

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA
E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Marcos Tancredi Lima

**PORTO ALEGRE
2019**

MARCOS TANCREDI LIMA

**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA
E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Pablo
Rodrigo Alflen da Silva

**PORTO ALEGRE
2019**

MARCOS TANCREDI LIMA

**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA
E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Orientador

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Aos meus pais, pelo apoio e amor incondicional.

“Right is Right even if nobody
does it. Wrong is wrong even if
everybody is wrong about it.”

G. K. Chesterton

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as possíveis formas de responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, como essa responsabilização vem ocorrendo, as discussões existentes acerca de sua implementação e, principalmente, como a adoção deste instituto impacta o exercício da função social da empresa. Para isso buscou-se na doutrina e legislação o que se trata a função social e os fundamentos históricos, filosóficos e jurídicos da responsabilização penal de entes coletivos.

Por fim, encontrados problemas durante a pesquisa que envolvem desde legislações com pouca possibilidade de aplicabilidade até aquelas que envolvem procedimentos que comprometem a segurança jurídica, tenta-se apresentar uma solução que demanda uma pacificação doutrinária quanto ao instituto e o incentivo aos programas de *compliance*.

Palavras-chave: Função social da empresa. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Compliance.

ABSTRACT

This paper examines seeks to analyze the possible forms of criminal liability of the companies in the Brazilian legal system, how this liability has been occurring, the existing discussions about its implementation and, mainly, how the adoption of this institute impacts the exercise of the social function of the company. For this purpose, the doctrine and legislation were sought to address the social function and the historical, philosophical and legal foundations of the criminal liability of collective entities.

Finally, problems encountered during the research that range from laws with little possibility of applicability to those involving procedures that compromise legal certainty, try to present a solution that requires doctrinal pacification regarding the institute and the encouragement of compliance programs.

Keywords: Social function of the company. Criminal Responsibility of the company. Compliance

ABREVIATURAS E SIGLAS

Abreviação	Termo Abreviado
§; §§	parágrafo, parágrafos
art.	Artigo
arts.	Artigos
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
e.g.	Exempli gratia; por exemplo
Lei das Sociedades por Ações	Lei nº. 6.404/1976
Lei Anticorrupção	Lei nº. 12.846/2013
Lei de Defesa da Concorrência	Lei nº. 12.529/2011
Lei de Crimes Ambientais	Lei nº. 9.605/1998
Lei de Recuperação Judicial e Falências	Lei nº. 11.101/2005
nº.	Número; números
p.	Página
pp.	Páginas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 FUNÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO.....	11
2.1 A Função Social e outros princípios na Constituição Federal Brasileira..	13
2.2 A Função Social da empresa no contexto infraconstitucional.....	15
2.2.1 Lei das Sociedades por Ações.....	15
2.2.2 Código Civil.....	16
2.2.3 Lei de Recuperação Judicial e Falências.....	17
2.3 Responsabilidade social.....	19
3 RESISTÊNCIA DA DOCTRINA NA ACEITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS.....	20
3.1 Suposta Incapacidade De Conduta das Pessoas Jurídicas.....	21
3.1.1 Incapacidade de conduta no modelo da heterorresponsabilidade.....	22
3.1.1.1 Responsabilidade por ricochete.....	22
3.1.1.2 Responsabilidade por identificação.....	23
3.1.2 Incapacidade de conduta no modelo da autorresponsabilidade.....	24
4 FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINAIS PARA A PUNIÇÃO DA PESSOAS JURÍDICAS.....	27
4.1 Fundamento Político-Histórico.....	27
4.2 Fundamento Filosófico.....	28
4.3 Fundamento Jurídico.....	30
4.3.1 O modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas e sua regulamentação atual.....	32
4.3.1.1 Lei de Crimes Ambientais.....	33
4.3.1.2 Lei de Defesa da Concorrência.....	37
4.3.1.3 Lei Anticorrupção.....	39
5 PROPOSTAS.....	43
5.1 Limites na responsabilização penal das pessoas jurídicas.....	43
5.2 programas de prevenção de riscos empresariais e de cumprimento normativo..	44
6 CONCLUSÃO.....	49

REFERÊNCIAS.....51

1 INTRODUÇÃO

A responsabilização penal da pessoa jurídica se torna um problema complexo de ser analisado em virtude, principalmente, da forma com que entendemos a teoria do delito no Brasil. Por muito tempo no país foi punível apenas a pessoa física, até porque qualquer lide contra uma pessoa jurídica não tinha como objetivo punir seus sócios, administradores ou funcionários, mas apenas reparar o dano causado por culpa dessa empresa. Portanto, a ideia de punir uma pessoa jurídica não se encaixava na concepção de teoria do delito adotada no Brasil, embora em alguns casos, com o desenvolvimento do estado social sobre o estado liberal isso tenha se tornado possível.

Anteriormente às revoluções burguesas, havia sim a ideia de responsabilização criminal coletiva no direito continental europeu medieval ou mesmo nas bases estruturais do *Common Law*, como lá existe até hoje. O que ocorreu de diferente na Inglaterra que fez com que lá não surgisse essa ideia foi sua caminhada diferenciada para o Estado liberal, ou seja, lá o poder político foi retirado da nobreza antes mesmo da Revolução Industrial que trouxe grande poder econômico para burguesia. A Inglaterra não teve uma revolução tão abrupta de uma classe em ascensão contra o antigo regime, o que permitiu que ela continuasse com certos costumes como a monarquia e a questão objeto do presente trabalho: a possibilidade da responsabilização de entes coletivos. No continente, estes costumes foram abandonados graças às revoluções burguesas que serviram aos interesses dessa classe que se beneficia de uma legislação que trouxe uma blindagem de responsabilização criminal às corporações, sendo impossível que o Direito Penal, forma mais incisiva de atuação do Estado, atingisse às pessoas jurídicas.

O formato de teoria do delito que responsabiliza apenas a pessoa física e não a pessoa jurídica é produto da estrutura do direito continental europeu, o *Civil Law*, que está associado à revolução burguesa, processo político de transição de poder da nobreza para a burguesia, o que explica tamanha proteção que surge em relação às pessoas jurídicas, principalmente às corporações, isto é, a teoria do delito adotada na *Civil Law* é desenvolvida posteriormente a ascensão burguesa e conseqüentemente já parte dessa lógica de exclusão de responsabilidade penal de empresas já que isso beneficia a atividade comercial.

A questão é que, com a passada do estado liberal para o estado social e o surgimento das constituições diretivas, surgem princípios como o da função social da propriedade. A ideia de função social pode tanto entrar em conflito com a inviolabilidade do direito de propriedade, o que envolve propriedade de meios de produção, como

também ser associada ao princípio da preservação da empresa na medida que uma empresa cumpre um papel social importante gerando empregos e bens de consumo. O que se busca aqui é entender como a função social da empresa se encaixa neste relativamente novo contexto de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

2. FUNÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO

Considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, não se pode conceber o desenvolvimento econômico dissociado do desenvolvimento social, é por isso que uma empresa não deve apenas buscar o lucro, mas também cumprir com uma função na comunidade produzindo bens e serviços conforme define seu objeto social presente no contrato social que a constitui, ou seja, a empresa deve realizar aquilo que se propõe a fazer sem que haja desvio de finalidade. Sendo assim, o princípio constitucional da livre iniciativa deve ser respeitado sem que se ignore o princípio da função social da empresa.

Segundo Luiz Fernando da Camargo P. do Amaral, Após o advento do Estado liberal que garantiu a livre iniciativa e a propriedade, os chamados direitos fundamentais de primeira geração, surge o estado social para garantir os direitos fundamentais de segunda geração que buscam a igualdade material e não apenas formal. Para que houvesse essa igualdade material era necessário o estado prestar serviços através de políticas públicas. É nesse contexto do Estado Social que surge o chamado constitucionalismo dirigente, nele se descreve objetivos a serem alcançados pela sociedade cujo cumprimento vincula a todos seus membros.¹

A Constituição Federal Brasileira de 1988, por exemplo, diz que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Neste contexto o fenômeno jurídico começa a ser compreendido de forma consorciada com outras ciências humanas, Miguel Reale traz a seguinte ideia: o direito olha para si e compreende que não é autossuficiente, o direito regula uma realidade que é influenciada por conceitos econômicos, sociológicos e filosóficos, ou seja, há uma multidisciplinariedade entre essas ciências humanas não sendo possível o jurista trabalhar sem se valer desses conceitos². Ao tentar compreender o que é a função social da empresa deve-se levar em conta, portanto, conceitos econômicos e sociológicos.

Com uma constituição diretiva é possível se falar em função social de institutos de direito privado, hoje podemos dizer que todo o instituto jurídico está direcionado a uma determinada função para o alcance de fins estabelecidos na constituição diretiva.

¹AMARAL, Luiz Fernando de Camargo P. Função Social da Empresa e Responsabilidade Social: Cidadania Empresarial em Foco. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/palestras-oab-sp/funcao-social-da-empresa-e-responsabilidade-social-cidadania-empresarial-em-foco>>. Acesso em: 22 de dez. 2019.

²REALE, Miguel. O Direito Como Experiência: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992. pp. 147 – 149.

Hoje no Brasil o mesmo dispositivo da Constituição Federal que garante o direito de propriedade (art. 5º caput) é aquele que diz que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII). Pode-se perceber que o direito de propriedade traz consigo um dever de fazer com que ela cumpra sua função social, é como a formula presente na constituição de Weimar que se tornou célebre: a propriedade obriga.³ Com relação a esta obrigação ressalta-se que, no mínimo, o proprietário deve não abusar de seu direito de forma que prejudique terceiros. Sempre lembrando que o abuso de direito deve ser interpretado tendo em vista a multidisciplinaridade das ciências humanas, já que o direito não pode estar alheio às consequências econômicas e sociais decorrentes de abuso como quando o exercício do direito de propriedade atinge direitos alheios.

