

O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO PODER PUNITIVO ESTATAL POSSIBILIDADES, LIMITES E ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA REGULAÇÃO DO SETOR DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS

Gustavo Binenbojm*

Sumário: 1. Introdução: princípios e garantias constitucionais que limitam e conformam o exercício do poder punitivo pela administração pública; 2. Os princípios da culpabilidade, da pessoalidade e da individualização da sanção como pilares do regime jurídico do direito administrativo sancionador; 2.1. Inconstitucionalidade do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999, ao menos em seu sentido literal. Interpretação do dispositivo à luz da Constituição, bem como da sistemática da própria Lei 9.847/1999; 2.2. Violação às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; 2.3. Inconstitucionalidade da responsabilização dos postos de revenda varejistas independentemente da comprovação de culpa. Violação aos princípios da culpabilidade e da legalidade. Inexistência de previsão legal que autorize a responsabilização objetiva; 3. Conclusões.

1. Introdução: Princípios e Garantias Constitucionais que Limitam e Conformam o Exercício do Poder Punitivo pela Administração Pública

Toda atividade administrativa deve observância, primeira e precipuamente, aos princípios e regras constitucionais. Como já afirmei, a Constituição representa o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. O mesmo se passa em relação ao exercício de poder punitivo pela Administração Pública. Aliás, essa é uma das searas em que o grau de impregnação constitucional é dos mais intensos. E há razão para tanto. Ao sancionar os particulares, a Administração lhes impõe gravame que afeta de forma severa a sua esfera de direitos fundamentais. Daí a importância de se reconduzir essa atividade repressiva à lógica garantística da Constituição, da qual se extrai um

* Doutor e Mestre em Direito Público – UERJ – *Master of Laws (LL.M.)* pela Yale Law School (EUA). Professor-adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e parecerista em temas de Direito Público.

robusto sistema de princípios e regras voltados à proteção dos administrados contra o exercício arbitrário do poder punitivo estatal.

No contexto atual, verifica-se, inclusive, uma tendência no sentido de sujeitar o exercício do poder punitivo pela Administração Pública às mesmas balizas que guiam a aplicação do direito penal pelo Poder Judiciário¹. E isso porque, nas palavras de Marçal Justen Filho, “[a]s sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo”².

Com efeito, os regimes penal e administrativo exibem núcleos mínimos de garantias ancoradas na própria Constituição. Isto é, “núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito”^{3,4}.

Em verdade, se esses núcleos de garantias estivessem presentes somente no Direito Penal, e a aplicação de sanções administrativas fosse imune à sua incidência, o legislador poderia *driblar* as limitações constitucionais, optando por tipificar infrações como ilícitos administrativos, ao invés de ilícitos penais.⁵ O que, por evidente, seria inadmissível. Mormente quando se sabe que há sanções administrativas capazes de causar gravames tão ou mais severos que os decorrentes de sanções penais (uma cassação administrativa pode, de fato, ser mais grave que uma multa aplicada num processo penal).

¹ No direito espanhol, e.g., as construções doutrinárias partem da noção de que o poder punitivo estatal é um só. Segundo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “[e]l mismo ius puniendi del Estado puede manifestarse tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa”. A ideia é que a penalidade – independentemente do *nomem iuris* que se lhe atribua – emana do mesmo poder punitivo estatal. Poder esse que, no Estado Democrático de Direito, não pode ser exercido de forma livre. V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed., v. II, Madrid: Civitas, 1998. p. 163.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 571.

³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 131. Confira-se, ainda, o seguinte trecho: “De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois numa unidade nuclear inscrita na Constituição” OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 141-142.

⁴ Também é essa a opinião de José dos Santos Carvalho Filho, que condiciona a faculdade repressiva do Estado aos seguintes limites jurídicos: “direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”. O entendimento do autor baseia-se nas lições de Cretella Jr. Em seguida, acrescenta Carvalho Filho: “A observação é de todo acertada: há uma linha, insusceptível de ser ignorada, que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos (liberdade e propriedade, entre outros) assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegitimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder porque ‘a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos’”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 85.

⁵ O argumento foi utilizado por Rafael Munhoz de Mello, *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 106.

É assim que se alcançou consenso no sentido de que o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional de maneira semelhante àquela estabelecida no âmbito do Direito Penal. Tudo isso a partir da cláusula do Estado democrático de direito e dos seus diversos desdobramentos no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Nesse sentido, além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIII, LIV e LV),⁶ destacam-se: o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade (arts. 5.º, II e XXXIX, e 37, *caput*);⁷ os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5.º, *caput*, XXXIX e XL);⁸ os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5.º, XLV);⁹ o princípio da individualização da sanção (art. 5.º, XLVI);¹⁰ e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1.º e 5.º, LIV).¹¹⁻¹²

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que:

“(…) à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção

⁶ “Art. 5.º (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “Art. 5.º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e “Art. 5.º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁷ Art. 5.º: “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) “XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; e “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

⁸ “Art. 5.º 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: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁹ “Art. 5.º (...) 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”.

¹⁰ “Art. 5.º (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)”.

¹¹ “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”;

¹² “Art. 5.º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A propósito do tema, explica Rafael Munhoz de Mello que: “É verdade que alguns dispositivos constitucionais acima mencionados fazem referência a expressões próprias do direito penal (‘crime’, ‘pena’, ‘lei penal’) – o que não significa que os princípios jurídicos neles veiculados não se apliquem também no campo do direito administrativo sancionador. Tais princípios, corolários que são do princípio fundamental do Estado de Direito, nem mesmo careceriam de previsão expressa no texto constitucional. É dizer, referidos princípios integrariam o ordenamento constitucional pátrio mesmo que a Constituição Federal não lhes fizesse referência alguma” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104).

e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina”.¹³

É a partir dessas premissas que se demonstrará, no próximo capítulo, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999, ao menos em seu sentido puramente literal. Impõe-se, por conseguinte, a interpretação desse dispositivo à luz dos princípios norteadores do Direito Administrativo sancionador, especialmente os da culpabilidade e do devido processo legal.

2. Os Princípios da Culpabilidade, da Pessoalidade e da Individualização da Sanção como Pilares do Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador

Assim como no Direito Penal, o princípio da culpabilidade é um dos pilares do regime jurídico aplicável ao Direito Administrativo sancionador. Segundo esse princípio, a aplicação da sanção administrativa – i.e., de um “castigo” ou situação detrimetosa ao particular¹⁴ – depende da constatação de culpa em sentido *lato*. Ou seja, exige-se a prévia aferição de dolo (intenção de praticar ou assunção do risco do resultado) ou culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia)¹⁵ na conduta do administrado. Em outras palavras: exige-se a constatação de uma *ação reprovável* do ponto de vista subjetivo.

