
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 39	p. 1-256	jan./mar. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

O princípio da pessoalidade da pena, a incorporação societária e o Direito Administrativo Sancionador

José Luciano Jost de Moraes

Advogado. Especialista em Direito Empresarial pelo IEC (Instituto de Educação Continuada), programa vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Público pelo IDP (Instituto de Direito Público), Brasília-DF. Procurador do Banco Central do Brasil.

Resumo: O presente artigo analisa as particularidades que envolvem a aplicação da sanção pecuniária quando a pessoa jurídica apontada como responsável pela conduta infracional vem a ser incorporada por outra sociedade. Nesse contexto, o trabalho examina se o princípio da pessoalidade da pena e o art. 107, I, do Código Penal inviabilizariam o processo administrativo punitivo contra a incorporadora. Com tal propósito, investigam-se as bases históricas do princípio em questão, bem como a sua relação com as pessoas jurídicas e, ainda, os seus reflexos sobre a incorporação societária e sobre a pena de multa.

Palavras-chave: Princípio da pessoalidade da pena. Incorporação societária. Direito administrativo punitivo. Sanção pecuniária.

Sumário: 1 Introdução - 2 O princípio da pessoalidade da pena - 3 A utilização analógica do art. 107, I, do Código Penal - 4 Conclusão - Referências

1 Introdução

O Direito Administrativo Sancionador representa importante segmento do ordenamento jurídico, na medida em que orienta o exercício do poder punitivo do Estado e a relação deste com o particular no âmbito do processo administrativo. A disciplina, todavia, não desfruta de uma legislação específica, razão pela qual a doutrina se vale de princípios e regras penais como fontes norteadoras para a solução de casos concretos.

Entretanto, tal afirmação não significa admitir que a transposição de institutos penais para o Direito Administrativo Punitivo possa ser feita de modo automático, como se estivesse diante de um mesmo ramo do direito. Ao revés, tal operação demanda a análise da situação fática para que se precise, no preceito a ser transportado, a intensidade e o limite da sua incidência. Aliás, é corrente na literatura jurídica a ideia da inexistência de um único direito punitivo, haja vista que o Direito Penal e o Administrativo Sancionador reagem de maneira própria à influência dos princípios constitucionais que os orientam.

Confira-se, por oportuno, o escólio de Fábio Medina Osório:¹

É possível, sem dúvida, falar-se em um direito constitucional limitador do *ius puniendi* do Estado. Nesse sentido, o direito constitucional limita, a um só tempo, qualquer exercício de pretensão punitiva, inclusive as sanções privadas, alcançando, portanto, a pretensão punitiva dos particulares.

Por essa ampla perspectiva não é razoável, todavia, por mais paradoxal que pareça, tratar de um unitário *ius puniendi* estatal, dado que os princípios constitucionais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo, revelam-se distintos, ainda que nominalmente idênticos. De fato, há que se reconhecer que esses supostos princípios gerais do direito público estatal punitivo — que na verdade seriam melhor denominados “princípios constitucionais” —, quando concretizados, resultam diferenciados, distintos, com contornos próprios e específicos, ainda que subsista uma origem comum, que é, singelamente, a Constituição.

Percebe-se, por consequência, que tanto o Direito Administrativo Sancionador quanto o Penal sofrem o influxo de princípios constitucionais maiores que limitam o poder punitivo estatal. Desta forma, não se pode falar em subserviência do Direito Administrativo Sancionador ao Direito Penal ou que aquele deva ser conduzido por este, mas sim adotar o entendimento de que eles se posicionam lado a lado, possuindo igual hierarquia.

Inspirado nessas considerações, cumpre analisar, à luz do princípio da personalidade da pena, a especificidade da aplicação da sanção pecuniária no âmbito administrativo punitivo, quando a sociedade acusada é incorporada por outra pessoa jurídica.

Isso porque a incorporação de sociedade anônima possui sua regulamentação traçada pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, cujo art. 227, §3º prescreve que tal operação acarretará a extinção da sociedade incorporada, comando presente também no art. 219, II, do mesmo diploma. Por outro lado, o art. 5º, XLV, da Constituição Federal positiva o princípio da personalidade da pena (princípio também conhecido como da intranscendência ou da incontagiabilidade), por meio do qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Supletivamente, o art. 107, I, do Código Penal determina que a morte do agente extingue a punibilidade.

Nesse contexto, surge o questionamento quanto à legitimidade do Estado exercer o *ius puniendi* no campo do Direito Administrativo Sancionador, nos casos em que a pessoa jurídica apontada como autora da conduta infracional vem a ser incorporada por outra sociedade, sob o argumento de estar-se violando o princípio da personalidade da pena.²

¹ OSÓRIO. Direito administrativo sancionador, p. 114.

² Informe-se, por oportuno, que este estudo não examinará o teor dos arts. 227, caput, da Lei nº 6.404, de 1976, e 1.116 do Código Civil, por entender que tais dispositivos referem-se às obrigações civis, classificação na qual não se enquadra a multa administrativa decorrente do exercício do poder punitivo estatal.

2 O princípio da personalidade da pena

a) Considerações gerais

Dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

O conteúdo do dispositivo é intuitivo: busca garantir que a pena não passe da pessoa do condenado, evitando, assim, que, uma vez imposta ao réu ou, na impossibilidade de cominá-la ao infrator, seja ela transmitida ou suportada por terceiros. O inciso concretiza o princípio da personalidade ou da intranscendência da pena de tradição histórica no nosso ordenamento jurídico, eis que aqui se faz presente desde a Constituição do Império de 1824, no art. 179, inciso XX. Sobre o tema, calha trazer à baila o magistério de José Cretella Júnior:³

A pena é pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinqüente. Mors omnia solvit. A morte rompe todos os vínculos. Na época do Brasil Colônia, a pena transmitia-se aos parentes do réu, como aconteceu com Tiradentes, condenado à morte e à pena de infâmia, incidindo esta sobre os descendentes até a quarta geração. Proclamada a Independência, a Carta Política do Império do Brasil de 1824, art. 179, 20, firmou a regra da intransmissibilidade ou não-ultrapassagem da pena, pela qual a sanção se fixa na pessoa do delinqüente e a nota de infâmia do réu não se transmite aos parentes em qualquer grau que seja, cabendo à lei a regulamentação da individuação (e não individualização) da pena. Julgado e condenado, toda e qualquer sanção moral, patrimonial ou privativa de liberdade aplicada ao condenado é pontual, "individuando-se", particularizando-se, petrificando-se, limitando-se ao acusado. Morto este, a pena desaparece. A morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-condenador e o morto-réu. A família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu.

