

INTERLOCUÇÃO ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL

INTERLOCUTION BETWEEN SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW AND CRIMINAL LAW



Assista agora aos
comentários da autora
para este artigo

CLAUDIA CRISTINA BARRILARI

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Advogada criminal e professora universitária.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0499705858210402>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3224-9818>].
claudiabarrilari@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599>].

Autora convidada

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Penal

RESUMO: As deficiências do direito administrativo sancionador no Brasil decorrem da ausência de uma adequada estrutura normativa, destacando a necessidade de se construir um sistema em que haja equilíbrio entre os distintos mecanismos sancionatórios, com a interação entre as diferentes formas de sanção: administrativa e penal, sujeitos ao mesmo feixe de garantias. Daí decorre o posicionamento em se sustentar o princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador para as pessoas jurídicas, como em se debater a aplicabilidade de garantias fundamentais nos processos de responsabilização. O tema, no direito espanhol, é apresentado para servir de paradigma aos processos de responsabilização da pessoa jurídica no ordenamento nacional, em especial, na Lei Anticorrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo sancionador – Direito penal – Princípios – Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

ABSTRACT: The deficiencies of Administrative Sanctioning Law in Brazil result from the absence of an adequate normative structure, highlighting the need to build a system in which there is a balance between the different sanctioning mechanisms, with the interaction between the different forms of sanction: administrative and criminal, subject to the same set of guarantees. Hence the position of upholding the principle of culpability in sanctioning administrative law for legal entities, as well as debating the applicability of fundamental guarantees in accountability processes. The theme, in Spanish law, is presented to serve as a paradigm for the processes of accountability of the legal entity in the national order, in particular, in the Anti-Corruption Law.

KEYWORDS: Sanctioning administrative law – Criminal law – Principles – Criminal liability of legal person.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poder punitivo estatal: penal e administrativo. 3. Autonomização do direito administrativo sancionador. 4. Princípios gerais do direito administrativo sancionador. 5. Nova lei espanhola de proteção ao denunciante e responsabilidade da pessoa jurídica. 6. A Lei Anticorrupção da pessoa jurídica e a crise nos mecanismos de responsabilidade da pessoa jurídica. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Um¹ traço marcante do direito administrativo sancionador entre nós é sua estrutura carente de autonomia e sistematização.² Não são poucas as dúvidas colocadas quanto à compreensão da possibilidade de que um mesmo fato seja objeto de tutela penal, civil e administrativa, sem uma racionalidade adequada que o compatibilize em face do princípio da independência de instâncias, do princípio da proporcionalidade e do *non bis in idem*, entre outros pontos sensíveis. Há um hiato na legislação nacional que implica a necessidade de se pensar na construção de um sistema em que haja equilíbrio entre os distintos mecanismos sancionatórios, com a interação entre as diferentes formas de sanção: administrativa e penal.

Faz-se nesse contexto uma análise comparativa com o sistema espanhol, com duplo objetivo: inicialmente demonstrar a necessidade de se compreender o direito administrativo sancionador debaixo de um mesmo feixe de garantias do direito penal, ou seja, como parte do poder sancionatório estatal. A consequência para o ordenamento brasileiro, especialmente em relação à tutela de dupla via, penal e administrativa, está em assegurar que o direito penal seja tomado como elemento integrador do direito administrativo. Nesse sentido, alcançam-se objetos específicos de tutela, como a prevista na Lei de Improbidade, em que a resposta sancionatória implica restrições pessoais de direito ao indivíduo. Outro objetivo é específico para o contexto da culpabilidade em relação às pessoas jurídicas e, nesse contexto, contrário à previsão de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013.

O sistema sancionatório brasileiro de combate à corrupção em relação aos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas carece de profunda análise e substancial modificação, o que enfatiza a responsabilidade do Poder Legislativo em revisar a normativa, quer nos aspectos regulatórios, quer nos aspectos penais, até agora ausentes. A não adoção, por parte

1. Pesquisa desenvolvida no âmbito dos convênios de mobilidade de professores estrangeiros na Universidade de Salamanca, em março de 2023, sob a tutoria do Senhor Professor Catedrático Ricardo Rivero Ortega.
2. Sobre o tema, acerca da deficiente regulação do direito administrativo sancionador brasileiro, v. BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2021. p. 45; ver, também, BARRILARI, Claudia Cristina. Improbidade culposa e a retroatividade da norma mais benéfica – lógica penal para o ilícito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 30, n. 361, dez. 2022.

do legislador brasileiro, da responsabilidade penal da pessoa jurídica para o combate da corrupção ou de outros delitos que configuram bens jurídicos dignos de tutela penal foi objeto de análise em outro contexto e está fora do objeto deste estudo.

Não obstante a necessidade de revisão apontada, de *lege ferenda*, a responsabilização da pessoa jurídica, em sede de responsabilidade administrativa, deve observar o devido processo legal, sobretudo a individualização e imposição da penalidade cabível, de modo a coibir juízos discricionários. A previsão da responsabilidade objetiva, nesse contexto, configura uma importante violação das bases principiológicas do direito administrativo sancionador, que, como tendência geral, caminha no sentido de incrementar garantias e não, ao contrário, de reduzi-las, como se vê na previsão da lei brasileira.

2. PODER PUNITIVO ESTATAL: PENAL E ADMINISTRATIVO

A administração pública é dotada de poderes jurídicos para desempenhar as funções atribuídas pelo ordenamento jurídico para o cumprimento de suas finalidades. Entre os poderes que lhe são próprios está o poder de sancionar infrações praticadas em âmbito administrativo pelos administrados em geral. Na Espanha, a lei e a Constituição reconhecem o poder sancionador da administração como algo distinto do poder punitivo jurisdicional. O que significa, na precisa lição de Alejandro Nieto, que a “actividad es administrativa: quien sanciona es un órgano administrativo, que actúa conforme a un procedimiento administrativo, aplica unas normas administrativas y es controlado por los Tribunales contencioso-administrativos”.³

Em função da existência da potestade sancionadora do Estado, surge a necessidade de se falar em garantias do indivíduo. É preciso deixar claro que o Brasil, em relação à atribuição de potestade sancionatória para a Administração, se aproxima do sistema espanhol no poder que tem a Administração Pública de impor sanção ao cidadão, entretanto, difere no assento constitucional de tal poder repressivo.⁴ Tampouco tem semelhança com o

3. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2015. p. 177. Sobre o direito administrativo sancionador brasileiro, ver por todos: OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