Como esclarece Fábio Medina Osório, tal exigência possui natureza constitucional, e não meramente penal. Realmente,

“[o]s dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de *consagrar garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso*, o que inclui o exame das clássicas excludentes penais, todas ligadas ao ideário de liberdade e dignidade humanas”.¹⁶

Daí se poder afirmar que a exigência de culpabilidade tem como fundamento primeiro a própria cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CRFB),

¹³ STJ, RMS 24559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 03.12.2009, DJe 01.02.2010. No mesmo sentido, v., ainda, STJ, AgRg no Ag 901949/SP, rel. Min. José Delgado, 1.ª T., j. 20.11.2007, DJ 10.12.2007. p. 318.

¹⁴ Segundo Manuel Rebollo Puig, a sanção administrativa pode ser definida como “el castigo impuesto por la Administración o como el castigo previsto por el ordenamento para ser impuesto por la Administración” (El derecho administrativo sancionador. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266).

¹⁵ As definições de dolo e culpa constam do art. 18 do CP: “Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

¹⁶ Osório, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 347.

que veda o arbítrio estatal. Mas ela decorre, também, da interpretação sistemática das garantias fundamentais asseguradas no art. 5.º da CF/1988. Refere-se ao inc. XLV do art. 5.º, que consagra o princípio da pessoalidade ou intransmissibilidade da pena “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, e ao inc. XLVII, que consagra o princípio da individualização da sanção “a lei regulará a individualização da pena”.

Em virtude de tais garantias, ninguém pode ser responsabilizado, penal ou administrativamente, por fato cometido por outrem. Ademais, o processo punitivo, como já esclareceu o Ministro Sepúlveda Pertence, deve ter em vista “o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese”.

Ou seja, a Constituição exibe um comando claro no sentido de que o exercício do *ius puniendi* considere não apenas um resultado ilícito, mas que se funde em ação passível de censura estatal.¹⁷ Isto é: que atente aos elementos subjetivos atinentes à conduta do infrator. São precisamente esses elementos que justificam a imposição da sanção estatal, impedindo sua transmissão a terceiros, bem como eventual aplicação uniforme e padronizada de penalidades a pessoas e situações diversas.

Outro fundamento para a culpabilidade decorre do princípio da proporcionalidade,¹⁸ segundo o qual, qualquer medida estatal de restrição a direitos fundamentais somente será legítima quando “(a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”.¹⁹

Em outras palavras, a verificação da proporcionalidade dá-se por meio de três testes ou exames: (i) o teste da adequação da medida para atingir a finalidade constitucional almejada; (ii) o teste da necessidade ou exigibilidade, o qual pressupõe uma análise sobre a verificação do excesso da medida e da eventual existência de restrição menos gravosa igualmente apta a atingir aquela mesma finalidade; e (iii) o teste da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como a verificação sobre os custos e benefícios da medida restritiva imposta.²⁰

Na seara do Direito Administrativo sancionador, pode-se afirmar que é o subprincípio da *adequação* que fundamenta a exigência de culpabilidade. Conforme explica Rafael Munhoz, “[a] sanção administrativa retributiva só cumpre sua finalidade se aplicada a quem age de modo doloso ou culposos”.²¹ Isso porque a medida

¹⁷ Discorrendo sobre o inc. XVI do art. 5.º da CRFB, Gilmar Ferreira Mendes afirma que desse dispositivo “(...) decorre também que a responsabilidade penal de que se cuida é responsabilidade subjetiva ou responsabilidade que se assenta na culpa” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 552). Embora o autor discorra apenas acerca da responsabilidade penal, a *ratio* deve ser estendida ao Direito Administrativo sancionador, como se expôs no capítulo II deste Parecer.

¹⁸ No ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade extrai-se das cláusulas do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1.º) e do devido processo legal em sua dimensão material (CRFB, art. 5.º, LIV).

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 96.

²⁰ No STF, v. Intervenção Federal 2.257-6/SP, Tribunal Pleno, j. 26.03.2003, publicada em 2003.

²¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 178.

afletiva imposta ao particular, voltada a prevenir novas infrações, só é *adequada* se for capaz de efetivamente estimular o infrator a adotar comportamento diverso no futuro. E, para tanto, é imprescindível que o administrado tenha praticado a conduta típica de modo consciente e voluntário (dolo), ou ao menos tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência (culpa em sentido estrito).²² Veja-se o exemplo citado pelo autor, que é bastante elucidativo:

“Imagine-se (...) a seguinte situação: Fulano entrega a Beltrano a direção de veículo, tendo, antes, tomado o cuidado de verificar que este último era portador de CNH. Sob a fiscalização de agentes administrativos, descobre-se que Beltrano, na realidade, não possuía CNH, e que apresentara a Fulano uma via falsificada. Não agiu com dolo, pois não desejava praticar a conduta típica. Tampouco agiu com culpa, pois observou o dever de diligência ao verificar se Beltrano era portador de CNH.

Seria adequada a imposição de sanção administrativa em caso semelhante? A finalidade preventiva da sanção administrativa seria atingida? Faria sentido aplicar a Fulano uma medida que tivesse por fim estimulá-lo a não agir da mesma forma? Parece claro que a resposta a tais indagações é negativa – o que bem demonstra que *a sanção administrativa retributiva só é adequada se imposta a quem agiu com dolo ou culpa stricto sensu*”.²³

A jurisprudência dos Tribunais vem caminhando nesse exato sentido. É o que se verifica, e.g., do acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.251.697/PR. Nesse julgado, a Corte didaticamente estabeleceu a distinção entre *penalidade administrativa*, que deve sempre obedecer à lógica da culpabilidade; e *obrigação civil de reparação do dano*, que admite a responsabilização objetiva. Aliás, essa diferenciação é não apenas didática, mas normativa, já que foi consagrada pelo art. 5.º, XLV, segundo o qual: “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” (grifou-se). Daí ter sido preciso o STJ, ao asseverar o seguinte:

“8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5.º, XLV, CF/1988), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

²² Confira-se a explicação do autor: “A situação é diferente se não há dolo ou culpa na ação do indivíduo. Ele não pratica a conduta típica de modo voluntário e consciente (dolo). Tampouco deixa de observar o dever de diligência que a todos é atribuído numa sociedade (culpa stricto sensu). Seu agir voluntário e consciente é voltado à prática de conduta lícita, e ele age com diligência em tal intento. Sendo assim, o comportamento exigido pelo ordenamento jurídico é atendido; o particular não pratica de modo voluntário e consciente a conduta típica e tampouco age com negligência, imperícia ou imprudência. Mas, não obstante a correção do seu agir, o resultado de sua ação é evento tipificado como infração administrativa. Pergunta-se: que função preventiva exerce a sanção administrativa em casos tais? Estimular o sujeito a não mais agir de modo diligente?” (Idem, p. 179).

