Número 28 – novembro/dezembro/janeiro - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

LIBERDADE ECONÔMICA E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS REORGANIZAÇÕES SOsocietárias

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro aposentado, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes e Consultor do Juruena & Associados Advogados.

Henrique Bastos Rocha
Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas e Consultor do Juruena & Associados Advogados.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador tem uma importância vital no cenário jurídico brasileiro. Isso se deve ao alargamento de seu alcance – decorrente da expansão da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) – bem como do incremento do papel estatal na regulação de setores econômicos, particularmente no campo dos serviços públicos, cujas leis de regência prevêem sanções a serem aplicadas pelas Agências Reguladoras.

Mais recentemente, em linha com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE[1] – que previu que cada país membro adotaria as medidas necessárias, considerando seus princípios jurídicos, para estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção relacionados a agentes públicos estrangeiros –, com a Convenção das Nações Unidas Contra

[1] Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions - Adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997. Article 2 - Responsibility of Legal Persons - Each Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official.*

Corrupção (internalizada pelo Decreto nº 5.687/2006) [2] e com a Convenção Interamericana Contra Corrupção idealizada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) [3] foi promulgada no Brasil a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). [4]

A nova Lei Anticorrupção brasileira, que dispõe sobre a *responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira* deve ser analisada no contexto do mundo globalizado, que a um só tempo reclama (i) a rigorosa punição de ilícitos deletérios aos mercados e (ii) a preservação de um ambiente de liberdade econômica interfronteiras, em que os grupos empresariais sem propósitos criminosos possam se organizar e contratar visando a eficiência, em ambiente de segurança jurídica.

A globalização, motivada pela dilatação dos horizontes de interesses das sociedades humanas, não é um fenômeno novo, mas, ao contrário, muito antigo, pois segue a lógica histórica da expansão dos interesses e de sua consequente e inevitável instrumentação do poder.

Ocorre que hoje se vive uma globalização não só mais ampla e mais diversificada, se comparada com períodos anteriores, como também mais profunda, porque se propaga beneficiada pelo fantástico arsenal dos recursos tecnológicos proporcionado pela Revolução das Comunicações, deflagrada no século XX.

A economia globalizada favoreceu a formação de grupos econômicos internacionais, preponderantemente, e nacionais, em menor escala. Os *players* dos mercados globalizados operam, naturalmente, em um universo quase irrestrito de possibilidades, o que lhes impõe agir de maneira eficiente para

---

[2] Nos termos do seu artigo 1º, as finalidades da Convenção são: a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. Especificamente quanto à responsabilização de pessoas jurídicas, o artigo 26 é expresso em enunciar: "*Art. 26. Responsabilidade das pessoas jurídicas. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo*".

[3] A Convenção tem o objetivo de promover e fortalecer, nos países signatários, os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

[4] A Lei Anticorrupção brasileira guarda estreita relação com o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), legislação estadunidense que rechaça o oferecimento de suborno de funcionários públicos estrangeiros por sociedades empresárias norte-americanas, e com o *Bribery Act*, de 2011, medida legislativa britânica de combate à corrupção.

garantir sua própria sobrevivência econômica e lhes exige tomar decisões levando em consideração o âmbito global, inclusive no que toca às reorganizações empresariais.

Nesse cenário de mundo globalizado, a Constituição Federal de 1988 não poderia seguir outro caminho senão garantir, em plano normativo superior, princípios de liberdade econômica já predominantemente praticados em nosso país, propiciando aos agentes nacionais e estrangeiros ambiente compatível com o vigente nos principais países da América e na Europa, berço da cultura empreendedora que fez o mundo conhecer os melhores exemplos de bem-estar social.

A globalização não aniquila, porém, nem mesmo nos blocos político-econômicos, os ordenamentos jurídicos estatais, sendo necessário compreender a dicotomia globalização econômica / Estados Nacionais, a fim que cada país promova a ordenação da economia sem prejudicar o inexorável caminho da humanidade rumo à civilidade social e econômica, impulsionada pela cooperação entre os povos.

Na qualidade de regulador dos mercados internos, o Estado, ao mesmo tempo, limita a atuação das organizações que desenvolvem atividades econômicas de modo deletério ao ordenamento jurídico, e se autolimita, evitando que penalizações desproporcionais no campo econômico reflitam negativamente em nível nacional ou supranacional.

Nesse contexto, especial atenção deve ser dada às reorganizações empresariais, instrumento de constante busca da eficiência econômica, de importância central no mundo globalizado e protegidas constitucionalmente, no Brasil, na liberdade de contratar, desdobramento do princípio da livre iniciativa que condensa as liberdades fundamentais de nossa Ordem Econômica.

A intranscendência[5] das sanções administrativas aplicadas às pessoas jurídicas é um tema de crucial relevância prática, ante a profusão de operações societárias observadas nos últimos anos no Brasil, e com perspectivas de substancial incremento nos anos vindouros, a despeito das naturais oscilações decorrentes dos ciclos econômicos e problemas estruturais que afetam a economia do nosso país.