A citação colacionada enuncia de forma clara a origem do princípio, evidenciando a intrínseca relação entre ele e a pessoa física. Com efeito, o texto de Cretella remete-nos à época do Brasil Colônia, em que a pena de infâmia imposta a Tiradentes se estendia aos seus descendentes, fato que potencializou a constitucionalização do princípio. Nessa esteira, é interessante destacar a doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, que, de forma objetiva, analisam a aplicação do princípio em referência no contexto atual:⁴

³ CRETELLA JÚNIOR. Comentários à Constituição de 1988, p. 497.

⁴ BASTOS; MARTINS. Comentários à Constituição do Brasil, p. 251.

O conteúdo, pois, da personalização da pena, ou, se também quisermos, princípio da pessoalidade, tem o seguinte teor: em primeiro lugar, a proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros; em segundo lugar, como corolário, de resto, da vedação anterior, a extinção da pena e do procedimento criminal com a morte do agente.

Por outro lado, é cediço que os direitos e garantias fundamentais têm seu campo de aplicação expandido para alcançar também as pessoas jurídicas,⁵ desde que haja a adequação dos princípios fundamentais à realidade desses entes. A este respeito, lecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*:⁶

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. (...) Garantias, porém, que dizem respeito à prisão (e.g., art. 5º, LXI) têm as pessoas físicas como destinatárias exclusivas.

Verifica-se, assim, que a pessoa jurídica não é destinatária de todos os direitos fundamentais, mas somente daqueles cuja violação venha a prejudicar a execução da sua finalidade institucional. Ou seja, sobressairá claro o direito à invocação da proteção constitucional sempre que ele se conectar com o exercício da atividade econômica da pessoa jurídica,⁷ o que sobreleva a importância do seu objeto social para fins de averiguação do direito fundamental cabível.

Ainda sobre o tema, é válido mencionar a orientação de Cezar Roberto Bitencourt, que, ao abordar a possibilidade de pessoas jurídicas praticarem crimes, alude à doutrina referente a um novo direito situado entre o Penal e o Administrativo, cujas garantias aplicadas a tais pessoas devem ser mais brandas do que aquelas do Direito Criminal. Confira-se:⁸

Sem endossar a nova doutrina do Direito Penal funcional, mas reconhecendo a necessidade de um combate mais eficaz em relação à criminalidade moderna, Hassmer sugere a criação de um novo Direito, ao qual denomina

⁵ “Alexandre de Moraes, ao tratar dos destinatários da proteção dos direitos fundamentais, assevera que as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois se reconhece as associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enumerados e garantidos pela Constituição são de pessoas físicas e jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais” (BRANCO. A pessoa jurídica no processo penal, p. 186).

⁶ MENDES; COELHO; BRANCO. Curso de direito constitucional, p. 271.

⁷ Exemplo de incompatibilidade entre o direito fundamental e uma pessoa jurídica é apresentado por Fernando Castelo Branco, que, ao citar Ferrer Riba, frisa que uma associação sindical não poderia ser titular do direito à liberdade religiosa. *Op. cit.*, p. 187.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito sancionador sistema financeiro nacional. Coordenação: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 114.

Direito de Intervenção, que seria um meio-termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional.

Da narração exposta, tem-se que o estudo do princípio da personalidade da pena possui a sua construção historicamente voltada para o ser humano, tendo a doutrina e a jurisprudência traçado suas lições influenciadas por tal concepção.

Portanto, as conclusões desse estudo não devem ser generosamente aplicadas às pessoas jurídicas, mormente quando se observa que o regime jurídico dos direitos fundamentais relacionados a esses entes consubstancia um tema cuja compreensão ainda não se mostra tão bem definida como o estudo da relação do ser humano e seus direitos fundamentais.

b) O princípio da personalidade da pena e as pessoas jurídicas

O princípio da personalidade da pena, cujo campo de incidência é facilmente assimilado no Direito Penal aplicado às pessoas naturais, encontra certa dificuldade de compreensão quando é transportado para a seara das pessoas jurídicas. Isso porque o dispositivo constitucional em questão tem por finalidade, ainda que não exclusiva, apenar a conduta do autor, praticada a título de dolo ou culpa, afastando, portanto, a responsabilização objetiva. Nesse sentido, assevera a doutrina ser “certo, por outro lado, que do disposto no art. 5º, XLV, da Constituição decorre também que a responsabilidade penal de que se cuida é responsabilidade subjetiva ou responsabilidade que se assenta na culpa.”⁹

Ou seja, o princípio da incontagiabilidade da pena visa a assegurar que somente aquele que cometeu a conduta culpável seja responsabilizado.¹⁰ “Disso decorre ser a culpabilidade inerente ao princípio da personalidade da pena, não devendo ninguém se sujeitar à imposição de uma sanção sem que para o ilícito tenha concorrido com dolo ou culpa”,¹¹ o que pressupõe a existência de vontade e consciência da ilicitude da conduta, eis que, “sem esses dois elementos — consciência e vontade —, exclusivos da pessoa natural, é impossível falar, tecnicamente, em ação, que é o primeiro elemento

⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 601.

