

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

**RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL À EMPRESARIAL: UMA
NECESSÁRIA MEDIDA À AMPLIAÇÃO DO CONTROLE DA CORRUPÇÃO**

**MULTIFACETED AND MIGRATORIES INTERSECTIONS OF THE INDIVIDUAL
TO THE ENTERPRISE CRIMINAL LIABILITY: A NECESSARY MEASURE TO
EXPAND THE CONTROL OF CORRUPTION**

Rogério Gesta Leal ¹

Resumo

O presente texto procura enfrentar o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, eis que objeto de múltiplas divergências e algumas convergências no âmbito da dogmática jurídica do Direito Penal internacional e brasileiro, propondo uma adequação deste debate aos casos de corrupção em que, eventualmente, as empresas e corporações privadas se vêem envolvidas.

Palavras-chave: Teoria do direito penal, Responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Corrupção

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to address the issue of enterprises criminal responsibility, because it is the object of multiple differences and some convergences within the legal doctrine of international and brazilian criminal law. I proposing here an adaptation of this debate to the cases of corruption that eventually the companies and private corporations are involved

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of criminal law, Criminal liability of legal entities, Corruption

¹ Doutor em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Prof. Titular da UNISC, FMP e UNOESC

I – Notas Introdutórias:

Pretendo neste texto apresentar algumas considerações sobre os marcos conceituais estruturantes que estão hoje a operar o debate da migração da responsabilidade penal individual à empresarial, tanto em face do reconhecimento dos nefastos impactos que são cometidos por pessoas jurídicas em diversos âmbitos das relações sociais, mas em particular para que se amplie as ferramentas jurídicas ao tratamento preventivo e curativo dos atos de corrupção praticados por elas.

II – Preliminares contextuais e conceituais sobre a responsabilidade penal Empresarial:

A responsabilidade penal no Brasil é hegemonicamente individual, plasmada no disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988, bem como nas disposições do art.13, do Código Penal Brasileiro. O denominado princípio da intranscendência ou da pessoalidade ou, ainda, personalidade da pena, preconiza que somente o condenado, e mais ninguém, poderá responder pelo fato praticado, pois a pena não pode passar da pessoa do condenado.¹

Esta responsabilidade penal não permite o castigo penal por fato de outrem (alheio), isto porque, diferentemente da responsabilidade civil, a penal deve recair diretamente sobre a pessoa que experimentou o fato tipificado, que teve efetivo envolvimento causal e jurídico – direto ou indireto – com este fato, daí porque, dentre outras razões, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é, talvez, um dos temas de política criminal e de direito penal mais controvertido da atualidade.

Para este enfrentamento teórico e prático é preciso ter em conta vários elementos, a começar os dados que recente pesquisa do fórum econômico mundial levantou sobre o tema da corrupção, sendo ela responsável por perdas de 2,6 trilhões de dólares por ano em todo o mundo, o que representa cerca de 5% do PIB mundial.²

Diante do histórico destes cenários, várias empresas multinacionais estão desenvolvendo códigos de condutas negociais entre fornecedores e consumidores, criando sistemas de denúncias

¹ Por isto a doutrina tem dito que a pena somente é necessária, eficaz e idônea (com todas as implicações constitucionais daí decorrentes) em relações a fatos próprios, carecendo de sentido e justificação em relação a fatos alheios ou acontecimentos em cuja realização ou impedimento não se pode influir. Ver o texto de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Universitas, 1996, p.89.

² In Revista Exame CEO. *Um Mundo mais Ético*. Edição 17, abril de 2014. São Paulo: Abril, 2014, p.18. A matéria aponta para o fato de que a crise de imagem enfrentada pelos bancos - que também é uma crise de confiança -, mais o colapso financeiro global, são apontados como principais motivos por trás do interesse das empresas por políticas de responsabilidade corporativa, associado ao alto grau de exposição que elas enfrentam praticado pelas redes sociais

anônimas de casos de corrupção ou falta de ética funcional, metas de redução de impacto ambiental e de engajamento com comunidades, sendo óbvio que isto tem se dado pelo fato de que a reputação das empresas passou a ser um fator de risco com maior impacto nas estratégias de negócios.³

É de se ter presente, em data mais contemporânea, que desde a década de 1990 o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica já estava na agenda das principais nações desenvolvidas (América do Norte e Europa Central), alarmadas com o contingente cada vez maior de fraudes econômicas, violações ambientais, propinas a agentes públicos, obstrução da justiça e crimes financeiros envolvendo corporações, resultando daí reações de organização normativa e jurisdicionais voltadas a combater as chamadas corporações transgressoras (*corporate wrongdoing*), tanto na perspectiva penal, como civil e administrativa.⁴

Não se pode perder de vista, de qualquer sorte, o fato de que o poder das corporações e pessoas jurídicas é muito maior do que o de seus membros isoladamente considerados, o que se evidencia pela força e influência do crime organizado que se utiliza de instituições públicas e privadas para alcançar seus desideratos ilícitos. Isto ainda é mais importante quando se sabe que as pessoas jurídicas podem se estruturar para evitar responsabilidades jurídicas, criando figuras fictícias de *laranjas* para responderem por atos contra a lei, escondendo-se por detrás deles.⁵

O problema é que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a despeito de todos os dados que se tem sobre o crime organizado, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas e pessoas, os crimes ambientais praticados por estes sujeitos coletivos, etc., ainda encontra controvérsias que buscam afastá-la ou reduzi-la drasticamente, fragilizando o argumento da mente criminosa da corporação (*criminal mind corporation*).⁶

Em termos penais estes argumentos se travestem em outros dois, a saber, a *falta de capacidade de ação e de culpabilidade* da pessoa jurídica. A doutrina contrária à responsabilização

³ Ver em especial o site do *Institute of Business Ethics* (<http://www.ibe.org.uk/>), acesso em 06/05/2014.