Trata-se de estudar os parâmetros dentro dos quais devem subsistir, nas hipóteses de reorganização empresarial, os efeitos da sanção administrativa aplicada à pessoa jurídica, sem descurar dos princípios constitucionais

[5] O Supremo Tribunal Federal utiliza a expressão intranscendência no sentido de vedação a que as sanções e restrições de ordem pública superem a dimensão estritamente pessoal do infrator (art. 5º, XLV, da CF/88). Nesse sentido, cf. Questão de Ordem em Agravo Regimental na Ação Cautela nº 1.033-1/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Plenário. Publicado no DJe em 16/06/2006. Cumpre-nos salientar, por relevante, que a Corte Suprema, corriqueiramente, se vale dos sinônimos "pessoalidade da pena", "intransmissibilidade da pena" e "incontagiabilidade da pena" para se referir à garantia plasmada no inciso XLV do art. 5º.

protetores da liberdade econômica vigentes nesta era de aprofundada globalização.

Neste breve estudo, analisamos a intranscendência das sanções administrativas impostas às pessoas jurídicas, com base na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, nas hipóteses de reorganizações societárias, considerados os princípios constitucionais que asseguram as liberdades econômicas e os que limitam a atividade punitiva do Estado.

1. A LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos Estados Contemporâneos, Democráticos e de Direito, a economia é a expressão da liberdade de trabalho e da liberdade de iniciativa, atributos indissociáveis da pessoa humana, que, em conjunto, conformam a liberdade econômica. [6]

Em Direito Político, a ideia de ordem econômica corresponde, assim, ao conjunto de princípios e normas jurídicas que modelam um padrão desejável para moldar os processos econômicos de determinada sociedade, atuando como limitações, condicionamentos, suplementações e incentivos para sua efetiva realização.

Nesse passo, a Constituição de 1988 confere aos princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano a função orientadora da atividade econômica (art. 1º, IV[7]). Como tal, informam os princípios gerais atinentes à ordem econômica, definidos especialmente no artigo 170[8], bem como todos os demais princípios e preceitos específicos de conteúdo econômico, deles derivados.

A despeito de todos os dispositivos constitucionais terem idêntica hierarquia normativa, esses princípios – que definem liberdades – têm elevada carga axiológica e por essa razão, sempre preferirão aos que condicionam ou restringem liberdades. [9]

---

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Curso de Direito Administrativo.*** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 501.

[7] Art. 1º 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: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

[8] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***A ordem econômica na Constituição de 1988.*** *In* ***Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 42.*** 1990, p. 59.

Toda e qualquer ação no âmbito do Estado, inclusive as de caráter interventivo e sancionatório, bem como o exercício interpretativo de outras normas constitucionais e infraconstitucionais, devem ser balizadas pelo conteúdo axiológico da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano. [10]

Como o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já bem esclareceu, *"a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro".* [11]

Assim, como apontou MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO, reconhece-se *"que cabe à livre iniciativa o papel propulsor da economia, e ao Estado o acompanhamento e estímulo do mercado, reprimindo as situações de anormalidade".* [12]

A liberdade de trabalho, que inspira o conteúdo das regras albergadas no art. 7º da Carta de 1988, impõe que os direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores sejam observados e respeitados pelos agentes econômicos. [13] Somente dessa forma é possível garantir uma vida digna ao elemento subjetivo da engenharia econômica.

Para compreender como o princípio da livre iniciativa atua conformando a liberdade econômica, necessário desmembrá-lo nos elementos que lhe dão conteúdo, todos eles espraiados no texto constitucional. Como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, a livre iniciativa pressupõe a existência de propriedade privada, de liberdade de empresa, da livre concorrência e a liberdade de contratar:

> *[E]m primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da ideia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar, situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que hão de ser determinados*

[10] Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. ***A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.*** *In* ***Temas de Direito Constitucional. Tomo II.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50.

[11] Recurso Extraordinário nº 205.193. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Publicado no DJ em 06/06/1997.

[12] SOUTO, Marcos Juruena Villela. ***Direito Administrativo da Economia.*** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

[13] Nos termos do *caput* do próprio art. 7º, outros direitos – ali não elencados – são constitucionalmente válidos, desde que assegurem a melhoria da condição social dos trabalhadores.

> *pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).* [14]

Acrescente-se que a iniciativa privada é um direito de liberdade, que em uma perspectiva dinâmica se concretiza em dois momentos, que são o da liberdade de iniciativa e o da liberdade de empresa, como bem expõe JORGE MIRANDA:

> *[H]á um primeiro momento, de acesso à iniciativa económica – uma fase do exercício originário da iniciativa e da constituição da empresa. E há um segundo momento, o da direcção ou da gestão. Primeiro, constituem-se as empresas, em seguida desenvolvem livremente a sua actividade. O primeiro momento traduz-se na liberdade de iniciativa (...). No segundo momento, é o resultado da iniciativa e, simultaneamente a condição de sua prossecução – a empresa – que ressalta. Trata-se agora da liberdade de empresa, do direito da empresa de praticar os actos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar.* [15]

Mas a liberdade de iniciativa não é imune a limitações por normas expressas na própria Constituição Federal. O próprio princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado. Seu corolário, o princípio da liberdade de empresa, corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, modera-se com o da repressão do abuso do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade. [16]

Desse modo, como já assentou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, qualquer intervenção estatal na ordem econômica deve ser proporcional e realizada de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república. [17]

---

[14] BARROSO, Luís Roberto. ***A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.*** *In* ***Temas de Direito Constitucional. Tomo II.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51.