¹⁰ Rogério Greco, ao dissertar sobre o sentido da culpabilidade como princípio proibitivo da responsabilidade penal objetiva, firma orientação de grande utilidade para o estudo em questão: “Culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, da responsabilidade penal sem culpa — Na precisa lição de Nilo Batista, o princípio da culpabilidade ‘impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico.’ Isso significa que para que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva” (GRECO. Curso de direito penal, parte geral, p. 100).

¹¹ MARINS; SANTOS. Responsabilidade tributária, p. 113.

estrutural do crime. A menos que se pretenda destruir o Direito Penal e partir, assumidamente, para a responsabilização objetiva.”¹²

Logo, a despeito de considerações sobre a possibilidade de pessoas jurídicas praticarem ou não conduta criminosa,¹³ percebe-se, no Direito Criminal, que a culpabilidade desses entes não é similar à das pessoas físicas, tal como ensina Gianpaolo Smanio, para quem “o Direito Penal tradicional traz conceitos dogmáticos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica. As noções de conduta e de culpabilidade são formuladas de acordo com a pessoa humana, sendo impróprias para as pessoas jurídicas. O Direito Penal clássico é feito com a visão individualista, herdada do Iluminismo, como uma limitação ao poder do Estado.”¹⁴

A conclusão se aplica ao Direito Administrativo Sancionador, eis que, também nesta seara, a culpabilidade do ser humano não se equipara à culpabilidade das pessoas jurídicas. Com efeito, Fábio Medina Osório, após consignar ser necessária a avaliação da culpabilidade da pessoa física no domínio administrativo punitivo, é expresso em afirmar que a culpabilidade não é uma exigência que alcança o ente coletivo:

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas.¹⁵

(...)

O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade.¹⁶

Nessa esteira, o mesmo autor sustenta que a responsabilidade das pessoas jurídicas se mostra incompatível com “a culpabilidade, personalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção”. Confira-se:¹⁷

A pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo direito, não possui, naturalmente, vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance

¹² BITENCOURT, op. cit., p. 109.

¹³ Anote-se que expressiva parcela da doutrina penal, tal como Cezar Roberto Bitencourt, nega a possibilidade das pessoas coletivas serem autoras de crime. É dele a seguinte lição: “No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual. Nesse sentido manifesta-se René Ariel Dotti, afirmando que no sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente ao seres humanos. A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Crime, é produto essencialmente do homem. A doutrina, quase à unanimidade, repudia a hipótese de a conduta ser atribuída à pessoa jurídica” (BITENCOURT, op. cit., p. 117).

¹⁴ SMANIO. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>.

¹⁵ OSÓRIO, op. cit., p. 346.

¹⁶ OSÓRIO, op. cit., p. 349.

¹⁷ OSÓRIO, op. cit., p. 343.

da culpabilidade, personalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção. Tais princípios resultam ligados a uma específica capacidade humana de obrar, tendo por pressupostos atributos exclusivamente humanos. Somente o homem pode evitar comportamentos proibidos através da consciência e da vontade. As pessoas jurídicas, por seu caráter fictício, atuam sob o domínio dos homens, em geral de uma pluralidade de vontades, sendo que, em si mesmas, não estão dotadas desses atributos humanos. Tão óbvia essa afirmação que, em realidade, dispensa maiores comentários.

Por outro lado, a culpabilidade do Direito Administrativo Sancionador também não se equipara à culpabilidade do Direito Penal, que se vale de garantias mais rigorosas que o Direito Administrativo e, ao contrário deste, adota como regra a punição de condutas dolosas e só excepcionalmente admite a modalidade culposa. Assim, assiste razão a Fábio Medina Osório quando afirma que:¹⁸

Lembre-se de que a culpa tem especial importância no Direito Administrativo Sancionador, porque é possível uma ampla utilização das figuras culposas. O ilícito culposos tem larga utilização prática.

Não vigora o princípio da excepcionalidade do ilícito culposos. Depende de uma deliberação legislativa ou da própria redação do tipo sancionador a constatação se há, ou não, a exigência de uma subjetividade dolosa ou culposa. O silêncio legislativo há de ser interpretado em seu devido contexto, podendo haver, inclusive, uma admissão implícita de uma modalidade culposa de ilícito. (...)

O recurso à idéia de culpa é bastante comum no Direito Administrativo Sancionador e resulta conectado à vigência de importantes princípios constitucionais, como a moralidade e a eficácia administrativas.

No mesmo sentido caminha a doutrina de Marcelo Madureira Prates:¹⁹

Para a Administração, a repercussão de um descumprimento doloso é próxima, se não igual, àquela que se observa em face de um ilícito culposos, pois o que importa em primeiro lugar é o dano causado de forma injustificável à ordem administrativa, à organização pretendida em determinado setor administrativo para equilibrar os diversos interesses em causa, independentemente da vontade manifestada pelo infrator, que, nesse sentido, acaba por ser indiferente. Tudo isso ocorre basicamente porque falta à ação administrativamente ilícita a mesma ressonância ético-social que permeia a conduta criminosa, ressonância essa a impor com maior instância que se determine se o odioso resultado criminal foi ou não conscientemente querido pelo agente infrator.

Desta feita, a culpabilidade no terreno administrativo sancionador revela-se bastante distinta da culpabilidade do Direito Criminal, até porque vislumbram-se na legislação administrativa hipóteses em que a aplicação de sanção independe da comprovação da culpa do infrator, a exemplo do art. 20, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, circunstância que evidencia a

¹⁸ OSÓRIO, op. cit., p. 333, 335.

¹⁹ PRATES. Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia, p. 90.

especificidade do ilícito administrativo frente ao ilícito penal, que não tolera a imposição de pena com esteio na responsabilidade objetiva.