⁴ Ver o texto de FRIEDMAN Lawrence. *In Defense of Corporate Criminal Liability*. Harvard Journal of Law and Public Policy 23, 2000, 833-844.

⁵ BRENT, Fisse. *Restructuring Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions*. California Law Review 56, 1983, 1141-1163. Acrescenta o autor ainda que: *recognising that the corporate entity as a whole is criminally liable allows for more effective legal and moral sanctioning of wrongful corporate activity. As such, criminal liability of corporations through the recognition of legal personality directly encourages the adoption of better standards, more responsible corporate behaviour and deterrence from future misconduct.*

⁶ Ver o texto de ENGLE, Eric. *Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human Rights Violations?*, St. John's Legal Comment, 2006, 288. No texto o autor refere que: *The difficulty to consider corporations, as legal persons subject to criminal sanctions is partially due to the criminal law's focus on a guilty mind. Traditionally, corporations have been considered unable to form the requisite mental element to commit crimes 'Historically, a corporation could not be criminally liable in national law because the corporation was a legal fiction which possessed no independent Will.* Ver igualmente o texto de HEINE, Günter. *New Developments in Corporate Criminal Law Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience-or Vice Versa?* St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998, 173-176.

penal desdobra estes argumentos apontando o *princípio da personalidade das penas*, ou seja, somente é punível quem executou materialmente o ato criminoso; ou o *princípio da individualidade da responsabilidade criminal*, para o qual a responsabilidade criminal recai exclusiva e individualmente sobre os autores das infrações, ou, ainda, o *princípio da intransmissibilidade da pena e da culpa*, para o qual as penas não deverão ultrapassar, em nenhum caso, da pessoa que praticou a conduta, como barreiras insuperáveis para a criminalização dos entes coletivos.⁷

Na doutrina alemã, Hans-Heinrich Jescheck entende nesse sentido:

*(...) las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad únicamente pueden actuar a través de sus órganos, por lo que ellas mismas no pueden ser penadas. Además, respecto a ellas carece de sentido la desaprobación ético-social que subyace en la pena, pues sólo contra personas individuales responsables cabe formular un reproche de culpabilidad, y no contra los miembros del grupo no participantes, o contra una masa patrimonial.*⁸

Para Claus Roxin, *Tampoco son acciones conforme al Derecho Penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo "órganos" humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica.*⁹

Na doutrina italiana, Antonio Pagliaro sustenta que:

*Anziché parlare di condotta della persona giuridica basta considerare la condotta della persona fisica che funge da suo organo (es.: amministratore di società). È sempre una persona fisica, anche se qualificata da uno certo rapporto con lénte, a porre la condotta illecita. In questo senso può dirsi che le persone giuridiche non sono idonee a compiere una condotta penalmente illecita.*¹⁰

Vai no mesmo sentido Moscarini, ao dizer que: *ad una responsabilizzazione in chiave penalistica della società s'è obiettato che la persona giuridica è solo una finzione, mentre il diritto penale è fatto per l'uomo: solo il soggetto fisico dotato d'intelligenza e volontà sarebbe capace d'intendere il disvalore della sua condotta e di determinarsi conseguentemente, nonché di patire l'afflittività della pena e d'intenderne la finalità rieducativa.*¹¹

O tema é tão polêmico que nem todos os Estados norte-americanos adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim como nem todos os países de sistemas legais

⁷ Ver o texto de FOFFANI, Luigi. *La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.48/60.

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 205.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1999. p. 258-259.

¹⁰ PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale: Parte Generale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p.161.

¹¹ MOSCARINI, Paolo. *Contrasto della corruzione e procedimento penale de societate*. In Rivista de Processo Penale e Giustizia, vol.4. Roma: Giuffrè, 2013, p.05.

codificados rejeitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, haja vista que a França instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica em 1994 (arts.121-2, do Código Penal Francês)¹², e o mesmo ocorreu na Áustria (2006), Bélgica (1999), Dinamarca (1996), Finlândia (1995), Holanda (1976), Noruega (1991), Espanha (2003), Suíça (2003), a despeito de que em alguns casos excepcionais prevaleceu a posição de que as pessoas jurídicas não poderiam estar sujeitas à responsabilidade criminal, como na Alemanha, durante longo tempo.¹³

No modelo alemão mais recente, a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas demanda que os delitos sejam cometidos por um órgão ou representação oficial das empresas, sendo que o Código Penal não impõe um limite ou lista exaustiva de situações delituosas que possam ser cometidas por aquelas, mas elas não podem ser responsabilizadas por delitos que, em face de sua natureza, podem ser somente cometidos por indivíduos. Como diz Elidiana Shkira: *The only condition is that the offenses have to be linked with the corporation's activities. However, it is not required that the offense be within the competences conceded to the corporation.*¹⁴

No Código Penal Espanhol foi criado o tipo penal de *corrupção entre particulares*, pelos termos do art. 286, *bis*, inserido no Título XIII, definindo que:

“1. Quem por si mesmo ou por interposta pessoa prometa, ofereça ou conceda a empresários, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa mercantil ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização, um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, para que seja favorecido a si mesmo ou a terceiro, perante outros, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, será castigado com a pena de prisão de seis meses a quatro anos, inabilitação especial para o exercício da indústria ou comércio por tempo de um a seis anos e multa até o triplo do valor do benefício ou vantagem. 2. Com as mesmas penas será castigado o empresário, administrador, empregado ou colaborador de

¹² Mesmo na França, centro neural do desenvolvimento da Responsabilidade Penal da Empresa, mister é que se conheça da posição do doutrinador René Garraud, ao sustentar que não se pode pensar em declarar as *universitatis bonoum* penalmente responsáveis, pois as pessoas morais são bem menos pessoas que meios ou instrumentos de que se servem as pessoas verdadeiras; e, além disto, a responsabilidade penal ou coletiva do ser moral é uma ficção; o que é verdadeira é a responsabilidade individual de cada um dos seus membros. Mesmo assim, os artigos 121 e 122, do Código Penal Francês, determinam que as pessoas jurídicas são responsáveis penalmente quando a lei ou a regulação que as atinge expressamente prever tal penalidade. Ver o texto de GARRAUD, René. *Compêndio de Direito Criminal*. Vol. I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2003.