[15] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Parte IV – Direitos Fundamentais.* 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 448 e 454/455.

[16] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988.*** Rio de Janeiro: APEC, 1989, p. 28.

[17] STF. Recurso Especial nº 648.622/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Publicado no DJe em 22/02/2013.

Dessas constatações, extrai-se importante conceito sobre a atuação do Estado no campo econômico e financeiro: somente a própria Constituição que entroniza e consagra as liberdades de iniciativa e trabalho, poderá excepcioná-las.

Essa também é a linha de pensamento de LUIS ROBERTO BARROSO ao analisar as exceções ao princípio da livre iniciativa: *"As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizados pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica".* [18]

Portanto, o Poder Público não pode, sob qualquer pretexto, mitigar as liberdades econômicas asseguradas pela Constituição Federal sem amparar-se em outro dispositivo constitucional, em exercício de ponderação balizado pela razoabilidade.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A LIBERDADE ECONÔMICA

O poder sancionador do Estado quando exercido em face das pessoas físicas encontra rigorosas limitações nos direitos e nas garantias fundamentais, em especial aquelas decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Quando esse poder sancionador se volta contra as pessoas jurídicas[19] deve, igualmente, ser exercido com cautela, de modo a não restringir as liberdades econômicas garantidas pela Constituição Federal, desdobradas, como visto, na propriedade privada, na liberdade de empresa, na livre concorrência e na liberdade de contratar.

Dentre as sanções estabelecidas pelo legislador ordinário com respaldo na Constituição Federal, destacam-se, para fins deste estudo, as relacionadas à prática de atos contra o Poder Público, previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e, mais recentemente, na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

---

[18] BARROSO, Luís Roberto. ***A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.*** *In* ***Temas de Direito Constitucional. Tomo II.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51.

[19] A Constituição Federal previu expressamente que o poder sancionador do Estado pode atingir as pessoas jurídicas, por ato contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (§ 5º do artigo 173) e por condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente (§ 3 do artigo 225) Não obstante tenha o constituinte se preocupado em expressar, nesses dispositivos, a proteção de direitos difusos, é seguro afirmar que nosso sistema constitucional, fundado normas e conceitos a ele anteriores e aceitos universalmente, reconheceu a pessoa jurídica como instituição jurídica, sujeito de direitos e obrigações, com responsabilidades legais que, se descumpridas, podem dar ensejo à atuação do poder punitivo do Estado.

A Lei de Improbidade Administrativa não prevê expressamente as pessoas jurídicas como sujeito passivo das sanções nela previstas, mas no âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, a possibilidade de a pessoa jurídica estar submetida aos preceitos da Lei de Improbidade Administrativa é questão incontroversa, como se observa no seguinte trecho do MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

> *O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.*
> *Em tese, portanto, eventual condenação por improbidade administrativa sujeita as pessoas jurídicas ao ressarcimento integral do dano, à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao pagamento de multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, nos termos e limites do art. 12 da LIA.* [20]

Foi assentado também no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em acórdão do Ministro BENEDITO GONÇALVES, que *"as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos"* e que *"de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios".* [21]

A doutrina majoritária também segue este entendimento. Segundo GARCIA e ALVES "*também as pessoas jurídicas poderão figurar como terceiros na prática dos atos de improbidade, o que será normalmente verificado com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo ímprobo. Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade e necessariamente uma pessoa física, o art. 3º da Lei de Improbidade não faz qualquer distinção em relação aos terceiros, tendo previsto que 'as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público...', o que permite concluir que as pessoas jurídicas também estão incluídas sob tal epígrafe".* [22]

Portanto, dúvida não há que as pessoas jurídicas podem ser apenadas com base na Lei de Improbidade Administrativa, restando, porém, um importante espaço de estudo a respeito dos *limites* e *circunstâncias* para o exercício desse poder sancionador pelo Estado contra as pessoas jurídicas, em

---

[20] STJ. Recurso Especial nº 1.122.177/MT. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 03/08/2010.

[21] STJ. Recurso Especial nº 970.393/CE. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Publicado no DJ em 29/06/2012.

[22] GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. ***Improbidade Administrativa*** , 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 282.

especial nos casos de reorganizações societárias, tendo em conta as liberdades econômicas garantidas pela Constituição.

Isto porque se a Lei de Improbidade Administrativa não foi expressa em relação à sujeição passiva das pessoas jurídicas, como visto acima, também por decorrência não tratou das questões atinentes à subsistência das sanções nas reorganizações societárias.

Com a recente publicação da Lei Anticorrupção, jogam-se luzes sobre esta importante temática, eis que a referida Lei, que trata da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira dispõe, em seu artigo 4º, sobre a transcendência da responsabilidade das pessoas jurídicas em reorganizações empresariais.