²³ Idem, p. 180. Grifou-se.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. (...).²⁴

A decisão proferida pelo STJ no REsp 777.732/MG, que tratava de matéria tributária, tem o mesmo diapasão. O recurso versava sobre a aplicação do art. 136²⁵ do CTN. Apesar de o dispositivo determinar que a responsabilidade do agente independe da sua intenção, o STJ deixou claro que a análise do elemento subjetivo é indispensável para cominação da reprimenda administrativa. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho:

“2. Tratando-se de infração tributária, a sujeição à sanção correspondente impõe, em muitos casos, o *questionamento acerca do elemento subjetivo*, em virtude das normas contidas no art. 137 do CTN, e da própria ressalva prevista no art. 136. Assim, ao contrário do que sustenta a Fazenda Estadual, “*não se tem consagrada de nenhum modo em nosso Direito positivo a responsabilidade objetiva enquanto sujeição à sanção-penalidade*” (MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. vol. II, São Paulo: Atlas, 2004. p. 620). No mesmo sentido: REsp 494.080/RJ, 1.ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.11.2004; REsp 699.700/RS, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 03.10.2005; REsp 278.324/SC, 2.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.03.2006. 3. Recurso especial desprovido”.²⁶

Mencione-se, ainda, que há diversos precedentes do Tribunal de Contas da União nos quais a Corte alude, expressamente, à natureza *personalíssima* da multa administrativa. Vejam-se dois exemplos:

“60. Além disso, abstraiu-se a disposição normativa de que a interrupção do prazo de dez anos ocorre com a ‘notificação do responsável’, o que não se deu na espécie. Ora, tendo a imputação de débito e cominação de multa natureza pessoal

(daí a necessidade de que se individualize condutas e responsabilidades), necessário que também a audiência/citação tenha caráter pessoal, não se admitindo que a notificação do município ou da prefeita municipal supra a notificação do agente afinal responsabilizado”.²⁷

“18. É importante registrar que a jurisprudência predominante deste Tribunal entende que os débitos decorrentes de imputação de multa tem natureza personalística. Nestes casos, embora não se trata de matéria tipicamente penal, há quase consenso de que o prosseguimento válido do processo esbarraria na vedação constante no disposto no inc. I do art. 107 do Código Penal brasileiro, que determina a extinção da pena pela morte do agente. Também porque haveria inobservância ao inciso XLV da CF/1988.”²⁸

Em suma, a culpabilidade opera como um pressuposto lógico e necessário da punição administrativa. Deve-se sancionar aquele que *intencionalmente* descumpriu exigência legal, ou que deixou de evitar a infração quando era *possível e exigível* fazê-lo. Sem a aferição desses elementos, a imposição da sanção torna-se arbitrária. Uma espécie de fim em si mesmo, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

II.1. Inconstitucionalidade do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999, a mMenos em se Sentid ILiteral. Interpretação d dDispositivo ILuz da Constituição, bem como daSsistemática d pPrópria Lei 9.847/1999

A Lei federal 9.847/1999, que regula a fiscalização das atividades relativas às indústrias do petróleo e dos biocombustíveis e ao abastecimento nacional de combustíveis, suscita interessantes e tormentosas questões ligadas ao Direito Administrativo Sancionador. Como estudo de caso, destaca-se aqui a penalidade de *revogação de autorização de exercício de atividade*, prevista no *caput* e incisos do art. 10, aplicável às pessoas jurídicas. Mais especificamente, cuida-se da previsão contida no § 1.º do referido art. 10. O dispositivo estende aos responsáveis pela pessoa jurídica, de forma automática e independentemente de prova de culpa, a punição aplicada à pessoa jurídica pela prática dos tipos infracionais previstos nos incisos do art. 10, impedindo-os de exercer atividade constante da Lei 9.847/1999 por 5 (cinco) anos. Confira-se o seu teor literal:

²⁴ STJ. REsp 1251697/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 12.04.2012; grifou-se.

²⁵ “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

²⁶ STJ. REsp 777.732/MG, rel. Min. Denise Arruda, 1.ª T., j. 05.08.2008; grifou-se

²⁷ TCU. Processo 010.529/2001-8, Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial, rel. Walton Alencar Rodrigues, Plenário, j. 20.11.2013.

²⁸ TCU. Processo 015.825/2003-4, Recurso de Reconsideração, rel. Ubiratan Aguiar, 2.ª Cam., j. 11.03.2008.

“Art. 10. A penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada:

I – praticar fraude com o objetivo de receber indevidamente valores a título de ressarcimento de frete, subsídio e despesas de transferência, estocagem e comercialização;

II – já tiver sido punida com a pena de suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

III – reincidir nas infrações previstas nos incs. VIII e XI do art. 3.º desta Lei;

IV – descumprir a pena de suspensão temporária, total ou parcial, ou a pena de cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação.

V – praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ou por decisão judicial.

§ 1.º Aplicada a pena prevista neste artigo, os responsáveis pela pessoa jurídica ficarão impedidos, por cinco anos, de exercer atividade constante desta Lei.

§ 2.º Na hipótese do inc. V deste artigo, a revogação da autorização dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente”. (grifou-se)

À luz das premissas acima delineadas, constata-se a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999, ao menos em seu sentido literal. Isso porque, ao determinar a punição automática dos responsáveis da pessoa jurídica sempre que esta for sancionada com a pena de revogação de autorização para o exercício de atividade, o legislador incorreu em afronta direta aos princípios constitucionais da culpabilidade, da intransmissibilidade e da individualização da sanção.

Com efeito, segundo a literalidade do dispositivo, não se perquire se os sócios ou administradores contribuíram de forma consciente para a ocorrência dos tipos previstos nos incs I a V do art. 10 da Lei, nem se ao menos agiram com negligência, imprudência ou imperícia. Na verdade, não se avalia sequer se eles concorreram de alguma forma para a infração. A extensão da pena é automática. Trata-se de simples desdobramento da sanção aplicada à pessoa jurídica. Com isso, são esvaziadas as

garantias constitucionais que exigem a necessária aferição do elemento subjetivo na aplicação da sanção (princípio da culpabilidade); a impossibilidade de transmissão da pena de uma pessoa a outra (princípio da pessoalidade); e a necessária consideração da situação individual do infrator (princípio da individualização).

É interessante observar que a previsão do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999 vai de encontro à sistemática vigente em outros importantes setores regulados. No ramo dos seguros privados, e.g., a Res. CNSP 243/2011, que dispõe acerca das sanções administrativas e do processo administrativo sancionador perante a Superintendência de Seguros Privados (Susep), deixa claro que a presença do elemento subjetivo na prática da conduta tipificada é imprescindível para a punição da pessoa física. Nesse sentido é o seu art. 4.º, § 1.º-A²⁹, que prevê a impossibilidade de se responsabilizar administrativamente pessoa natural quando não comprovado comportamento doloso ou culposo.