¹³ Ver o texto de WEISSMANN, Andrew. *A new approach to Corporate Criminal Liability*. In *Indiana Law Journal as Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82 IND. L. J. 411, 427 (2007). Cristina De Maglie lembra que: *There are three systems of determining for which crimes the corporations can be held liable. Under the first system – adotado por Inglaterra, Holanda e Bélgica –, the general liability, the legal person's liability is similar to that of individuals, in which corporations are considered to be capable of committing any crime. The second system- adotado em França, por exemplo - requires that the legislator mentions for each crime whether corporate criminal liability is possible. While, the third system- EUA- consists of listing all the crimes for which collective entities can be held liable.* DE MAGLIE, Cristina. *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*. In *Washington University Global Studies Law Review* 4, 2005, 547, 552.

¹⁴ SHKIRA, Elidiana. *Criminal Liability of Corporations: A Comparative Approach to Corporate Criminal Liability in Common Law and Civil Law Countries*. Op.cit., p.19.

*uma empresa mercantil, ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização que, por si mesmo ou por interposta pessoa, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, com a finalidade de favorecer, perante terceiros, a quem lhe outorgou ou prometeu a vantagem ou benefício, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais. (...)*¹⁵.

Mas de qualquer sorte, como lembra Renata Ferreira, a União Européia, em data de 22/12/1998, fundada no art. K.3, do Tratado da União Européia relativa ao combate da corrupção no setor privado, adotou a chamada Ação Comum (98/742/JAI), bem como a Decisão Quadro 2003/568/GAI, do seu Conselho (de 22.07.2003, publicada no *Jornal Oficial da União Européia*, n. L 192, de 31.07.2003, p. 54-56).¹⁶

O primeiro documento operava com a lógica econômica restritiva de que a corrupção falseia a concorrência leal e compromete os princípios de abertura e liberdade dos mercados, nomeadamente o bom funcionamento do mercado interno, e é contrária à transparência e à abertura do comércio internacional, determinando a criminalização, por partes dos Estados-Membros, dos atos de corrupção particular, estando mais preocupado com os interesses dos empresários em face de condutas indevidas e ilícitas de seus funcionários.

Da mesma forma a Decisão Quadro 2003/568/GAI trabalhou com um conceito de natureza mais econômica da corrupção, tendo-a como verdadeira ameaça a sociedade que poderia conduzir a distorções da concorrência em relação à aquisição de bens ou serviços comerciais e prejudicar um sã desenvolvimento econômico, fixando, todavia, a obrigatoriedade a todos os Estados-Membros de criminalizarem a corrupção privada, autorizando, no entanto, que cingissem sua seara de aplicação às práticas relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência.¹⁷

Estes documentos permitem a compreensão, como lembra Regina Helena Fonseca Fortes Furtado¹⁸, de alguns modelos penais que se constituíram a partir destas discussões, a saber: a) o de

¹⁵ Ver o texto de ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*. Madrid: Francis Lefebvre, 2012.

¹⁶ FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico*. In Revista Liberdades, Vol.15, Janeiro a Abril de 2014. São Paulo: IBCCrim, 2014.

¹⁷ Como bem lembra o Osservatorio sull'Anticorruzione (<http://www.diritto24.ilsole24ore.com>, acesso em 21/05/2014): *La "decisione quadro" – come la direttiva – non ha efficacia diretta (art. 34), ma presuppone la sua attuazione da parte dello Stato membro con un proprio provvedimento normativo di recepimento. Analogamente a quanto previsto per le direttive (art.249.3 del Trattato), la decisione quadro "vincola" gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, visto l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare le norme dell'ordinamento interno anche alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro (cfr. CGCE, causa C-105/2003, Putino, 16/6/2005)*. Negrito meu.

¹⁸ FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. *O combate à corrupção no setor privado - o crime de corrupção entre particulares do art. 286 bis do Código Penal Espanhol*. In www.ibccrim.org.br – 31146, acesso em 06/05/2014.

que o injusto típico está na infração de deveres do funcionário corrupto frente ao empresário (França, Holanda e Reino Unido); b) o de que o conteúdo do injusto vem determinado pelo menoscabo oriundo da concorrência desleal (Alemanha e Suíça), havendo ainda modelos como o sueco, que iguala a corrupção no setor privado e público, e o italiano, que exige um resultado lesivo consistente em um dano patrimonial concreto.

Por certo que estes modelos são insuficientes para dar conta, de um lado, da complexidade que toma a corrupção nos dias atuais; de outro, da definição do bem jurídico penal tutelado na espécie, eis que vai além da preocupação com a concorrência desleal ou dos deveres do funcionário público, pois está em jogo e em regra é atingida a probidade administrativa e a moralidade e ética públicas, âncoras maiores da relação de confiança que as instituições públicas (maiores que os agentes que as operam) mantêm com a Sociedade.

Importa analisar, agora, como estas discussões têm se refletido no Brasil, o que passo a fazer.