Diferentemente da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção direciona-se especialmente às pessoas jurídicas, constituídas sob diferentes formas, incluídas as sem fins lucrativos como as associações e fundações e, logicamente, as sociedades empresárias, cuja reorganização e suas relações com as sanções administrativas são objeto do presente estudo.

Mesmo as chamadas *sociedades não personificadas*, categoria em que o Código Civil Brasileiro inclui a *sociedade em comum* (artigos 986 a 990) e a *sociedade em conta de participação* (artigos 991 a 996) estão sujeitas às sanções da Lei Anticorrupção, por expressa disposição do parágrafo único do artigo 1º.

Adicionalmente, a Lei Anticorrupção dispôs, em seu artigo 4ª, acerca das hipóteses em que a pessoa jurídica sucessora deve suportar a pena imposta à pessoa jurídica sucedida:

> *Art. 4º (...) § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.*

Trata-se de dispositivo oportuno, cujo alcance deve ser apreendido em sua interpretação conforme os princípios da Constituição Federal que asseguram as liberdades econômicas e limitam o poder punitivo do Estado.

Todas as normas infraconstitucionais têm seu fundamento de validade na Constituição Federal, sendo certo que a unicidade do poder punitivo do Estado reclama a aplicação dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado a todas as metodologias de apenamento criadas por lei. Com efeito, as restrições à transcendência das sanções criminais na apenação de pessoas jurídicas aplicam-se de igual forma para as sanções administrativas previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.

O poder punitivo do Estado é uno, desdobrando-se no poder punitivo do Estado-Juiz e do Estado-Administrador, com diferentes procedimentos, mas ambos limitados pelos princípios garantidores da Constituição Federal, que fundamentam e restringem a atividade estatal sancionadora, assume importância central o princípio da intranscendência da pena, expresso no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição:

> *Art. 5º, 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*.

Referido princípio, indubitavelmente aplicável no campo do Direito Administrativo Sancionador, estende sua proteção às pessoas jurídicas, como todas as demais garantias do artigo 5º que sejam compatíveis com a natureza jurídica dessas entidades.

Se no que toca às pessoas físicas, o princípio da intranscendência da pena tem fundamento na dignidade da pessoa humana, no que pertine às pessoas jurídicas, colhe seu fundamento nas liberdades econômicas constitucionais, sendo de relevância central para a teorização das sanções administrativas nas reorganizações societárias, como veremos em seguida.

3. A INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

3.1. INTRANSCENDÊNCIA E OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS

Com a omissão da Lei de Improbidade Administrativa sobre a intranscendência das sanções aplicadas a pessoas jurídicas e considerando a já referida unicidade do poder punitivo estatal e suas limitações constitucionais, analisaremos os dispositivos da Lei Anticorrupção pertinentes às operações societárias, servindo as conclusões do estudo também para as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei Anticorrupção prevê a responsabilidade da sucessora da sociedade empresária, nos casos de **fusão ou incorporação**, até o limite do patrimônio transferido, em relação (i) à reparação integral do dano causado (ii) à obrigação de pagamento de multa (§ 1º do artigo 4º).

Como a incorporação *"é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações"* (art. 227), a sociedade incorporada se extingue. Também na fusão, que *"é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações"*, as sociedades objeto da operação se extinguem (art. 228). Nestas duas hipóteses,

evidentemente não subsiste a sanção aplicada às sociedades, pois elas deixam de existir.

A reparação do dano decorre da responsabilidade civil, não sendo objeto de estudo do Direito Administrativo Sancionador, mas a obrigação de pagamento de multa decorre da aplicação de sanção, admitindo-se a transcendência unicamente pelo fato de a sanção constituir uma obrigação pecuniária, que se incorpora ao patrimônio do apenado, o que se conforma ao disposto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição e ao entendimento já consolidado em nossos tribunais. [23]

De outro lado, infere-se do dispositivo legal que não há responsabilidade da sociedade sucessora em relação às demais espécies de sanção – i.e. qualquer sanção que não seja multa pecuniária – decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

Para guardar coerência com o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição, não poderia mesmo a lei dispor de modo diferente, admitindo a sucessão em relação à pena restritiva de direitos.

Se por um lado a multa transmuda-se em obrigação pecuniária, passando a integrar o patrimônio da pessoa apenada e podendo ser objeto de sucessão, por outro lado, as penas restritivas de direito não podem de modo algum ser transferidas, sob pena de violação ao mesmo artigo 5º, inciso XLV, da Constituição.

As penas restritivas de direitos, quando aplicadas a pessoas jurídicas, afetam liberdades econômicas outorgadas pela Constituição como a liberdade de contratar, que abrange as contratações com a Administração Pública.

Uma pena restritiva da liberdade de contratar com a Administração Pública por um determinado prazo não é passível de avaliação financeira e,

---

[23] O Código Tributário Nacional não é expresso em admitir que o sucessor jurídico do apenado seja responsável pelo pagamento de multas tributárias (moratórias ou punitivas). Conforme a redação do art. 132 daquele código: *"**Art. 132.** A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas. **Parágrafo único.** O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual"*. No entanto, a jurisprudência admite a transferência de responsabilidade de multas aos sucessores em razão destas terem incorporado ao patrimônio do contribuinte. Nesse sentido, por todos, v. Recurso Especial nº 592.007/RS, Rel. Min. José Delgado. Publicado no DJ de 22/3/2004: *"Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento"*.

portanto, a admissão de sua *transcendência* poderia inviabilizar operações societárias tendo como objeto a sociedade empresária apenada, o que seria deletério às reorganizações empresariais próprias do mundo globalizado, afetando a integração econômica e o desenvolvimento de nosso país.

