominar de *zona proscrita de transcendência sancionadora*, por força do

²⁶ Sobre as peculiaridades do perdimento de bens no âmbito do Direito Sancionador, também conhecido como *confisco* e, no direito espanhol, como *comisso*, ver: REBOLLO PUIG, 2000.

²⁷ Sobre o tema, Osório (2015. p. 395) e Mello (2005. p. 45-46) são uníssonos ao reconhecer a impossibilidade de transmissão de sanções à pessoa distinta da pessoa do infrator, no âmbito do Direito Administrativo sancionatório.

art. 5º, XLV, da Constituição de 1988 e art. 5º, item 3, do Pacto de San José da Costa Rica. Ademais, a transmissibilidade de tais sanções violaria a máxima da proporcionalidade, já na sua submáxima da *adequação*,²⁸ vez que fulminaria qualquer finalidade preventiva da sanção, servindo, pelo contrário, como um estímulo a consumação de ilícitos, uma vez que o real infrator não estaria sujeito às consequências negativas da sua conduta (MELLO, 2005. p. 46).

Nada obstante, não se podem ignorar os tempos difíceis que o Brasil atravessa, onde o atropelo a direitos fundamentais dos acusados parece assumir a condição de política institucional do Estado, aparentemente sufragada por largos setores da opinião pública, a exigir ampliado compromisso daqueles que se dispõem à firme defesa da ordem constitucional. Impõe-se, inclusive, certo exercício de imaginação, a fim de garantir que, mesmo no pior cenário, no caso sejam assegurados mínimos padrões de aplicação conforme a Constituição dessa hipótese normativa de desconsideração, prescrita no art. 14 da Lei nº 12.846/13. Isso condiciona avançar à análise dos critérios de interpretação, aplicação e os pressupostos dessa norma desconsiderativa, embora defensável a inconstitucionalidade da extensão dos efeitos às sanções previstas na Lei Anticorrupção.

6.2 SOBRE A INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E PRESSUPOSTOS DA HIPÓTESE DESCONSIDERATIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 12.846/13

Nada obstante as razões acima alinhadas, se consolidado o entendimento no sentido de que o art. 14 da Lei nº 12.846/13 alberga hipótese constitucional de desconsideração da personalidade jurídica, para toda e qualquer sanção prevista em seu

²⁸ Para um estudo panorâmico sobre a teoria dos princípios e, em especial, a máxima da proporcionalidade e suas submáximas, como a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito, ver: CRISTÓVAM, 2016.

microsistema, importante descortinar seus pressupostos de aplicação. Referido dispositivo traz em sua redação um pressuposto central aliado a dois pressupostos específicos/alternativos para descon sideração da pessoa jurídica, a saber: que tenha havido utilização da pessoa jurídica com *abuso do direito* (pressuposto central) (i) para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/13; ou, (ii) para provocar confusão patrimonial.

Como se nota da referida norma, a princípio a *disregard doctrine* pode ser classificada como *teoria maior*, já que elenca como pressuposto o *abuso do direito*. Já se viu que, em contra posição à *teoria maior*, existem as teorias desconsiderativas menores que não pressupõem a fraude e/ou o abuso do direito para fins de descon sideração. Tais teorias exigem, via de regras, apenas a dificuldade no ressarcimento dos prejuízos como pressu postos para afastamento da personalidade jurídica. Cite-se como exemplo aquelas hipóteses previstas no art. 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor e no art. 4º da Lei de Crimes e Infrações Ambientais (BRASIL, 1990; 1998).

Ao explicar o dispositivo desconsiderativo da Lei 12.846/13, Santos, Bertoni e Custódio Filho (2014, p. 229) assinalam que também seria possível o levantamento do véu da pessoa jurídica na hipótese de “impossibilidade econômica de pagamento pela pessoa jurídica de multas ou de reparações pecuniárias, ou a ocultação e desaparecimento de bens da pessoa jurídica”. Embora respeitável o entendimento, tal hipótese não parece encontrar, nem de longe, ressonância no referido dispositivo. Aceitá-lo equivaleria a assumir inequívoca interpretação criativa ou extensiva que, se viável em outras searas do Direito, não pode ser aplicada no seio do Direito Administrativo sancionatório, submetido ao princípio da legalidade estrita, que exige interpretação restritiva das respectivas hipóteses legais.