Nesse passo, convém proceder à leitura do texto abaixo, em que Marcelo Madureira Prates elucida as peculiaridades dos ilícitos penal e administrativo:²⁰

O certo é que, como já deixamos delineado, a censura do ilícito no domínio administrativo sancionador decorre basicamente da nocividade, muitas vezes presumida pelo próprio legislador, da infração sobre a ordem e os interesses público administrativos, enquanto no direito penal o ilícito é avaliado não apenas pela intensidade do resultado provocado, mas também, e principalmente, pela vontade consciente e livre manifestada pelo infrator, por ele ter, consciente e livremente, agido como agiu.

Essas considerações inibem, por conseguinte, o acolhimento integral das conclusões da culpabilidade penal pelo Direito Administrativo Sancionador, fato que influencia, por óbvio, o exame do princípio da pessoalidade da pena, que visa, dentre a outros propósitos, avaliar o elemento subjetivo do infrator para fins de verificação do ilícito. Observe-se, por pertinente, a lição de Fábio Medina Osório sobre o assunto:²¹

Não basta, portanto, transferir do direito penal diretamente ao Direito Administrativo todas as discussões e significações da culpabilidade, embora tal técnica se apresente aparentemente confortável do ponto de vista teórico. Não cabe essa transposição, pura e simples, de lições doutrinárias e jurisprudenciais, comumente utilizadas no Direito Penal, ao terreno do Direito Administrativo Sancionatório.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o exame da culpabilidade do ente coletivo na seara administrativa sancionadora não partilha das mesmas conclusões que a culpabilidade da pessoa física do Direito Penal, aspecto que repercute no estudo do princípio da pessoalidade da pena, haja vista a intrínseca relação que tais institutos travam.

Desta forma, o art. 5º, XLV, da Constituição Federal demandará interpretação própria, com intensidade diferenciada, quando a relação envolver pessoas jurídicas sancionadas pelo Direito Administrativo, porquanto a natureza desse vínculo impede que sobre ele incidam as construções jurídicas do Direito Penal aplicadas à pessoa humana, cujas características justificam um maior rigor no emprego das garantias constitucionais.²²

²⁰ PRATES, op. cit., p. 94.

²¹ OSÓRIO, op. cit., p. 318.

²² Lembre-se, ainda, que nem todos os direitos, inclusive, os fundamentais, são absolutos ou indisponíveis, sobretudo quando encontram como destinatários as pessoas jurídicas. Ao dissertar sobre o tema, a doutrina bem evidencia a diferença de tratamento que os direitos e garantias fundamentais dispensam às pessoas físicas e às pessoas jurídicas, in verbis: "Apenas os [direitos fundamentais] que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica (...)" (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 243).

c) O princípio da pessoalidade da pena e as multas

Por fim, não se pode olvidar que a multa, haja vista seu caráter pecuniário, recai não sobre a pessoa do agente, a exemplo das penas privativas de liberdade ou restritivas de direito, mas sim sobre o seu patrimônio. Trata-se, portanto, de pena real, o que atraiu a crítica da doutrina quanto a sua compatibilidade com o princípio da pessoalidade da sanção. Rogério Greco, ao citar Ferrajoli, trata da questão:²³

Ferrajoli, com a precisão que lhe é peculiar, aduz que “a pena pecuniária é uma pena aberrante, sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar.”

Na mesma linha, Fábio Medina Osório destaca, com apoio na doutrina de Luiz Luisi, os problemas existentes no âmbito das garantias do art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição Federal, quando em pauta as penas pecuniárias:²⁴

A pessoalidade da pena é, insisto, não raro, quebrada ou pelo menos burlada com a chamada sanção pecuniária, porque a natureza dessa sanção permite que outrem a cumpra no lugar do réu. Trata-se de um dos maiores paradoxos da “multa”, que a posiciona de forma bastante diversa das demais sanções, sejam as privativas de liberdade, sejam as privativas ou restritivas de direitos. Há quem diga que a multa sequer seria uma sanção, conforme o faz Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 3. ed., 1998, Madrid, Trotta, p. 418, ao apontar a intrínseca desproporcionalidade, ademais, dessas sanções que ficam sempre abaixo do mínimo que se espera em termos de gravidade da resposta estatal ao ilícito. Nesse ponto, o autor pondera que a multa se assemelha mais a uma “taxa” do que a uma pena. (...) É compreensível que apenas a multa não possa esgotar uma sanção penal ou mesmo uma sanção a ato de improbidade administrativa, por regra, dadas as dificuldades na pessoalização da sanção e, ainda, na produção de prevenção especial no agente, notadamente quando se trate de agentes ricos e poderosos. Ficaria a impressão que o agente pode “comprar” do Estado o direito de cometer fatos ilícitos, o que revelaria distorção intolerável.

Contudo, não se está a afirmar que a sanção pecuniária é uma pena inconstitucional, mas somente que o princípio da pessoalidade da pena não deve ser empregado com o mesmo rigor que é aplicado para as penas classificadas como pessoais. Essa ideia é fortalecida quando se atenta, na linha traçada pela literatura exposta, que a multa, ante o seu caráter real, exhibe traços de impessoalidade, seja pela sua incidência não sobre o corpo do infrator, mas sim sobre o seu patrimônio, seja pela possibilidade, ainda que indesejada, de ser cumprida por pessoa que não o agente da infração.

²³ GRECO, op. cit., p. 90.

²⁴ OSÓRIO, op. cit., p. 321.

Tem-se, em suma, que a natureza impessoal da multa administrativa conjugada ao fato de que a infratora é uma pessoa jurídica evoca a conclusão de que o princípio da pessoalidade da pena, quando presentes tais características, reveste-se de uma roupagem própria, circunstância que afasta qualquer interpretação que lhe busque equiparar a situações díspares.

d) Conclusão

O princípio da intranscendência da pena apresenta contornos específicos quando se tratar de ato infracional, apenado com multa e praticado por pessoa jurídica no domínio administrativo sancionador. Em tais casos, mostra-se razoável limitar, abrandar o princípio em questão, para afastar a clássica exegese do Direito Penal aplicado às pessoas humanas.