No âmbito do sistema financeiro nacional e de mercados mobiliários, a regra é a verificação da culpabilidade dos agentes antes da imputação de quaisquer penalidades. Não basta a indicação dos cargos por eles ocupados, como se a simples posição de comando na pessoa jurídica justificasse a medida sancionatória; é fundamental demonstrar-se a culpabilidade do sujeito em concreto.

É o que se depreende de acórdão prolatado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, órgão responsável pela revisão das decisões do Banco Central – Bacen e da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, tomadas em sede de processo administrativo sancionador. No julgamento do Recurso Voluntário 12.052³⁰, estabeleceu-se que “não é possível deduzir, automaticamente, que a simples condição de controlador, administrador, diretor ou gerente de instituição financeira enseje hipótese de responsabilização objetiva”. Neste julgado, ressaltou-se, ainda, a importância da individualização das condutas, i.e., de se “analisar se, de fato, tinham os diretores não envolvidos com a atividade de tesouraria qualquer ingerência para poder ser apenados”. Em outras palavras, se de fato falharam com seus deveres de boa gestão.

Em outra decisão, esta proferida pela Comissão de Valores Mobiliários³¹, a CVM sustentou a juridicidade da criação de centros de imputação de responsabilidade por instruções normativas, que consistem em “atribuir a um ou mais indivíduos a missão de assegurar a implementação de procedimentos e controles internos necessários para que certas normas sejam cumpridas pelo administrado”. A *ratio* do

²⁹ “Art. 4.º A multa administrativa será aplicada, de acordo com os limites e critérios indicados nesta Resolução, sempre que, a juízo da Susep, a aplicação exclusiva da pena de advertência for inadequada ou insuficiente para cumprir com os objetivos da repressão e da prevenção da pena. (...)”

§ 1.º-A – *Quando não for possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a uma pessoa natural, considera-se como agente responsável a sociedade supervisionada”* (grifou-se).

³⁰ Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. 357.ª Sessão, Recurso 12052, Processo BCB 0001044427, rel. Arnaldo Penteadou Laudísio, j. 25.09.2013.

³¹ CF. A respeito da Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM RJ2010/13301, rel. Diretora Luciana Dias, j. 23.10.2012.; Processo Administrativo Sancionador CVM RJ2010/9129, rel. Diretor Otavio Yazbek, j. 09.08.2011.

instituto é estimular a adoção, dentro da pessoa jurídica, de “redes de cumprimento e fiscalização das normas legais, regulamentares, proveniente da autorregulação ou mesmo as regras da própria instituição”. Promove-se, deste modo, um incentivo para o administrador “implementar regras, procedimentos e controles internos para assegurar o cumprimento da legislação”. É sua obrigação envidar esforços para reforçar mecanismos de *compliance*. A previsão destes centros de imputação não significa, contudo, que a responsabilidade das pessoas que exercem funções de direção seja automática.

Para a CVM, “essa estratégia está longe do instituto da responsabilidade objetiva, em que a avaliação da culpa ou dolo do indivíduo é dispensável. O diretor responsável sempre pode comprovar que implementou mecanismos adequados para assegurar o cumprimento do mandamento legal ou regulamentar, que supervisionou com diligência, enfim, que promoveu esforços razoáveis para assegurar o cumprimento sistemático da regulação”. Diferenciar uma categoria da outra é fundamental para que não exista dúvida de que a aplicação de sanções administrativas depende, necessariamente, da aferição da culpabilidade dos agentes.

Culpabilidade, aliás, que se impõe por força da interpretação sistemática da própria Lei 9.847/1999. É que, de acordo com seu art.13, “[a]s infrações serão apuradas em processo administrativo, que deverá conter os elementos suficientes para determinar a natureza da infração, a *individualização* e a *gradação da penalidade*, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório”. Ademais, o § 2.º do art. 18 estabelece que: “§ 2.º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, *autoras, coautoras ou partícipes* do mesmo fato”.

Ora, não faria sentido exigir-se a individualização da penalidade, nem a relação de autoria, coautoria ou participação no fato típico, se os responsáveis pela pessoa jurídica pudessem ser automática e objetivamente punidos. Logo, seja por força da Constituição, seja por força da interpretação sistemática da Lei 9.847/1999, conclui-se pela impossibilidade de extensão automática aos responsáveis da pena aplicada à pessoa jurídica. Na verdade, o § 1.º do art. 10 deve ser lido à luz dos princípios da culpabilidade, da personalidade e da individualização da pena, de modo que qualquer sanção imposta aos sócios e administradores da pessoa jurídica esteja condicionada à prévia aferição de culpa dessas pessoas.

Há, por fim, um argumento derradeiro no sentido da ilegitimidade da dicção literal do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999. Ele decorre do cotejo deste dispositivo com hipóteses em que a legislação, para fins de *ressarcimento de danos*, admite a desconconsideração da personalidade jurídica e consequente alcance do patrimônio de sócios e administradores.

É que mesmo nos casos de reparação de danos, a aferição do elemento subjetivo torna-se imprescindível. Não se cogita da desconconsideração automática da personalidade jurídica, o que esvaziaria por completo a *ratio* por trás da criação das pessoas jurídicas. Essas, afinal, são uma ficção concebida pelo ordenamento jurídico para atender à complexidade da vida civil e comercial, e às necessidades e anseios

humanos.³² Nesse contexto, pudesse a regra da separação patrimonial ser excepcionada mesmo quando não caracterizado abuso da personalidade jurídica ou fraude por parte das pessoas naturais, o instituto perderia sua razão de ser.

Por isso, a aplicação da doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica requer a comprovação do desvio de finalidade no manejo da pessoa jurídica. É o que se extrai, e.g., do art. 50 do CC,³³⁻³⁴ do art. 28 da Lei 8.078/1990³⁵ CDC e do art. 34 da Lei 12.529/2011,³⁶ que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Aliás, há na própria Lei 9.847/1999 previsão quanto à aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica. Segundo o § 3.º do art. 18, “§ 3.º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade *sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos* causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis”. Isto é, aqui também não se cogitou da afetação automática do patrimônio de sócios e administradores. A medida depende da prévia comprovação do desvio no uso da personalidade jurídica, utilizada como artifício para se fraudarem obrigações legais de ressarcimento.

Em síntese, se no plano do ressarcimento de danos a desconconsideração da personalidade jurídica exige a demonstração do elemento subjetivo (i.e., do abuso da pessoa jurídica), com maior razão esse será um requisito para a aplicação de sanções administrativas aos responsáveis pela empresa. Admitir o contrário importaria não

³² Com efeito, “(...) a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo em que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas (...)”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 297.

³³ “Art. 50. Em caso de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo *desvio de finalidade*, ou pela *confusão patrimonial*, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Grifou-se.