Cumprase asseverar que a descon sideração da pessoa jurídica na Lei nº 12.846/13 gravita em torno do *abuso de direito*,

sendo essencial à compreensão do instituto a investigação dessa expressão, o que indica o socorro à definição legal de exercício abusivo de direitos, prevista no art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), segundo a qual incorrerá em abuso de direito aquele que o exerce excedendo, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ou pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Uma definição legal cercada de termos indeterminados, abertos e plurissignificativos, o que dificulta e muito a fixação dos seus limites operativos/interpretativos/integrativos, em especial para fins de aplicação de norma jurídica sancionatória!

O problema, que parecer ser ignorado, é que a prática de qualquer um dos atos lesivos tipificados no art. 5º da Lei nº 12.846/13 pode subsumir-se ao conceito legal de abuso de direito na utilização de pessoa jurídica. Tal conclusão é inconteste e dispensa, inclusive, a técnica da *reductio ad absurdum* para evidenciá-la. Afinal, todos esses ilícitos são consumados, necessariamente, por meio de uma *pessoa jurídica*, conforme conceituação do seu art. 1º, parágrafo único.²⁹ Parece viável reconhecer que a utilização de pessoa jurídica para prometer, dar ou pagar vantagem indevida a agente público; financiar atos lesivos à Administração Pública; ocultar reais interesses ou identidade dos beneficiários dos atos praticados; fraudar licitações e contratos públicos ou para dificultar atividade investigativa ou fiscalizatória do Poder Público; não estariam dentro dos limites impostos à pessoa jurídica pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Com efeito, nada obstante o condicionamento da descon sideração ao *abuso de direito*, a teoria prestigiada na referida legislação também pode ser considerada, em última análise, como

²⁹ Giza-se, a propósito, que a Lei nº 12.846/13 traz uma conceituação aparentemente esquizofrênica de pessoas jurídicas. Sua conceituação não inclui todas as pessoas jurídicas previstas no art. 44 do Código Civil, e, ao mesmo tempo, inclui como pessoas jurídicas aquilo que, rigorosamente, não é pessoa jurídica, como é o caso de *sociedades não personificadas* –, como se vê do art. 985 do Código Civil (BRASIL, 2002).

teoria menor, pois, na prática, se consagrada sua interpretação literal e inadvertida, alberga uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica *ex lege*. É dizer, se estiver provado que a pessoa jurídica incorreu em alguma das práticas do art. 5º da Lei nº 12.846/13, automaticamente, estaria atendido o pressuposto para desconsideração da pessoa jurídica do seu art. 14.

A gravidade da situação consiste, justamente, no fato de que tal dispositivo, se interpretado nos seus exatos contornos, pode ser utilizado para disfarçar sancionamento da pessoa física por *responsabilidade objetiva*, prática repudiada pelo sistema normativo-constitucional brasileiro. A interpretação literal do artigo conduz, simplesmente, a uma conclusão inadmissível, razão pela qual, se entendido pela sua constitucionalidade, isso reclamaria interpretação conforme a Constituição.

A premissa básica fundamental é que, na interpretação e aplicação do dispositivo, deve-se ter em mente tratar-se de instituto afeto ao Direito Administrativo sancionatório, restritivo de direitos e liberdades fundamentais. Assim, devem ser afastadas, de plano, metodologias interpretativas elásticas, criativas e/ou extensivas das suas disposições. A interpretação deve ser restritiva e obsequiosa aos direitos e garantias fundamentais proclamados na Constituição de 1988.

Aceita essa premissa, podem-se extrair três conclusões.

Primeiro, a interpretação e aplicação do dispositivo deve evitar a consagração de *responsabilidade por fato de outrem*, também inconstitucional por decorrência do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CRFB). Com efeito, a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei nº 12.846/13 exigirá que o administrador ou sócio-administrador na mira da desconsideração pretendida tenha efetivamente colaborado e/ou concorrido para a consumação do ato lesivo objeto da sanção que se lhe busca estender. Sem essa participação causal, não poderá haver desconsideração por questões de *pessoalidade da pena*.