De fato, o hermeneuta, ao interpretar não só o princípio em tela, como também os demais direitos fundamentais, quando atinentes às pessoas jurídicas, deve observar que sua aplicação não se dá de forma mecânica, tal como ocorre com as pessoas naturais, mas requer a análise do caso concreto, eis que somente incidirão quando se mostrarem pertinentes com a realidade desses entes — cautela, aliás, que demanda especial atenção quando sob exame o princípio da pessoalidade da pena, que visa a garantir que a punição apenas se dê com esteio na culpabilidade, conceito que se revela nebuloso para as pessoas jurídicas.

Logo, a natureza impessoal da multa e o fato de que as conclusões da teoria da culpabilidade da pessoa física do Direito Penal não se amoldam em sua inteireza ao Direito Administrativo Sancionador aplicado às pessoas jurídicas demonstram toda a peculiar sistemática em que se assenta a interpretação do art. 5º, XLV, da Constituição Federal, quando a relação disser respeito a aplicação de sanção pecuniária administrativa aos entes coletivos, circunstância que afasta a interpretação correntemente adotada ao princípio quando em pauta as pessoas naturais.

3 A utilização analógica do art. 107, I, do Código Penal

Cumpre, nesta oportunidade, destacar as peculiaridades da pessoa física e da pessoa jurídica, com o objetivo de se avaliar a possibilidade de aplicação analógica do art. 107, I, do Código Penal. Neste passo, é pertinente comentar a doutrina de Francisco Amaral, que, ao dissertar sobre as teorias da pessoa jurídica,²⁵ destaca a existência de dois grandes grupos, o

²⁵ É importante mencionar que a teoria aplicável às pessoas jurídicas não é ponto pacífico na doutrina. Contudo, mesmo que se adote a teoria realista, na linha de Francisco Amaral, ainda assim ter-se-á as pessoas jurídicas como produto do direito.

da ficção e o da realidade, ressaltando que o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria da realidade técnica.²⁶ Confira-se:²⁷

Para tal concepção a pessoa jurídica resulta de um processo técnico, a personificação, pelo qual a ordem jurídica atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. As pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica. Sendo a personalidade, no caso, um produto da técnica jurídica, sua essência não consiste no ser em si, mas em uma forma jurídica, pelo que se considera tal concepção como formalista. A forma jurídica não é, todavia, um processo técnico, mas a “tradução jurídica de um fenômeno empírico”, sendo a função do direito apenas a de reconhecer algo já existente no meio social. (...)

O direito brasileiro adota a teoria da realidade técnica na disciplina legal da matéria, como se depreende do art. 45 do Código Civil.

A citação acima evidencia a conclusão de que o ente coletivo é um produto do direito que somente adquire personalidade jurídica “com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos” (art. 985, do Código Civil), procedimento que tem por escopo atender aos interesses do homem.²⁸ Já no que tange às pessoas físicas não se observa tal construção,²⁹ como bem anota Francisco Amaral:³⁰

Conclui-se, portanto, que o direito permite a formação de centros unitários de direitos e deveres que, à semelhança das pessoas naturais, são dotados de personalidade jurídica para servir aos interesses dos seres humanos. Com uma diferença porém. Nas pessoas físicas, a sua personalidade jurídica é autônoma e original, no sentido de que é inerente ao ser humano como atributo de sua dignidade pessoal, enquanto nas pessoas jurídicas, ou coletivas, ela é meramente instrumental e derivada ou adquirida, meio de realização de infinita variedade dos interesses sociais.

Dessa forma, assim como a existência da pessoa jurídica decorre da lei, também as hipóteses de sua extinção são por ela previstas,³¹ sendo

²⁶ No mesmo sentido é a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Parece-nos que a teoria da realidade técnica é a que melhor explica o tratamento dispensado à pessoa jurídica por nosso direito positivo” (Novo curso de direito civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186).

²⁷ AMARAL. Direito civil introdução, p. 283.

²⁸ Sobre o ponto, é esclarecedor o pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Confira-se: “O Estado, as associações, as sociedades, existem como grupos constituídos para a realização de determinados fins. A personificação desses grupos, todavia, é construção da técnica jurídica, admitindo que tenham capacidade jurídica própria. (...) Ora, da análise desses dois dispositivos [18 do Código Civil de 1916 e 45 do Código Civil de 2002], nota-se que a personificação da pessoa jurídica é, de fato, construção da técnica jurídica, podendo, inclusive, operar-se a suspensão legal dos seus efeitos, por meio da desconsideração, em situações excepcionais admitidas por lei” (Op. cit., p. 186).

²⁹ José Afonso da Silva, ao dissertar sobre a dificuldade da conceituação do termo vida, termina por defini-la da seguinte forma: “Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte” (SILVA. Curso de direito constitucional positivo, p. 198).

³⁰ AMARAL, op. cit., p. 277.