No estado social a propriedade já não é mais entendida como um “direito inviolável e sagrado” como era no Estado liberal, mas sim “como uma situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem direitos, deveres, ônus, obrigações.”⁴

2.1 A Função Social e outros princípios na Constituição Federal Brasileira

A obtenção de lucros é típica da atividade empresarial, não podemos dizer, portanto, que a obtenção de lucro é a função social da empresa. Função social é algo que está além, mas não antagônico ao lucro. O objetivo dela não é limitar os lucros do empresário, mas fazer com que todo empresário esteja consciente das possíveis externalidades da sua atividade no contexto social, para que se preserve o ambiente que possibilita a prática de sua atividade de forma sustentável e que evite crises e patologias de mercado.

Se existe uma relação jurídica complexa entre o proprietário e terceiros, também existe quando a propriedade em questão é de meios de produção, cuja complexidade é muito maior. Uma empresa envolve trabalhadores, colaboradores, o fisco, normas administrativas, etc. pode-se dizer que a empresa tem um papel mais complexo na sociedade do que a simples propriedade e, portanto, sua função social também é levada em consideração na Constituição Federal Brasileira. Logo no caput do art. 170, no início do Título VII, que regula a ordem econômica e financeira do país, vemos a necessidade

³AMARAL, Luiz Fernando de Camargo P. Função Social da Empresa e Responsabilidade Social: Cidadania Empresarial em Foco. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/palestras-oab-sp/funcao-social-da-empresa-e-responsabilidade-social-cidadania-empresarial-em-foco>>. Acesso em: 22 de dez. 2019.

⁴http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf pag 5 *acessado em 27 de setembro de 2019*

da conciliação de dois princípios aparentemente antagônicos que são: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. É comum que se levante a questão da função social apenas contra a livre iniciativa, até mesmo de forma ideológica como bem diz Orlando Gomes:

“Essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma função social não tem, entretanto, inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialístóides levianos ou contrabandistas de idéias.

Muito pelo contrário. Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula da função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico jurídico, revela profunda hipocrisia pois “mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalista. É que, legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor da riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão de interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente.”⁵

Porém é plenamente possível que se defenda a valorização do trabalho humano junto a livre iniciativa, e não apenas o contrário, com base na função social da empresa.

Para compreendermos como isso pode ocorrer, ao menos dentro do contexto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, devemos nos concentrar em um princípio próprio do direito penal previsto no art. 5º, XLV da CF que nos diz: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, trata-se do princípio da intranscendência. Mesmo que a pena não ultrapasse a pessoa jurídica devemos levar em consideração que ela é composta por pessoas físicas que, muitas vezes, não têm participação alguma no ilícito que gera a responsabilização penal dessa empresa. Trabalhadores, por exemplo, uma vez que a empresa poderá decidir por reduzir seu quadro de funcionários em função da sanção penal que recebeu, mesmo que essa sanção tenha decorrido de ilícito cometido pelo administrador e não por empregados de boa-fé.

⁵ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, pág. 107 a 109.

Neste caso é possível perceber a importância da função social da empresa que gera empregos, bens e serviços à população, já que a norma penal aplicada contra a pessoa jurídica terá impacto econômico sobre diversas outras pessoas considerando que existe complexidade na relação que envolve propriedade e, conseqüentemente, empresas, já que podem ser entendidas como propriedades. Então, a responsabilização penal da pessoa jurídica acaba prejudicando a empresa que cumpre sua função social, mesmo tendo nela ocorrido ilícito, e é nesse sentido que o princípio da função social da empresa pode ser levado em consideração, não apenas contra a sua natural expansão decorrente da livre iniciativa, como geralmente se faz, mas sim a favor da empresa e de todos que se beneficiam de suas atividades.

A ideia é que o ilícito penal não pode ser cometido pela empresa, a empresa apenas faz aquilo que se propõe a fazer, ou seja, aquilo que está previsto em seu contrato social. Se em nome da pessoa jurídica se faz algo que não esteja previsto no contrato social, o sócio ou administrador foi quem praticou a ação, e não a empresa. Neste caso o sócio ou administrador se utilizou da empresa para prática de ilícito desviando-a de sua atividade e, portanto, agiu contra ela em proveito próprio, por isso ela não pode ser responsabilizada e sim quem cometeu o ilícito se utilizando do nome e patrimônio da empresa.

Defender a não responsabilização da pessoa jurídica não significa, necessariamente, reafirmar direitos fundamentais de primeira geração característicos do Estado Liberal; mas sim reconhecer que punir uma empresa que cumpre sua função social adequadamente, de forma que as conseqüências econômicas dessa punição prejudiquem pessoas de boa fé, não é a forma mais justa de sancionar o ilícito praticado porque acaba coletivizando a responsabilidade de modo que a sanção prejudica pessoas de boa-fé podendo gerar até mesmo uma injustiça maior que a do próprio ilícito cometido. A melhor maneira de combater o ilícito seria com uma investigação e identificação dos reais responsáveis para então puni-los, preservando a parte ética da empresa que cumpre com sua função social.

2.2 A Função Social da empresa no contexto infraconstitucional

Além de estar previsto constitucionalmente, o princípio da função social está regulamentado explicitamente em dispositivos legais como veremos a seguir

2.2.1 Lei das Sociedades por Ações

No caso do art. 116 da lei 6.404/76, Parágrafo Único, onde diz que o acionista controlador deve estar atento às repercussões de seus atos não apenas no ambiente interno da empresa, fatores endógenos, mas também aos exógenos, isto é, aqueles de não dizem respeito diretamente à empresa, mas ao contexto social ao qual a atividade empresarial pode vir a influenciar. O art. 154 da mesma lei também se refere explicitamente à função social, diz que o administrador deve agir conforme a lei e o estatuto da empresa satisfazendo sua função social.

Estes dois artigos mostram que a função do administrador está diretamente limitada não só ao cumprimento das normas legais e ao próprio estatuto da empresa, uma limitação objetiva, mas também a uma limitação subjetiva descrita como cumprimento ou satisfação da função social da empresa. Nestes artigos vemos o aspecto limitante da função social, quase como antagônico à liberdade de empreender. Neste sentido aponta Fábio Konder Comparato:

*"[...] a empresa atua para atender não somente os interesses dos sócios, mas também os da coletividade, e que função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. [...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos."*⁶

O exercício da livre iniciativa implica então no que o autor chama de poder-dever. O exercício do poder aqui deve ser entendido para cumprimento de alguns deveres, ou seja, deve-se agir com o objetivo de buscar os lucros, mas as consequências danosas da atividade devem ser evitadas por aqueles que tem o poder de compreender como elas podem surgir.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder; Função Social da propriedade dos bens de produção. São Paulo: RT. 1996. pp 71 - 79

2.2.2 Código Civil

A própria desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do CC traz, implicitamente, o conceito de função social da empresa, porque o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio da finalidade da empresa decorre do não cumprimento do próprio estatuto da empresa, isto é, a empresa não pode cumprir com sua função social se ela não está fazendo o que ela mesmo se propõe a fazer. Nestes casos a pessoa jurídica, ou parte dela, está sofrendo com uma atuação em seu interior que não tem por finalidade produzir bens e serviços à população, isso quer dizer que não há hipótese de o mercado estar se beneficiando com isso.

É importante notar que este regramento não é utilizado como forma de punir a empresa, mas sim para avançar sobre o patrimônio dos sócios que se beneficiaram indevidamente da limitação de responsabilidade garantida pela lei. A responsabilidade limitada garante a segurança necessária para o empreendedor, ela é garantida por ser de extrema importância para geração de riqueza. O problema é que a empresa que está sendo utilizada para efeitos de blindagem patrimonial de um sócio e que é desviada de sua finalidade proposta no contrato social não beneficia em nada a ordem econômica, muito pelo contrário, portanto a desconsideração é legítima.

2.2.3 Lei de Recuperação Judicial e Falências

No art. 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, lei 11.101/2005, está previsto o princípio da preservação da empresa e, conseqüentemente, preservação da função social que ela exerce. Portanto, nota-se que função social não é a empresa cumprir um papel que em tese seria do estado, mas sim manter suas atividades próprias tendo em vista o complexo de relações jurídicas existentes na realidade empresarial já que dela dependem inúmeros seres humanos: trabalhadores, consumidores, terceiros ligados a produção e a própria comunidade a qual ela está inserida.

Sendo assim a função social garante tanto a proteção da própria empresa como a proteção da coletividade. Não se trata de proteção da coletividade em detrimento do crescimento da empresa, ou seja, a função social não pode sempre ser entendida como antagônica ao princípio da livre iniciativa já que, como visto no art. 47, ela fundamenta o princípio da manutenção da empresa.

Sobre a nova Lei de Recuperação Judicial e Falência Celso Marcelo de Oliveira diz:

*"Antes da nova lei, sucedia frequentemente aplicar-se o complicado e dispendioso processo de falência a pequenos estabelecimentos condenados à impotência da sua originária miséria, obrigados a sucumbir a débitos cuja totalidade não excede a uns milhares de liras. O estado e o resultado destas miseráveis falências era penoso: um ativo insuficiente para cobrir as despesas do processo; uma pequena massa de credores a que as formalidades judiciais tiravam, depois de os terem estorvado com alguns enfados, o pouco que ainda existia no patrimônio do falido; um pobre desgraçado atormentado com o processo de bancarrota por não ter escriturado regularmente os livros prescritos, que muitas vezes não eram necessários ao giro do seu estabelecimento. A nova lei procura impedir estes tristes resultados na sua segunda parte, que regula a liquidação coletiva das pequenas empresas(...). O processo a seguir é simples e econômico. O comerciante, que não seja devedor da importância superior àquela cifra, dirige-se ao Presidente do tribunal para que mande convocar os seus credores; e o Presidente em seguida a este pedido – que produz quanto ao patrimônio do devedor o mesmo efeito que o requerimento de uma concordata preventiva nomeia um comissário judicial, que exerce as suas funções sob a direção do Pretor em que o recorrente exerce o seu comércio."*⁷

Nota-se que o impacto social da falência de uma empresa é grande. Mesmo os direitos dos credores sendo de igual importância ante a continuidade da atividade empresarial, deve-se sempre priorizar a tutela de ambos os bens jurídicos quando possível e, além da continuidade da atividade ter ao seu lado uma gama de outros direitos devido a prática de sua função social, a recuperação judicial da empresa implicará na possibilidade da satisfação de todos os seus créditos, ou seja, o credor também é beneficiado quando a empresa se recupera.