A propósito, o parágrafo 22 da exposição de motivos apresentada na proposta do anteprojeto da lei,³⁰ subscrita por Jorge Hage Sobrinho, Tarso Fernando Herz Genro e Luis Inácio Lucena Adams, reforça essa primeira conclusão, laborando como fonte de interpretação autêntica do artigo 14, a saber:

22. O efeito previsto para descon sideração é a possibilidade de se aplicar aos sócios com poderes de administração e aos administradores da pessoa jurídica as mesmas sanções cabíveis contra ela, estendendo-se, por exemplo, *a declaração de inidoneidade da empresa para as pessoas naturais envolvidas na prática dos ilícitos*. (sem grifo no original)

Giza-se que, a fim de assegurar o mínimo de conformidade constitucional ao dispositivo, não parece suficiente a demonstração de uma relação causal entre *abuso de direito* elencado como justificativa à descon sideração e conduta imputável ao sócio-administrador e/ou ao administrador da pessoa jurídica. A relação causal deve ser verificada entre o ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção e pessoa física objeto da descon sideração pretendida.

Segundo, a interpretação e aplicação do dispositivo não pode redundar, na prática, em uma responsabilização objetiva do(s) sócio(s)-administrador(es) e do(s) administrador(es) da pessoa jurídica, ainda que indiretamente. Isso porque, repita-se, não há no sistema constitucional brasileiro autorização para imposição de sanções³¹ a pessoas físicas de maneira objetiva, independentemente de aferição da culpabilidade. Se já é questionável tal possibilidade contra pessoas jurídicas, parece não haver dúvidas que é inviável para pessoas físicas. A toda evidência, indigitada hipótese no mínimo dependeria de base constitucional

³⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

³¹ O termo “sanção” é, aqui, utilizado encerrando a noção de um *consequente normativo destinado à finalidade repressora e/ou punitiva*, diferente, portanto, de outros *consequentes normativos* destinados a finalidades outras, como, por exemplo, o ressarcimento de dano. Não se desconhece, porém, que o termo sanção, etimológica e gramaticalmente, admite a ideia de uma consequência premial (não negativa). Nesse sentido, ver: REBOLLO PUIG, 2001. p. 153-154.

expressa, o que não existe em nossa ordem constitucional.³²

Terceiro, a interpretação e aplicação do dispositivo não poderá resultar na desconconsideração da personalidade jurídica em desfavor de outras pessoas que não as pessoas do(s) sócio(s)-administrador(es) e do(s) administrador(es) da pessoa jurídica. Por razões de *legalidade estrita*, não poderá haver desconconsideração para atingir sócios não administradores e muito menos desconconsideração na modalidade *expansiva* para alcançar eventuais “sócios ocultos” da empresa.

Há de se observar, sobre essa terceira conclusão, que ela não enfraquece a eficiência da legislação no que tange a sua finalidade precípua de combate à corrupção. Isso porque a responsabilização de pessoas físicas (cor)responsáveis pelos atos lesivos à Administração Pública pode/deve ser feita no próprio processo administrativo de responsabilização, mediante apuração da culpabilidade das pessoas físicas acusadas, tal como demanda o art. 3º e seus parágrafos da Lei nº 12.846/13, previamente à imposição das sanções, garantidos pleno contraditório e ampla defesa (BRASIL, 2013).

Quanto ao segundo pressuposto específico-alternativo do art. 14 (*provocar confusão patrimonial*), conforme visto somente poderá justificar desconconsideração para fins de extensão da obrigação de reparação do dano e/ou perdimento dos bens. Fora dessas hipóteses, a desconconsideração estaria, necessariamente, condicionada à observância da primeira, segunda e terceira conclusões anteriormente assentadas.