4. Convém destacar outro ponto de semelhança entre ambos os sistemas normativos, dada a origem do poder sancionatório da administração, cuja evolução, como bem pontua Alarcón Sotomayor, ocorreu de maneira distinta ao que se passou na Alemanha e na Itália. A autora se refere ao sistema espanhol, contudo, nota-se um denominador comum com nosso direito administrativo sancionador, talvez fruto do regime ditatorial brasileiro anterior à Constituição de 1988. Essa característica em muito explica por que não se pode transladar o exemplo do direito administrativo alemão e italiano para justificar a prevalência da tutela administrativa em face da mínima intervenção do direito penal. “El origen del actual Derecho administrativo sancionador – no ya del antiguo Derecho penal administrativo o de policía – en Alemania y en Italia es completamente distinto al del nuestro. Huelgo lo explica con detalle. En aquellos países, la Administración no ha tenido nunca una potestad punitiva tan amplia y habitual como la de la Administración española. Es más, hasta la mitad del siglo pasado,

sistema francês a título de exemplo, no qual ocorreu a jurisdicionalização autônoma do ilícito administrativo.⁵ Do sistema francês, apesar do monopólio jurisdicional do poder san-

en Alemania e Italia el Derecho penal y el administrativo sancionador actual – más conocido este último como Derecho de contravenciones – no estaban separados, es decir, formaban un cuerpo único, puesto que las actuales contravenciones administrativas estaban tipificadas como delitos o faltas en el Código Penal alemán y en el italiano, y eran impuestas o revisadas por los jueces penales. Fue a partir de la década de los cincuenta cuando en esos países surgió la necesidad de acometer grandes procesos de reforma legislativa para ‘despenalizar’ muchos de esos ilícitos y convertirlos en infracciones administrativas o contravenciones castigadas con sanciones en lugar de con penas. La hipertrofia a la que llegaron el Derecho penal alemán y el italiano a mediados del siglo pasado hizo necesaria esa despenalización en ambos países, pues en ellos no se conocía hasta el momento nada parecido a la prolija y tradicional potestad sancionadora de la Administración en España. [...] Sin embargo, en España el fenómeno sancionador ha experimentado una evolución distinta, casi puede afirmarse que contraria; pues de una primera etapa en la que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – el *prebeccariano*, como decía García de Enterría – permanecieron separados e incommunicados – así, las sanciones se imponían de plano; los requisitos de tipicidad y antijuridicidad no se exigían para las infracciones administrativas; era posible sancionar en vía administrativa por responsabilidad objetiva – se pasó a una segunda fase, a partir de los años setenta, de acercamiento y permeabilidad entre ambos, hasta el punto de que el TC, tal y como refleja el artículo 25.1 CE, ha terminado por consagrar la misma naturaleza punitiva de penas y de sanciones administrativas y la igualdad de las garantías esenciales para la imposición de ambas. En consecuencia, no creo que puedan importarse los argumentos del Derecho alemán o el italiano para explicar las diferencias existentes entre penas y sanciones en el Derecho español. Y tampoco considero que esa distinción existiera realmente en esos países, en los que fue la desmesurada extensión del Derecho penal la que justificó la segregación de un buen número de ilícitos; y fue para hacerlo con la mayor legitimidad posible para lo que la doctrina alemana tuvo que esforzarse entonces en buscar a toda costa un fundamento razonable en unas supuestas diferencias cualitativas hasta la fecha inexistentes entre los ilícitos que seguirían siendo delitos y los que se iban a convertir en meras contravenciones administrativas” (Cf. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, septiembre-diciembre 2014. p. 144-145).

5. “En présence de la gravité de ces conséquences, on doit scruter les raisons profondes de cette séparation de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire et se demander quelle est sa valeur. Il y a des raisons d'ordre politique et constitutionnel qui sont spéciales à la France et qui proviennent de l'indépendance vis-à-vis de l'autorité judiciaire, dans laquelle on a voulu établir l'administration, mais on y peut ajouter des raisons d'ordre juridique qui sont valables pour tous les pays. Les raisons juridiques qui militent en faveur de l'existence d'une juridiction administrative sont de deux ordres: 1° Il est assez naturel qu'à un genre spécial d'affaires corresponde un juge spécial qui, par son origine, présente des garanties spéciales de compétence; 2° Ce n'est pas une chose tout à fait naturelle que l'Etat, puissance publique, soumette à un juge ceux de ses actes contre lesquels on réclame, qu'il consente à courir le risque d'une condamnation, et qu'il supporte ensuite d'exécuter cette condamnation; il y a là, de la part de l'Etat, un effort de bonne volonté qui sera facilité si, au lieu du juge ordinaire, il s'agit d'un juge spécial, surtout si, par quelque attache, ce juge lui appartient. Il y a beaucoup de pays, même centralisés, qui se sont tenus à la solution du juge administratif spécialisé, mais non pas complètement séparé du juge de droit commun; en France, pour des raisons politiques, on est allé plus loin, et il semble bien que la création d'une juridiction administrative autonome, indépendante des tribunaux ordinaires, ait donné chez nous, malgré quelques inconvénients, les meilleurs

cionatório, difere nosso sistema jurídico na medida em que esse monopólio jurisdicional entre nós implica a possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas em sede administrativa, e não, como ocorre na França, na existência de jurisdição autônoma da Administração. De um lado a outro, nota-se a necessidade intrínseca de se atrelar a potestade da Administração a um sistema de garantias protetivas que sejam contrapostas às sanções.

Sobre a previsão constitucional do direito administrativo sancionador espanhol, a despeito de assegurar independência e autonomia, reafirma a oportuna matiz que recebe do direito penal, “el plus que añade lo de ‘sancionador’ significa que este Derecho está invadido, coloreado, por el Derecho Penal sin dejar de ser Administrativo”.⁶

Pode se afirmar, nesse sentido, que a assunção de competências administrativas por parte do Estado social teve importante papel no desenvolvimento do direito administrativo sancionador, contribuindo para sua natureza jurisprudencial, uma vez estruturada muito mais em torno das decisões adotadas pelos tribunais do que por regulações específicas.⁷ A doutrina espanhola em geral afirma a natureza jurisprudencial do direito administrativo sancionador, assim construída em face da ausência de uma lei geral reguladora. Nesse contexto, alude Nieto que a ausência dessa regulação geral levou a jurisprudência a se basear em princípios constitucionais, implícitos ou não, o que teve como consequência não apenas causar uma profunda confusão entre norma e princípio como gerar um sistema baseado em princípios gerais de direito em termos que “rozan con lo abusivo”.⁸

Lora é bastante crítico ao fato de que o direito sancionador esteja muito mais aberto ao trabalho criativo da jurisprudência do que outros ramos do próprio direito administrativo. Situação que produz, segundo afirma, certa insegurança jurídica em face de se usarem referências sem os filtros necessários, permitindo-se, sem muita reflexão, utilizar as soluções assentes no direito penal. A insegurança deriva do fato de a teoria dominante sustentar que as garantias do direito penal também se aplicam à sanção administrativa, observadas as peculiaridades que lhe são próprias, embora justifique a razão dessa aplicação na inexistência de diferenças substantivas entre crimes e ilícitos administrativos, sem explicar o porquê

résultats” (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 463-465).

6. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador...*, cit., p. 177.