É exatamente por isso que a nova lei de falências adota o princípio da preservação da empresa e, por esse mesmo motivo o direito penal não deveria buscar penalizar as

⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo, Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, p. 189

sociedades empresárias que já sofrem com os riscos inerentes da própria atividade empresarial, alta carga tributária e suas complexas legislações, quase sempre de difícil entendimento, cabe ao direito penal, ao contrário disso, tutelar os direitos das pessoas jurídicas contra seus eventuais membros de má-fé que venham a cometer ilícito que prejudique o desempenho ético de suas atividades.

2.3 Responsabilidade social

Ao tratarmos do princípio da função social da empresa importa a diferenciação do conceito de responsabilidade social. Este último não é imposto pelo ordenamento jurídico, ou seja, decorre da liberalidade da pessoa jurídica, não há um poder coercitivo atuando sobre a empresa para que cumpra as ações sociais. Ainda que a palavra “responsabilidade” esteja associada ao conceito, não é dever da empresa praticar a responsabilidade social, porém cumpri-la pode ser interessante para melhorar a imagem da empresa perante a comunidade, mas não há obrigatoriedade neste caso, como explica o Instituto Ethos:

“A Responsabilidade Social é uma forma de conduzir os negócios da empresa de tal maneira que a torna parceira e corresponsável pelo desenvolvimento social. A empresa socialmente responsável é aquela que possui capacidade de ouvir os interesses das diferentes partes (acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, comunidade, Governo e meio ambiente) e consegue incorporá-los no planejamento de suas atividades, buscando atender às demandas de todos, e não apenas dos acionistas ou proprietários” (INSTITUTO ETHOS)⁸.

⁸ <https://administradores.com.br/artigos/responsabilidade-social-e-voluntariado-no-brasil> acessado em 27 de setembro de 2019

3 RESISTÊNCIA DA DOUTRINA NA ACEITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

A maior parte da doutrina brasileira rechaça a possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas em razão de sua suposta incapacidade de ação e de sobre elas não incidir um juízo de censurabilidade, além disso, há o princípio da pessoalidade das penas que é violado com a responsabilização penal dos entes coletivos já que nem todos deveriam contribuir, ou mesmo saber, do ato para também sofrer com a punição coletiva, ou seja, pessoas que não tinham necessariamente ligação com a deliberação que tornou possível o ato criminoso também sofrem a sanção.

Outro obstáculo é a óbvia impossibilidade do encarceramento de pessoas jurídicas e a pena privativa de liberdade é a principal medida coercitiva adotada pelo Direito Penal. Um aspecto importante relacionado à questão da suposta incapacidade de ação da pessoa jurídica está relacionada ao aspecto volitivo, o dolo do agente, e as empresas não podem agir com dolo já que este consiste na vontade realizadora dos elementos do tipo objetivo e os atos das empresas são descaracterizados do elemento da vontade, portanto, os atos das empresas são sempre atípicos. A resistência da doutrina está fundamentada então, principalmente, em dois aspectos: a incapacidade de conduta e a incapacidade de culpabilidade do ente coletivo.

No que se refere a violabilidade do princípio da pessoalidade da pena, os argumentos favoráveis à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica trazem a ideia de que toda a condenação, inclusive a de pessoas físicas, pode trazer impactos indiretos a terceiros inocentes. Portanto não se pode considerar a responsabilização penal das pessoas jurídicas uma violação ao princípio da pessoalidade das penas, sendo o impacto da pena sobre terceiros, quando indireto, algo inevitável.

Com relação ao argumento da impossibilidade de condenar uma pessoa jurídica a pena privativa de liberdade pode-se contra argumentar que esta não é a única forma de agir do Direito Penal. Ademais, levando em consideração as atuais discussões no campo da criminologia e de políticas criminais a medida institucional do encarceramento não são as mais aspiradas, portanto a impossibilidade de aplicá-la às pessoas jurídicas não justifica que o Direito Penal deixe de atuar sobre estes entes coletivos.

Já no que diz respeito a incapacidade de a pessoa jurídica agir com dolo e o dolo ser elemento subjetivo do tipo, é possível dizer que a vontade não pode consistir em

elemento que conduza a negação da responsabilidade penal da pessoa jurídica uma vez que ela se diferencia da escolha dos membros da coletividade, caracterizando-se como resultante da reunião de diversas vontades, não mero somatório. Podemos dizer que a vontade da empresa é o produto da vontade dos seus membros, não apenas a justaposição dessas vontades, o que configura uma vontade própria da pessoa jurídica, portanto é perfeitamente possível conceber que a empresa aja com dolo de modo a preencher o elemento subjetivo do tipo e, conseqüentemente, a tipicidade.

Ainda sobre o aspecto volitivo é importante notar que, mesmo sendo possível identificar qual seria a vontade da empresa como demonstrado no parágrafo anterior, as espécies de condutas que se busca inibir responsabilizando penalmente as pessoas jurídicas são distintas do direito penal clássico, porque o que se busca tutelar são bens supraindividuais, ou seja, trata-se muito mais de uma política criminal que se mostra necessária para solução problemas que envolvem a prática jurídica do que simplesmente a proposta de um debate filosófico, ainda que este também tenha sua importância.

Como visto, a adequação da Teoria do Delito à responsabilização penal das pessoas jurídicas é possível a partir da perspectiva funcionalista, mesmo que a maior parte da doutrina ainda seja resistente quanto a isso. Considerando-se que o conceito analítico de crime não é um fim em si mesmo, mas um método para o exame do fato considerado criminoso, deve-se adaptá-lo às necessidades sociais de modo que o Direito Penal não fique alheio às transformações que ocorrem no contexto por ele regulado, caso entenda-se que o Direito Penal tem como função a redução de patamares de risco, considerando que corporações são grandes responsáveis por esses riscos, é possível que se adapte a Teoria do Delito e o Direito Penal de modo que se cumpra essa função.⁹

3.1 Suposta Incapacidade De Conduta das Pessoas Jurídicas

Considerando-se que a teoria finalista possui caráter essencialmente ontológico e que para esta teoria a definição de conduta tem como base o universo do ser não é admitido, segundo esta, que objetos inanimados pratiquem conduta, e nem pessoas jurídicas, portanto estas não poderiam praticar crimes. Na concepção finalista não se poderia atribuir a entes coletivos a prática delitiva tendo em vista o *nullum crimen sine*

⁹ BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade Penal Das Pessoas Jurídicas no Projeto do Novo Código Penal Brasileiro**. Revista Liberdades, São Paulo, Edição Especial - Reforma do Código Penal, 2012, p. 113-117

conducta já que no finalismo a conduta é compreendida sempre como produto humano e, enquanto atributo exclusivo do homem, não seria possível conceber uma ação praticada por pessoas jurídicas e, portanto, não poderia praticar crime. Entretanto, parte da doutrina aceita a responsabilidade penal da pessoa jurídica e podemos dividir esta parte da doutrina em duas categorias: a primeira aceita apenas a responsabilidade heterônoma e a segunda a responsabilidade autônoma da pessoa jurídica no Direito Penal.

3.1.1 Incapacidade de conduta no modelo da heterorresponsabilidade

Entender que é possível responsabilizar a pessoa jurídica nos modelos da heterorresponsabilidade significa não reconhecer que a empresa é capaz de agir sozinha, portanto haverá necessariamente a atuação de pessoas físicas em cada ação da pessoa jurídica, inclusive nas práticas delitivas. Se trata aqui não de uma responsabilidade própria da pessoa jurídica, pois está sempre vinculada a pessoas físicas, podemos entender a heterorresponsabilidade sob duas diferentes óticas: a da responsabilidade por ricochete e da responsabilidade por identificação.

3.1.1.1 Responsabilidade por ricochete

A ideia que a atribuição de um delito à pessoa jurídica depende da imputação simultânea à pessoa física, ou seja, que o *substratum humanus* é pressuposto para a imputação delitiva dos entes coletivos chama-se responsabilidade por ricochete. O raciocínio funda-se na ideia de que a pessoa jurídica não dispõe de aspecto volitivo, o que a torna dependente de elementos subjetivos da pessoa física que a representa, o ente coletivo vale-se do aparato psíquico da pessoa natural para sua manifestação volitiva. Conforme diz Shecaira: “É impensável haver responsabilidade coletiva sem a coautoria da pessoa individual, em face da relevância daquela conduta para o reconhecimento do crime da pessoa coletiva e deste coautor para a execução do crime”¹⁰.

É importante ressaltar que, considerando-se a ideia de responsabilidade por ricochete, a responsabilização da empresa não importa prejuízos à responsabilização da pessoa física devido a chamada dupla imputação, onde tanto empresa como as pessoas físicas que contribuíram com o aspecto volitivo serão responsabilizadas, é com base na responsabilidade por ricochete que o STJ entendia como obrigatória a dupla imputação,

¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 192.

antes de se adequar ao entendimento do STF de que a dupla imputação pode até existir, mas não é obrigatória.

3.1.1.2 Responsabilidade por identificação

Assim como na responsabilidade por ricochete, a teoria da identificação exige a presença da pessoa física para que seja reconhecido o crime. A prática delitiva ocorre em razão de uma prestação por parte de pessoas físicas, através da organização de entes coletivos, de modo que exista um vínculo entre a prestação e a organização empresa. A responsabilidade é então atribuída a partir de um âmbito de organização da empresa, ou seja, é possível atribuir responsabilidade a todos que atuam em determinado âmbito organizacional mesmo que um só sujeito deste âmbito tenha atuado. O que é importante de destacar na teoria da identificação é que ocorre uma transferência da responsabilidade do ser humano para a empresa, aqui os atos dos representantes são caracterizados como atos próprios da pessoa jurídica, mas enquanto a pessoa física é punida pelo que faz a pessoa jurídica é punida pelo que seu órgão fez.

