

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO E SUSTENTABILIDADE I

BEATRIZ SOUZA COSTA

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/
Dom Helder Câmara;
coordenadores: Beatriz Souza Costa, Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis: CONPEDI,
2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-085-5

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sustentabilidade. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO E SUSTENTABILIDADE I

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado Direito e Sustentabilidade I, durante o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 11 e 14 de novembro de 2015, em Belo Horizonte/MG, sobre o tema Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema da sustentabilidade, à luz da ética e da solidariedade social, paradigma materializado na Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento para as questões ambientais, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos como desenvolvimento social e economia, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na sustentabilidade enquanto valor, na relação entre sustentabilidade e ética, na ecoeconomia, no princípio do protetor-beneficiário, na teoria do decrescimento, nos aspectos educacionais, no desenvolvimento humano e social, na responsabilidade social da empresa, na interface entre consumo e sustentabilidade, na proteção das culturas, no direito de águas, na política de resíduos sólidos, na extrafiscalidade ambiental, na responsabilidade penal etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre a questão da sustentabilidade, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: A RELAÇÃO ENTRE AS SANÇÕES PENAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ENTI COLLETTIVI: LA RELAZIONE TRA LE SANZIONI PENALI E LA FUNZIONE SOCIALE DELLA SOCIETÀ

**Fábio André Guaragni
Andre Eduardo Detzel**

Resumo

O presente artigo tem a finalidade de analisar as (in)compatibilidades entre as sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas e a função social da empresa. Para tanto, analisam-se algumas noções preliminares sobre a responsabilização penal de entes coletivos, com especial destaque para os possíveis motivos de sua implantação no Brasil, sobretudo os fundamentos decorrentes da sociedade do risco. Na sequência, elencam-se as principais divergências doutrinárias acerca da possibilidade de responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica. Em seguida, passa-se a estudar os principais argumentos para a superação dos supostos obstáculos dogmáticos para a responsabilização penal de entes coletivos. O artigo se desenvolve com a abordagem da função social da empresa. Finalmente, tecem-se comentários sobre as penas aplicáveis aos entes coletivos e a função social da empresa.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica, Sanções penais, Função social da empresa

Abstract/Resumen/Résumé

Questo articolo si propone di analizzare la compatibilità o non tra le sanzioni penali per le società e la funzione sociale della società. Per questo, analizziamo alcune nozioni preliminari sulla responsabilità penale degli enti collettivi, con particolare enfasi sulle possibili motivazioni della sua attuazione in Brasile, principalmente le basi derivanti dalla società del rischio. In seguito, si studiano le principali divergenze dottrinali circa la possibilità di responsabilità penale di un'impresa. Poi va a studiare gli argomenti principali per superare i presunti ostacoli dogmatici alla responsabilità penale degli enti collettivi. L'articolo sviluppa l'approccio della funzione sociale della società. Infine, si dice sulle sanzioni applicabili ai soggetti collettivi e la funzione sociale della società.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Responsabilità penale delle società, Sanzioni penali, Funzione sociale della società

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da sociedade do risco houve um sensível aumento da imprevisibilidade das consequências derivadas do exercício da atividade empresarial.

A partir do momento em que se reconheceu a incapacidade do Estado de gerir os novos riscos, bem como que novos perigos poderiam causar grandes prejuízos para a sociedade, passou-se a atribuir importância aos direitos supraindividuais (sem prejuízo de outros fatores que lhes deram origem).

Como forma de tutelar o direito coletivo supostamente mais agredido pela atividade empresarial, o legislador pátrio optou pela responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais.

Apesar do referido instituto estar previsto na Constituição Federal desde 1988 e na Lei de Crimes Ambientais desde 1998, até a presente data inexistiu unanimidade acerca de sua aceitação pela doutrina.

A maioria dos penalistas brasileiros defende a impossibilidade de responsabilizar penalmente os entes coletivos em razão da existência de supostas vedações dogmáticas.

Desse modo, e principalmente pela necessidade de garantir a aplicabilidade de mais um instituto voltado para defesa do meio ambiente, é necessário, a partir de pesquisa bibliográfica, trazer possíveis argumentos capazes de vencer os obstáculos dogmáticos criados pelos doutrinadores penalistas.