7. “La reacción contra este estado de cosas empezó a tener lugar, como era deseable y previsible, antes incluso del cambio de régimen político, por vía jurisprudencial: dos importantes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 2 y 25 de marzo de 1972, sentaron la doctrina de la unidad sustancial de principios existente entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo, por ser ambos manifestación del único jus puniendi del Estado. La aceptación generalizada de esta doctrina, tan elemental como revolucionaria, permitió a la jurisprudencia emprender un proceso de traslación, lento y paulatino, de las técnicas y principios penales al campo de las sanciones administrativas; una evolución prometedora, pero que no había culminado en el momento de aprobación del texto constitucional vigente” (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general* II. 4. ed. Madrid: Iustel, 2016. p. 428).

8. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador...*, cit., p. 177.

das qualificações na referida aplicação, pelo que a sua concretização acaba por ser casuística. Entretanto, apesar da crítica, o autor reconhece a indisponibilidade do núcleo mínimo dessas garantias para o legislador administrativo, que deveria respeitá-lo de qualquer maneira.⁹

A chamada proliferação do direito administrativo sancionador é fenômeno que se faz presente tanto lá quanto alhures, relacionado que está com o aumento de atribuições do Estado-Administração e com a imposição de sanção para efeitos de assegurar o cumprimento de suas normas. Matellanes Rodríguez destaca um crescimento muito importante na Espanha da regulação administrativa, responsável pela existência de uma hipertrofia do poder sancionador da administração, relacionado, entre outros fatores, ao fato de que o sistema penal conta com um tempo de resposta diferente. Há certa rigidez ou formalidade do sistema penal que impossibilita uma resposta rápida. Outro fator, de ordem política, está relacionado com o fortalecimento do Poder Executivo, beneficiado com o reforço do poder repressivo da administração.¹⁰

No entanto, ao contrário do que aconteceu na Espanha, o incremento das funções administrativas conduziu a um fenômeno inverso na Alemanha. O Estado alemão não renunciou ao uso de toda a força coercitiva prevista pelo direito penal para fazer cumprir as abundantes normas administrativas. Pretendeu-se eliminar toda a arbitrariedade a que se poderia atribuir uma excessiva atribuição de poder sancionador ao Executivo e, dessa forma, deixar a repartição de poderes totalmente segura. Por tudo isso, chega-se a uma “hipertrofia do direito penal” que conduziu à presença do chamado “Direito Penal Administrativo”: condutas que consistem na violação de normas administrativas e que estão sujeitas à reação do direito penal.¹¹

Uma importante observação feita pela doutrina espanhola em geral refere-se à prevalência, no âmbito do poder punitivo estatal, do direito penal em face do administrativo sancionador.¹² Nesse sentido, o direito penal é o modelo ideal de repressão, porque pensado

9. Cf. HUERGO LORA, Alejandro. La Europeización del derecho administrativo sancionador. In: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz (Coord.). *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Navarra: Civitas; ed. RT, 2019.
10. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *El medio ambiente: algunos aspectos de la relación derecho penal-derecho administrativo*. Tesis Doctoral – Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996. p. 45.
11. Ibidem, p. 46. Sobre o panorama histórico europeu do desenvolvimento do poder sancionatório do Estado, ver: LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. *Revista de Administración Pública*, [s.l.], n. 121, p. 393-414, enero-abril 1990.
12. No sentido de que o processo penal, em oposição ao administrativo sancionador, é manifestamente mais garantista devendo: “En verdad, la solución a si existen límites a la discrecionalidad del legislador, para aplicar normas penales o administrativas a efectos sancionadores, debería radicar en la identificación de alguna regla constitucional que imponga el monopolio judicial del poder punitivo” (MUNÓZ MACHADO, Santiago. *Actos Administrativos y Sanciones Administrativas*. In: *Tratado de*

exclusivamente para tal, reservando-se à Administração, em caráter excepcional, a utilização do *jus puniendi*.¹³ Por certo, há que existir um critério que oriente o legislador para eleger tipificar um ilícito como crime ou como infração administrativa.

Segundo Alarcón Sotomayor,¹⁴ de acordo com o princípio constitucional da divisão de poderes conforme a estrutura do Estado de Direito, a potestade do Estado, além de logicamente competir ao Poder Judiciário, depende de um processo no qual se assegurem máximas garantias para acusados e vítimas, destacando a garantia da imparcialidade e independência daqueles a quem compete a imposição de sanção. Como o direito penal não pode prescindir de tais características, seria natural considerar que, respeitando o princípio da proporcionalidade, o legislador teria mais liberdade para tipificar crimes, sendo que, por outro lado, o que deveria ser limitada é a possibilidade de prever infrações e impor sanções administrativas.

Sem embargo, concorda-se com Sotomayor quando destaca a aplicação do princípio da mínima intervenção também para o âmbito administrativo, “el principio de intervención penal mínima la pena no es sólo la última solución frente a la tolerância o las medidas jurídicas de reacción no punitivas, lo que sería fácilmente aceptable, sino también frente a las penas si las imponen autoridades administrativas”.¹⁵

Esse raciocínio também tem por consequência considerar que não existem diferenças substanciais entre o direito penal e o administrativo sancionador. De fato, sobre a distinção ontológica entre os ilícitos, parece ser possível afirmar estar superada a dicotomia existente entre a diferença quantitativa e qualitativa entre ilícito penal e administrativo, apesar da problemática enfrentada pela doutrina a esse respeito. Marco da distinção qualitativa, defendendo haver uma diferença substancial entre as infrações, a posição de Goldschmidt, para quem apenas o ilícito penal configuraria um comportamento antijurídico, no sentido de causar um ataque à ordem jurídica. O ilícito administrativo, por sua vez, corresponderia a um comportamento “antiadministrativo”, cuja sanção teria a natureza de ato administrativo e não penal, configurando as infrações administrativas criações artificiais, utilitaristas e funcionais.¹⁶

A posição quantitativa se sustenta por um componente lógico inicial segundo o qual a administração pertence à ordem jurídica de tal modo que os interesses da administração não podem ser separados dos interesses dignos de tutela penal. Ambos compõem a ordem jurídica. Dessa forma, sustenta-se a necessidade de que as infrações administrativas

Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. t. XII. p. 288).

13. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Arazandi, 2007.

14. *Ibidem*, p. 41.

15. *Idem*.

16. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *El medio ambiente: algunos aspectos de la relación derecho penal-derecho administrativo*, cit., p. 50.

precisem do elemento da antijuridicidade material e, com isso, da lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico para serem sancionadas, apenas incidindo sobre bens jurídicos mais “leves” em comparação ao objeto de tutela penal.

A diferença mais relevante para os objetivos que defendemos é a assunção de que também a culpabilidade é exigida em via administrativa, como demarca Sotomayor “no hay duda de que actualmente también se precisa del dolo o la culpa para castigar en vía administrativa y que la responsabilidad objetiva no tiene cabida en el Derecho administrativo sancionador”.¹⁷

3. AUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Algumas premissas, no entanto, se fazem necessárias. A escolha de uma forma ou outra de tutela deve ser orientada por política legislativa cujos critérios estejam atrelados a princípios gerais que justifiquem, de maneira racional, por que determinada conduta será sancionada com multa e outra com pena de prisão. Dito de outro modo, valorar o grau de restrição imposto pelo poder punitivo estatal.