Em suma, aceita-se que a pessoa jurídica é capaz de ação, uma vez que se entende a empresa como um sujeito de imputação válido para o Direito Penal, considerando que a empresa se constitui em um sistema construído por seu próprio estatuto e pelos órgãos desta empresa. Ainda, considera-se aqui penalmente relevante a conduta praticada por esse sujeito já que suas capacidades, que são estabelecidas em seu estatuto, poderiam evitar determinado resultado. Sendo assim, as ações realizadas pelas pessoas físicas que compõem o ente coletivo, em conformidade com as competências delimitadas estatutariamente, são consideradas ações da pessoa jurídica.

É importante destacar aqui que as ações das pessoas físicas que pertencem a empresa que não estão delimitadas pelo estatuto são de interesse individual e, portanto, não serão imputadas ao ente coletivo. Pode-se dizer que o ato da pessoa física pode ser imputado consequentemente à pessoa jurídica se o comportamento real da pessoa física concorda com a função social que cumpre a pessoa jurídica em questão.¹¹

Como visto, uma das formas de reconhecer a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas é a partir dos modelos de heterorresponsabilidade: seja quando a ação do ente coletivo é entendida como reflexo da ação da pessoa física; ou quando é

¹¹ LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica: A Teoria do Delito para a Incriminação da Empresa**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 38.

reconhecida uma relação de identificação entre as condutas dos seres humanos e as da empresa, de modo que as ações realizadas pelos órgãos da empresa são consideradas como ações próprias dela mesma.

3.1.2 Incapacidade de condita no modelo da autorresponsabilidade

Ao contrário da heterorresponsabilidade, o modelo de autorresponsabilidade entendem como possível a conduta como própria da pessoa jurídica, de modo autônomo, sem a necessidade do *substratum humanus*. Aqui as ações penalmente relevantes são originárias da empresa, o que caracteriza uma responsabilidade verdadeiramente da pessoa jurídica, a ideia é que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser configurada por ações de pessoas físicas, a fim de que a pena corresponda aos padrões de um Direito Penal mais moderno.

A chamada Teoria da Ação Institucional depende de um sistema de dupla imputação, no qual coexistem duas vias de atribuição de responsabilidade: a responsabilidade dirigida à pessoa jurídica, enquanto unidade autônoma; e a responsabilidade tradicional dirigida à pessoa física. Essa é a posição do STF e do STJ hoje com relação à responsabilização dos entes coletivos: se reconhece a existência da dupla imputação, mas não sua obrigatoriedade, ou seja, é possível que haja responsabilização penal da pessoa jurídica sem que se responsabilize nenhum de seus membros.

Por serem sujeitos reais, sociais e autônomos as corporações atuam na economia como titulares patrimônio, perseguem fins próprios, têm uma própria identidade e cultura corporativa, portanto são capazes de motivação. Se entende que os interesses das empresas são distintos dos interesses da soma dos indivíduos que as integram e, já que as pessoas jurídicas apresentam características diferentes que independem dos seus membros pode-se compreendê-las como sujeitos sociais diversos deles e, portanto, com responsabilidade diferente.

A constituição da organização empresarial em um sistema complexo é o que desencadeia a capacidade de auto-organização, autodeterminação e autocondução da empresa, resultando na necessidade de atribuí-las competência sobre o seu âmbito de organização, ou seja, assim como ocorre em relação ao sistema psíquico, o sistema organizativo deve desenvolver determinada complexidade interna a fim de que seja considerado como pessoa em Direito Penal. É possível afirmar, portanto, que a

complexidade interna se caracteriza como pressuposto da autodeterminação da pessoa jurídica. Tal qual a criança é inimputável por não possuir um sistema psíquico suficientemente complexo, as empresas não podem ser consideradas imputáveis enquanto não desenvolverem complexidade em seu sistema organizativo.

Pode-se entender que a empresa atinge a complexidade necessária para que seja capaz de ação quando se tem em seu sistema organizacional cinco fatores: uma coletividade humana de certa magnitude, um conjunto de fins racionais, um sistema de comunicação institucionalizado, um sistema de poder e um certo nível de conflito interno.¹²

Quanto ao fator relacionado a coletividade humana é comum a todas as organizações, considerando que é a partir daí que se constitui uma pessoa jurídica, o que configura a magnitude é o número de pessoas, como estão organizadas no desempenho da atividade e como são determinadas pela regulação normativa que serve como parâmetro para a análise dos fins reais das corporações.

Os fins racionais ou estatutários se referem aos contratos, ao ato constitutivo, aos programas da empresa, àquilo que ela se propõe a fazer; enquanto que os fins reais se referem a atividade fática da empresa que são consequência da interação de seus membros com as normas que definem os fins estatutários, o que de fato eles fazem na empresa. O reconhecimento destes fins reais é a constatação de um “status” de organização que, unido a busca pelo lucro, pode desviar a empresa da busca dos fins estatutários ou racionais, tornando-a menos capaz de atingir sua função social, ou seja, a empresa ética é aquela em que não existe diferença entre os fins reais e os estatutários.

Para que sejam atingidos tais fins, passa-se por um processo de comunicação, que é o terceiro fator a ser analisado. A organização, enquanto um conjunto de atividades e pessoas, tem como imprescindível para seu funcionamento: uma fonte, a mensagem, o código ou linguagem, e um receptor. Por isso aqui é possível fazer uma relação com a filosofia da linguagem e a Teoria da Ação Institucional, levando em consideração que um sistema de comunicação é pressuposto para que haja ação.

A respeito do quarto fator que compõe uma organização complexa, o sistema de poder, podemos dizer que é o que possibilita a atuação de um indivíduo ou grupo de

¹² BUSATO, Paulo César. **Reflexões Sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.196-199

indivíduos sobre outros com o objetivo de conseguir algo deles. O poder, neste caso, pressupõe participação, relação de forças, controle e aplicação de regras entre os integrantes da corporação.

Por fim, no que diz respeito ao último fator, o conflito interno, pode-se dizer que se trata de colisões de interesses de subgrupos dentro da empresa que pode determinar uma decisão final que será, finalmente, a ação da empresa.

É importante compreender a ação institucional de modo que as condutas praticadas pelas pessoas jurídicas como expressões de significado social, o qual, conforme a filosofia da linguagem, dota de sentido as ações. O significado da ação será, portanto, fruto da comunicação. Pela ação significativa, conforma-se uma concepção de ação específica para entes coletivos, ou seja, também o conceito significativo de ação consiste em um modelo de autorresponsabilidade penal empresarial, o que possibilita a imputação de crimes a empresas, visto que não será preciso a atuação humana para que se constate a prática delitiva.

4 FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINAIS PARA A PUNIÇÃO DA PESSOAS JURÍDICAS.

Podemos dividir as razões de ordem político-criminais que responsabilizam criminalmente as pessoas jurídicas pelos seus atos em duas categorias: a primeira é a responsabilização propriamente dita e a segunda é aquela que busca a tutela de bem jurídico supraindividuais fundamentando, portanto, a sanção penal sobre a pessoa jurídica e é esta que nos interessa analisar.

A tutela desses bens jurídicos supraindividuais tais como o meio ambiente, a economia e a saúde pública entra em conflito com a tutela dos interesses essencialmente individuais que permitem as atividades econômicas características do Estado Liberal. Com a ascensão do Estado Social surge a necessidade de um “discurso jurídico-penal inclinado a proteção de bens jurídicos supraindividuais”¹³ já que “um direito penal que assim procede dá seu contributo para diminuir o poder hegemônico da empresa...”¹⁴ relativizando o bem jurídico individual, em atenção às transformações sociais, políticas e culturais da sociedade contemporânea.

4.1 Fundamento Político-Histórico

O Direito Positivo tratava muito bem de tutelar os interesses privados até no fim do século XIX, não haviam mais súditos, mas sim cidadãos e o tratamento era igualitário, porém essa igualdade era meramente formal e não material. Isto é, a completa ausência de intervenção do Estado não trouxe igualdade efetiva entre os cidadãos, pelo contrário, acentuou as desigualdades. A ideia de que as corporações não poderiam ser penalmente responsáveis pelos seus atos surge justamente nessa época de ascensão do capitalismo, atendendo muito mais aos interesses da burguesia do que aos da dogmática jurídica. O Estado Social de Direito só surge para reduzir as desigualdades depois de todas as conturbações ocorridas na primeira metade do século XX, o poder público busca agora equilibrar a relação de trabalho e capital como também a relação Estado e indivíduo.¹⁵

¹³ GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais**: Dialogando com Beccaria. in: LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica: A Teoria do Delito para a Incriminação da Empresa. Curitiba: Juruá, 2017. p. 38.

¹⁴ Idem

¹⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 174.

O Estado Social de Direito dá a tutela penal de interesses supraindividuais, que não se tinha antes, defende-se agora bens jurídicos coletivos ante a ameaças geradas por interesses individuais. Considerando-se que esses bens jurídicos podem ser violados devido a atividades empresariais, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica faz-se necessária para tutela dos direitos supraindividuais que o Estado Social de Direito elege como relevante para manutenção da ordem social.

4.2 Fundamento Filosófico

René Descartes rompeu com a filosofia do objeto de raiz aristotélica para inaugurar uma concepção idealista onde o que se conhece não é o objeto em si, mas o objeto tal como ele se apresenta, ou seja, aqui há uma prevalência das ideias sobre os objetos. Para Aristóteles a verdade estava no objeto, já, para Descartes, as coisas não existem antes das ideias e sim as ideias existem antes das coisas, isto é, as ideias dotam as substâncias de existência. É a ideia humana que determina como são compreendidas as substâncias, ou seja, a substância não existe por si só, mas depende da ideia humana para tanto.

É seguindo essa linha que a linguagem deixa de ser apenas descrição das coisas, mas consiste em um modo de realização de ações, é possível então uma relação direta de linguagem e ação onde o emprego da linguagem acontece por meio de ajustes socialmente estabelecidos de modo que o significado da ação é atribuído a partir de códigos sociais, ou seja, a verdade está no consenso produzido pela linguagem, não no objeto e tão pouco na ideia individual que cada um atribui àquele objeto, mas no consenso que os observadores chegam ao discutir as ideias e na capacidade de um poder influenciar as ações do outro com o uso da linguagem.