³⁴ A propósito da aplicação do art. 50 do CC/2002, assim já decidiu o STJ: “(...) 4. *A desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos em que prevista no art. 50 do CC/2002 vigente, é medida excepcional exigindo-se para a sua aplicação o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*. 5. *Hipótese em que os fatos, tais como delimitados na origem não são aptos a caracterizar ato concreto do recorrente que ensejasse a sua responsabilização ou que evidencie a existência de fraude ou desvio das finalidades da empresa*. 6. Segundo Recurso Especial parcialmente provido: a) mantido o afastamento do pedido assistência judiciária; b) afastada a responsabilidade do recorrente fundada na desconconsideração da pessoa jurídica e consequentemente, julgada extinta a execução quanto a ele, recorrente” (STJ. REsp 1233379/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª T., j. 02.10.2012; grifou-se).

³⁵ “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

³⁶ “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*.”

apenas em equívoco lógico, mas em inversão dos valores constitucionais. Afinal, já se mencionou que o inc. XLV da CRFB, embora autorize a extensão da obrigação de reparar o dano, proíbe categoricamente que as sanções retributivas ultrapassem a pessoa do infrator. *In casu*, estar-se-ia admitindo justamente o oposto: a punição administrativa automática dos sócios e administradores por infrações cometidas pela pessoa jurídica, embora a própria Lei 9.847/1999 (art. 18, § 3.º) exija a verificação de culpa por parte dos responsáveis no que tange ao ressarcimento de danos.

O contrassenso é ainda mais evidente se se levar em conta que a sanção prevista pelo art. 10, § 1.º, ora em comento, implica restrição drástica das liberdades de iniciativa e de ofício dos particulares, que são direitos fundamentais (CRFB, arts. 1.º, IV, 5.º, XIII e 170). Não se trata aqui, portanto, de punição meramente pecuniária, suportada pelo patrimônio do indivíduo. Muito mais grave, a proibição do exercício de qualquer atividade econômica constante da Lei 9.847/1999 suprime direitos caríssimos aos sujeitos envolvidos. Afinal, com a aplicação da pena proíbe-se a própria livre-iniciativa e a possibilidade do exercício de uma profissão, ambos direitos fundamentais e cláusulas pétreas (arts. 5.º, XIII e 1.º, IV, CRFB).

Diante do exposto, tem-se que o § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999 deve ser interpretado conforme a Constituição, no sentido da impossibilidade de extensão automática da pena aplicada à pessoa jurídica aos seus responsáveis. A responsabilização dos sócios e administradores somente poderá ocorrer mediante comprovação do elemento subjetivo (i.e., do dolo ou culpa em sentido estrito), sob pena de violação aos princípios da culpabilidade, da pessoalidade e da individualização da pena, aplicáveis ao Direito Administrativo sancionador.

2.2. Violação às Garantias do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa

Há ainda outro vício grave na previsão literal do § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999. É que o dispositivo prevê a punição automática dos responsáveis da pessoa jurídica, sem aludir à instauração de um processo administrativo sancionatório específico. Aliás, a experiência mostra que os sócios e administradores sequer são chamados a integrar o processo administrativo derivado da autuação da empresa – ainda que, ao final, a decisão ali adotada possa interferir gravemente sobre as suas esferas de interesses legítimos. Isso, contudo, viola claramente as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Explica-se.

Como já se expôs acima, a constitucionalização do Direito submeteu também a atividade sancionatória da Administração Pública – e especialmente ela – aos princípios e regras constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito. Uma das principais consequências desse fenômeno foi a substituição do *ato* pelo *processo* como principal categoria operativa da dogmática administrativista.

Se antes o *processo* era visto como mera sequência lógica de atos administrativos, anterior à prolação de uma decisão final, hoje ele adquire papel renovado, convolvendo-se, ao mesmo tempo, em: (i) instrumento para o desenvolvimento e concretização da

atividade administrativa em suas múltiplas manifestações; e (ii) veículo de realização das finalidades constitucionais e legais.³⁷ É nessa esteira, aliás, que Marçal Justen Filho remete à *procedimentalização do direito administrativo* como garantia democrática, definindo-a como:

“(…) a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos, estruturados entre si de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos”.³⁸

A realização do projeto do Estado Democrático de Direito e de um Direito Administrativo constitucionalizado está intrinsecamente conectada ao mandamento da *processualização* da atividade administrativa. Mormente quando o processo envolver a possibilidade de sanção. A Constituição de 1988 refletiu essa tendência ao elevar o processo administrativo à condição de garantia fundamental dos administrados, na esteira do que dispõem os incs. LIV e LV do art. 5.º da CF/1988 – sede positiva do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O *devido processo legal* assegura aos administrados garantia de conteúdo dúplice. Ao ângulo *formal*, o dispositivo informa os deveres do administrador e correlatos direitos dos administrados na condução do processo, especialmente no que se refere à lisura, imparcialidade, paridade de armas entre os litigantes, segurança jurídica, contraditório, ampla e prévia defesa. Sob o ângulo *material*, o *due process of law* remete aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que servem de parâmetro substantivo para o controle da juridicidade dos atos do Poder Público.

Esses comandos foram ainda *densificados* com a edição da Lei do Processo Administrativo federal – LPA (Lei 9.784/1999), da qual se destacam os seguintes dispositivos:

“Art. 1.º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à *proteção dos direitos dos administrados* e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

³⁷ Patrícia Baptista, referindo-se à passagem do Estado Liberal para o Estado Social, explica que “o novo modelo trouxe para a Administração inúmeras novas funções que não poderiam ser materializadas através do esquema clássico do ato administrativo, tais como a de planejamento e regulação. Da mesma forma, as relações entre a Administração e os indivíduos não mais se reduziram a relações de poder – concretizadas no ato administrativo –, passando a configurar relações de colaboração e participação” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231).

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2012. p. 64.

“Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, *ampla defesa, contraditório*, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VIII – observância das *formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*;

(...)

X – garantia dos direitos à *comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio*.”

“Art. 3.º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I – ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II – *ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas*;

III – *formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente*;

IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”. (grifou-se)

Pois bem. Aplicadas tais normas à situação descrita na Consulta, verifica-se que a extensão automática da punição aplicada à pessoa jurídica aos seus sócios e administradores vai de encontro às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Sob a ótica das pessoas naturais, o cerceamento de defesa é manifesto.

Afinal, os sócios e administradores são sancionados nos termos da Lei 9.847/1999 independentemente da instauração de um processo administrativo prévio, que lhes deveria oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, mediante: (i) ciência das infrações e penas passíveis de lhes serem aplicadas; (ii) apresentação

de alegações; (iii) realização de provas; e (iv) interposição de recursos.³⁹ Todas essas são garantias mínimas expressamente asseguradas aos administrados, conforme art. 5.º, LIV e LV da CRFB e arts. 2.º, Parágrafo único, VIII e X, e 3.º, II e III, da LPA. E a violação a elas é ainda mais evidente porque os potenciais afetados – i.e., os responsáveis pela pessoa jurídica – sequer são ouvidos no processo administrativo de responsabilização do estabelecimento.