Para os casos de **transformação e cisão** de sociedades, a Lei dispõe no sentido da subsistência da responsabilidade da pessoa jurídica apenada (art. 4º, caput), mesmo para as sanções diferentes da multa pecuniária.

Na hipótese de **transformação**, a subsistência da responsabilidade administrativa é evidente, porque se altera apenas a forma da sociedade (normalmente, transforma-se a sociedade limitada em sociedade anônima, ou vice-versa), pois além de não haver a extinção ou criação de pessoa jurídica, subsistem na pessoa apenada todos os elementos materialmente relevantes (objeto social, controladores, administradores, etc.). [24]

A **cisão** deve ser analisada de acordo com a espécie: se cisão total ou cisão parcial. Segundo o artigo 229 da Lei nº 6.404/76, a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio **(cisão total)**, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão **(cisão parcial)**.

A hipótese da **cisão total**, com versão de todo o patrimônio da companhia cindida para sociedades já existentes, deve ter o mesmo tratamento da incorporação, em razão da extinção da sociedade cindida e da absorção de seu patrimônio por outras sociedades. Note-se que para este caso a própria Lei nº 6.404/76 prevê a igualdade de procedimentos (art. 229, § 3º).

Tratando-se de hipótese similar à incorporação, é razoável entender aplicável a este caso o § 1º do artigo 4º da Lei Anticorrupção, afastando-se a possibilidade de comunicabilidade de sanção, exceto a obrigação de pagamento de multa, pelos motivos já expostos.

Já no caso de **cisão parcial**, em que a sociedade cindida continua a existir, a responsabilidade administrativa subsiste em relação à sociedade cindida, não afetando porém a sociedade para a qual se verteu parcela de seu patrimônio.

---

[24] Segundo o artigo 220 da Lei nº 6.404/76, a transformação "é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro". Como esclarece JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA: "*Quando a sociedade passa de uma espécie para outra, opera-se como que uma metamorfose. A transformação muda-lhe as características, mas não a individualidade, que permanece a mesma, mantendo-se íntegros a pessoa jurídica, o quadro de sócios, o patrimônio os créditos e os débitos. (...) Não ocorre, por conseguinte, o fenômeno da sucessão, pois que ninguém pode ser sucessor de si próprio; a sociedade permanece com todos os créditos e débitos anteriores exatamente porque eram e continuam sendo de sua responsabilidade*". (BORBA, José Edwaldo Tavares. ***Direito Societário.*** 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp.459/460).

A preocupação neste caso deve ser com operação de cisão com o propósito de "esvaziar" a sociedade cindida, em relação a seu patrimônio e/ou atividade, com versão patrimonial para sociedade nova ou sem histórico de atividades relevante, principalmente se do mesmo grupo econômico, de modo a evitar a efetividade da sanção.

Casos como esse não se pode admitir, devendo o aplicador da lei desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade que absorve o patrimônio da cindida, para efetivar a sanção aplicada.

Para as operações societárias em geral (transformação, fusão, incorporação e cisão), a solução legislativa foi, portanto, razoável, já que o próprio dispositivo legal (art. 4º, § 1º da Lei Anticorrupção) restringe a sucessão, nessas operações, às sanções pecuniárias.

Contudo, as aquisições de controle de sociedades empresárias não foram especialmente referidas na lei, dando margem a dúvida sobre se o tratamento jurídico desses negócios deve cair na vala comum do tratamento dado pela Lei Anticorrupção às *alterações contratuais*, referidas no artigo 4º, ou não, como estudaremos no próximo item.

3.2. INTRANSCENDÊNCIA E TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO

A Lei de Improbidade Administrativa não se refere expressamente à (in)transcendência da sanção administrativa na transferência do controle societário, nem à figura do acionista controlador da pessoa jurídica.

Entretanto, independentemente da discussão doutrinária sobre a aplicabilidade ou não do princípio da culpabilidade às pessoas jurídicas para fins de sanção administrativa[25] o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu pela necessidade de relação entre atos de pessoas físicas e a pessoa jurídica, para a imposição de sanção à pessoa jurídica.