Por outro lado, é preciso ter em mente que as empresas desempenham importante papel no atual cenário econômico, social e ambiental e são importantes instrumentos para a promoção do desenvolvimento nacional.

Daí porque se mostra fundamental, através de pesquisa bibliográfica, traçar as principais características da função social da empresa.

Por último, após a fixação das premissas elementares acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica, da superação dos obstáculos dogmáticos e da função social da empresa, deve-se averiguar detidamente se as penas aplicáveis às pessoas jurídicas vão de encontro a função social da empresa.

2 A RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica ganhou destaque apenas no ano de 1988, oportunidade na qual foi promulgada a chamada “Constituição Cidadã”.

Diante do crescimento exacerbado da degradação do meio ambiente, o legislador inovou o ordenamento jurídico pátrio e criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme interpretação feita por parte da doutrina e jurisprudência acerca do § 3º do artigo 225 da Constituição Federal, o qual prevê que “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”.

O aludido dispositivo provocou intensos e acalorados debates entre os doutrinadores brasileiros.

Num primeiro momento, questionou-se a maneira pela qual deveria ser interpretado o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal.

Argumentou-se que o objetivo do legislador constituinte ao inserir o artigo 225, § 3º, no texto constitucional não era criar a possibilidade de responsabilização penal de empresas. Ao invés disso, a Constituição objetivou sujeitá-las às sanções de natureza administrativa, em decorrência de práticas de atividades ilícitas (GOMES e MACIEL, 2011. p. 31).

Ao discorrer sobre as formas de responsabilização das pessoas jurídicas em decorrência de atividades lesivas ao meio ambiente, Miguel Reale Junior (2010, p. 344) explica que:

O art. 225, § 3º da CF deve ser interpretado no sentido de que as pessoas físicas ou jurídicas sujeitam-se *respectivamente* a sanções penais e administrativas. A CF estabelece que a pena não passará da pessoa do condenado (inciso XLV do art. 5.º) e o inciso seguinte diz que a lei individualizará a pena. Portanto, há uma incapacidade penal da pessoa jurídica, que a sistemática do texto constitucional torna evidente.

De logo, há de se abrir o debate: esta exegese é inadequada por levar, *a contrario sensu*, à conclusão de que as sanções penais são incidentes necessariamente para seres humanos. Sim, pois se a interpretação orienta-se pelo modo “respectivamente”, para seres humanos, a Carta Constitucional excogita sanções administrativas e reserva sanções penais. Assim, para seres humanos, poluidores menores que o ente coletivo, incidiria o ramo do direito mais severo (o penal); ao contrário, o mais brando – administrativo – incidiria para o poluidor mais possante. Ora, além de verdadeiro atentado ao princípio da intervenção mínima (em relação às pessoas naturais), a conclusão levaria a respostas mais débeis em face do organismo que ofende mais severamente o ambiente, e vice-versa, em franca violação da ideia de proporcionalidade.

Em verdade, o art. 225 da CR busca a mais completa proteção ambiental: vale-se, para isso, da incidência de direito penal e administrativo, tanto para seres humanos, como para entes coletivos. A relação entre ambos, que dimana da fragmentariedade do direito penal, guia-se

pela ideia forte da intervenção mínima. Foi esta a visão que prevaleceu para o legislador infraconstitucional com a edição da Lei n.º 9.605 (Lei dos Crimes Ambientais). Salienta Rodrigo Iennaco (2010, p. 72) que:

a referida lei previu expressamente a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. A responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas (co)autoras ou partícipes do mesmo fato, podendo a personalidade jurídica ser desconsiderada quando constituir obstáculo ao ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente (Lei 9.605/98, arts. 2º e 4º).