A filosofia da alteridade rompe com o egocentrismo cartesiano de modo que entende a existência humana como derivada do pensamento que tem como base a linguagem e, para que a linguagem possa existir, é necessário haver a prática social, ou seja, a participação do outro na comunicação de modo que gere consenso quanto aos significados e significantes das palavras. Pode-se dizer que as relações sociais não são apenas a mera soma de indivíduos, mas são a fonte de criação de uma extensão de realidade.

Afastada então a perspectiva individualista da filosofia da linguagem e entendendo-se a necessidade de interação entre os indivíduos somada ao consenso na

comunicação para que os indivíduos reconheçam a existência um dos outros que se passa a reconhecer a importância do coletivo e fica evidente o fundamento filosófico para a tutela de bens jurídicos supraindividuais, já que a proteção de interesses do outro garante a própria existência dos indivíduos.

Tal como eu o outro também pode, quando fala, designar-se a si mesmo como “eu”, daí já é possível reconhecer o outro como meu igual em termos de direitos e deveres, porém é necessário nessa relação um terceiro para atuar como mediador, este terceiro deve englobar todos os locutores e é representado pela instituição e na presença dela o conhecimento que um tem sobre o outro não se restringe a relações interpessoais¹⁶.

A instituição como terceiro na relação entre o indivíduo e o outro é capaz de identificar os interesses presentes na interação e declarar os direitos que possuem os participantes da relação, isto é, a instituição identifica e designa os valores que são compartilhados pelos participantes e busca garantir esses valores. É assim que o Direito, que representa a instituição que, por sua vez é representada pelo Estado Social de Direito, atua nas relações dando a devida tutela aos interesses compartilhados por todos os interlocutores da interação.

É dentro desta lógica apresentada que John Rawls afirma que, para que haja um consenso total entre os interlocutores no que se deve tutelar, é necessária a opressão e isso não é compatível com o Estado Democrático de Direito então, para que se busque esse consenso nas sociedades democráticas deve haver o que Rawls chama de “pluralismo razoável”. Sendo assim, o terceiro - a instituição - deve elaborar regras comuns a todos os interlocutores que busque a formulação de um consenso razoável pela sobreposição das doutrinas de bem que os membros da coletividade aderem.¹⁷

Essa é a ideia de alteridade que conduz a proteção de bens jurídicos supraindividuais e, considerando que a criminalidade moderna tem como característica marcante a lesão a bens jurídicos não apenas individuais como também supraindividuais, graças principalmente a atividade empresarial, faz-se necessária a responsabilização penal das pessoas jurídicas como forma de proteção a esses bens jurídicos supraindividuais.

¹⁶ RICOEUR, Paul. **O Justo e a Essência da Justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007. p. 30.

¹⁷ RAWLS, John. **Justiça como Equidade - Uma Reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 43-57.

Ainda sob o fundamento filosófico da linguagem Paulo César BUSATO diz que a pessoa jurídica é sim capaz de ação, ao contrário do que diz boa parte da doutrina sobre o assunto, impedindo que ela possa ser responsável penalmente por seus atos. A ideia é que, segundo ele, a empresa pode ser o sujeito em uma oração e, portanto, é reconhecível linguisticamente que ela pratica ações como, por exemplo, poluir um rio. Claro que não devemos atribuir capacidade de ação a tudo que possa ser reconhecido linguisticamente agente de um delito, devemos considerar outros fundamentos e não apenas o filosófico que, neste trabalho não será tão desenvolvido como o fundamento jurídico.

4.3 Fundamento Jurídico

No Brasil a fundamentação jurídica da possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas está presente na Constituição Federal em dois dispositivos: Arts. 173, § 5^o¹⁸ E 225, §3^o¹⁹; Quanto a este último dispositivo, parte da doutrina entende que o conectivo “e” entre os termos “penais” e “administrativas” busca a possibilidade cumulativa entre as duas punições, ou seja, as sanções penais e administrativas podem ser tanto impostas às pessoas físicas como as pessoas jurídicas. Portanto, não se trata de aplicar a sanção penal apenas às pessoas físicas e as sanções administrativas apenas às pessoas jurídicas, mas sim buscar a tutela do bem jurídico supraindividual, no caso aqui o meio-ambiente, com a possibilidade de ambas as sanções serem aplicadas aos dois tipos de infratores, pessoas físicas ou jurídicas.

No tocante ao Art. 173 § 5^o, o que se busca com a compatibilidade da sanção com a natureza do ente coletivo não exclui a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, apenas evidencia a coerência do legislador que tenta evitar a aplicação de penas incongruentes com a natureza das pessoas jurídicas, ou seja, quando se diz que há necessidade de sanção compatível com a natureza da infração não significa que os

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 40. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p. 193-194 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.[...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 40. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p. 233-234 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações[...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

entes coletivos cometam apenas delitos de natureza administrativa, mas sim que há uma natureza peculiar na pessoa jurídica que demanda uma punição correspondente às suas peculiaridades.

É claro que a extensão do conteúdo literal do referido artigo pode induzir a interpretação equivocada porque no contexto anterior a Constituição Federal de 1988 não correspondia a natureza da pessoa jurídica uma responsabilização penal, não existia essa prática no Brasil, portanto poderia se entender que só seria compatível responsabilização não penal devido a expressão “sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza”, porém quando fazemos uma interpretação sistemática do artigo, assim como se deve, lendo-o em conjunto com os demais artigos, incluindo o art. 223, §3º que admite como possível a responsabilização penal da pessoa jurídica mesmo sob interpretação literal, esse possível equívoco é afastado.

Além de encontrar respaldo na Constituição Federal a possibilidade de responsabilização penal dos entes coletivos pode ser encontrada na Lei de Crimes Ambientais em seu Art. 3º²⁰. Esta lei traz expressamente a possibilidade de sujeição criminal dos entes coletivos, atendendo assim às diretrizes constitucionais anteriormente mencionadas. Essa lei demonstra a gravidade dos delitos cometidos por corporações e busca tutelar o meio-ambiente que é um bem jurídico supraindividual, porém a legislação infraconstitucional não deixa claro quais são os delitos imputáveis às pessoas jurídicas e suas penas. Ainda, não há no nosso ordenamento jurídico normas processuais para nortear a persecução penal dos entes coletivos, porém há jurisprudência sobre essa questão.

Segundo a jurisprudência do STF existe a chamada dupla imputação, ou seja, se há crime praticado pela pessoa jurídica este crime é, necessariamente, um crime praticado por pelo menos um administrador dessa pessoa jurídica que não pode agir sozinha, porém esta dupla imputação não é obrigatória, ou seja, o STF entende que o Ministério Público pode entrar com ação penal apenas contra a pessoa jurídica nas situações em que não

²⁰ BRASIL. Lei 9.605 de 12.02.1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13.02.1998. “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. ”

consegue identificar por meio de qual pessoa(s) física(s) a pessoa jurídica que cometeu o delito agiu. Portanto a dupla imputação existe, mas ela não é obrigatória.²¹

A revisão de certos conceitos do Direito Penal clássicos ante as novas realidades e anseios sociais é necessária. O anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal trouxe a perspectiva de inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Código Penal brasileiro. Porém, houve uma delimitação dos sujeitos passivos contra os quais os entes coletivos teriam sua conduta criminosa reconhecida e punida, o anteprojeto restringe quanto a matéria de modo que só será reconhecido o crime se contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro ou o meio-ambiente. Essa redução do rol de delitos é problemática já que a atuação das corporações atinge um âmbito muito maior do que aquele compreendido pelo anteprojeto, um exemplo seria os crimes contra as relações de consumo, nos quais o papel desempenhado pelas corporações não pode ser ignorado.

Em que pese a decisão do ordenamento jurídico brasileiro em adotar a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, o assunto demanda maior aprofundamento para que a tutela dos bens jurídicos supraindividuais ameaçados pelas atividades empresariais seja dada com maior efetividade.

4.3.1 O modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas e sua regulamentação atual

Como já visto, o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica brasileiro encontra fundamento em dois artigos da constituição, porém ainda não há um conceito próprio e claro de culpabilidade para os entes coletivos que permita a aceitação do instituto pela doutrina e que traga efetividade em sua aplicação prática.

O sistema de responsabilização adotado no Brasil apenas tem regulamentado, até o momento, questões referentes à crimes contra o meio ambiente, ou seja, além da questão de como é vista a teoria do delito no Brasil há uma carência dogmática mínima que permita a aplicação do instituto da responsabilização penal nos casos concretos envolvendo outros delitos cometidos por pessoa jurídica.

²¹ VASCONCELOS, Hitala Mayara Pereira de. A dupla imputação nos crimes ambientais: consolidação da mudança na posição do STJ para acompanhar entendimento firmado pelo STF. Disponível em <<https://blog.ebeji.com.br/a-dupla-imputacao-nos-crimes-ambientais-consolidacao-da-mudanca-na-posicao-do-stj-para-acompanhar-entendimento-firmado-pelo-stf/>>. Acesso em 02 jun. 2018

4.3.1.1 Lei de Crimes Ambientais

Mesmo com mais de trinta anos da promulgação da constituição federal, há muitos temas trazidos por ela que ainda não foram devidamente regulamentados pelo legislador. Porém a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, que é explicitamente tratada no comando constitucional, foi devidamente regulamentada, trata-se da lei federal nº 9.605, mas não é o objetivo deste trabalho a análise de normas que visam a tutela do meio ambiente, mas sim uma análise sobre a legitimidade dos modelos de responsabilização penal de entes coletivos, se estão de acordo com os princípios do direito penal e da função social da empresa.

O comando constitucional e a própria lei que trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais já existe, portanto, o direito brasileiro admite sim a responsabilidade coletiva, ainda que em apenas uma espécie de crime, porém as questões doutrinárias que envolvem o direito penal e a responsabilização coletiva estão cada vez mais anacrônicas graças ao contraste da tradição direcionada a responsabilidade individual e intransmissível com a possibilidade de responsabilidade penal não individual regulamentada na lei e aceita na jurisprudência.