“Bien es verdad que a este propósito surge una duda inquietante: si la base de este mecanismo de comunicación o extensión normativa es la idea de que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones iguales y paralelas de un Derecho punitivo común, por qué se da prevalencia a los principios del Derecho Penal, que se extienden a los del Derecho Administrativo Sancionador, y no a la inversa? A mi modo de ver, la transposición normativa habría de discurrir en las dos direcciones, como en un mecanismo de vasos comunicantes. Y creo que esta tesis es teórica y constitucionalmente defendible, si bien no se haya aplicado nunca en la práctica por una razón muy sencilla: hasta ahora, en el Ordenamiento jurídico español, el Derecho Administrativo Sancionador carecía de principios que pudiesen transpolarse al Derecho Penal. De aquí que la cuestión nunca haya llegado a plantearse ni en la doctrina ni en la práctica jurisprudencial; pero es inevitable que tarde o temprano haya de surgir, sobre todo cuando el Derecho Administrativo Sancionador logre desprenderse de su antiguo ‘complejo de inferioridad’, al que de ordinario se acumula también, y con no menos fuerza, otro de ‘culpabilidad’.”¹⁸

Nesse sentido, o substrato normativo que dá prevalência para a utilização do direito penal sobre o direito administrativo sancionador se explica por três diferentes ordens de motivos: 1. por uma questão cronológica, dada a antecedência lógica da estruturação do direito penal em comparação com a doutrina do poder sancionador da administração;

17. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, cit., p. 143.

18. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 167-168.

2. por um aspecto constitucional, em face dos princípios penais relacionados à garantia dos direitos do indivíduo; e, por último, por um aspecto dogmático, em função da vinculação com o poder punitivo estatal.

A evolução do direito administrativo sancionador na Espanha está vinculada com a revisão geral que sofreu o direito administrativo a partir de meados do século passado e que, em relação à potestade sancionadora, leva a doutrina a dizer superada a fase de “direito repressivo prebeccariano”, expressão popularizada por García de Enterría para significar uma administração que impunha sanções sem garantias, que, do ponto de vista penal, seriam inconcebíveis. Isso representava um regime sancionador administrativo com quebra do princípio da legalidade, com o *bis in idem*, na medida em que uma mesma conduta podia dar lugar a mais de uma sanção, sem a descrição estrita das infrações como exemplo. Tal ordem de coisas leva a uma reação por via jurisprudencial e, logo após, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tendo sido finalmente revisada pelo art. 25, I, da Constituição espanhola.¹⁹

Segundo a doutrina, a previsão constitucional da potestade sancionadora da Administração tem o mérito de assegurar que o *jus puniendi* do Estado englobe a potestade sancionadora do Estado e a potestade penal dos Tribunais; com isso, assegura-se uma série de limites relacionados com o *jus puniendi* superior do Estado.

Desse modo, o desenvolvimento do direito administrativo sancionador se deu em sentido objetivo e subjetivo, compreendendo o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício da potestade sancionadora da Administração pública.

Alejandro Nieto defende que a busca por maior autonomia do direito administrativo sancionador deveria conduzir a um descolamento dos princípios do direito penal, de modo a lhe garantir certa autonomia e a destacar as peculiaridades que lhe são intrínsecas em aspectos essenciais como o da culpabilidade, cujo grau de operatividade com o direito penal constitui uma importante dificuldade.²⁰

Cabe salientar que a posição de Nieto e de outros doutrinadores espanhóis como Lora e García Martín vai em sentido oposto ao que sustenta a identidade substancial entre o direito penal e o administrativo sancionador e, em consequência, à ideia de que ambos devem

19. BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes (Dir.) *Manual de derecho administrativo sancionador*. Abocacia General del Estado. Navarra: ed. RT; Arazandi, 2005. p. 104-106. Segundo a previsão da Constituição espanhola, o direito administrativo sancionador deve observar o princípio da legalidade para as infrações e para as sanções. “Artículo 25 – 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Sobre o direito administrativo sancionador espanhol, em especial sobre os princípios básicos a que deveria se submeter a potestade sancionatória da Administração, a previsão dos art. 127 e seguintes da Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), reformada pela Ley 57/2003 e revogada e substituída pela Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

20. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit, p. 374.

estar albergados por uma mesma ordem principiológica. Primeiro, porque se defende a autonomia do direito administrativo sancionador e, como tal, construído a partir de uma base autônoma principiológica.²¹ Outro fator é a incongruência em se defender a existência de identidade com a reserva de que os princípios do direito penal não sejam trasladados em toda sua plenitude, em função das peculiaridades específicas do direito administrativo sancionador, de modo a se formularem conceitos de infração e de culpabilidade modulados ou adaptáveis a essas peculiaridades.²²

Defende, assim, essa corrente, que sanções penais e administrativas são diferentes entre si e são dotadas de garantias diferentes. Nesse sentido, apesar de a teoria da assimilação de garantias constituir ao menos uma tendência, um objetivo exigido pela jurisprudência constitucional, que determina que a legitimidade do poder sancionador da administração seja dotada das garantias vinculadas ao chamado *ius puniendi* único, a verdade é que as garantias (e, em geral, as regras de aplicação) são inevitavelmente diferentes na esfera penal e na administrativa, a começar pelo escopo diferente da garantia judicial, pois a pena é aplicada por um juiz em um processo em que o réu não tem que provar sua inocência, enquanto no campo sancionatório administrativo o juiz só intervém para controlar a legalidade da sanção já imposta por resolução que também goza de presunção de validade.²³

21. Nieto, com muita claridade, defende a pretensão de elaborar “un nuevo sistema, cuya coherencia se debe encontrar no en la uniformidad normativa sino, mucho más sutilmente, en la unidad sistémica, entendiendo por tal que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades. La singularidad de cada materia (e incluso de cada caso) permite – y aun exige – la correlativa peculiaridad de su regulación normativa; si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima. [...] Vistas así las cosas – y renunciando de antemano a las ficciones, igualmente cómodas, de varios ordenamientos separados estables o de un ordenamiento único de contenido fijo – parece dibujarse el siguiente sistema punitivo: En un primer nivel se encuentran los principios constitucionales inspiradores de toda actividad represiva del Estado, que se van bifurcando y concretando en los distintos sectores: el penal, por un lado, y el administrativo, por otro. Pero las precisiones no acaban aquí sino que hay que ir puntualizando con mucho mayor cuidado conforme se entra en subsectores como (dejando aparte los que corresponden al Derecho Penal), en lo que atañen al administrativo, el de las relaciones generales y especiales de sujeción, el disciplinario, el económico, y tantos otros. Los principios y criterios se comunican de arriba abajo sin restricción alguna; no así en sentido horizontal, puesto que nos encontramos con realidades afines pero no idénticas. La matización, en suma, no debe realizarse en la fase de aplicación del Derecho Penal al Derecho Administrativo sino en la fase de concreción del nivel constitucional al administrativo (y al penal). La aplicación que actualmente se viene realizando de principios y criterios del Derecho Penal es absolutamente incorrecta, aunque haya que aceptarla de manera transitoria mientras se van elaborando unos principios constitucionales punitivos, que todavía distan mucho de estar perfilados” (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 191).
22. GARCIA MARTÍN, Luis. La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del Derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [s.l.], n. 18, 2016. p. 38.
23. HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los