Entendeu o Tribunal que para a penalização de pessoas jurídicas é necessário que a ação individual do diretor ou administrador tenha se dado no interesse ou no benefício da pessoa jurídica, perpetrada em seu amparo, e tenha ocorrido dentro da esfera de atividades da entidade. E mais, o ato lesivo

[25] No sentido da impossibilidade de aferição de culpabilidade na conduta de pessoas jurídicas, RAMÓN PARADA afirma que *"castigar a la persona jurídica como tal (asociación, sociedad, etc.) y no a los titulares de sus órganos de gobieno (presidentes, consejeros, gerentes) y a sus empleados es, a la vez que una excepción al principio de la necesidad del elemento de culpabilidad próprio del Derecho punitivo, una singularidad notable del Derecho administrativo sancionador"* (PARADA, Ramón. ***Derecho Administrativo I – Parte General.*** Décima Edición. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 541). De outro modo, FÁBIO MEDINA OSÓRIO entende que o princípio alcança as pessoas jurídicas de maneira diferente, na medida em que a *"culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade"*. (OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador.*** 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 389).

deve decorrer de uma deliberação do ente coletivo e o autor material da infração deve ser vinculado à pessoa jurídica. [26]

A Lei Anticorrupção, também não dispõe expressamente sobre a (in)transcendência da sanção na transferência do controle societário, mas como visto, as regras constantes de seu artigo 4º instigam o aprofundamento do estudo do tema sob a ótica de Direito Constitucional e Diretito Societário, para conclusões que serão igualmente válidas para a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei Anticorrupção dispõe que no caso de alteração contratual subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica apenada (art. 4º, caput), mesmo para as sanções diferentes da multa pecuniária, mas a hipótese deve ser analisada com cautela.

Pode haver alteração contratual em relação a diversos aspectos da pessoa jurídica, desde alterações sem efeitos relevantes, até alterações fundamentais, como a alteração do objeto social.

Como nas sociedades limitadas a transferência do controle ocorre, por regra, via alteração contratual que formaliza o negócio jurídico de alienação de quotas sociais, poder-se-ia pensar, em primeira leitura, que a lei tratou implicitamente da questão.

Mas nos parece que o legislador não pretendeu mesmo se referir à alienação do controle societário, pois as sociedades anônimas, forma societária de larga utilização no Brasil, que também são abrangidas pela Lei Anticorrupção (artigo 1º,§ único), têm como ato constitutivo *estatuto social* e a alteração de controle se promove com o registro de transferência de ações, na forma da Lei nº 6404/76, mas sem alteração no estatuto social.

A sanção aplicada a uma sociedade empresária não deve subsistir em caso de transferência do controle dessa sociedade para outro grupo empresarial. Se uma determinada sociedade deixa de ser controlada por um grupo empresarial “A”, passando a ser controlada por um grupo empresarial “B”, não faz sentido a subsistência da sanção administrativa, porque neste caso estar-se-ia apenando, em última análise, um grupo empresarial que não cometeu o ilícito.

Não se pode privilegiar a forma sobre a substância, ao argumento de que a sociedade empresária apenada não se extinguiu. Com a transferência do controle, a sociedade não se extingue formalmente, é verdade, mas a mudança do controle societário transmuda o seu cerne volitivo, que sócio titular do *poder de controle*.

---

[26] STJ. Recurso Especial nº 564.960/SC. Rel. Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em 02/06/2005. **Nota:** embora o julgado refira-se à responsabilização penal de pessoas jurídicas por crimes ambientais, o pensamento e os parâmetros ali delimitados são de todo aplicáveis ao objeto deste estudo.

O poder de controle, instituto há muito positivado no Direito Societário Brasileiro, é um dos pilares do sólido sistema da Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6404/76), oriundo da brilhante pena de ALFREDO LAMY e BULHÕES PEDREIRA.

É o acionista controlador que dá substância ética e estratégica à sociedade empresária, para o bem ou para o mal. É o "cérebro" da sociedade.

Segundo o artigo 116 da Lei nº 6.404/76, o acionista controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que (i) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

De modo complementar, nosso ordenamento também reconhece como fato jurídico o *abuso do poder de controle*, ao dispor no artigo 117 da Lei nº 6.404/76 que o *acionista controlador* responde pelos danos causados por atos praticados com *abuso de poder*.

É certo que a Lei nº 6.404/76 disciplina o abuso de poder de controle tendo como principal objetivo a proteção dos acionistas minoritários, como se observa no elenco de modalidades de exercício abusivo de poder constante do § 1º do seu artigo 117.

Por outro lado, o conceito de *abuso de poder de controle* solidifica o reconhecimento legal de que a sociedade por ações, como as demais pessoas jurídicas, age por seus órgãos de administração de acordo com a orientação de seu acionista controlador (art. 116 da Lei nº 6.404/76).

O *poder de controle* nas sociedades empresárias tem acentuada importância para o Direito Administrativo Sancionador na medida em que, apesar da autonomia jurídica e patrimonial da pessoa jurídica, a ação ou omissão objeto de sanção administrativa, está relacionada à figura do acionista controlador, como visto acima, pois é este quem, em última análise, por meio dos órgãos de administração, dita os rumos da companhia.

Como expõem FÁBIO KONDER COMPARATO e CALIXTO SALOMÃO FILHO, *"controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica"* e, dessa forma, "*o controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade".* [27]

[27] COMPARATO, Fábio Konder & FILHO, Calixto Salomão. ***O poder de controle na sociedade anônima.*** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 124 e 125.

Em relação às pessoas jurídicas, a função *preventiva* da pena relaciona-se ao desestímulo do controlador para dirigir a empresa com vistas à prática de ilícitos e a função *ressocializante* da pena tem relação com o aprimoramento da organização, de forma a que a atividade empresária seja organizada de modo a não haver estímulos a prática de ilícitos por executivos e empregados.