A discussão que surgiu nos casos concretos apreciados pelo poder judiciário sobre a inconstitucionalidade do instituto jurídico que permite a responsabilização da pessoa jurídica nos crimes ambientais foi pacificada pelo STJ e STF, mesmo sob os argumentos que apontam no sentido da desarmonia deste instituto com os princípios constitucionais penais. Estes princípios de direito penal envolvem sua tradição de aplicação exclusiva da responsabilidade individual tradicional do sistema da Civil Law, o que motiva grande resistência da doutrina em aceitar a possibilidade de responsabilização coletiva mesmo após os tribunais superiores terem se posicionado sobre o assunto.

Como já dito quando se tratou da heterorresponsabilidade, na jurisprudência existem duas vertentes no sentido da aplicação do instituto da responsabilidade penal da empresa por crime ambiental conforme a Lei de Crimes Ambientais. A primeira adota a teoria da Dupla Imputação onde se admite a responsabilização da pessoa jurídica apenas no caso de a pessoa física ter sido denunciada também, ou seja, é obrigatória a responsabilização da pessoa física junto com a pessoa jurídica. O atual entendimento das cortes supremas não é mais nesse sentido, é contrário à Dupla Imputação uma vez que se

admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica independente da culpa dos seus membros, segue o julgado do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (BRASIL, 2013, p. 1).

Com essa decisão o STF não reconhece a teoria da dupla imputação e que se deve responsabilizar individualmente cada ente, pessoa física e pessoa jurídica caso a pessoa física tenha praticado o ilícito em favos da empresa. Mais tarde o STJ, que inicialmente adotou a teoria da Dupla Imputação se adequa ao STF apreciando o Recurso em Mandado de Segurança Nº 39.173 – BA (2012/0203137-9)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2015, p. 1, grifo nosso).

Sendo assim, tanto o STF como o STJ hoje entendem como ilegítima a Dupla Imputação, e como legítima a responsabilização penal das empresas independentemente de responsabilização penal de pessoas físicas na tutela do meio ambiente.

Parte da doutrina critica a Lei de Crimes Ambientais porque nela não está explícita pena máxima e mínima a serem impostas, também não há critérios determinados na aplicação das multas, embora haja previsão de suspensão parcial ou total da atividade

(art. 8º, III)²². A falta de previsão mínima e máxima das multas e outras lacunas referentes ao processo penal nos casos envolvendo a Lei de Crimes Ambientais, como o pressuposto amplíssimo que o crime deve ser cometido no interesse a entidade para que ela seja responsabilizada penalmente, geram insegurança jurídica; o que ofende a princípio da legalidade estrita, diante do tratamento difuso dado a questão. O problema que isso gera é a atribuição da função típica de legislador aos juristas²³.

Ainda que haja problemas de técnica legislativa, a Lei de Crimes Ambientais está amparada não só na Constituição Federal como também na convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil em 29 de janeiro de 2004 e promulgada em 12 de março do mesmo ano com o Decreto 5.015²⁴. Esta convenção, também conhecida como Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, trata em seu art. 10^{o25} que os Estados Parte devem buscar a adoção de medidas no sentido de responsabilizar as empresas por participação no crime organizado e é isso que a Lei de Crimes Ambientais faz.

Graças a resistência doutrinária e dos operadores do direito de forma geral existe um déficit no sistema jurídico nacional no devido processo e aplicação penal para as empresas que cometem crimes ambientais, o que não facilita nem um pouco quando se trata de outros tipos de crime, pois é muito comum que se fale apenas nas hipóteses de crimes ambientais quando se fala em responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil, ignorando outros danos que podem decorrer da atividade empresária.

O debate doutrinário envolvendo a aceitação ou não da possibilidade da responsabilização penal de pessoas jurídicas mesmo após o posicionamento do STF pouco vem contribuindo para o desenvolvimento dogmático e a melhoria técnica do

²² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve estudo crítico*. Curitiba: Juruá, 2003. P.95

²³ Idem.

²⁴ BRASIL. Decreto 5.015, de 12.03.2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15.03.2004.

²⁵ Artigo 10. Responsabilidade das pessoas jurídicas.1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção.2. No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil ou administrativa.3. A responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as infrações.4. Cada Estado Parte diligenciará, em especial, no sentido de que as pessoas jurídicas consideradas responsáveis em conformidade com o presente Artigo sejam objeto de sanções eficazes, proporcionais e acautelatórias, de natureza penal e não penal, incluindo sanções pecuniárias.

instituto. Para Davi da Paiva Costa TANGERINO essa possibilidade é incontestável, o que se deve fazer é adensar o debate no sentido de prove-lo de:

“Parâmetros garantistas que tornem seu emprego compatível com os preceitos constitucionais penais, sobretudo quando se tem por horizonte a tendência expansionista do poder punitivo”²⁶

A ideia não deve ser questionar a constitucionalidade da responsabilidade coletiva, instituto que estende o controle social formal exercido pelo direito penal, mas sim buscar uma limitação deste controle sem mais questionar sua constitucionalidade, chamando a atenção para princípios do direito penal como o da intervenção mínima (*ultima ratio*), o princípio da intranscendência e, como se quer apontar aqui, o princípio da função social da empresa que, ao passar a ser possível integrante do polo passivo de uma ação penal, deve ter sua natureza social reconhecida pelos penalistas.

4.3.1.2 Lei de Defesa da Concorrência

Há dois dispositivos na constituição federal que tratam da responsabilidade penal da pessoa jurídica: o art. 225 § 3º que trata do meio-ambiente, já analisado, e o art. 173 § 5º que trata da ordem econômica. Vista a constitucionalidade da responsabilização penal das empresas na tutela do meio-ambiente é importante também para o nosso estudo a análise de outros dispositivos legais que regulamentam as questões envolvendo a ordem econômica. Quanto a Lei Federal nº 12.529/2011, ou Lei de Defesa da Concorrência, afirma Vinícius Marques de CARVALHO:

“...abre novos caminhos para que a política brasileira de defesa da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa, com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil”²⁷

O autor que também foi presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) defende que o combate aos cartéis deve ocorrer em três esferas:

²⁶ A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica para Além da Velha Questão de sua Constitucionalidade, p. 17.

²⁷ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS Eduardo Caminati. Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 p. 31

administrativa, civil e penal. Essa lei de 2011 trouxe alterações dos crimes tipificados na lei anterior que regulava a questão (Lei nº 8.137/1990) e o autor afirma que isso contribuiu positivamente nos resultados do combate aos cartéis.

O fato que nos interessa analisar é que a nova lei suprimiu condutas típicas penais imputáveis às pessoas físicas integrantes da empresa. Essa supressão de condutas típicas que antes existiam na lei de 1990 acabou introduzindo um verdadeiro sistema penal de responsabilização das pessoas jurídicas sob a aparência de um sistema administrativo punitivo graças a nova lei. O problema nisso é que sanções de caráter punitivo e gravosas podem ser aplicadas às empresas sem que seja observada as garantias próprias e inerentes do processo penal. Então, curiosamente neste caso, assim como no caso da lei anticorrupção como veremos mais adiante, acaba sendo mais gravoso para a empresa não ter sua responsabilização penal reconhecida.

Além de responder por uma série de condutas elencadas no art. 36 “independentemente de culpa” a nova lei também prevê com instrumento de investigação de práticas anticoncorrência o acordo de leniência previsto no art. 86. Trata-se de um incentivo oferecido à empresa que colabore com a investigação antitruste que pode chegar na redução de um a dois terços da pena aplicável ou até mesmo na extinção da ação punitiva da administração pública, caso a cooperação da empresa apresente os envolvidos na infração, a documentação que comprove a infração noticiada e várias outras exigências.

Todo este processo administrativo decorrente do acordo de leniência traz consigo uma grande insegurança jurídica à empresa que com ele colabora, já que a empresa não tem uma garantia de que vá se livrar da responsabilização penal. Mesmo que a própria lei diga que não importará confissão em matéria fática o simples fato da empresa acionar o CADE²⁸, nada o impede de requerer informações ao MP ou ao próprio poder judiciário depois de acionado. Por isso, na prática, o programa de leniência implica em uma

²⁸ BRASIL. Lei 12.529 de 30.11.2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30.11.2011. “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. ”

confissão de delito por parte da empresa, o que acaba sendo uma contradição com a própria essência de ação coordenada entre as esferas administrativa e penal proposta pela lei em análise.

Além disso, devemos considerar o poder-dever do MP em propor a ação penal, conforme o art. 129, I da CF e também a independência entre as esferas administrativas e penal que não permite a um ente administrativo como o CADE decretar a extinção da punibilidade da empresa apenas por ter feito acordo de leniência, mesmo que a lei diga expressamente que este acordo extingue a punibilidade²⁹, pois é um flagrante desrespeito ao art. 5º, XXXV da CF que, por sua vez, diz “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que gera mais insegurança à empresa que venha a fazer este acordo.

O art. 37, II³⁰ da lei traz a previsão de uma possível multa administrativa no valor de dois bilhões de reais (R\$ 2.000.000.000,00) demonstrando um caráter punitivo muito mais acentuado do que as penas previstas na própria lei 9.605/1998, já analisada, que se propõe a responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Como exposto, a esfera administrativa sancionadora acaba sendo mais prejudicial às empresas do que se o legislador brasileiro aceitasse a constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica sem querer contorná-la, trazendo institutos claramente inconstitucionais e que geram insegurança jurídica aos envolvidos. Começa-se a perceber, portanto, que a responsabilização penal da pessoa jurídica pode não ser necessariamente um obstáculo a manutenção de sua atividade ética e o exercício de sua função social. O que é um obstáculo, sem dúvida, é um sistema jurídico imbuído de contradições sistêmicas.

4.3.1.3 Lei Anticorrupção

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 40. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p. 143-144 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei...”