As visões aparentemente conflitantes levam a admitir que, por muito que se afirme a identidade entre ilícitos penais e administrativos, é preciso reconhecer as abundantes diferenças de regime jurídico entre um e outro, ou a existência de limites ao Poder Legislativo para escolher entre uma categoria e outra quando se trata de punir um determinado comportamento (embora não se discutam as áreas atribuídas ao arbítrio do legislador). Esse pode ser um caminho mais razoável, segundo Lora, do ponto de vista dogmático, para enfrentar essas diferenças de regime e tentar dar um sentido, e não se procurar apresentar a temática a partir das peculiaridades que os individualizam.²⁴

Casares Marcos, de modo bem claro, deixa explícito quais são os dois posicionamentos que delimitam o tema no direito espanhol, sem, contudo, deixar de observar que o alcance do poder sancionador da Administração é um ponto polêmico e complexo, principalmente em face da multiplicação das instâncias administrativas detentoras desse poder. Sem embargo, a procura para modular e limitar as garantias originalmente importadas da esfera penal pelo Tribunal Constitucional com base em suposta igualdade com as sanções administrativas é apontada como um dos fatores a levar à expansão desenfreada do sistema de sanções administrativas em vigor. É também a vontade não só de moldar a rigidez mas de afastar as garantias penais do campo administrativo que tem permitido a dicotomia entre os que defendem a equiparação das sanções criminais e administrativas para todos os efeitos ou, por outro lado, dos que sustentam existir características que contribuem para diferenciá-las, sem, com isso, deixar de se procurar um regramento autônomo compatível com a previsão de direitos e garantias do agente realizador do ato ilícito.²⁵

Sem embargo, do ponto de vista que defendemos, apesar das duas diferentes posições na doutrina espanhola, é preciso ponderar que mesmo os que sustentam a presença de diferenças substanciais entre as tutelas não olvidam em admitir, como o faz Huergo Lora, que as sanções administrativas nunca têm as mesmas garantias que as normas penais, devendo

instrumentos para la obtención de pruebas. In: LORA, Alejandro Huergo (Dir.). *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2018. p. 18-19.

24. Ibidem, p. 22.

25. “Y así frente al reconocimiento taxativo, entre otros, de Garberí Llobregat y Buitrón Ramirez de la ‘identidad sustancial del fenómeno sancionador penal y administrativo’ y de la ‘homogeneidad ontológica de las distintas vertientes del Derecho sancionador’, para otros autores, sirva a modo de ejemplo la contribución al respecto de Huergo Lora, tal delimitación no es sólo posible sino ‘im prescindible para coordinar los dos instrumentos punitivos del Estado y dar sentido a los distintos preceptos legales y aun constitucionales que les otorgan un tratamiento diferente’” (CASARES MARCOS, Anabelén. *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012. p. 39). Sobre a expansão do direito administrativo sancionador na Espanha: MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013. p. 119.

então, ser preocupação do direito administrativo sancionador assegurar que haja mais garantias aos cidadãos.²⁶

4. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Conforme já exposto, apesar de certa divergência, existe uma comunicação modulada entre os princípios penais e as disposições do poder sancionatório administrativo na interpretação do direito administrativo sancionador espanhol. A Constituição da Espanha consagra sob o princípio da legalidade as sanções punitivas do Estado, penal ou administrativa. O princípio da tipicidade também encontra guarida na Constituição como decorrência da legalidade, e, assim, aplicando-se às infrações administrativas. O princípio da irretroatividade está previsto no art. 25 da Constituição espanhola com a seguinte disposição: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Tais disposições acabaram por ser contempladas na Lei 40/2015 (Lei do Regime Jurídico do Setor Público, conhecida pela sigla LRJSP), que reformou o sistema administrativo espanhol, impulsionada pelas melhores práticas de direito comparado e pela necessidade de dotar o sistema jurídico de um direito administrativo sistemático, coerente e ordenado. Lora, em tom bastante crítico, aduz que:

“La regulación del Derecho administrativo sancionador es insuficiente y se encuentra dividida en múltiples normas. Insuficiente porque los escasos preceptos que le dedican las Leyes 39 y 40/2015 no resisten la comparación con el Libro I del código penal y constituyen un catálogo de problemas más que un elenco de soluciones normativas. [...] Da la impresión de que la legislación general (Leyes 3c) y 40/2015) sólo recoge el nivel mínimo de garantías que exige el TC, a fin de que la administración, sin vulnerar la Ley, pueda estirar al máximo las ‘matizaciones’ implícitamente admitidas por el TC, correspondiendo a éste concretar el alcance de tales matizaciones. La solución puede ser buena para la Administración pero no lo es para la seguridad jurídica.

Ante esa inoperancia de la legislación administrativa general van apareciendo regímenes sancionadores más desarrollados, sobre todo en materia de tráfico, lucha contra el dopaje o defensa de la competencia, recogiendo en ellos previsiones que podrían tener alcance general pero que sólo se van a aplicar sectorialmente, sin que en todos los casos exista razón alguna para ello. Una situación semejante sería inimaginable en Derecho penal, por múltiples razones. La dispersión sectorial del régimen sancionador en Derecho

26. HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas..., cit., p. 22. De fato, como aduz Rivero “no cabe al aplicar la potestad sancionadora un régimen carente de posibilidades de reacción, al menos en un Estado de Derecho” (RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 215).

administrativo obedece a causas muy variadas pero que no dejan en muy buen lugar su madurez.”²⁷

A citada lei destaca, em seu Capítulo III, os princípios do poder sancionatório da administração, em complemento à previsão constitucional. Segundo o art. 25, o poder sancionatório das Administrações Públicas será exercido quando expressamente reconhecido por norma com valor de lei, com aplicação do procedimento nela previsto para o seu exercício. O exercício do poder sancionatório compete aos órgãos administrativos que o tenham expressamente atribuído, por disposição legal ou regulamentar.

O art. 26 traz expressa previsão da não retroatividade no âmbito administrativo, ordenando que as disposições sancionatórias produzirão efeito retroativo desde que favoreçam o suposto infrator, tanto no que se refere à qualificação da infração quanto à sanção e aos seus prazos de prescrição.

O princípio da tipicidade, previsto no art. 27, diz só constituir infração administrativa aquelas previstas em lei. As sanções também são limitadas pela lei e impostas diante da prática de uma infração administrativa, sem que se admita a aplicação de analogia.

As disposições regulamentares do desenvolvimento podem introduzir especificações ou graduações ao quadro das infrações ou sanções legalmente estabelecidas, sem constituir novas infrações ou sanções nem alterar a natureza ou os limites daquelas que a lei contempla e que contribuam para a mais correta identificação das condutas ou à determinação mais precisa das sanções correspondentes.