III- A Responsabilidade Penal das Empresas no Brasil:

Há algumas normas jurídicas infraconstitucionais no Brasil que autorizam o entendimento de que a responsabilidade penal de pessoa jurídica é uma realidade que não admite mais retrocesso, haja vista os termos da Lei Federal nº 9.605/98, que define crimes contra o meio ambiente (o art.24 prevê, inclusive, a hipótese de liquidação forçada da pessoa jurídica constituída ou utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crimes ambientais); da Lei Federal nº 9.613/98 e as alterações provocadas pela Lei Federal nº 12.683/2012, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, estabelecendo sanções severas às pessoas jurídicas que descumprirem seus comandos (arts.8º, 9º, 10), e ainda cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF; a Lei nº12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.¹⁹

Veja-se que a norma do art.173, §5º, da Constituição Brasileira de 1988, determina ao legislador ordinário instituir a responsabilidade da pessoa jurídica (sem prejuízo da responsabilidade

19

A Lei 9.605/98 instituiu a responsabilidade administrativa, civil e penal da pessoa jurídica, em infrações contra o meio ambiente cometidas por decisão de representantes legais ou contratuais, ou de órgãos colegiados, tomadas no interesse ou benefício da entidade. Ver texto de CASTRO E SOUZA, João. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado "direito de mera ordenação social*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985.

individual de seus dirigentes) por atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Alguns doutrinadores afirmam que onde a Constituição fala de responsabilidade neste âmbito, quer dizer, na verdade, responsabilidade penal da pessoa jurídica, por causa da referência sobre “punições compatíveis com sua natureza”.²⁰

Por sua vez, outros afirmam que se a Constituição fala de responsabilidade, quer dizer simplesmente responsabilidade, sem adjetivos, porque a atribuição geral (responsabilidade) não implica atribuição especial (responsabilidade penal), e o conceito de “punições” não é exclusivo do direito penal, abrangendo, também, sanções administrativas, com fins retributivos e preventivos semelhantes às sanções penais e, às vezes – como no caso das multas administrativas da Lei 9.605/98 –, com poder afliitivo superior às penas criminais, substituídas por penas restritivas de direito, ou com início de execução em regime aberto.²¹

Na mesma linha se sustenta ainda a perspectiva de impossibilidade da responsabilidade penal da empresa uma vez que o princípio da legalidade se realiza no conceito de tipo injusto, como descrição legal da ação proibida. **A ação**, como fundamento psicossomático do conceito de crime, ou substantivo qualificado pelos adjetivos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, é fenômeno exclusivamente humano, sendo que, para o modelo causal constituiria comportamento humano voluntário; para o modelo final, acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim; para o modelo social, comportamento humano de relevância social; para o modelo pessoal, manifestação da personalidade, etc., ou seja, se a ação é fenômeno exclusivamente humano, então a pessoa jurídica é incapaz de ação e, por esse motivo, os atos das pessoas jurídicas são referidos como situações de ausência de ação.

A proposta mais aproximada do conceito de ação pessoal, formulada por partidários da criminalização da pessoa jurídica, parece ser o conceito de **ação institucional**, produto daquela vontade coletiva sedimentada em reuniões, deliberações ou votos, que exprimiria uma vontade pragmática, no sentido sociológico, na linha de uma imaginária perspectiva dicotômica de dupla imputação para o direito penal.²²

O problema é que, para os opositores desta responsabilidade, a vontade pragmática da ação institucional é incapaz de dolo, como vontade consciente de realizar um tipo de crime, em que a

²⁰ Ver o texto de GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²¹ Ver texto de SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf, acesso em 22/10/2013.

²² Ver texto de PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

vontade é a energia psíquica produtora da ação típica e a consciência é a direção inteligente da energia psíquica individual, ambas inexistentes no vazio psíquico da vontade pragmática impessoal da ação institucional da pessoa jurídica.²³

De igual sorte, a vontade pragmática informadora da ação institucional é incapaz de imprudência, porque a construção judicial do tipo dos crimes de imprudência se fundamenta no critério da capacidade individual – conforme os sistemas da generalização, inaplicável à pessoa jurídica e insubstituível por critérios análogos, como o da capacidade empresarial, por exemplo.

Ainda se pode dizer que aquela vontade é incapaz de omissão de ação: se a pessoa jurídica é incapaz de ação, então é, igualmente, incapaz de omissão de ação, cujo pressuposto lógico é a capacidade concreta de ação, definida na literatura como capacidade individual de ação, ou como possibilidade físico-real de agir, inexistente na ação institucional produzida pela indefinível vontade pragmática da pessoa jurídica.

Para Cirino a tese da responsabilidade penal impessoal da pessoa jurídica racha de alto a baixo o conceito de crime, mutilado dos componentes psíquico-fenomenológicos da estrutura do tipo de injusto e da culpabilidade: suprime o componente psicológico do direito penal, em suas dimensões de representação e de vontade, necessário em todas as categorias do fato punível.²⁴

Ainda na opinião dos penalistas contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, a culpabilidade, como juízo de reprovação de um sujeito imputável pela realização não justificada de um tipo de injusto, em situação de consciência da antijuridicidade e de normalidade das circunstâncias da ação, não pode ter por objeto a pessoa jurídica.²⁵

Argumenta Cirino ainda que a pena criminal contra pessoas jurídicas lesiona o princípio da personalidade da pena, definido no art.5º, XLV, da Constituição, que proíbe a pena ultrapassar a pessoa do condenado: acionistas minoritários vencidos em assembleias gerais, ou sócios que não participaram da decisão, são igualmente atingidos pela pena aplicada à pessoa jurídica.²⁶

Cirino critica Shecaira e sua tese de que a pena se justifica à pessoa jurídica em determinadas situações, como retribuição com objetivos preventivos, eis que estaria ignorando a diferença irreduzível entre a retaliação emocional da retribuição e a práxis utilitária da prevenção.

²³ Ver o texto de BEALE Sara Sun. *Is Corporate Criminal Liability Unique?* In American Criminal Law Review 44, 2007, 1503-1504. Diz a autora que, talvez, a crítica mais convincente contra a responsabilidade penal das empresas é que a única punição real disponível contra uma corporação é uma multa, que pode ser muito mais facilmente calibrada para corrigir qualquer dano através de um processo civil, sem necessitar de todos os cuidados geralmente exigidos em um processo criminal.

²⁴ Idem.

²⁵ Ver o texto de DOTTE, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 11, jul./set. 1995.

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Op.cit.