³⁰ BRASIL. Lei 12.529 de 30.11.2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30.11.2011. “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) ”;

A Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, surge com o objetivo de combater a corrupção no Brasil em resposta a pressão exercida por organismos internacionais. A lei parece adotar um conceito bem amplo do que seja corrupção como aquele trazido por Vicente GRECO FILHO e João Daniel RASSI que é o seguinte:

*“...qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico”.*³¹

Como a Constituição Federal só faz referência à responsabilidade penal das pessoas jurídica nos casos de crimes contra a ordem econômica, contra a economia popular e contra o meio ambiente, o legislador buscou contornar as dificuldades judiciais que a lei enfrentaria, pois, a constituição não fala especificamente em crimes contra a administração pública no tocante a responsabilização penal da pessoa jurídica. Novamente o legislador se apoia em um modelo de direito administrativo sancionador, evitando assim as discussões quanto a incompatibilidade da responsabilidade penal com a natureza dos entes coletivos, ainda que a jurisprudência e a constituição sejam claras a respeito de tal compatibilidade.

No art. 5º da lei estão elencadas as infrações e o inciso V, na primeira parte, diz “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgão, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação”, porém, segundo o princípio do *nemo tenetur se detegere* presente o art. 5º, LXIII da CF, que vai muito além do direito ao silêncio, a empresa não poderia ser obrigada a produzir prova contra si própria, o que implica em poder se omitir dificultando a atividade de investigação e, portanto, indo contra a regra com base em princípio constitucional.

Outro princípio não observado pela lei anticorrupção é o *no bis in idem* não só porque o rol de infrações administrativas listadas na lei se assemelham muito aos crimes contra a administração pública nacional e estrangeira, assim como as infrações listadas

³¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 741

na lei de licitações, mas também pelo fato de a empresa infratora poder ser responsabilizada, pelo mesmo fato, na esfera judicial e não apenas administrativa.³²

Assim como a lei de defesa da concorrência a lei anticorrupção também prevê possível acordo de leniência, o que acaba gerando a mesma insegurança jurídica tratada anteriormente, com o agravamento de não haver sequer previsão da extinção da punibilidade para a empresa que colabore. Conforme afirma Luciano Anderson de SOUZA, trata-se de uma “verdadeira armadilha para a pessoa jurídica”³³ que buscando atenuação na esfera administrativa acaba se expondo à instância judicial.

A lei fala ainda na criação do CNEP, Cadastro Nacional de Empresas Punidas, onde a pessoa jurídica que cometeu determinada infração será inserida. Funciona como uma folha de antecedentes que estigmatiza a empresa infratora, aproximando ainda mais o que era para ser direito administrativo às características penais, não bastando a adoção da responsabilização objetiva, a repetição de condutas já tipificadas como crime que passam a ser sancionadas também pela administração e a aplicações de sanções mais gravosas que aquelas contidas, por exemplo, na lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998), que são sanções penais, chegando a possível cobrança de multa administrativas de até sessenta milhões de reais (R\$ 60.000.000,00).

Muitos destes problemas poderiam ser solucionados com uma mudança legislativa que atribuísse a um juiz togado a presidência da investigação, pois este teria poderes para transpor regras do processo penal como busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e também as regras da parte geral do direito penal que envolvem autoria e participação, consumação e tentativa. Sobre esta medida, dizem Vicente GRECO FILHO e João Daniel RASSI:

“...teria o condão de aumentar a eficiência dos procedimentos investigatórios, ao mesmo tempo em que cumpriria com os princípios

³² BRASIL. Lei 12.846 de 01.08.2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30.11.2011. “Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.”

³³ SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 22, n.256, março/2014, p. 4

*constitucionais de direito a defesa, proporcionalidade, dentre outros, assegurando também a uniformidade do sistema”.*³⁴

A sugestão proposta pelos autores já integra a realidade legislativa italiana, país cuja tradição também é fundamentada na Civil Law, onde a responsabilidade da pessoa jurídica por infração administrativa é processada por juiz criminal, com isso fica garantido o direito à ampla defesa e o poder comunicativo do direito penal.

O fato é que, tanto na lei de defesa da concorrência como na lei anticorrupção o que se vê é o legislador chamando de administrativo aquilo de deveria ser considerado penal, afastando assim as garantias existentes no devido processo legal penal indispensáveis em um estado democrático de direito.

³⁴ A corrupção e o direito administrativo sancionador

5 PROPOSTAS DE UM NOVO MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Apresentado o problema é necessário focarmos em uma possível solução que respeite a Constituição Federal e seu aspecto diretivo no sentido de tutelar determinados bens supraindividuais sem querer reinventar completamente o Direito Penal, mas sim adapta-lo às necessidades de seu tempo. Para isso devemos estar atentos aos limites constitucionais atribuídos ao âmbito de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica e qual espécie de empresa está sujeita a este instituto, até porque nem toda a empresa tem capacidade de conduta ou pode causar significativo dano a bens supraindividuais de modo que justifique a atuação do Direito Penal sobre esta.

O novo modelo de responsabilização penal deve dar as garantias do devido processo legal penal às corporações afastando a insegurança trazida no atual modelo envolvendo o direito administrativo sancionador. Além disso, mesmo quando se trata do modelo já admitido e praticado, que é aquele regulamentado pela lei de crimes ambientais, é reconhecível que demanda alterações e que se elabore um modelo menos deficitário do que aquele que vem sendo utilizado, precisa-se de um modelo de imputação que admita não só a heterorresponsabilidade dependente da responsabilização da pessoa física como co-autora do delito, mas também a autorresponsabilidade do ente coletivo admitindo-se um conceito de culpabilidade corporativa derivada do defeito de organização e não necessariamente de dolo ou culpa de pessoas físicas que componham a empresa.

5.1 Limites na responsabilização penal das pessoas jurídicas

Foi demonstrado nos capítulos anteriores que é constitucional a responsabilização penal dos entes coletivos nos casos de crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. As hipóteses mencionadas são mandados expressos da constituição, ou seja, o legislador não só pode como deve seguir o comando constitucional e regulamentar essas matérias específicas, a questão que se coloca agora é: pode o legislador ir além e criar leis que responsabilizam penalmente as pessoas jurídicas por outros crimes?

Para responder tal pergunta devemos ter em mente que o texto constitucional não determina em momento algum que a responsabilidade penal, de modo geral, deve ser necessariamente individual, portanto podemos entender que não há nada explícito na Constituição Federal que impeça o legislador de adotar como política criminal outras

hipóteses nas quais essa forma de responsabilização seja apropriada, a não ser impedimentos de ordem principiológicas como o princípio da *ultima ratio* e o da função social da empresa.

Sobre a possibilidade de o legislador responsabilizar a pessoa jurídica por outros tipos de crimes o STF, 1ª turma, no recurso extraordinário n. 548.181/PR, relatado pela Ministra Rosa WEBER disse que a Constituição Federal não faz qualquer reserva apriorística quanto a criminalização de condutas ou em relação a quem serão os sujeitos ativos, tratando-se de matéria que, respeitados os limites constitucionais, deve ficar ao alvedrio do legislador originário.

Essa matéria também foi discutida pela comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal para discutir o Anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro onde se discutiu a inclusão dos crimes contra a administração pública como espécie de delito que admitisse a responsabilização coletiva. Nesta comissão Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES disse:

“Não há reserva constitucional sobre o que a lei pode considerar hipótese de responsabilização da pessoa jurídica. Na minha leitura, essas menções da Constituição ao meio ambiente, à ordem econômica e financeira e à economia popular não são exaurientes, são exemplificativas. Então há o espaço da lei para prever a ampliação dessas figuras de responsabilidade penal. E eu observo que na Administração Pública em particular a questão é essencial porque o que vemos são pessoas jurídicas que são corruptoras e contratam funcionários que podem responder pela corrupção, e a pessoa jurídica – não vou citar nenhum nome -, a pessoa jurídica se safa com a rotatividade dos funcionários.”³⁵

5.2 programas de prevenção de riscos empresariais e de cumprimento normativo

A criação de um modelo de responsabilização coerente no ordenamento jurídico e adaptado a realidade do mundo atual implica no incentivo de desenvolvimento por parte das corporações de programas de prevenção de riscos empresariais e de cumprimento normativo, porque estes programas têm um papel importante na adaptação da empresa a este relativamente novo Direito Penal.

³⁵ Diário do Senado Federal, Suplemento B, de 19 de junho de 2012, p.924.

Estes programas podem servir de critérios para o exame da culpabilidade da empresa e também como forma de exclusão da imputação quando demonstrado que foram cumpridas as obrigações dos referidos programas de prevenção de riscos. Uma legislação que promova esse tipo de programa de forma mais eficiente que a legislação atual terá como consequência a análise do fato delituoso antes que ele venha a produzir danos significativos, permitindo assim que a empresa cumpra com seu fim estatutária com menor probabilidade de desvios de finalidade.

Um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica que se fundamente em eventual possibilidade de defeito de organização da empresa deve realmente fazer com que estas empresas se organizem adotando uma implementação concreta dos programas de cumprimento normativo (programas de *compliance*). Dessa forma os programas funcionam como verdadeiras instâncias delegadas de prevenção de ilícitos, atuando dentro da própria empresa e financiados por ela.

A adoção dos programas de *compliance* deve não apenas atender uma determinação legal, mas buscar efetivamente detectar as atividades ilícitas que estejam ocorrendo no interior da empresa e que possam trazer não só danos aos bens supraindividuais tutelados pela lei, como prejuízos a empresa decorrente da aplicação das penas. As penas devem superar o investimento nos programas de *compliance* quando não aplicados, de forma que a adoção desses programas seja, de um ponto de vista econômico, vantajosa para a empresa, que preferirá custear um programa que realmente funcione ao correr o risco de sofrer pesadas multas caso realmente venha ocorrer práticas delitivas em seu interior.

A ideia que se pretende passar é que um modelo de responsabilização de pessoas jurídicas eficiente não pode simplesmente repreender os ilícitos, mas também fomentar a adoção de uma cultura de práticas éticas na realização da atividade empresarial capaz de inibir a formação de associações causadoras da chamada criminalidade do colarinho branco, ou seja, deve agir sobre as causas da criminalidade dos poderosos ao invés de apenas reprimir seus resultados.