³¹ Ver, por exemplo, os arts. 1.118 e 1.119 do Código Civil, e o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976.

que a morte da pessoa natural, ao revés, não é produto do ordenamento jurídico, mas sim da realidade biológica a que se submetem os seres humanos.³² “A extinção da pessoa jurídica decorre da vontade dos associados ou das causas previstas em lei ou no estatuto.”³³

Daí porque não parece razoável a aplicação analógica do art. 107, I, do Código Penal, com as consequências que dele decorrem, aos casos de multa aplicada à sociedade que é incorporada, sobretudo quando se atenta a que este fenômeno resulta de processo voluntário que se formaliza por meio de pacto contratual. “A incorporação, reunindo interesses e responsabilidades, exige simplesmente novo contrato, modificativo do primordial, e aumenta, em regra, o capital social e agremia novos sócios.”³⁴

Há, portanto, ao contrário do que ocorre na sucessão universal decorrente da morte biológica da pessoa física, uma sucessão universal voluntária por ato entre vivos entre incorporador e incorporadora, cujos termos se formalizam por meio de contrato,³⁵ o que a difere da sucessão causa mortis, resultante do falecimento da pessoa física. Esse é o entendimento de Waldirio Bulgarelli, segundo o qual “também fica claro que a transmissão ocorre ‘inter vivos’, pois a extinção é efeito da transmissão do patrimônio e não sua causa.”³⁶

Ainda na mesma linha, esse autor aponta como característica da incorporação “a passagem dos patrimônios das sociedades fusionadas, formando um patrimônio único; ocorrendo uma sucessão ‘intervivos’ com novação subjetiva dos devedores.”³⁷ Neste contexto, revela-se oportuna a transcrição do seguinte excerto da lavra de Waldirio Bulgarelli que, ao dissertar sobre a sucessão causa mortis e inter vivos, conclui pela inviabilidade da utilização da analogia entre elas:³⁸

É verdade que nos dois casos há transmissão de um patrimônio a título universal, mas a analogia cessa aí. O primeiro ocorre por morte do “de cujus”, cuja transmissão dos bens aos herdeiros efetua-se conforme a lei, em princípio, sem contra-partida do herdeiro, que é sempre livre de renunciar à sucessão. O segundo tem sua causa no contrato de

³² Interessante colacionar a notícia publicada no informativo nº 497, de 12 de março de 2008, do Supremo Tribunal Federal, acerca da ADI nº 3.510, em que os Ministros Ellen Gracie e Carlos Britto bem caracterizam as pessoas físicas e os direitos fundamentais que elas titularizam: “Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b), ‘livre exercício dos direitos... individuais’ (art. 85, III) e ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, §4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa.”

³³ AMARAL, op. cit., p. 299.

³⁴ MENDONÇA. Tratado de direito comercial brasileiro, t. II, v. II, p. 81.

³⁵ “Comprovando-se que as decisões das assembléias gerais e da administração, são meios para o fim visado, que é a realização da incorporação, portanto, atos preparatórios com uma função instrumental, assim como os demais atos são exigências de procedimento, que a lei impõe, para, formalizando o negócio, torná-lo apto a produzir efeitos internos (acionistas) e externos (credores e terceiros) — aliás dentro da tendência moderna de se regular minudentemente os tipos societários, principalmente as sociedades anônimas — tem-se clara a natureza contratual do instituto” (BULGARELLI. Fusões, incorporações e cisões de sociedades, p. 43).

³⁶ BULGARELLI, op. cit., p. 45.

³⁷ BULGARELLI, op. cit., p. 52.

³⁸ BULGARELLI, op. cit., p. 111.

fusão, que requer um duplo consentimento e regula as condições de transmissão do patrimônio para a pessoa jurídica da incorporante, a qual não pode renunciar a ela, sob o pretexto de que o passivo da incorporada seria muito elevado.

Também, a sociedade incorporada não morre na fusão, ela perde simplesmente sua personalidade jurídica em relação a terceiros, mas conserva-a nas suas relações com a sociedade incorporante, na medida dos direitos que lhe são próprios (...).

Por outro lado, a morte da pessoa natural extingue a punibilidade, pois o prosseguimento da persecução penal ou se revelaria inútil ou afrontaria diretamente o art. 5º, XLV, da Constituição Federal, porquanto exigiria, necessariamente, a responsabilização de pessoa física diversa da autora da conduta típica.³⁹ Contudo, com a incorporação societária, embora ocorra a extinção da incorporada, há a “inserção da incorporada na incorporante”,⁴⁰ com a transmissão não só do patrimônio, mas também da atividade econômica, que se prolonga na sociedade incorporadora.

Tal fato permite falar, como aduz Cheminade, que “a empresa continua na sociedade incorporante, como fenômeno que é da concentração empresarial”.⁴¹ Esse prosseguimento da atividade econômica na pessoa da sucessora evidencia a extinção apenas formal da sociedade e demonstra inexistir o rompimento do vínculo social, consoante ensina Pontes de Miranda:⁴²

Quer na transformação, quer na incorporação, quer na fusão, tal como as concebe o direito brasileiro, como tipos (sem que isso afaste outras manifestações da vontade diferentes), há a persistência do vínculo social. A finalidade da lei foi regular tais operações, sem solução de continuidade que abrisse abismo entre o ontem e o hoje. Na primeira espécie, só muda a forma, o tipo social; na segunda, há continuidade de forma e de vínculo social para uma das sociedades, vínculo social que cresceu, e a extinção de outra ou de outras sociedades, em virtude da absorção dessa, ou dessas; na terceira, os vínculos sociais se fazem em vínculo social único, que se insere na sociedade nova.

Com efeito, a incorporação não visa à extinção (ou a morte) da sociedade incorporada, muito pelo contrário, busca-se por meio de tal procedimento estabelecer maior poder patrimonial, proporcionar ganho de escala para a conquista de novos mercados, fortalecer a produção e potencializar a atividade econômica outrora exercida pela sociedade extinta, em evidente união de esforços.

³⁹ Alexandre de Moraes esclarece: “A Constituição Federal consagrou a incontagiabilidade da pena, proclamando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Dessa forma, garante-se tanto a proibição de transmissão da pena para familiares, parentes ou amigos ou terceiros em geral, quando exige-se que a lei infraconstitucional preveja a extinção da punibilidade em caso de morte do agente, uma vez que não haveria sentido na continuidade, por parte do Estado, na persecução penal, pela total impossibilidade de aplicação das sanções” (MORAES. Constituição do Brasil interpretada, p. 275).

⁴⁰ BULGARELLI, op. cit., p. 113.

⁴¹ BULGARELLI, op. cit., p. 103.