Ao fim e ao cabo, conclui Cirino que: (a) O conceito de crime, representado pelas categorias do tipo de injusto e da culpabilidade, desenvolvido exclusivamente para o ser humano, capaz de representação e de vontade do fato (dolo, excluído pelo erro de tipo) e do valor do fato (consciência do injusto, excluída pelo erro de proibição), não pode ser (re)construído com base na indefinível vontade pragmática produtora da ação institucional da pessoa jurídica; (b) o conceito de pena, representado pelos objetivos de retribuição da culpabilidade e de prevenção da criminalidade (geral e especial, positiva e negativa), desenvolvido para atuar sobre o complexo de afetos, emoções ou sentimentos da psique humana, capaz de arrependimento, de intimidação e de aprendizagem, não pode incidir sobre a psique impessoal e incorpórea da pessoa jurídica, insuscetível de produzir qualquer das atitudes, estados ou sentimentos humanos pressupostos no discurso jurídico da pena criminal.²⁷

Vai nesta direção René Ariel Dotti, sustentando que: *No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos.*²⁸

A irresponsabilidade penal da pessoa jurídica encontra outras vertentes doutrinárias que entendem ser necessária a criação intermediária entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, para neutralizar a periculosidade que determinadas pessoas jurídicas podem trazer para o sistema social. Neste sentido, defendem a adoção de *medidas preventivas especiais* integrantes de um: *Direito de Intervenção, que seria um meio-termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a criminalidade coletiva (...).*²⁹

Algumas possibilidades de *medidas especiais* a serem aplicadas às pessoas jurídicas poderiam ser: a dissolução da entidade, a mera intervenção na empresa, o fechamento desta, a suspensão de suas atividades ou a proibição de realizá-las no futuro.³⁰ Aliás, vai nesta direção o

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Op.cit.

²⁸ DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 11, jul./set. 1995, p.201. Dotti lembra que Oswaldo Henrique Duek Marques compartilha desta posição, ao afirmar que as sanções impostas aos entes coletivos, previstas na nova legislação, não podem ter outra natureza senão a civil ou a administrativa, porquanto a responsabilidade desses entes decorre da manifestação de vontade de seus representantes legais ou contratuais. Somente a estes poderá ser imputada a prática de infrações penais.

²⁹ HASSEMER, Winfried. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999, p.71. Ver também o texto HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 8, p. 41, out./dez. 1994.

³⁰ Ver texto de PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Ariel, 2008, p.174.

disposto no art.24, da Lei 9.605/98: *A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.*³¹ Já as disposições do art.22, da Lei 9.605/98, prevêem a suspensão parcial ou total das atividades do ente coletivo, interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, e a proibição de contratar com o Poder Público.

Os argumentos esposados acima, todavia, não podem subsistir em face de novos cenários fáticos e jurídicos que a realidade complexa e global das relações econômicas, institucionais e pessoais apresenta, notadamente em face do fenômeno da corrupção e dos crimes praticados contra a Administração Pública.

Se é certo que as medidas especiais, de caráter ordenatório, administrativo ou civil podem ser utilizadas para a prevenção dos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, a doutrina favorável à responsabilidade penal das pessoas jurídicas insiste com a tese de que elas são insuficientes para responder à realidade criminal econômica e ambiental de nossos dias, devendo ser aplicadas juntamente com medidas de caráter penal, fazendo parte de um *sistema jurídico-penal novo*, apto a atuar de forma eficaz no combate à criminalidade contemporânea, à lavagem de dinheiro, à criminalidade organizada.

*Por fim, a responsabilidade civil ou administrativa não pode impedir a responsabilidade penal dos entes coletivos. Em primeiro lugar, porque esse tipo de responsabilidade possui, respectivamente, o escopo de reparar o dano causado ou meramente preventivo (no sentido de se impedirem maiores prejuízos à coletividade), enquanto a responsabilidade penal possui o de punir os atos que causam perturbação da ordem pública. Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar a possibilidade de decisões de cunho administrativo serem objeto de ingerências políticas, o que tem levado ao descrédito desse tipo de sanção.*³²

A realidade social em relação à criminalidade vem forçando a superação dos dogmas clássicos, com a adequação do sistema penal para apresentar soluções em face da nova criminalidade econômica, ambiental e, enfim, social. Klaus Tiedemann sustenta isto ao dizer que:

De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea um ambiente, um clima que facilita a incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos em beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De outra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los

³¹ Ver o texto de MILARÉ, Édís; JÚNIOR, Paulo Ricardo da Costa. *Direito Penal Ambiental: comentários à Lei 9605/98*. Campinas: Millennium, 2010. Igualmente ver o texto de BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Considerações penais sobre pessoa jurídica*. Disponível em <<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=5&id=123>>, acessado em 20/10/2010.

³² SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.45.

*que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable.*³³

David Baigún já teve oportunidade de sugerir o *sistema da dupla imputação* como uma das modificações necessárias ao Direito Penal para o enfrentamento da criminalidade empresarial:

*Este sistema, que se cobija ya bajo el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.*³⁴

Este sistema de dupla imputação, na hipótese de delitos praticados pelas pessoas jurídicas, permitiria que em relação às pessoas físicas não ocorresse mudança, continuando o sistema penal tradicional com os conceitos e garantias individuais historicamente fixados.

Em relação às pessoas jurídicas, entretanto, poderia ser firmado um novo sistema, rápido e eficaz, conforme exige a realidade da criminalidade empresarial, isto porque a pessoa jurídica está apta a praticar ações independentes das ações das pessoas físicas que a integram; isso é reconhecido pelo Direito na atualidade, para a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica.³⁵

No sistema da dupla imputação, a culpabilidade deve ser vista como a *culpabilidade do fato*. Não há dúvidas quanto à individualidade da culpa para o Direito Penal, ou seja, cada indivíduo deve ser analisado de acordo com a sua situação pessoal, as suas circunstâncias pessoais, dentro das suas diferenças. Por outro lado, a *decisão institucional é um produto normativo* estipulado no estatuto social, de acordo com a legislação vigente em cada país, em que há divisão de funções internas, de administração, e externas, de representação, havendo fixação de atribuições e responsabilidades, ou seja, a decisão institucional deverá ser conforme os seus estatutos determinem.