A opção escolhida no sentido de responsabilizar penalmente pessoas jurídicas possui suas bases em aspectos de natureza sociológica vinculados a ideia de sociedade de risco (GUARAGNI, 2014, p.36) e decorre do reconhecimento da necessidade de tutelar bens supraindividuais. No que diz respeito à opção de tutelar bens jurídicos coletivos, Fábio André Guaragni (2014, p. 28) destaca que:

Relacionando o universo filosófico do nosso tempo com o direito penal é possível, com clareza, realizar a seguinte ponte: se minha existência depende do outro, é preciso reconhecê-lo como necessário e preservá-lo. A mesma postura dá-se dele para mim. Nesses termos, chegamos às portas do direito, como um todo, e também do direito penal, e dizemos: direito, atenta para a proteção de interesses que sejam comuns a todos nós! Afinal, a existência minha depende da do outro. A reação do universo jurídico – inclusive, jurídico-penal – é tutelar bens individuais ou supraindividuais? Naturalmente, a segunda opção. Daí volta-se o direito penal deste começo de século XXI para a tutela de interesses supraindividuais.

Assim, diante da premissa de que é essencial vislumbrar esta nova realidade, a qual ganha destaque pela tutela de direitos e interesses coletivos, deve-se identificar os autores de eventuais condutas lesivas a tais direitos, especialmente ao meio ambiente, sobretudo porque atualmente é o único bem jurídico que ao ser violado poderá desencadear a responsabilização penal de um ente coletivo.

A autoria de condutas lesivas ao meio ambiente está diretamente ligada a noção de sociedade de risco, termo este que foi criado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck.

Inicialmente, Beck (2011, p. 25-26) cita a mudança do significado do conceito de risco. Argumenta que o risco sempre existiu, porém, no passado, além do risco ser assumido de forma individual ele podia ser facilmente percebido através dos olhos ou narizes. Atualmente, trabalham-se com circunstâncias que provocam ameaças globais, as quais dificilmente são percebidas através da visão ou olfato (Beck, 2011, p. 26). O sociólogo sustenta que:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com o seu desenvolvimento ulterior.

Nesse cenário, observa-se a existência de uma modernização que milita em prol do lucro ao invés do ser humano, ou seja, as empresas subsidiam novas tecnologias que maximizam seus próprios benefícios (GUARAGNI, 2014, p. 40).

Essa busca pelo lucro promovida pelas empresas provocou transformações na disciplina alusiva à projeção dos riscos inerentes a atividade desenvolvida. Isso porque, se no começo do século XX era possível estimar os riscos inerentes a cada tecnologia empregada, hoje, com o aprimoramento e a intensificação das técnicas de exploração não é mais possível calcular possíveis impactos econômicos, sociais e ambientais em diversos setores industriais (GUARAGNI, 2014, p. 41).

Refletindo sobre o tema, Sidney Guerra e Sérgio Guerra (2009, p. 32) explicam que:

Na sociedade atual, surge um “conflito fundamental”, que promete tornar-se característico da sociedade de risco. Os progressos decorrentes da industrialização – desenvolvidos até o século XIX – levavam o homem a pensar que suas ações conduziram à segurança total, isto é, com suas técnicas o homem buscava lograr o fim dos riscos e catástrofes naturais. Contudo, o avanço tecnológico - que gerou um “risco fabricado”, “fruto da decisão humana” – ocorrido durante o século passado levou o homem a sofrer os efeitos de sua própria ação.

Ao passo em que as corporações sofreram um processo de modernização sem precedentes, o Estado, com uma estrutura flagrantemente defasada, não foi capaz de gerir esta nova realidade somente com a utilização de seu poder administrativo sancionador.

E, como a maior vítima do risco criado pelo desenvolvimento tecnológico foi o meio ambiente, ressaltando-se que “nas últimas décadas, a poluição, o desmatamento intensivo, a caça e a pesca predatória não são mais praticados só em pequena escala. O crime ambiental é principalmente corporativo” (MACHADO, 2013, p. 832), o legislador pátrio optou pela responsabilização penal da pessoa jurídica como instrumento para tutelar o meio ambiente.

2.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Em que pese o artigo 3º da Lei n.º 9.605/1998 contemplar de forma expressa a possibilidade de responsabilização penal de entes coletivos, a doutrina brasileira não adota posição unânime em relação ao tema.

De maneira geral, os doutrinadores penais manifestam-se contra a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, ao passo que os doutrinadores ambientais militam a favor. Os primeiros filiam-se a teoria da ficção enquanto os últimos a teoria da realidade.