O art. 28 da citada lei estabelece a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas pela prática de infrações administrativas que resultem responsáveis a título de dolo ou culpa.²⁸

27. HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas, cit., p. 30-31. Com críticas à regulação mencionada, ver: CANO CAMPOS, Tomás. El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 201, p. 25-68, septiembre-diciembre 2016; RIVERO ORTEGA, Ricardo. La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015. *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, n. 41, p. 72-85, jun. 2016.

28. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – Artículo 28. Responsabilidad. 1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. 2. Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 3. Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea

A vinculação da responsabilidade da pessoa jurídica em âmbito administrativo com o princípio da culpabilidade já era reconhecida pelas decisões do Tribunal Constitucional espanhol desde os anos 1980, como destaca Lozano:

“Así, pues, las personas jurídicas tienen derecho a que se presuma su inocencia por la sencilla razón de que el ordenamiento jurídico les ha reconocido la capacidad de ser culpables. Si no fuese así, es decir, si respondieran sin culpa, no les sería aplicable la presunción de inocencia, pues como el Tribunal Constitucional ha declarado en relación a la institución de la responsabilidad civil, ‘la posibilidad de la responsabilidad sin culpa, responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva debe llevar a considerar inaplicable el principio de presunción de inocencia’ (ATC 204/1986). Precisamente porque las sanciones por infracciones administrativas son una manifestación del ius puniendi del Estado, el Tribunal Constitucional ha declarado que ‘resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa’ (STC 76/1990, de 26 de abril). Por lo tanto, si hay culpa en la responsabilidad de las personas jurídicas como sujetos infractores tiene que haber necesariamente presunción de inocencia. Otro problema distinto será el de cómo se configura la culpa y, con ello, la imputabilidad de las personas jurídicas.”²⁹

pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable. 4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependen o estén vinculadas.

29. LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). *Revista de Administración Pública*, [s.l.], n. 129, 1992. p. 222-223. No mesmo sentido: NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Las Palmas de Gran Canaria: Colex, 2001. p. 49 e segs. Lembrando que a Constituição espanhola não fazia expressa referência, na admissibilidade das garantias formais previstas no art. 24 de seu texto, aos procedimentos administrativos em geral: “[...] éstas se consagran en la CE en el art. 24.2, que lo hace sin ninguna alusión a las infracciones y sanciones administrativas. Más aún: los derechos que allí se proclaman están referidos inequívocamente a verdaderos procesos ante los órganos judiciales. En la literalidad del art. 24.2 no hay, pues, nada que permita su traslación a los procedimientos sancionadores de la Administración y sus expresas alusiones al ‘Juez ordinario’ y a un ‘proceso público’ podían favorecer, precisamente, la exclusión de las actuaciones administrativas de su ámbito. C.– Pese a ello, desde sus primeras sentencias, el TC consagró la aplicación de muchos de los derechos del art. 24.2 de la CE en el procedimiento administrativo sancionador. En concreto, en la STC 18/1981, de 8 de junio, aparecía ya formulada esta doctrina que luego se ha consolidado y desarrollado: ‘La solución que se dé a la misma dependerá de la medida en que se entiendan o no aplicables a la Administración, en materia sancionadora, los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución [...]’. Es necesario determinar su ámbito teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental. Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son

De se observar que o debate, na Espanha, encontra-se à frente do que se dá no ordenamento jurídico brasileiro, não só pelo posicionamento sólido em se sustentar o princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador para as pessoas jurídicas como em se debater a aplicabilidade de garantias fundamentais.

Um possível fator parece ser o enfrentamento da possibilidade de se responsabilizar em via direta a pessoa jurídica em momento anterior à admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. É de destacar que apenas com a reforma do Código Penal espanhol promovida em 2010 superou-se o tradicional princípio de que *societas delinquere non potest*. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional há muito admitia a responsabilidade direta das pessoas jurídicas no direito administrativo, desde que presentes os

manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad)” (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, cit., p. 31). No mesmo sentido Santamaria Pastor: “La LRJSP no contiene más previsiones acerca del régimen general de la culpabilidad, aparte de una fugaz mención de la ‘existencia de intencionalidad’ entre los factores que deben graduar la aplicación de la sanción [art. 29.3.a)]. Sin embargo, la transposición general de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador que se deriva del tratamiento unitario de ambos en el artículo 25.1 CE debe llevar a la aplicación en este último de las reglas que el Código Penal establece sobre todas las cuestiones relativas a este régimen general, como son la existencia de diferentes grados en la autoría, edad mínima de imputación, circunstancias excluyentes de la imputabilidad, etc.” (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 446). Em sentido aparentemente contrário, sem embargo, relacionando a responsabilidade da pessoa jurídica enquanto garante e, nesse contexto, dispensando-a do elemento autônomo da culpabilidade, é a posição de Rebollo Puig: “Así, por lo pronto, estos principios de ninguna forma se oponen a la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, fenómeno que, en contra de lo que a veces se dice, no entraña en absoluto la admisión de una responsabilidad objetiva. En realidad, ni siquiera se oponen a la posible responsabilidad sancionadora de entes sin personalidad jurídica, como a veces prevén las leyes. Tampoco, obviamente, niegan la posible responsabilidad por participar en la infracción de la que es autor otro, siempre que así esté previsto en la ley y se sancione al partícipe por su propia conducta y por su propia culpa. Asimismo, los principios expuestos no impiden que en ocasiones se pueda ser responsable por una infracción en la que se haya incurrido a consecuencia del hecho de otro (por ejemplo, de un empleado) siempre que se pueda detectar una acción u omisión propia y una culpa igualmente propia, porque en tales hipótesis, a fin de cuentas, se responderá por una infracción propia. Ello a veces ocurre porque el otro es un mero instrumento del verdadero autor; o porque, sin llegar a tanto, tiene el dominio del hecho un sujeto distinto del que materialmente realizó elementos del tipo. También porque la conducta del otro ha llevado a desatender un deber propio. En esta hipótesis cabe incluir, junto con otros, el supuesto de responsabilidad del garante. Todas estas posibles responsabilidades no sólo no son contrarias a los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad sino que constituyen en puridad perfectas aplicaciones de ellos” (REBOLLO PUIG, Manuel. Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones. In: REBOLLO PUIG, Manuel et alii (Coord.). *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela*. Madrid: Iustel, 2015. p. 861; PÉREZ NIETO, Rafael; DíEZ-PORTALES, Manuel José. *Principios del derecho administrativo sancionador*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008. v. I. p. 168-172).

princípios próprios do direito administrativo sancionador, conforme aponta Lozano.³⁰ De fato, como sintetiza Montoro: “La persona jurídica es algo distinto de sus miembros y no se entiende por qué tal principio debería quebrar al operarse en el ámbito del Derecho Constitucional y, más en concreto, en el de los derechos fundamentales”.³¹ Em suma, não há dúvida de que as pessoas jurídicas podem ser acusadas e sancionadas sendo também titulares dos direitos fundamentais, quer em âmbito penal, quer em âmbito administrativo.³²

5. NOVA LEI ESPANHOLA DE PROTEÇÃO AO DENUNCIANTE E RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A recente lei espanhola 2/2023 de proteção do denunciante integra um movimento supranacional que há algumas décadas estimula os Estados a adotar um *enforcement* direcionado ao combate à corrupção. Nesse contexto, a atuação proativa ou colaborativa do cidadão é essencial para a eficácia da lei. Tal colaboração não se manifesta apenas no correto cumprimento pessoal das obrigações de cada um, manifestação da sujeição de todos à lei, mas também se estende ao compromisso coletivo com o bom funcionamento de instituições públicas e privadas.