Assim, se a *organização* está diretamente relacionada com a ordem normativa, ela se manifesta autonomamente, posto que engloba a coletividade humana que integra a empresa, bem como um sistema de comunicação institucionalizado, um sistema de poder e o conseqüente conflito interno, ou seja, o estabelecimento de um sistema de controle interno.

³³ TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999, p.27.

³⁴ BAIGÚN, David. *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul; GARCÍA-PABLOS, Antonio e PIERANGELI, José Henrique (coords.). *De las penas*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 25-59.

³⁵ Ver o texto de SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Ver também o texto de BAIGÚN, David. *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación – responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In: *De las penas*. Coordenação: David Baigún et al. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 37-53

A despeito de todos estes debates, os Tribunais Superiores têm entendido que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica na esfera ambiental, referindo o Superior Tribunal de Justiça - STJ que pessoa jurídica comete crime, podendo ser denunciada desde que juntamente com a pessoa física:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, relator o Min. Felix Fischer, DJU 18.06.2007)” (STJ, REsp 847476/SC, rel. Min. Paulo Galotti, DJU 05.05.2008, p. 1).

Em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal – STF, determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras por suposta prática de crime ambiental, no ano de 2000, no Paraná:

EMENTA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido. (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013).

Segundo o voto da Ministra Rosa Weber, a decisão do Superior Tribunal de Justiça violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expreso, previsto no artigo 225, parágrafo 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas. Para a relatora do Recurso Extraordinário, a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o Superior Tribunal de Justiça ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física.

A Ministra afastou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a persecução penal de pessoas jurídicas só é possível se estiver caracterizada ação humana individual. Segundo seu voto, nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos. A dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física, afirmou a Ministra, para quem a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional. A relatora também abordou a alegação de que o legislador ordinário não teria estabelecido por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, e

que não haveria como simplesmente querer transpor os paradigmas de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos.

Ao votar pelo provimento do Recurso Especial, a relatora foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

Na mesma linha foi a decisão que entendeu ser possível manter a condenação da pessoa jurídica mesmo que fique comprovado que seu representante legal não praticou o delito (AgR no RE 628582/RS, Ministro relator, Dias Toffoli) dizendo que:

*Ainda que assim não fosse, no que concerne à norma do §3º, do art. 225, da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural. Conforme anotado por Roberto Delmanto et al, ao colacionarem posicionamento de outros doutrinadores “segundo o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98, ‘a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas naturais’, podendo assim a denúncia ser dirigida ‘apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria ou participação das pessoas naturais, e poderá, também, ser direcionada contra todos. Foi exatamente para isto que elas, as pessoas jurídicas, passaram a ser responsabilizadas. Na maioria absoluta dos casos, não se descobria a autoria do delito’.*³⁶

Em termos históricos e institucionais já é antigo o reconhecimento de que a pessoa jurídica tem personalidade independente da de seus sócios, razão pela qual o seu patrimônio não se comunica com o patrimônio destes; destarte, a aplicação do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, e a conseqüente responsabilização pessoal dos sócios da empresa só serão viáveis em hipóteses especiais, dentre as quais, *dissolução irregular da sociedade, a fraude à execução e a inexistência de bens da empresa passíveis de penhora.*³⁷

36

Todavia, em termos ambientais ao menos, entendo que o parágrafo único, do art.3º, da Lei 9.605/98, ao contrário do que disse o STF, não está permitindo a responsabilização isolada da pessoa jurídica, pois o que ali está dito é apenas que a responsabilidade penal da pessoa jurídica (estampada no *caput* do art.3º) não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, *autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato*. O parágrafo único deixa claro que juntamente com a pessoa jurídica serão punidas as pessoas físicas co-autoras ou partícipes do crime, evidenciando o sistema da dupla imputação ou imputações paralelas. Não está o mencionado parágrafo único dispondo que é possível punir apenas a pessoa jurídica, sem punição da pessoa física. Nesta linha de reflexão o texto de Luiz Flávio Gomes: *...o caput do art. 3.º somente permite a responsabilização do ente moral se identificado o ato do representante legal ou contratual ou do órgão colegiado que ensejou a decisão da prática infracional. Assim, conforme já expusemos acima, não é possível denunciar, isoladamente, a pessoa jurídica já que sempre haverá uma pessoa física (ou diversas) corresponsável pela infração. Em relação aos entes morais, os crimes ambientais são, portanto, delitos plurissubjetivos ou de concurso necessário (crimes de encontro).* In GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais – Comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.53.

³⁷ Ver o texto de MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Nesta direção as disposições do art.50, do CCB: *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

IV – Considerações Finais:

A moderna criminalidade hodierna tem se revestido de formas muito complexas de atuação, sobretudo porque se produz em contextos altamente organizados, seja no âmbito do terrorismo internacional, do tráfico de drogas nacional e internacional, da lavagem de dinheiro, dentre outros, criando inclusive mecanismos de integração social e de mercado formal de aparente licitude em face dos demais protagonistas corporativos que atuam em diversos espaços públicos e privados – as vezes até conseguem estabelecer pactos de cumplicidade e co-autoria de delitos com estes.

Um problema decorrente destes cenários inéditos é o de que os pressupostos que constituem estes fenômenos da criminalidade complexa são de difícil apreensão às figuras tradicionais de autoria e participação criminosa, as quais se formatavam a partir da intervenção de uns poucos sujeitos que eram os que realizavam ou executavam diretamente alguns dos atos da conduta típica de caráter individual ou coletivo restrito (mais de um autor, crime de bando ou quadrilha, etc.).