Dá ser evidente a contrariedade não apenas à Constituição e à Lei do Processo Administrativo federal, mas também ao art. 13 da própria Lei 9.847/1999⁴⁰ e ao Dec. 2.953/1999, que dispõe sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis.⁴¹

Na verdade, mesmo que não houvesse lei disposta sobre o tema, o STF já deixou assentado que as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa emanam diretamente da Constituição e são autoaplicáveis, além de insuscetíveis de supressão. Confira-se:

“– A jurisprudência do STF tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o ‘due process of law’, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, *ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos*. Precedentes. Doutrina.

– Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF/1988, art. 5.º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de

³⁹ Como observa Marçal Justen Filho, “[a] incidência do regime penalístico produz necessariamente a extensão dos princípios processuais pertinentes no tocante à aplicação das sanções administrativas. O sancionamento tem de ser produzido segundo rigoroso processo administrativo, no qual se adotarão garantias de extrema relevância em prol do acusado” (Idem, p. 576).

⁴⁰ *In verbis*: “Art. 13. *As infrações serão apuradas em processo administrativo*, que deverá conter os elementos suficientes para determinar a natureza da infração, a individualização e a graduação da penalidade, *assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório*” (grifou-se).

⁴¹ O Dec. 2.953/1999 estabelece normas procedimentais que garantem a participação do autuado, que poderá apresentar defesa, produzir provas e questionar as infrações a ele imputadas antes da tomada da decisão que lhe aplicará a sanção administrativa. Porém, as regras do Dec. 2.953/1999 não são aplicáveis aos casos de penalização dos sócios e administradores de postos revendedores de combustíveis, com base no art. 10, § 1.º, da Lei 9.847/1999.

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF/1988, art. 5.º, LV).
(...)”^{42,43}

Logo, por força do art. 5.º, LIV e LV, da CF/1988, bem como da interpretação sistemática do art. 10, § 1.º, da Lei 9.847/1999, que deve ser lido em consonância com o que consta do art. 13 do mesmo diploma, mas também do que estabelece a Lei do Processo Administrativo federal (Lei 9.784/1999) e o Dec. 2.953/1999, é ilegítima a punição automática dos responsáveis da pessoa jurídica quando esta for sancionada com a revogação de sua autorização para o exercício de atividade. Qualquer imposição de penalidade aos sócios e administradores deverá, sob pena de nulidade, ser precedida do devido procedimento administrativo o qual respeite as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em suas múltiplas dimensões.

2.3. Inconstitucionalidade Da Responsabilização Dos Postos De Revenda Varejistas Independentemente da Comprovação de Culpa. Violação aos Princípios da Culpabilidade e da Legalidade. Inexistência de Previsão Legal que Autorize a Responsabilização Objetiva

A segunda importante questão suscitada pela regulação em vigor do setor de revenda de combustíveis diz respeito à possibilidade de responsabilização dos postos de revenda de combustíveis nos casos de comercialização de produtos fora da especificação de qualidade, sem a comprovação de culpa e pelo simples fato de o combustível ter sido encontrado no estabelecimento de revenda varejista.

Tal prática, adotada rotineiramente pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, guarda harmonia com os princípios do Direito Administrativo Sancionador? A resposta é patentemente negativa.

Com efeito, a exigência constitucional de demonstração da culpa antes da imposição de sanções administrativas aplica-se também quando o infrator for pessoa jurídica. Não há norma na Constituição que permita concluir em sentido diverso. Também por força da cláusula do Estado Democrático de Direito e do princípio da proporcionalidade, bem como da interpretação sistemática do art. 5.º, XLV e XLVI, da CF/1988, a aferição do elemento subjetivo é exigível mesmo quando a punição se dirige a uma pessoa jurídica.

⁴² STF. RMS 28517 AgR, rel. Min. Celso De Mello, 2.ª T., j. 25.03.2014; grifou-se.

⁴³ Em outro importante precedente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes registrou que: “(...) a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da CF/1988, contém os seguintes direitos: 1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo” (STF, RE 426.147-Agr/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.03.2006, DJ 05.05.2006 PP-00037, EMENT VOL-02231-04 PP-00749). Grifou-se.

A diferença é que, nesses casos, a caracterização da culpa deve atentar a certas peculiaridades. Como esclarece Fábio Medina Osório, a culpabilidade das pessoas jurídicas deve remeter a parâmetros relacionados ao empenho de se evitar o fato, ou de observância de deveres de cuidado que se apresentem encadeados na relação causal. Segundo o jurista:

“(…) Pensamos que o mais correto seria dizer que as decisões das pessoas jurídicas podem ser valoradas à luz de *critérios objetivos próprios da análise das condutas culposas: atuou razoavelmente a pessoa jurídica, observando todos os deveres objetivos de cuidado?* Tal indagação poderia expressar, no fundo, uma exigência de mínima culpabilidade. Trata-se, ademais, de problema que pode ser resolvido, porque não exigiria uma valoração de um ato humano, mas sim de um ato juridicamente praticado e constituído. (...)”⁴⁴

Não há, realmente, fundamento jurídico-constitucional que justifique dispensar a aferição de culpa nos casos de responsabilização administrativa das empresas – ainda que sob a ótica peculiar proposta por Medina Osório, baseada em deveres objetivos de cuidado. Isto é: diante de resultados invencíveis, que não poderiam ter sido evitados mesmo que a pessoa jurídica tivesse atuado com toda a diligência que lhe era exigível, não há respaldo para a imposição de penalidade.

Corroborando o exposto, Manuel Rebollo Puig alude a decisões do Poder Judiciário espanhol que afastaram a existência de infrações administrativa em situações nas quais o suposto infrator havia atuado segundo uma interpretação das normas vigentes que, apesar de equivocada, era razoável e não se revelava arbitrária.⁴⁵ Entendeu-se que, nesses casos, não existia culpa. Já em outros precedentes, afastou-se a responsabilização de supostos infratores que se equivocaram ao considerar existente uma prerrogativa jurídica inexistente (como uma autorização administrativa para exploração de certa atividade, ou a concessão de uma subvenção pelo Estado). Isso porque, “[s]e el error era invencible teniendo en cuenta el deber de saber y de informarse del sujeto, no recaerá sanción administrativa”⁴⁶

Nesse contexto, tem-se que a responsabilização objetiva dos postos de revenda de combustíveis, isto é, sem a comprovação de culpa e pelo simples fato de o combustível fora das especificações de qualidade ter sido encontrado no estabelecimento de revenda varejista, não se coaduna com a Carta Maior. Mais precisamente, com o princípio da culpabilidade.