Em relação às empresas, a nova lei integra as estratégias de autorregulação, previstas na Espanha desde a regulação de 2010 acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Entre as medidas de gestão internas vocacionadas para o cumprimento normativo, o canal de denúncias configura um dos pilares essenciais. Está direcionado para quem mantenha algum tipo de relação com a empresa, seja laboral, consumerista etc. Diferentemente do que ocorre no setor público, no qual o canal deve estar aberto para as denúncias de qualquer cidadão, o que, aliás, acabou por ser finalmente introduzido no ordenamento espanhol, dentro do contexto de *public compliance* na administração pública.

De acordo com o disposto na lei, todas as empresas que tenham mais de 50 trabalhadores serão obrigadas a criar um sistema interno de informação, os denominados canais de denúncia, sobre violações da legislação da União Europeia e infrações penais ou

30. LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica..., cit., p. 214.

31. Cf. GÓMEZ MONTORO, Ángel J. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], ano 22, n. 65, mayo-agosto 2002. p. 98. “No resulta suficiente, por ello, el simple reconocimiento de la genérica capacidad jurídica de las organizaciones, al tiempo que se entiende que los derechos fundamentales lo son sólo de sus miembros, o entender que la actividad de la persona jurídica es reconducible en última instancia a los comportamientos de las personas físicas que la integran, que ya están garantizados por los derechos fundamentales. Si precisamente alguna utilidad ha tenido la noción de persona jurídica ha sido la de permitir considerar como un único sujeto de imputación a un colectivo, la de reducir a la unidad una pluralidad, separando los actos de la entidad de los de sus miembros”.

32. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, cit., p. 49.

administrativas graves ou muito graves, além de estabelecer qual será o procedimento de processamento dessas informações de modo a garantir a confidencialidade ou o anonimato da identidade dos denunciantes, em particular dos trabalhadores. Nos grupos de empresas, a empresa-mãe será aquela que poderá implementar os princípios e as políticas que inspirem a organização do sistema para a adequada organização e coordenação dos canais em cada uma das entidades que o integram.

Consciente do custo que esse novo encargo pode gerar nas empresas, a lei admite que aquelas que, embora ultrapassem a quantidade de 50 trabalhadores, tenham menos de 250 possam partilhar meios e recursos para a gestão da informação que recebem, permanecendo sempre a existência de canais próprios em cada empresa.

São obrigações que fazem parte de um contexto regulatório administrativo e penal da lavagem de dinheiro, dos instrumentos de cumprimento normativo previstos no Código Penal (art. 130 do Código Penal espanhol), fruto das diretivas supranacionais de combate à criminalidade transnacional.

Em relação às sanções impostas às empresas, destaca-se a responsabilidade por uma má organização corporativa, na medida em que se sanciona de maneira escalada a omissão da empresa. Segundo o art. 63, serão consideradas infrações muito graves ações ou omissões dolosas que se refiram ao incumprimento da obrigação de dispor de um sistema interno de informação nos termos da lei. Outro ponto de destaque é a supressão à referência de dolo para caracterizar infrações de outra natureza.³³ Poderia tal supressão ser interpretada no sentido de se prescindir de dolo ou culpa, entretanto, é de lembrar que o sistema sancionatório da citada lei ocorre segundo o estabelecido na Lei 40/2015, de modo a não prescindir da aferição da intencionalidade, sob o risco de se sancionar a empresa de modo objetivo. Nessa direção espera-se que seja a interpretação a ser dada pela jurisprudência espanhola, costumeiramente avessa à responsabilidade sem culpa.

33. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. [...] 2. Tendrán la consideración de infracciones graves las siguientes acciones u omisiones: a) Cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1. b) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave. c) Vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave. d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones. e) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones. 3. Tendrán la consideración de infracciones leves las siguientes acciones u omisiones: a) Remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema a la Autoridad, o fuera del plazo concedido para ello. b) Incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones. c) Cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

6. A LEI ANTICORRUPÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E A CRISE NOS MECANISMOS DE RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A estrutura do direito administrativo sancionador espanhol, em linhas gerais, caminha no sentido de que se aplicam, no que for compatível, os princípios do direito penal, independentemente de se entender haver ou não um grau de dependência, mas, sim, por se entender serem ambos fenômenos de manifestação do poder punitivo do Estado. Transladada essa compreensão para o âmbito da responsabilização da pessoa jurídica, os contornos do poder punitivo estatal autorizam seguir a mesma dinâmica de modo a se assegurar um feixe protetivo para as pessoas jurídicas quando sujeitas ao sancionamento do Estado.

Nesse sentido, um dos pontos sensíveis da responsabilidade penal da pessoa jurídica é compatibilizar os princípios estruturais do direito penal, voltados à pessoa física, com a pessoa jurídica. Foge aos nossos objetivos a análise mais aprofundada da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos modelos que a conformam.³⁴ Duas teorias dão a tônica no que se refere à possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica: a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade. Em síntese, ambas divergem quanto à dependência de se estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica vinculada ou não à da pessoa física que em seu nome atua.

O modelo de heterorresponsabilidade ou vicarial funciona como um modelo de responsabilidade objetiva, ao vincular a responsabilidade da pessoa jurídica à atuação da pessoa física sem valorar qualquer atuação proativa e preventiva da pessoa jurídica. Já o modelo de autorresponsabilidade, por sua vez, procura vincular a responsabilidade da pessoa jurídica com um defeito em sua organização que venha a permitir a realização do fato delituoso pela pessoa física.

Conquanto o direito brasileiro caminhe na contramão das normativas estrangeiras que, influenciadas pelos instrumentos supranacionais, passaram a incorporar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, orientadas não apenas por um prisma político-criminal, mas pela centralidade com que as empresas passaram a ocupar nos espaços globais de poder, a essa nova realidade integram-se as estratégias preventivas denominadas de *compliance*, mecanismos de gestão empresarial instituídos com a finalidade de prevenir a prática de irregularidades e que envolvem a adoção de uma política de conformidade por parte da alta

34. Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha, ver: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española. In: *Política Criminal y Derecho Penal – Estudios*. 3. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020. v. II; NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española)*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2010. No Brasil: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: ed. RT, 1998; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: ed. RT, 2018; BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2021.

direção da empresa, código de ética, políticas de análise de risco e de controles internos, além de canais de denúncia e treinamentos sobre os procedimentos de integridade, entre outros instrumentos que podem ser adotados pela empresa nesse contexto.