Assim, hoje, os que antes eram poucos e que passarão a ser vários autores de atos criminosos organizados, com comando e inteligência coordenativa, reclamam outra configuração de estruturas e operações jurídicas igualmente complexas, a serem geridas por políticas criminais eficientes para dar conta disto, o que sem dúvida traz desafios importantes às garantias penais e processuais que a Modernidade conquistou, tudo dentro do marco constitucional do Estado de Direito vigente.³⁸

Importa, pois, ao menos revisar o vetusto princípio *societas delinquere non potest*, e para tanto se pode levar em conta dois grandes blocos reflexivos ao longo do tempo constituídos no Ocidente – como já visto: (a) de países com tradição jurídica centrada no *common law*, nos quais é possível fundamentar a responsabilidade penal sobre a base da simples realização ou produção de determinadas condutas perigosas, como são os casos de responsabilidade sem culpa, facilitando-se a possibilidade de enquadramento penal das pessoas jurídicas (caso em que uma corporação pode ser condenada por delito se a sua realização foi de alguma forma autorizada, solicitada, ordenada ou executada por seus diretores e pessoas competentes para tais ordens); (b) de países que mantêm ainda aqueles princípios os quais historicamente tem regido a dogmática penal, no sentido de que a ausência de capacidade de ação, de culpabilidade e de punibilidade das pessoas jurídicas impedem que possam cometer delitos, razão pela qual não poderiam ser responsáveis por estes.

³⁸ Ver o texto de SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*. Lisboa: Verbo, 2009. Na mesma senda ver SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004.

A partir disto igualmente se pode afirmar, sem intento exauriente, que duas matrizes penais foram se constituindo sobre o tema da responsabilidade de que se está a tratar, os que defendem o critério da auto-responsabilidade penal, e os que sustentam a chamada hetero-responsabilidade penal.

A matriz da auto-responsabilidade penal entende que as pessoas jurídicas têm capacidade de ação, culpabilidade e punibilidade própria, diferentemente das pessoas físicas que as representam ou atuam em seu nome. Isto implica que se lhes deve considerar como diretamente responsáveis pelas infrações que cometem.

Por outro lado, a matriz da hetero-responsabilidade penal opera com lógica distinta, considerando que se as pessoas jurídicas não podem atuar nem ser consideradas culpáveis de possíveis atuações delitivas, poderiam sê-las, sob determinadas condições, sujeitos de imputação das responsabilidades penais que se pudessem derivar das ações que tenham realizado seus representantes ou subordinados. Neste ponto, a variedade de critérios e condições utilizados pelos sistemas normativos sob comento para atribuir tal responsabilidade às pessoas jurídicas é enorme, desde sistemas que instituem critérios de responsabilidade fundamentados na figura da representação, até aqueles que pretendem estabelecer vínculos mais estreitos e concretos entre a pessoa jurídica envolvida e os atos das pessoas físicas, a ponto de demandar que haja nexos causais diretos e intensos entre eles, com proveito àquela.

Ou seja, mesmo respeitadas as distinções de tratamentos entre estas duas matrizes, ambas seguem de alguma forma o mesmo método – ao menos em linhas gerais – de atribuir responsabilidades à pessoa jurídica por decorrência de fato de outrem (a pessoa física que lhe é subordinada), caindo no fosso argumentativo comum de violação dos princípios da culpabilidade e da personalidade das penas.

Por tais razões urge ampliar o debate que tem surgido em determinados campos doutrinários – referidos acima – para o fim de aceitar e desenvolver um sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas que parta da própria atuação desta, ou seja, independentemente de ter que se localizar algum indivíduo que também fosse responsável (e se for factível fazê-lo, sancionar-se-ia-o também). Como diz Bacigalupo Saggese, *en esta línea se encuentran aquellas posiciones doctrinales que parten de una concepción de Derecho penal completamente normativizada y funcionalizada, en las que sus destinatarios se presentan como simples sujetos de una imputación*

*de responsabilidad derivada de la infracción de las expectativas normativas contempladas por el mismo.*³⁹

É de se lembrar ainda da posição de Tiedemann neste particular, quando sustenta que, ainda que conduta da pessoa jurídica sempre se manifestará através de uma pessoa física, isto não seria óbice para considerar a possibilidade de sanção da empresa como consequência decorrente de sua própria culpabilidade, cujo fundamento seria a existência de um defeito organizativo que viesse, de alguma forma, a dar causa à consecução de delitos – espécie de *culpa in vigilando* ou *in eligendo* por parte da empresa -, eis que não teriam sido adotadas medidas de prevenção necessárias à garantir o correto desenvolvimento da atividade organizacional envolvida.⁴⁰ Nesta perspectiva, a culpabilidade da pessoa jurídica seria inclusive anterior à concreta ação delitiva da pessoa física pertencente a sua organização.

É certo que no caso das empresas, em regra, há toda uma estrutura organizacional operante formal e materialmente, com planos horizontais e verticais de competências e atribuições, divisão de trabalho e hierarquia, envolvendo diversos sujeitos, ações e responsabilidades diferidas por estes elementos. Ou seja:

*De este modo, se forman ámbitos de competencia diferenciada que abarcan, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva, la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí sólo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo, no es siempre la más relevante; ciertamente, más importante que el papel de estos sujetos, es el de quienes están situados jerárquicamente por encima de ellos, en grados ascendentes, hasta alcanzar el nivel de quienes detentan el control máximo de la empresa. El problema radica en que, cuando interviene un operador jurídico para tratar de delimitar la responsabilidad por una actuación en concreto, automáticamente acude a los escalones más bajos de esta cadena, a quienes han ejecutado los actos finales de producción del resultado delictivo y que resultan fácilmente identificables, pero que, normalmente, no son los principales responsables.*⁴¹

³⁹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídica: un problema del sujeto del Derecho penal*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p.39. Lembra a autora ainda que: *Desde este planteamiento, JAKOBS entiende que la persona jurídica no sólo puede originar resultados normativamente relevantes en el exterior a través de sus propios actos, sino que también hará factible que se la pueda considerar como culpable de su realización en todos los casos en los que se constate la presencia de una defectuosa motivación jurídica en el comportamiento antijurídico que se le impute. De esta manera, las personas jurídicas gozarían no sólo de capacidad de infringir el ordenamiento jurídico penal, sino también de una verdadera culpabilidad propia y diferenciada de la que les corresponde al resto de los individuos integrantes de sus órganos de representación*. Ver também o texto de GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte general. Lima: Grijley, 2007, e sua interessante entrevista em <http://www.youtube.com/watch?v=dy-ZOf3GUn8>, acesso em 27/06/2014.

⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Manual De Derecho Penal Económico: Parte General Y Especial*. Madrid: Tirant lo Blanc, 2010. Igualmente ver o texto TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

⁴¹ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas: la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.87.

É preciso, pois, que se demarque muito bem quem responde por atos delitivos de pessoas jurídicas e quais são os critérios de imputação das condutas realizadas naquelas estruturas hierarquizadas das corporações.

O art.58, do Código de Processo Penal do Chile, por exemplo, diz que os delitos atribuíveis a determinada pessoa jurídica serão respondidos pelas pessoas físicas que tiverem intervindo no ato punível, observando, assim, o critério geral de atribuição da responsabilidade em face da autoria e da participação individual. Já no Código Penal Espanhol, em seu art.31, a responsabilidade penal de ilícitos praticados pelas empresas é atribuída aos administradores de fato ou de direito da mesma, enfim, há muito o que debater ainda, mas é patente a necessidade de se pensar na responsabilidade penal das pessoas jurídicas sim, até porque elas reúnem geralmente mais condições de responder pelos danos difusos e coletivos decorrentes dos atos de corrupção levados a efeito.

Há pois muito o que se discutir ainda.

V. Bibliografia:

- ARAÚJO JR. João Marcello de. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del Derecho penal*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- BAIGÚN, David. *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul; GARCÍA-PABLOS, Antonio e PIERANGELI, José Henrique (coords.). De las penas. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- BEALE Sara Sun. *Is Corporate Criminal Liability Unique?* In American Criminal Law Review 44, 2007.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Considerações penais sobre pessoa jurídica*. Disponível em <<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp>, acessado em 20/10/2010.
- BRENT, Fisse. *Restructuring Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions*. California Law Review 56, 1983, 1141-1163.
- CASTRO E SOUZA, João. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado "direito de mera ordenação social*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985.
- CEO. *Um Mundo mais Ético*. Edição 17, abril de 2014. São Paulo: Abril, 2014.
- CLOUGH John & MULHERN, Carl. *The Prosecution of Corporations*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- DE MAGLIE, Cristina. *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*. In Washington University Global Studies Law Review 4, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, vol. 11, jul./set. 1995.
- ENGLE, Eric. *Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human Rights Violations?* St. John's Legal Comment, 2006.

- FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas: la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico*. In Revista Liberdades, Vol.15, Janeiro a Abril de 2014. São Paulo: IBCCrim, 2014.
- FOFFANI, Luigi. *La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FRIEDMAN Lawrence. *In Defense of Corporate Criminal Liability*. Harvard Journal of Law and Public Policy 23, 2000, 833-844.
- FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. *O combate à corrupção no setor privado - o crime de corrupção entre particulares do art. 286 bis do Código Penal Espanhol*. In www.ibccrim.org.br – 31146, acesso em 06/05/2014.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte general. Lima: Grijley, 2007.
- GARRAUD, René. *Compêndio de Direito Criminal*. Vol. I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- (coord.). *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais – Comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- HASSEMER, Winfried. *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.
- . *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 8, p. 41, out./dez. 1994.
- HEINE, Günter. *New Developments in Corporate Criminal Law Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience-or Vice Versa?* St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998.
- HOGAN Bernard & SMITH James. *Criminal Law*. London: Butterworths, 1988.
- <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>, acesso em 06/05/2014.
- <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>, acesso em 21/05/2014.
- <http://www.economist.com/node/940091>, acesso em 26/05/2014.
- <http://www.unpri.org/>, acesso em 06/05/2014.
- INSTITUTE OF BUSINESS ETHICS (<http://www.ibe.org.uk/>), acesso em 06/05/2014.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Universitas, 1996.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MILARÉ, Édís; JÚNIOR, Paulo Ricardo da Costa. *Direito Penal Ambiental: comentários à Lei 9605/98*. Campinas: Millennium, 2010.
- MONTESQUIEU. *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1980.
- MOSCARINI, Paolo. *Contrasto della corruzione e procedimento penale de societate*. In Rivista de Processo Penale e Giustizia, vol.4. Roma: Giuffrè, 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*. Madrid: Francis Lefebvre, 2012.

- PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale: Parte Generale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Ariel, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.
- ROXIN, Claus. *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- . *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1999.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf, acesso em 22/10/2013.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004.
- SEGRETO, Antonio e DE LUCA, Gaetano. *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SHKIRA, Elidiana. *Criminal Liability of Corporations: A Comparative Approach to Corporate Criminal Liability in Common Law and Civil Law Countries*. In http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290878, acesso em 13/05/2014.
- SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*. Lisboa: Verbo, 2009.
- TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.
- . *Manual De Derecho Penal Económico: Parte General Y Especial*. Madrid: Tirant lo Blanc, 2010.
- . *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.
- WEISSMANN, Andrew. *A new approach to Corporate Criminal Liability*. In *Indiana Law Journal as Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82 IND. L. J. 411, 427 (2007). www.justice.gov/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html, acessado em 12/05/2014.
- www.justice.gov/usao/ma/, Press Release Files/Phizer/Phizer, acesso em 12/05/2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.