⁴² MIRANDA. Tratado de direito privado, t. LI, p. 65.

Neste contexto, é de grande valia mencionar a decisão oriunda do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal,⁴³ que ao analisar questão análoga a que aqui é apreciada, externou entendimento perfeitamente aplicável à hipótese em tela. No caso lusitano, teve-se por examinado o art. 30º da Constituição portuguesa,⁴⁴ combinado com o art. 112º, a e b, do Código de Sociedades Comerciais,⁴⁵ bem como os arts. 127º e 128º, nº 1, do Código Penal.⁴⁶ Tais dispositivos se identificam, respectivamente, com os arts. 5º, XLV, da Constituição Federal, 227 da Lei nº 6.404, de 1976, e 107, I, do Código Penal brasileiro. Submeteu-se, assim, à Corte Constitucional portuguesa, pedido para que fosse fixada a jurisprudência no sentido de que “cometido um ilícito contra-ordenacional por uma sociedade que vem a ser incorporada numa outra, por fusão, transmitem-se para a sociedade incorporante todas as responsabilidades da sociedade incorporada, incluindo a decorrente daquela ilicitude”.

Na hipótese, o julgado da instância inferior decidiu que “no âmbito contra-ordenacional, a extinção de uma sociedade extingue também o procedimento relativo a factos que lhe sejam imputados, equiparando, para tais efeitos, a extinção jurídica de uma pessoa colectiva, operada de acordo com o preceituado no citado artigo 112º, alínea a), do Código de Sociedade Comerciais, à morte da pessoa física”.

⁴³ Acórdão nº 5/2004. Data: 02.06.2004. Diário da República, nº 141, Série I-A. Data da Publicação: 21.06.2004. Supremo Tribunal de Justiça.

⁴⁴ “Artigo 30º (Limites das penas e das medidas de segurança)

1. Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

2. Em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial.

3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão.

4. Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.

5. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.”

⁴⁵ “Artigo 112º

Efeitos do Registo

Com a inscrição da fusão no registo comercial:

a) Extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade;

b) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.”

⁴⁶ “CAPÍTULO III

Outras causas de extinção

Artigo 127º

Morte, amnistia, perdão genérico e indulto

A responsabilidade criminal extingue-se ainda pela morte, pela amnistia, pelo perdão genérico e pelo indulto.

Artigo 128º

Efeitos

1 - A morte do agente extingue tanto o procedimento criminal como a pena ou a medida de segurança.

2 - A amnistia extingue o procedimento criminal e, no caso de ter havido condenação, faz cessar a execução tanto da pena e dos seus efeitos como da medida de segurança.

3 - O perdão genérico extingue a pena, no todo ou em parte.

4 - O indulto extingue a pena, no todo ou em parte, ou substitui-a por outra mais favorável prevista na lei.”

Tal decisão foi objeto de recurso, em que o Tribunal competente, ao reformá-la, firmou orientação segundo a qual “não estando determinado por via normativa que tal extinção conduza à extinção da responsabilidade contraordenacional da sociedade infractora, é sua sucessora responsável, conforme determina a alínea a) do artigo 112º do Código das Sociedades Comerciais.”

A Suprema Corte em referência, antes de acolher o pedido de fixação de jurisprudência, trouxe importantes considerações, cuja colação de aspectos pontuais mostra-se digna de nota. Observe-se, nesse sentido, a transcrição do entendimento alçado sobre o uso da analogia entre a morte da pessoa física e a extinção da pessoa jurídica, especialmente quanto à possibilidade de predeterminar os seus efeitos:

Neste aspecto, como se salientou, a “morte”, como categoria da natureza com relevância normativo-jurídica, é co-natural ao homem; as pessoas colectivas, como tal, não estão tocadas pelo momento da “morte”, que faz cessar a personalidade da pessoa singular (artigo 68º, nº 1, do Código Civil); as pessoas colectivas, neste sentido, não “morrem”, embora, como entidades com existência determinada por actos de vontade de criação e de extinção, possam extinguir-se, deixando, então, de ser construções instrumentais do homem para agirem com centros autónomos de imputação de direitos e deveres. (...)

A morte, relevante no sentido normativo e especificamente no campo penal, não é, como se salientou, pensável senão em relação aos seres humanos.

A extinção de uma pessoa colectiva, diversamente, por ser uma criação instrumental do direito, pode não determinar, por si mesma, que nada de si permaneça, continuando alguma substância afecta ao desempenho, ainda, sob uma outra perspectiva jurídico-funcional, das finalidades da pessoa colectiva que foram a sua razão de ser.

De outra ponta, a Corte Constitucional, ao analisar a questão sob a vertente da finalidade da incorporação societária, bem demonstrou o contrassenso de se utilizar o Código Penal em tais situações, porquanto a operação em tela objetiva o fortalecimento da atividade econômica, ao contrário da morte prevista no diploma criminal, do qual resulta a interrupção do processo vital.

No entanto — di-lo a lei —, com a fusão extinguem-se as sociedades incorporadas, ou todas as sociedades fundidas. “Mas também não podem esquecer-se as finalidades dessas extinções; não se extingue tudo isso como um fim em si mesmo; extingue-se para substituir, extingue-se para renovar. Certamente são aproveitados os elementos pessoais, patrimoniais e até imateriais das sociedades participantes que se extinguem, mas extinção não implica desaproveitamento.” (Idem, ibidem, p. 230 e 231.)

Existe sempre, pois, um elemento decisivamente relevante na comparação entre o real e a construção jurídica — que é, como construção ao serviço de interesses, meramente instrumental: os interessados, ao procederem à fusão, não têm intenção de morte, mas, sim, de melhor e longa vida para as sociedades e para a realização das finalidades com que foram constituídas.

(...)

No regime material do direito penal, construído historicamente para a responsabilidade individual das pessoas singulares, a morte extingue o procedimento e a pena, na concretização do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal inscrito como direito fundamental — artigo 30º, nº 3, da Constituição.