Por derradeiro, cumprem mais duas observações. Primeiro, há de se destacar o art. 4º e parágrafos da Lei nº 12.846/13 que prescrevem, resumidamente, a (i) responsabilidade

³² Osório (2015, p. 394) comunga da mesma conclusão: “Incabível a responsabilidade objetiva, eis uma das consequências do princípio da pessoalidade da sanção administrativa. Repele-se, fundamentalmente, a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva. O delito é obra do homem, como o é a infração administrativa praticada por pessoa física, sendo inconstitucional qualquer lei que despreze o princípio da responsabilidade subjetiva”.

subsidiária da sucessora da pessoa jurídica acusada/sancionada; e, (ii) a responsabilidade *solidária* das sociedades controladoras, controladas, coligadas e das consorciadas, no âmbito do respectivo contrato, pela prática dos atos previstos na referida legislação, limitada a responsabilidade, em ambos os casos, ao pagamento da multa e reparação integral do dano causado. Como se nota, é absolutamente dispensável a técnica da desconsideração da personalidade jurídica nessas hipóteses para referidos propósitos, decorrendo a (cor)responsabilidade, a princípio, por força de lei. Evidentemente, isso não descarta um exame de constitucionalidade para aferir a possibilidade de se responsabilizar subsidiária ou solidariamente tais pessoas jurídicas pela obrigação de multa (medida de cunho sancionatório), por força do próprio princípio da pessoalidade da pena. Por outro lado, parece indubitosa a constitucionalidade dessa previsão no que tange à obrigação de ressarcimento.

Segundo, impõe registrar que o legislador não previu momento específico para a realização da desconsideração da personalidade jurídica. Ela pode ser feita tanto simultaneamente à apuração do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, quanto posteriormente, após a condenação no processo de responsabilização. No entanto, o seu exercício está, sim, sujeito à limitação temporal, sobretudo no que tange à desconsideração para finalidade de extensão de sanções administrativas às pessoas físicas, hipótese em que será aplicável o lustrum prescricional previsto no art. 25 da Lei nº 12.846/13. Afinal, é garantia fundamental de todos os cidadãos que seus atos pretéritos um dia se tornem, efetivamente, passado.³³

³³ Em sentido diametralmente oposto ao que se defende, mas tratando de obrigações comerciais e civis, não de imposição de sanções, a jurisprudência do STJ entende que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica seria *direito potestativo que não se extingue pelo não uso*. A esse respeito, confira-se o julgado no REsp 1.180.714/RJ. Tal entendimento não é minimamente consentâneo com o direito fundamental do acusado à segurança jurídica e, por isso, não pode ser validado na seara do Direito Administrativo sancionatório.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira das considerações alinhadas, parece viável e mesmo imperioso defender a existência de um regime jurídico-administrativo sancionatório, vivificado pelos ventos do fenômeno de *constitucionalização do Direito Administrativo*. Esse regime condiciona e conforma a interpretação das normas impositivas de sanções administrativas aos direitos e garantias fundamentais vinculados ao devido processo legal, cujos conteúdos variam conforme a gravidade da sanção, sempre assegurados seus conteúdos mínimos.

Igualmente, parece incontestado que a Lei Anticorrupção perfaz-se em diploma tipicamente sancionatório submetido a esse regime jurídico especial. Com efeito, as suas medidas afliitivas são tão ou mais gravosas que aquelas previstas na Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes e Infrações Ambientais) às pessoas jurídicas. Por conseguinte, os conteúdos dos direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados em geral hão de ser também muito próximos daqueles verificados no regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Lei de Crimes Ambientais.

À vista disso, esbarra na garantia fundamental da personalidade ou intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CRFB c/c art. 5º, item 3 do Pacto de San José da Costa Rica), sucumbindo, portanto, ao exame de constitucionalidade/convencionalidade, a hipótese desconsiderativa da personalidade jurídica, prevista no art. 14 da Lei nº 12.846/13, para estender a imposição de penalidades as pessoas físicas dos administradores e/ou sócios administradores. Essa hipótese somente poderia ser admitida para fins de extensão a tais pessoas da obrigação de reparação de danos e, no máximo, para extensão do perdimento de bens, isso se ignorado o efeito paralisante da proibição supralegal do Pacto de San José da Costa Rica.