De mais a mais, a prática carece de respaldo legal. Não existe na Lei 9.847/1999

⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 3. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 378.

⁴⁵ REBOLLO PUIG, Manuel. El derecho administrativo sancionador. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 288.

⁴⁶ Idem, ibidem.

dispositivo que autorize a responsabilização objetiva desses agentes econômicos. E, por força do princípio da legalidade (CRFB, art. 37, *caput*; e Lei 9.784/1999, art. 2.º, *caput*), a Administração Pública somente pode agir quando autorizada por lei.

Aliás, no campo do Direito Administrativo sancionador, essa exigência é ainda mais relevante. Como já se expôs, trata-se de uma das searas em que o grau de vinculação do Estado às garantias constitucionais é mais intenso, como estratégia de contenção do arbítrio estatal. Daí se aplicar ao poder sancionatório da Administração um regime jurídico mais rigoroso, inclusive quanto à exigência de legalidade. Fala-se, nesse sentido, na incidência do princípio da tipicidade.

Isso quer dizer que a lei, tomada em sentido estrito, deve não apenas conter a previsão do tipo e da sanção aplicável, como descrevê-los com clareza e completude. O particular deve ter certeza quanto à conduta proibida (ou quanto ao comportamento exigido) e à penalidade a que sujeito se descumprir a norma. Valem as seguintes três máximas: *lex scripta*, *lex certa* e *lex previa*.⁴⁷ Os Tribunais têm acolhido esse entendimento, como se verifica do seguinte precedente do STF:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 5.º, 8.º, 9.º, 10, 13, § 1.º, e 14 da Portaria 113, de 25.09.97, do Ibama. Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e *estabeleceu sanções* para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, *com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir*. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida”.⁴⁸

In casu, como se disse, não há previsão na Lei 9.847/1999 que autorize a ANP a sancionar os postos revendedores de forma objetiva, i.e., independentemente da aferição quanto ao descumprimento de deveres de cuidado relacionados à qualidade do combustível comercializado. Também por essa razão, conclui-se pela inconstitucionalidade da medida.

Na verdade, a questão é ainda mais grave porque, em diversos casos, os postos sequer têm como aferir eventuais vícios no combustível adquirido para revenda. Por isso, o modelo de fiscalização e punição levado a cabo pela ANP revela-se irracional do ponto de vista regulatório. É o que se verá no item a seguir.

3.3. Violação ao Princípio da Proporcionalidade. A Responsabilização Objetiva dos Postos Revendedores é Medida Inadequada e Irracional do Ponto de Vista da Regulação

Como já se demonstrou acima, o princípio da proporcionalidade é um importante parâmetro para o controle dos atos do Poder Público. De acordo com esse princípio, a medida estatal, para ser legítima, deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Isto é: deve ser apta para realizar a finalidade de interesse público pretendida; deve ser a menos restritiva aos direitos e princípios afetados; e deve “valer a pena” à luz de um juízo de custo-benefício. Isso se aplica, inclusive, à atividade fiscalizatória e sancionatória da ANP,⁴⁹ que deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, nas três máximas definidoras do seu conteúdo.

Para os fins deste estudo, importa saber, especificamente, se é proporcional o modelo fiscalizatório-punitivo adotado em relação aos postos de revenda varejistas, fundado em sua responsabilização objetiva. A resposta é negativa, vez que a medida sequer passa no primeiro teste, o da adequação.⁵⁰

Com efeito, extrai-se da Lei 9.847/1999 que o objetivo inerente à fiscalização pela ANP é o de assegurar o adequado funcionamento das atividades relativas às indústrias do petróleo e dos biocombustíveis e ao abastecimento nacional de combustíveis, garantindo, e.g., que os bens e serviços comercializados respeitem padrões de quantidade e qualidade estabelecidos na regulação.

Se é assim, as sanções administrativas impostas pela Agência devem ser *adequadas* ou aptas para realizar a referida finalidade. Isto é, devem ser idôneas para contribuir para o bom funcionamento das atividades fiscalizadas. Isso pressupõe, de sua vez, que tais penalidades tenham efetiva aptidão para prevenir novas infrações; para coibir que o infrator reincida no ilícito. Aliás, essa é a *ratio* inerente às sanções administrativas.

Ocorre que nem sempre os postos revendedores dispõem de meios para interferir sobre a qualidade do combustível. Segundo explica, em várias situações, o produto é entregue no posto revendedor já fora das suas especificações. E, embora algumas desconformidades possam ser detectadas mediante teste feito na entrega do combustível, outras tantas somente podem ser constatadas mediante análise laboratorial. Nesses casos, a análise feita *in loco* revela-se inócua. Ainda assim, o revendedor varejista é punido.

Ou seja: o revendedor é punido por irregularidades cometidas por agentes intermediários na cadeia (como distribuidoras, transportadoras e refinarias), ainda quando não tenha contribuído de qualquer modo para o resultado danoso. Isso porque,

⁴⁹ Segundo já decidiu o Supremo Tribunal: “1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicarem decisões administrativas” (STF, RMS 28208, rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 25.02.2014).

⁵⁰ E não passando neste primeiro teste, a medida é simplesmente desproporcional; a norma é inconstitucional.

⁴⁷ Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de, e FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Op cit., p. 175. Cf. MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., 2007. p. 119 e ss.

⁴⁸ STF, ADI 1823 MC, rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 30.04.1998, DJ 16.10.1998.

como afirmam especialistas na matéria, o revendedor sequer podia detectar – e por isso evitar – o vício. Nesses casos, a sanção aplicada ao posto de revenda revela-se claramente inadequada. Sua inaptidão para estimular conduta diversa por parte do revendedor é manifesta. Na verdade, o posto varejista agiu da única forma que a situação fática lhe permitia agir, sem dolo ou culpa, não havendo sentido lógico nem justificativa jurídica para ser penalizado.

Também carece de justificativa a punição dos revendedores quando as alterações no combustível puderem ser situadas em uma margem de erro razoável. Isto é, quando os desvios de qualidade ou quantidade forem mínimos. Nesses casos, a sanção aplicada aos revendedores será incapaz de coibi-los, por se tratar de alterações inerentes à atividade econômica desenvolvida, que não podem ser evitadas.