Para que a culpabilidade decorrente de defeito da organização da empresa seja reconhecida dentro do ordenamento jurídico é necessário que se estabeleçam na lei quais são os deveres da empresa, no tocante a sua autorregulação, que tem como objeto social atividade que a sujeita a responsabilização penal. Outro aspecto que deve estar bastante

claro na legislação é quando e como a empresa responsabilizável penalmente deve cooperar com o Estado na prevenção de riscos caso este entenda necessária a investigação da pessoa jurídica.

Estes esclarecimentos são importantes na medida em que contribuem para a criação de um sistema de garantias, já que é direito da pessoa jurídica ter conhecimento daquilo que lhe é exigível e pode ser cobrado na instância penal. Sendo as regras mais claras e precisas a insegurança jurídica existente hoje tende a desaparecer.

Porém, mesmo com um direcionamento legal mínimo para o funcionamento da autorregulação da empresa, é possível que os programas de *compliance* tenham muitas variações, tudo depende do objeto social de cada empresa, do mercado em que atuam ou mesmo de sua complexidade organizacional. Sendo assim, não é razoável que exista critérios legais muito específicos que regulem a questão, o que se quer é dar segurança a empresa e não imobilidade, até porque devemos considerar as constantes inovações técnicas de administração e controle corporativo que a legislador não conseguiria acompanhar. O que se busca são princípios reitores gerais da autorregulação.

A legislação que regulamenta a questão no modelo italiano, o decreto-legislativo n. 231, por exemplo, promove a autorregulação preservando a parte saudável e ética da empresa na aplicação da pena:

“conforme determina o artigo 6, parágrafo 1, se o delito for cometido por pessoa ocupante de função diretiva na organização, a empresa fica excluída da responsabilidade se demonstrar que a) o órgão dirigente adotou e fez atuar de modo eficaz, antes da ocorrência do fato, um modelo de organização e de gestão idôneo a prevenir o delito da mesma espécie daquele verificado; b) a atribuição da função de vigilância e observação sobre o funcionamento do modelo de prevenção de delitos foi confiada a um órgão do ente coletivo dotado da autonomia, iniciativa e controle; c) o delito foi cometido iludindo-se fraudulentamente o modelo de organização e gestão; d) não houve omissão ou insuficiência na vigilância providenciada pelo órgão com essa atribuição na empresa.”³⁶

³⁶ SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArts. 2016, p. 195.

A respeito da temática do compliance Leandro SARCEDO entende que, a partir do momento que se adota como ferramenta político-criminal a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é necessário que se exija da empresa para que tenha sua culpabilidade reconhecida, no mínimo, certo número de empregados e colaboradores, que sejam dotadas de razoável complexidade operacional e que tenham um faturamento anual a partir de um determinado valor considerável que esteja fixado em lei. O autor continua:

“a) um estudo detalhado e prévio que contenha a identificação e a análise das vulnerabilidades da estrutura da empresa em relação à possibilidade do cometimento de delitos, bem como um planejamento de quais medidas devem ser tomadas para minimizar o risco detectado;

b) um organograma no qual estejam estabelecidas as atribuições e as responsabilidades de cada uma das funções internas da empresa, bem como os seus limites de atuação (medida importantíssima para especificar os limites da delegação e, assim, evitar e/ou evidenciar o excesso de mandato na execução das funções);

c) a designação de um chief compliance officer ou mesmo de um departamento de compliance, a depender da estrutura da empresa (de qualquer maneira o departamento deverá ter, claro, uma chefia), dotados de independência funcional e de meios para detectar e notificar riscos na atuação da empresa, bem como para realizar investigações internas nos casos de detecção de irregularidades que as justifiquem;

d) a instituição de um código de conduta empresarial, com previsão de sanções disciplinares para seu descumprimento, o qual seja de disseminado conhecimento de todos os diretores, empregados e colaboradores, e juntado aos respectivos contratos de trabalho e de prestação de serviços;

e) a manutenção de canais de denúncia (whistleblowing, hotline), pelos quais o responsável pela área de compliance possa ter acesso a eventuais condutas arriscadas que estão sendo empreendidas em nome da empresa.

A partir desse conteúdo mínimo, outras regulamentações mais minuciosas ou específicas deveriam ser feitas por meio de um decreto cuja elaboração seja delegada, com exclusividade, ao Poder Executivo Federal. Importante que a lei

ressalte o caráter de exclusividade do Poder Executivo Federal para exercer tal regulamentação, para que não volte a ocorrer o que aconteceu no âmbito da Lei Federal 12.846/2013, cuja regulamentação foi expressamente delegada ao Poder Executivo Federal (artigo 7º), mas, ante a omissão deste, acabou recebendo diversas regulamentações concorrentes de diversos entes públicos, o que é fonte de sensível insegurança jurídica.

Essa regulamentação complementar delegada ao Poder Executivo Federal justifica-se em vista do caráter dinâmico e muito atual do assunto em questão, para o qual surgem novidades cotidianamente, além das alterações dos padrões econômicos e das características das atividades desenvolvidas. A regulamentação de alguns preceitos por Decreto do Poder Executivo Federal, mas com os princípios reitores fixos já estabelecidos em lei, daria mais vitalidade ao sistema ao mesmo tempo em que ficaria mantido um mínimo necessário de segurança jurídica na aplicação desse instituto, que, ao fim e ao cabo, é, sim, penal.”³⁷

³⁷ SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArts. 2016, p. 199.

6 CONCLUSÃO

Vimos que a não responsabilização dos entes coletivos só passou a ser novidade no direito continental europeu devido a ascensão do Estado Liberal. Era mais conveniente para a classe burguesa se eximir de responsabilidade de suas atividades, porém com a formação do Estado Social e das constituições diretivas institutos como o da função social da propriedade e função social da empresa foram surgindo. Essas mudanças, por um lado limitaram os direitos do empresário que antes eram invioláveis e, por outro, garantiram-lhe maior possibilidade de recuperação como vimos no caso da lei de falências embasada no princípio da função social da empresa.

A chegada das constituições diretivas trouxeram consigo um direito que busca a tutela de bens supraindividuais, aqueles que são pertencentes à ordem social pois atendem aos interesses de todos. Porém mesmo com uma nova estrutura de Estado diferente daquela do Estado Liberal as atividades empresariais continuam intensas e se faz necessário a possibilidade de intervenção para que se dê a devida tutela a direitos supraindividuais tais como ordem econômica e meio ambiente.

Dada a incompatibilidade da Teoria do Delito com a responsabilização de entes coletivos parte da doutrina encontra fundamento para esse novo modelo de responsabilização penal que se mostra necessário com a chamada filosofia da linguagem que rompe com a filosofia do objeto. A ideia é que a linguagem não apenas descreve a verdade existente no objeto, mas é capaz de cria-la uma vez que a verdade se deriva de um consenso social produzido pela própria linguagem, ou seja, se todos conseguem entender que a empresa é capaz de agir então ela de fato age e o Direito Penal deve reconhecer.

Ainda que reflexões sobre o conceito de ação, culpabilidade e a Teoria do Delito sejam importantes, o fato é que tanto a Constituição Federal e os tribunais superiores entendem como possível a responsabilização penal das pessoas jurídicas, ou seja, enquanto política-criminal ela está em vigor e cabe aos juristas aplica-la de forma mais coerente e sistemática possível.

Como demonstrado, a doutrina se colocar contra aquilo que já foi discutido e pacificado não traz benefício algum à ordem jurídica, nem mesmo às empresas que com sua responsabilidade penal não reconhecida tendem a sofrer duras penalidades administrativas afastadas de um processo legal cujas garantias seriam muito maiores, a

previsibilidade das regras que estariam submetidas seria mais clara de modo que poderiam evitar práticas que contribuem na ocorrência de possíveis delitos em seu interior, em suma, as próprias empresas são prejudicadas por essa blindagem de responsabilidade e isso compromete a realização de sua função social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do; *A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro*. São Paulo: Srs Editora. 2012

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo P. **Função Social da Empresa e Responsabilidade Social: Cidadania Empresarial em Foco**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/palestras-oab-sp/funcao-social-da-empresa-e-responsabilidade-social-cidadania-empresarial-em-foco>>. Acesso em: 22 de dez. 2019

AZEVEDO, Carlos Henrique. **STF Reconhece a Responsabilidade Penal Isolada da Pessoa Jurídica em Crimes Ambientais**. Azevedo Sette Advogado. 2015. Disponível em: <<http://www.azevedosette.com.br/sustentabilidade-ambiental/artigos/exibir/5662>>. Acesso em: 22 de dez. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 40. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões Sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade Penal Das Pessoas Jurídicas no Projeto do Novo Código Penal Brasileiro**. Revista Liberdades, São Paulo, Edição Especial - Reforma do Código Penal, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder; *Função Social da propriedade dos bens de produção*. São Paulo: RT. 1996.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**. in: LOUREIRO, Maria Fernanda. *Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica: A Teoria do Delito para a Incriminação da Empresa*. Curitiba: Juruá, 2017.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *A corrupção e o direito administrativo sancionador*. In: SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa*

jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArts. 2016

LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica: A Teoria do Delito para a Incriminação da Empresa.** Curitiba: Juruá, 2017.

OLIVEIRA, Celso Marcelo, Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Iob Thomson. 2005

PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: LMj Mundo Jurídico, 2014

RAWLS, John. **Justiça como Equidade - Uma Reformulação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência:** introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992.

RICOEUR, Paul. **O Justo e a Essência da Justiça.** Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2011

SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArts. 2016

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 22, n.256, março/2014

VASCONCELOS, Hitala Mayara Pereira de. **A dupla imputação nos crimes ambientais: consolidação da mudança na posição do STJ para acompanhar entendimento firmado pelo STF.** Disponível em <<https://blog.ebeji.com.br/a-dupla-imputacao-nos-crimes-ambientais-consolidacao-da-mudanca-na-posicao-do-stj-para-acompanhar-entendimento-firmado-pelo-stf/>>. Acesso em 02 jun. 2018