Acerca das referidas teorias, pode-se pontuar, em resumo, que:

Ao longo da história do Direito, vem sendo travada discussão em torno à ideia de se responsabilizar criminalmente pessoa jurídica. Com base na teoria da FICÇÃO (cujo mentor mais expressivo foi Savigny), os romanos difundiram a ideia de que, sendo a pessoa coletiva uma elucubração jurídica, não seria possível penalizá-la criminalmente. Essa posição ganhou reforço graças aos ideais da revolução francesa, dos quais emergiram como dogmas os princípios da individualização da pena e da culpabilidade como pressuposto da pena. Com as alterações de ordem econômica e com conglomerados cada vez mais fortes, o postulado passou a ser questionado, ganhando força a teoria da REALIDADE OU ORGANICISTA (Otto Gierke), segundo a qual a pessoa jurídica tem existência no mundo fenomênico, distinta das pessoas de seus sócios ou acionistas. Possui uma vontade real que é o somatório da vontade dos dirigentes. (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2008, p. 178).

Em relação a teoria da ficção, pode-se afirmar que ela é defendida por pela doutrina penal majoritária, destacando-se nomes como: Luiz Flávio Gomes, José Henrique Pierangeli, Eugênio Raul Zaffaroni, René Ariel Dotti, Luiz Régis Prado, Alberto Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Roberto Delmanto, Cezar Roberto Bitencourt, Rodrigo Sanches Rios, dentre outros (GOMES; MACIEL, 2011, p. 33-34).

De acordo com os referidos doutrinadores, por ser uma simples abstração, o ente coletivo não possui vontade e ação própria, de modo que é incapaz de praticar um ilícito penal (PRADO, 2010, p. 126). Ou seja, uma empresa não pode preencher o primeiro requisito da teoria do delito.

Contudo, o principal óbice para a responsabilização penal de empresas que é apontado pelos adeptos da teoria da ficção reside no fato de que a pessoa jurídica não possuiria culpabilidade, principalmente no que se refere a compreensão do ilícito praticado (PIERANGELI, 1992, p. 21.)

Além disso, considerando-se que a pessoa jurídica não possui consciência, argumenta-se que é impossível que um ente coletivo se adeque aos objetivos da sanção penal – prevenção geral, prevenção especial e reeducação do apenado (GOMES; MACIEL, 2011, p. 34).

Finalmente, a teoria da ficção invoca a seu favor o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal que, ao estabelecer o princípio da pessoalidade da pena, garante que a responsabilidade penal só teria o condão de recair sobre a pessoa física, agente dotado de capacidade de ação e culpabilidade (GOMES; MACIEL, 2011, p. 31-32).

Por outro lado, a teoria da realidade, a qual vai de encontro aos fundamentos da teoria da ficção, é defendida por Paulo Affonso Leme Machado, Celso Ribeiro Bastos, Édis Milaré, Herman Benjamin, Ada Pellegrini Grinover, Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, Damásio de Jesus, Walter Claudius Rothenburg, Sérgio Salomão Shecaira, Eládio Lacey, dentre outros (GOMES; MACIEL, 2011, p. 37).

Segundo a teoria da realidade a empresa é um ser real, tutelado juridicamente, e, portanto, detentor de vontade própria e capacidade de agir.

Nessa seara, ressalta-se que a capacidade ativa da pessoa jurídica pode ser visualizada em condutas por ela praticadas tais quais o recolhimento de tributos, a contratação de colaboradores, a celebração de contratos, a prática de ilícitos administrativos e civis, razão pela qual não haveria sentido o afastamento de sua capacidade de cometer crimes.

Ainda sobre a teoria da realidade, Walter Claudius Rothenburg (1997, p. 142) destaca que:

A teoria da realidade técnico-jurídica é aquela que permite tratar com mais desenvoltura da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, à medida que sustenta que ‘pessoa jurídica’ é um conceito normativo, que envolve imputação (atribuição) de situações jurídicas, sem limites outros que os determinados pela própria ordem jurídica. Havendo aqui espaço teórico e prático para a responsabilização criminal, bastaria que o Direito estabelecesse pressupostos (normativos) de imputação (atribuição) em relação à figura por ele entendida (normativamente) como ‘pessoa jurídica’.