A transferência do controle de uma sociedade empresária afeta o cerne volitivo dessa sociedade, não se devendo admitir a subsistência de sanções administrativas restritivas de direito, sob pena de *transcendência* da sanção para novo grupo econômico, o que não passou despercebido dos eminentes estudiosos Direito do Mercado de Capitais EIZIRIK, GAAL, PARENTE e HENRIQUES:

> *(...) aceita-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica* in bonam partem*, isto é, em benefício da sociedade. Ou seja, não cabe a aplicação de penalidades administrativas à instituição financeira ou à companhia aberta que teve o seu controle acionário alienado em razão de ilícitos cometidos antes da mudança de controle, pois tal penalização resultaria injusta às pessoas que estão a desempenhar a função de novos controladores.* [28]

Adicionalmente, a *transcendência* de sanções restritivas de direito entre grupos econômicos[29] pode levar a sérias consequências para a eficiência dos mercados, se atingir o livre exercício de atividade econômica por grupo empresarial adquirente do controle da sociedade apenada.

Não se deve, por apego à consideração meramente formal da sociedade apenada, admitir que as consequências da sanção sejam suportadas por novo grupo controlador, o que configuraria transferência não formal da sanção, mas sim – e mais grave - transferência *material*.

A Lei Anticorrupção considera a existência de elemento volitivo independente da pessoa jurídica formalmente constituída, do que se extrai que a responsabilização administrativa está ligada às pessoas que ditam os rumos

---

[28] EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna B., PARENTE, Flávia e HENRIQUES, Marcus de Freitas. ***Mercado de Capitais – Regime Jurídico.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 293/294.

[29] Na lição de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA: *"Sempre que várias sociedades se encontram sob controle comum, tem-se um grupo de sociedades. O grupo será considerado de direito ou de fato, segundo tenha ou tenha sido objeto de um ato forma de constituição. Para os fins do Capítulo XXI da Lei nº 6.404/76, somente se aproveitarão os grupos de direito, aos quais, inclusive, foram reservadas as designações "grupo de sociedades" ou "grupo" (...) Implantado o grupo de direito, configura-se apenas um sistema ordenado de comando e integração de proveitos, viabilizando-se a subordinação dos interesses de uma ou algumas sociedades aos de outras (art. 276), prática esta que, sem a existência do grupo, estaria veda pelo art. 245. E assim mesmo, o grupo deve ser estruturado de forma a que os interesses das várias empresas se mantenham, sob o aspecto financeiro, em posição de equilíbrio. Do contrário, os interesses dos acionistas minoritários poderiam estar sendo sacrificados"*. (BORBA, José Edwaldo Tavares. ***Direito Societário.*** 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 504 e 505).

da atividade empresarial exercida, que são os sócios das sociedades personificadas ou não, ao prever que as sociedades *despersonificadas* estão sujeitas à responsabilização administrativa (artigo 1º, parágrafo único).

Rememore-se também o que já foi tratado acima a respeito das operações societárias de fusão e incorporação, que por expressa disposição do § 1º do artigo 4º da Lei Anticorrupção, são causa de não aplicação da sanção à sociedade sucessora da incorporada. Se há hipóteses de extinção de punibilidade pela extinção formal da sociedade, com maior razão não se deve estranhar hipóteses de extinção de punibilidade por alteração material fundamental na situação jurídica da sociedade, que é a alteração do acionista controlador.

De modo semelhante, a existência de hipóteses legais de extinção da punibilidade por vontade dos controladores da sociedade apenada – como ocorre no caso da sua incorporação, deliberada por seus controladores – retira qualquer estranhamento a que a mesma consequência possa decorrer da alienação de controle.

Por outro lado, considera relevante o grupo societário para fins de transcendência da sanção pecuniária, como se observa no § 2º do artigo 4º da Lei Anticorrupção:

> *Artigo 4º. (...)*
> *§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.*

Portanto, afora a consideração meramente formal relativa à subsistência ou não da pessoa jurídica, as hipóteses de incorporação da sociedade apenada e aquisição do controle da sociedade apenada são semelhantes para fim de intranscendência da sanção entre o antigo e o novo grupo empresarial controlador.

O que importa em uma e outra hipótese é a análise da operação societária no caso concreto de modo a se coibir eventual fraude com intuito de afastar os efeitos da sanção.

No caso da incorporação, o melhor critério para identificar a fraude é exatamente a verificação do grupo empresarial a que pertence a incorporadora. Se a sociedade incorporadora pertence a outro grupo empresarial, haverá presunção de que se trata de negócio jurídico com propósitos empresariais relevantes, como ganhos de escala e captura de sinergias.

De outro lado, se a incorporadora for sociedade do mesmo grupo empresarial, pode-se presumir que o propósito da operação seja apenas o de afastar a aplicabilidade da sanção, salvo se comprovado cabalmente que a

incorporação tem outros propósitos economicamente relevantes que não a mera extinção da sanção.

CONCLUSÕES

A dinâmica empresarial brasileira nos últimos anos tem levado a um aumento sem precedentes no número de operações societárias que resultam em transferência do controle societário. Tais operações normalmente têm em vista o aumento da eficiência econômica da empresa, por meio de ganhos de escala e sinergias que, devidamente controladas pelo CADE geram, em última análise, benefícios para o consumidor.