Até porque, mesmo que essas alterações mínimas pudessem ser evitadas, elas não poderiam levar à responsabilização dos postos revendedores. Incidiria, na espécie, uma lógica de tolerância, já reconhecida em outras searas reguladas.⁵¹ É que a sanção perde sentido diante de desvios que não comprometam o bom funcionamento do ambiente regulado. Sob essa ótica, aliás, a punição se revela não apenas inadequada, mas claramente excessiva, já que sujeita o revendedor a consequências extremamente negativas – inclusive ao encerramento de sua atividade econômica em caso de reincidência –, em prol da observância de padrões regulatórios injustificadamente rígidos.⁵²

Mas não é só: o ônus pesado imposto apenas aos revendedores, que ocupam o elo final da cadeia econômica, gera efeitos perversos não somente para eles, mas para toda a sociedade. É que o modelo cria incentivos para que os agentes intermediários comercializem produtos fora dos padrões de qualidade, já que eles: (i) não esperam ser responsabilizados; (ii) e sabem que não sofrerão perdas em seus negócios, dada a dificuldade fática de o revendedor varejista detectar os vícios, especialmente os de menor porte, no momento da compra do combustível.

Em outras palavras, há incentivo (perverso) para a transferência de custos dos intermediários para os agentes que ocupam o elo final da cadeia, mediante a comercialização por aqueles de produtos sem qualidade. Um modelo, como se vê, que estimula o aumento (ou pelo menos a manutenção) de irregularidades, ao invés de combatê-las. Por isso, muito mais que inadequada para alcançar os fins regulatórios, a medida produz efeitos contrários aos esperados pela legislação. Daí ser irracional do ponto de vista regulatório. Um caso típico de paradoxo da regulação⁵³.

⁵¹ A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por exemplo, forte na ideia de que vícios cuja identificação não seja impossível devem ser tolerados, editou a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 14/2014, que estabeleceu limites de tolerância de matérias estranhas em alimentos e bebidas. O ato normativo em questão, no seu art. 13, faz expressa menção à inevitabilidade destas matérias estranhas, deixando claro que não faz sentido punir o agente regulado se ele não teve como impedir o desvio de qualidade e/ou quantidade de menor porte em sua atividade econômica.

⁵² Em outras palavras, a medida é também desproporcional em sentido estrito, por restringir excessivamente as liberdades de iniciativa e de profissão dos revendedores em prol de resultados duvidosos ou ínfimos. Cf. SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*. vol. 57, n. 2, Administering the Administrative State, 1990. p. 407-441.

Em síntese, a responsabilização dos postos de revenda de combustível independentemente da aferição de culpa revela-se incompatível com o princípio da proporcionalidade, que tem sede constitucional e legal (arts. 1.º e 5.º, LIV, CRFB; e art. 2.º, *caput*, da Lei 9.784/1999). O modelo contraria, ainda, a própria lógica da Lei 9.847/1999, já que, ao invés de contribuir para o melhor funcionamento das atividades ali reguladas, faz o contrário: cria incentivos para a perpetuação de vícios no combustível comercializado, estimulando comportamento irresponsável por parte dos agentes situados no meio da cadeia econômica.

3. Conclusões

À luz das considerações traçadas acima, é possível sintetizar as ideias desenvolvidas no presente estudo nos seguintes termos:

O § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999, tomado em seu sentido literal, contraria os princípios constitucionais da culpabilidade, da pessoalidade e da individualização da sanção, além do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A extensão automática de uma sanção aplicada à pessoa jurídica aos seus responsáveis, independentemente de prova de culpa destes, esvazia as garantias constitucionais que exigem a necessária aferição do elemento subjetivo na aplicação da sanção (princípio da culpabilidade); a impossibilidade de transmissão da pena de uma pessoa a outra (princípio da pessoalidade); e a necessária consideração da situação individual do infrator (princípio da individualização).

Ademais, a literalidade do dispositivo representa grave ofensa ao devido processo legal e inviabiliza o exercício da ampla defesa e do contraditório (CRFB, art. 5.º, LIV e LV), ao prever a punição automática dos responsáveis da pessoa jurídica, independentemente da instauração de um processo administrativo sancionatório específico, e, ainda, sem que sejam chamados a integrar o processo administrativo relativo à autuação da empresa. A gravidade da violação a esses princípios é ainda mais evidente porque a sanção prevista pelo art. 10, § 1.º, da Lei 9.847/1999 implica cerceamento das liberdades de iniciativa e de ofício dos sócios e administradores da pessoa jurídica (CRFB, arts. 1.º, IV, 5.º, XIII e 170).

Por tudo isso, o § 1.º do art. 10 da Lei 9.847/1999 deve ser interpretado à luz da Constituição, no sentido da impossibilidade de extensão automática da pena aplicada à pessoa jurídica aos seus responsáveis. A responsabilização dos sócios e administradores somente poderá ocorrer mediante comprovação do elemento subjetivo (i.e., do dolo ou da culpa em sentido estrito), no bojo de processo administrativo especificamente instaurado para esse fim.

A responsabilização objetiva dos postos de revenda de combustíveis, pelo só fato de o combustível fora da especificação de qualidade ter sido encontrado no estabelecimento revendedor, não encontra guarida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, violando, a um só tempo, os princípios da culpabilidade, da legalidade e da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, essa prática contraria o princípio da culpabilidade na imposição de sanções administrativas, o qual também exige a aferição de culpa para a imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas. Como é notório, o revendedor varejista é punido, mesmo quando o problema no combustível não decorreu de nenhum ato comissivo ou omissivo a ele imputável (muitas vezes, o produto é entregue no posto já fora das suas especificações) e sem que haja meios à sua disposição para detectar as desconformidades *in loco*. Nessa hipótese, diante de resultados invencíveis, que não poderiam ter sido evitados mesmo que a pessoa jurídica tivesse atuado com toda a diligência que lhe era exigível, não há respaldo para a imposição de penalidade.

Além disso, a responsabilização objetiva viola o princípio da legalidade, pois inexistente dispositivo na Lei 9.847/1999 ou qualquer base legislativa que autorize a responsabilização objetiva desses agentes econômicos.

De mais a mais, o modelo fiscalizatório-punitivo adotado em relação aos postos de revenda varejistas, baseado na responsabilização desses agentes independentemente de culpa, também se afigura desproporcional e, mais do que isso, irracional do ponto de vista regulatório. Ora, o objetivo primeiro da fiscalização levada a cabo pela ANP é assegurar o adequado funcionamento das atividades fiscalizadas. No entanto, a penalização do revendedor por irregularidades perpetradas por agentes intermediários na cadeia produtiva – notadamente quando aquele não pode identificar a desconformidade dos produtos com os padrões exigidos pela agência reguladora –, ou por alterações no combustível situadas em uma margem de erro razoável, não é adequada para atingir tal finalidade. Nesses casos, a sanção aplicada não é apta a estimular conduta diversa por parte do posto varejista, porquanto ele agiu da única forma que a situação fática lhe permitia, sem dolo ou culpa.

Referências Bibliográficas

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 85.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed., v. II, Madri: Civitas, 1998. p. 163

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 571.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 131.

SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. In: *The University of Chicago Law Review*. vol. 57, n. 2, Administering the Administrative State, 1990. p. 407-441.