Mas como a dimensão jurídica da categoria biológica de morte não se refere a pessoas colectivas, esta causa de extinção do procedimento e da coima apenas poderá ser chamada se for possível, e na medida em que o seja, a intervenção de critérios relevantes de analogia. No caso, como se demonstrou, tais critérios não permitem encontrar uma similitude relevante de situações entre a morte física da pessoa singular e a extinção por fusão de uma sociedade comercial, sendo que também a semelhança na diferença não pode ser suportada pela racionalidade em que assenta o regime das contra-ordenações quando permaneça e continue, apesar da extinção jurídica, um centro de imputação e se mantenham, inteiramente, as finalidades que determinam a necessidade de censura social pela continuação da actividade em que ocorreu a violação.

A incorporação, portanto, não acarreta a “morte” da sociedade, eis que a atividade empresarial, elemento integrante do ente coletivo, continua a ser executada pela sucessora. Desta forma, a utilização analógica do art. 107, I, do Código Penal para tais situações não se revela adequada, pois a incorporação societária não acarreta o fim da atividade econômica, tal como a morte encerra a vida de uma pessoa natural.

Vê-se, assim, que o legislador, a exemplo do art. 219, II, da Lei nº 6.404, de 1976, se valeu da expressão extinção à falta de melhor termo, pois pretendeu designar o cenário jurídico que passa a vigorar no âmbito da entidade sucedida, como efeito da incorporação societária. De fato, tal operação ocasiona o esvaziamento dos elementos constitutivos da incorporada, haja vista que o seu patrimônio é transferido para a incorporadora, os seus sócios tornam-se sócios da sucessora, e a atividade empresarial que exercia passa a ser desempenhada pela incorporadora, o que, todavia, não significa a “morte” da pessoa jurídica sucedida.

4 Conclusão

O tema, como se percebe, é de ampla complexidade, contudo, as razões aqui expostas permitem traçar as seguintes conclusões:

- a) o Direito Administrativo Punitivo não se subordina ao Direito Penal, eis que ambos encontram fundamento de validade nos princípios constitucionais que limitam o poder punitivo estatal. Portanto, a transposição de institutos e princípios penais para o Direito Administrativo Sancionador demanda a análise do caso concreto com o objetivo de se adequar o preceito penal à realidade do processo administrativo punitivo;
- b) o princípio da pessoalidade da pena é uma garantia clássica das pessoas naturais do Direito Criminal, que visa assegurar a responsabilização do infrator na medida da sua culpabilidade. Logo, o exame

deste instituto para as pessoas jurídicas no Direito Administrativo deve se desvencilhar de tradicionais paradigmas esculpidos para as pessoas físicas no campo do Direito Penal para adotar seus próprios modelos, eis que não só a culpabilidade das pessoas jurídicas não se equipara à das pessoas naturais, como também a culpabilidade do Direito Administrativo Sancionador não se iguala à do Direito Criminal. Por outro lado, tem-se, ainda, que a sanção aplicada se reveste de visível impessoalidade, haja vista que, por se tratar de expressão pecuniária, não só incide sobre o patrimônio do infrator, como permite também que terceiros venham a cumpri-la;

- c) ademais, escorado em entendimento da Corte Constitucional portuguesa e na doutrina nacional e estrangeira do direito societário, constata-se que a utilização do art. 107, I, do Código Penal, como consequência dos efeitos do art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976, não se revela de bom alvitre, porquanto a morte prescrita na Lei Penal e a extinção da sociedade da Lei Societária, por decorrência da incorporação, somente na aparência se assemelham, tendo em vista que tais fatos não decorrem de uma idêntica razão ou fundamento que autorize a aplicação da mesma regra de direito.

Verifica-se, assim, que o princípio da pessoalidade da pena requer um novo desenho que não se apoie exclusivamente no estudo clássico das garantias do Direito Penal aplicado às pessoas naturais. Destarte, adaptando-se a exegese até então construída sobre o art. 5º, XLV, da Carta da República para as pessoas jurídicas no campo do Direito Administrativo Punitivo, e, conjugando-a com as demais razões consignadas neste estudo, chega-se à conclusão de que o princípio em referência e o art. 107, I, do Código Penal não inviabilizariam a persecução administrativa contra a sociedade incorporadora, interpretação que se harmoniza com o princípio da incontagiabilidade da pena e prestigia o sistema jurídico dos direitos e garantias fundamentais.

Principle of Individualization of the Sanction, Merger and Administrative Law Sanction

Abstract: This article examines the particularities that surround the application of the financial sanction when the legal person responsible for the offense comes to be absorbed by another company. In this context, the paper examines whether the principle of individualization of the sanction and the article 107, paragraph I, of the Brazilian Criminal Code would prohibit the administrative punitive process against the absorbing entity. In this regard, the article investigates the historical basis of the principle in question as well as its relation to legal entities and, furthermore, its impact on the merger process and financial sanctions.

Key words: Individualization of the sanction. Merger. Administrative law sanction. Financial sanction.

Referências

- AMARAL, Francisco. Direito civil introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRANCO, Fernando Castelo. A pessoa jurídica no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BULGARELLI, Waldirio. Fusões, incorporações e cisões de sociedades. 4. ed. São Paulo, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte geral. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- MARINS, Natanael; SANTOS, Juliana Nunes. Responsabilidade tributária. Dialética, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho. Tratado de direito comercial brasileiro. Bookseller, 2001. v. II, t. II.
- MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LI.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). Direito sancionador: sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PRATES, Marcelo Madureira. Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MORAES, José Luciano Jost de. O princípio da pessoalidade da pena, a incorporação societária e o direito administrativo sancionador. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 229-246, jan./mar. 2010.

Recebido em: 07.08.09

Aprovado em: 25.02.10