Da assinatura do contrato preliminar até a efetivação da operação societária com a assinatura do contrato definitivo, decorre normalmente um enorme trabalho de auditoria jurídica (*due diligence*) para a identificação e mensuração dos passivos e das contingências da sociedade empresária cujo controle se pretende adquirir.

Não se pode admitir como interpretação razoável à Lei Anticorrupção que sua teleologia seja vinculada à criação de mais um obstáculo às reorganizações societárias, a materializar novo receio do controlador em suportar, além das contingências, sanções aplicadas à sociedade por atos praticados sob o controle de outrem, particularmente no caso de sanções restritivas de direito, que são de difícil avaliação para precificação das ações ou quotas de capital objeto da operação societária.

Nesse cenário, o princípio da intranscendência da pena insculpido no artigo 5º, inciso XLV da Constituição, desempenha papel fundamental também na tarefa de evitar a sucessão em relação a penas restritivas de direitos das pessoas jurídicas, o que poderia tolher as liberdades econômicas garantidas pela Constituição Federal, baseadas na livre iniciativa e desdobradas na proteção da propriedade privada, de liberdade de empresa, da livre concorrência e a liberdade de contratar.

Do exposto, podemos extrair as seguintes conclusões objetivas:

1. No contexto do mundo globalizado, a Constituição Federal atribui aos princípios da livre iniciativa (desdobrado nos seus consectários, a saber, propriedade privada, liberdade de empresa, livre concorrência e liberdade de contratar) e da valorização do trabalho humano a função de reitores da atividade econômica e conformadores da liberdade econômica dos agentes do mercado.

2. A livre iniciativa só pode ser excepcionada com fundamento na própria Constituição Federal, não se admitindo que o legislador ordinário crie regras restritivas dos seus consectários, como a liberdade de empresa e a liberdade de contratar sem consonância com princípios e regras constitucionais.

3. A Constituição Federal legitima o poder sancionador do Estado, inclusive contra as pessoas jurídicas, tendo o legislador ordinário disposto sobre a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas em razão do cometimento de atos ilícitos contra a Administração Pública tanto na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), quanto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

4. A Constituição Federal veicula princípios limitadores do poder punitivo do Estado, também aplicáveis às pessoas jurídicas, destacando-se o princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CF/88), que impede que as sanções ultrapassem a esfera jurídica do sancionado na hipótese de reorganizações societárias, atingindo as liberdades econômicas que lhes são garantidas.

5. O poder punitivo do Estado é uno, desdobrando-se no poder punitivo do Estado-Juiz e do Estado-Administrador, com diferentes procedimentos, mas ambos limitados pelos princípios garantidores da Constituição Federal, que fundamentam e restringem a atividade estatal sancionadora.

6. A despeito de a Lei de Improbidade Administrativa não tratar expressamente da intranscendência das penas nela elencadas, a interpretação das normas da sobre (in)transcendência da pena na Lei Anticorrupção em conformidade com a Constituição Federal leva a conclusões igualmente válidas para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

7. Nos casos de fusão, incorporação e cisão total, a responsabilidade da sucessora da sociedade empresária objeto da operação societária abrange a obrigação de pagamento de multa unicamente pelo fato de a sanção pecuniária ser passível de incorporação ao patrimônio do apenado, mas não as penas restritivas de direitos, por força do art. 5º, XLV, da CF/88.

8. Nas operações societárias de transformação e cisão parcial subsiste a sanção administrativa, porque não se extingue a sociedade empresária apenada e é mantido o seu controle societário.

9. A sanção aplicada a uma sociedade empresária não deve subsistir em caso de transferência do poder de controle dessa sociedade para sociedade integrante de outro grupo empresarial, eis que se opera substancial mudança no cerne volitivo da sociedade, que é o sócio titular do *poder de controle*.

10. Não se deve, por apego à consideração meramente formal da sociedade apenada, admitir que as consequências da sanção sejam suportadas por novo grupo controlador, o que configuraria transferência não formal da sanção, mas sim – e mais grave - transferência *material*.

11. A *transcendência* de sanções restritivas de direito entre grupos econômicos pode levar a sérias consequências para a eficiência dos mercados, se atingir o livre exercício de atividade econômica por grupo empresarial adquirente do controle da sociedade apenada.

12. Deve-se analisar a operação societária no caso concreto, de modo a se coibir eventual fraude com intuito de afastar os efeitos da sanção. Operações de cisão com o "esvaziamento" da sociedade cindida, mediante versão patrimonial para sociedade nova ou sem histórico de atividades relevante, ou de incorporação de sociedade gravemente apenada por sociedade do mesmo grupo empresarial são indícios de fraude, devendo-se investigar se a operação tem outros propósitos economicamente relevantes que não a mera extinção da sanção.

São cuidados constitucionais elementares, sempre que se trate de coibir que, não mais que por obra interpretativa, aplique-se a alguém alguma sorte de coita pelo Estado.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. ROCHA, Henrique Bastos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-HENRIQUE-ROCHA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.