Ainda assim, mesmo se vencido esse empecilho constitucional, sua hipotética aplicação deve vir rente ao mínimo de coerência e conformidade à ordem constitucional, cabendo assentar as seguintes premissas básicas: (1) a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei nº 12.846/13 exigirá que o administrador ou sócio-administrador na mira da desconsideração pretendida tenha efetivamente colaborado e/ou concorrido para a consumação do ato lesivo objeto da sanção que se lhe busca estender, evitando-se, assim, a responsabilidade por fato de outrem, inconstitucional por decorrência do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CRFB); (2) além dessa participação causal, deve-se apurar se ela se deu na modalidade culposa ou dolosa, afastando-se, assim, a responsabilidade objetiva de tais pessoas físicas ao arripio do sistema jurídico constitucional brasileiro, o que aconteceria, ainda que de maneira oblíqua, se não fosse verificado o elemento subjetivo do agente; e, (3) a desconsideração de pessoas jurídica somente poderá ser levada a efeito contra seu(s) sócio(s)-administrador(es) e/ou administrador(es), proscriba a medida contra pessoas físicas que não ostentem tal qualidade, por força do princípio da estrita legalidade.

Indispensável, pois, o respeito aos direitos e garantias fundamentais daqueles alcançados pela aplicação da Lei nº 12.846/13. Afinal, o combate à corrupção jamais poderá ser adequado e validamente cumprido se à margem da ordem constitucional. Mais ainda, se essa verdadeira “cruzada” tem o potencial de comprometer, a um só tempo, o emprego de milhares de brasileiros e combalir ferozmente setores inteiros da economia nacional.



REFERÊNCIAS

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los confines de las sanciones: en busca de La frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, v. 195, Madrid (Espanha), p. 135-167, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil De 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
- BRASIL. Casa Civil. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
- BRASIL. Casa Civil. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
- BRASIL. Casa Civil. *Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
- BRASIL. Casa Civil. *Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

- BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343*. Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008.
- BARROSO. Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARA-GÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. *Desconsideração da personalidade jurídica*. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2006.
- CEREZO MIR, José. Limites entre el derecho penal y el derecho administrativo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 28, p. 159-175, 1975.
- CORRÊA, Mariana Rocha. *A eficácia da desconsideração expansiva da personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro*. Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MarianaRochaCorrea.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como*

- medida política sancionadora integrada (tese de livre-docência). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), 2013.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- FARALDO CABANA, Patricia. Se adecua el derecho penal español al convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros em las transacciones comerciales internacionales? *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, ano LXV, n. 2148, Madrid, p. 1-20, 2012.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, 2005.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de*

- direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 20. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18167/Diagn%C3%B3stico%20institucional%20%20reduzido.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 19 out. 2018.
- MORAES, Flávia Albertin de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, 2009.
- NIETO, Alejandro. Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Passos recientes del proceso sustantivizador del derecho administrativo sancionador. *Cuadernos de Derecho Local*, n. 14, Madrid, p. 7-13, 2007.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 5, p. 79-112, 2010.
- RAMINA, Larissa. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

- Comerciais Internacionais da O.C.D.E. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional (impresso)*, v. 11, Belo Horizonte, p. 186-198, 2003.
- RAMÍREZ TORRADO, Maria Lourdes. La sanción administrativa y su diferencia com otras medidas que imponen cargas a los administrados em el contexto español. *Revista de Derecho*, n. 27, Barranquilla (Colombia), p. 274-275, 2007.
- REBOLLO PUIG, Manuel. El contenido de las sanciones. *Revista Justicia Administrativa*, n. extra 1, Lex Nova: Madrid (España), p. 151-206, 2000.
- RELOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. BUENO ARMIJO, Antonio. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Revista Estudos Socio-Jurídicos*, v. 7, n. 1, Bogotá (Colombia), p. 23-74, 2005.
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.
- SUAY RINCON, José. La potestade sancionadora de la Administración y sus exigências actuales: un estudio preliminar. *Revista Documentación Administrativa*, n. 280-281, Madrid, p. 43-64, 2008.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2003.