A comparação entre os ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro no tocante aos mecanismos sancionatórios da pessoa jurídica descortina um preocupante descompasso da legislação brasileira não só em relação a não adoção da responsabilidade penal quanto em prescindir da culpabilidade, com evidentes dificuldades para o exercício do direito de defesa por parte da pessoa jurídica.

No Brasil, chama a atenção que o legislador tenha optado pela responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, sem embargo de que os atos nela tipificados tenham nítida natureza penal, dada a similitude entre fatos típicos penais como a própria corrupção e os ilícitos listados na Lei Anticorrupção.

Quanto às penas, a lei estabelece penas de natureza administrativa – a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória – e civil. (art. 19). De mencionar que as sanções são similares às que são previstas na Lei de Crime Ambiental, único diploma legislativo que contempla a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, em especial, com as sanções que, em legislações estrangeiras, sancionam em via penal a pessoa jurídica. Conforme aduz Salvador Netto:

“Em diversos ordenamentos são encontrados, sob o rótulo de penas criminais, respostas jurídicas formalmente iguais. Ocorre, contudo, que no cerne da responsabilidade penal da empresa, na qual a responsabilização é necessariamente subjetiva e colocada sob os auspícios do sistema criminal, os debates em torno das finalidades e dos discursos legitimadores das penas ganham um contorno muito mais profundo e complexo.”³⁵

Há que mencionar também que, enquanto a citada lei – surgida como resposta às demandas internacionais originadas nas Convenções da ONU e da OCDE de combate à corrupção – dirige-se às pessoas jurídicas, já havia a previsão, desde 1992, na Lei de Improbidade, que se dirige aos agentes públicos ou a quem tenha concorrido para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiado de qualquer forma. A corrupção configura ato de improbidade praticado por pessoa física, de responsabilização extrapenal.

7. CONCLUSÃO

A análise sistemática de responsabilização em diferentes vias de práticas de corrupção leva à necessidade de se ampliar o espectro protetivo, seja em âmbito material, seja

35. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 325.

BARRILARI, Claudia Cristina. Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599].

processual; com isso se afirma a fragilidade de se adotar a responsabilidade objetiva, não apenas pela apontada natureza substancial penal da lei³⁶ como pelo regime constitucional democrático, que impõe garantias para a validade dos processos de sancionamento estatal, sendo regra a aferição de culpabilidade nos processos punitivos. De fato, a previsão de responsabilidade objetiva no direito civil, prevista no art. 927 do Código Civil, é relacionada com a teoria do risco.

A culpabilidade, ou seja, a necessidade de dolo ou culpa, não é exigida no direito administrativo apenas pela aplicação dos princípios do direito penal, mas, sim, porque se constitui uma exigência institucional do sistema, uma garantia que deriva do fato da natureza punitiva das sanções administrativas. E o mesmo pode ser dito de requisitos como a reserva de lei, a tipicidade, a irretroatividade, a analogia *in pejus* ou a proibição de *bis in idem*, que, embora elaborados pela dogmática penal, têm clara vinculação constitucional e, portanto, constituem uma exigência do sistema sancionatório próprio de um Estado de Direito.³⁷

8. BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Arazandi, 2007.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, septiembre-diciembre 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*. Madrid: Colex, 1991.
- BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes (Dir.) *Manual de derecho administrativo sancionador*. Abocacia General del Estado. Navarra: ed. RT; Arazandi, 2005.
- BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2021.
- BARRILARI, Claudia Cristina. Improbidade culposa e a retroatividade da norma mais benéfica – lógica penal para o ilícito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 30, n. 361, dez. 2022.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, [s.l.], n. 7, p. 155-176, 2003.

36. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal, corrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

37. CANO CAMPOS, Tomás. El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. In: MARTOREIL, Felio José Bauzá. (Dir.). *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*. Madrid: Bosch, 2016. p. 218.

BARRILARI, Claudia Cristina. Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599].

- CANO CAMPOS, Tomás. El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 201, p. 25-68, septiembre-diciembre 2016.
- CANO CAMPOS, Tomás. El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. In: MARTOREIL, Felio José Bauzá (Dir.). *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*. Madrid: Bosch, 2016.
- CARRETERO PEREZ, Adolfo; CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
- CASARES MARCOS, Anabelén. *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española. In: *Política Criminal y Derecho Penal – Estudios*. 3. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020. v. II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* II. 10. ed. Madrid: ed. RT; Civitas, 2006.
- GARCIA MARTÍN, Luis. La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del Derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [s.l.], n. 18, p. 1-131, 2016.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], año 22, n. 65, p. 49-105, mayo-agosto 2002.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas. In: MARTORELL, Felio José Bauzá (Dir.). *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*. Hospitalet de Llobregat: Bosch; Wolters Kluwer, 2017.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española). Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2010.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2004.
- HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas. In: LORA, Alejandro Huergo (Dir.). *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2018.
- HUERGO LORA, Alejandro. La Europeización del derecho administrativo sancionador. In: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz (Coord.). *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea*.

- Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Navarra: Civitas; ed. RT, 2019.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 129, p. 211-240, 1992.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 121, p. 393-414, enero-abril 1990.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *El medio ambiente: algunos aspectos de la relación derecho penal-derecho administrativo*. Tesis Doctoral – Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996.
- MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. 2013.
- MUNÓZ MACHADO, Santiago. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. In: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. t. XII.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Las Palmas de Gran Canaria: Colex, 2001.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: ed. RT, 2020.
- PÉREZ NIETO, Rafael; DÍEZ-PORTALES, Manuel José. *Principios del derecho administrativo sancionador*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008. v. I.
- REBOLLO PUIG, Manuel. Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones. In: REBOLLO PUIG, Manuel et alii (Coord.). *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela*. Madrid: Iustel, 2015.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 146, p. 85-128, 1998.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015. In: *Cuadernos de derecho local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Número 41, 2016.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: ed. RT, 2018.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general* II. 4. ed. Madrid: Iustel. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: ed. RT, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal, corrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Após 13 anos da edição da Súmula Vinculante 05 do Supremo Tribunal Federal, eis o cancelamento da Súmula 343/STJ: estará sepultada a discussão sobre a indispensabilidade de advogados no PAD, mesmo diante do avanço do direito administrativo sancionador?, de Carolina Reis Jatobá Coêlho – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 16/2021;
- A violência no poder punitivo estatal, de Alencar Frederico Margraf e Meg Francieli Svistun – *RDCI* 108/189-207;
- Considerações sobre a responsabilidade solidária do grupo econômico por atos de corrupção, de Thiago Spercel – *RDE* 4/281-292; e
- O dever de fundamentação das decisões penais, o poder punitivo estatal e a garantia de direitos: uma análise da atuação do Superior Tribunal de Justiça em casos de tráfico de drogas julgados entre 2020 e 2022, de Carolina Costa Ferreira e Greice Kerr Mandruzato – *RT* 1052/209-231.