Importante mencionar que a teoria da realidade frisa que a interpretação da responsabilização penal das empresas deve ser feita de maneira diversa daquela que é feita em relação à pessoa física. Sobre esta observação Luís Paulo Sirvinskas (1998, p. 22) assevera que:

Ressalte-se que a doutrina majoritária não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas a tendência no direito penal moderno é romper com o clássico princípio *societas delinquere non potest*. É claro que a pessoa jurídica não pode ser vista com os olhos do conceito da doutrina clássica. Deve-se observar suas particularidades para a eventual aplicação da pena de caráter penal. Sua responsabilidade jurídica não pode ser vista como dotada de vontade. Deve-se distinguir a pessoa física que age em nome da pessoa jurídica da própria pessoa jurídica. Se aquela incursionar no terreno penal, responderá por esse delito, separando-se a atuação pessoal da atuação da entidade.”

Os militantes da teoria da realidade argumentam que a responsabilização penal de uma pessoa jurídica não violaria o princípio constitucional da pessoalidade da pena, uma vez que é possível estabelecer reações penais diretamente incidentes sobre o ente coletivo (como consta, aliás, da Lei 9.605/98). Eventuais efeitos indiretos sobre acionistas, por exemplo, não violam o princípio, porquanto são efeitos indiretos. É o mesmo que ocorre quando, no direito penal das

pessoas naturais, familiares padecem (até financeiramente) diante da execução de uma pena privativa de liberdade. Quanto à natureza da pena, a privação da liberdade tem cedido espaço às penas restritivas de direito (alternativas) no direito penal tradicional, orientado para seres humanos. Estas penas, naturalmente, podem ser aplicadas às pessoas jurídicas (NUCCI, 2010, p. 763).

Diante dessa nova perspectiva, aqueles que defendem a teoria da realidade interpretam o contido no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de modo completamente diverso daquele feito pelos doutrinadores da teoria da ficção. Para os doutrinadores que abraçam a teoria da realidade a Constituição, ao estabelecer a responsabilidade penal empresarial, serviria como resposta à ideia de apenas o dirigente da empresa ser responsabilizado pela prática de um crime ambiental (MACHADO, 2013. p. 834).

Em resumo, estes são os principais argumentos lançados pelos adeptos das teorias da ficção e da realidade acerca da possibilidade ou não de responsabilizar penalmente pessoas jurídicas.

2.2 SUPERACÃO DOS OBSTÁCULOS DOGMÁTICOS

Conforme explanado no ponto anterior, de forma geral, a doutrina contrária a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica fundamenta sua tese no fato de que faltaria às pessoas jurídicas capacidade de ação, sobretudo no que se refere à ausência de conduta própria, bem como culpabilidade, notadamente no sentido subjetivo de exigência de dolo e de compreensão da ilicitude cometida (na teoria do delito, estes aspectos respectivamente são discutidos no tipo subjetivo e na censurabilidade ou culpabilidade do agente, enquanto escalão valorativo da análise do crime). Hoje, principalmente através da análise de trabalhos de doutrinadores estrangeiros, é possível contestar todos os supostos obstáculos dogmáticos a responsabilização penal dos entes coletivos.

2.2.1 (In)capacidade de Ação

Não há qualquer dúvida de que, enquanto o conceito de ação for analisado apenas sob o prisma psicológico, isto é, a partir do indivíduo, não será possível admitir a responsabilização penal de entes coletivos (BACIGALUPO, 2001, p. 146-147). Conceitos de ação marcadamente antropocêntricos, como o causalista e o finalista, serviram como ideias fundantes de grandes modelos analíticos de crime, em etapas distintas. Ambos não protagonizam mais este papel;

antes, cedem lugar à função do direito penal como ideia fundante do sistema de análise do delito. Inclusive, a base filosófica que os orientava, de índole ontologicista (positivismo naturalista, para os causalistas, e fenomenológica, para os finalistas) é criticada “pela evidência de que sua essência jurídica sempre residiu em uma decisão normativa (axiológica) infiltrada no tipo” (BUSATO; GUARAGNI, 2013, p. 36-37).

A necessidade da mudança de paradigma em relação ao tradicional conceito de ação aceito pela ampla maioria dos doutrinadores brasileiros ganha ainda mais força se for observado o fato de que o direito penal ainda pode exercer uma função decisiva no cenário da sociedade do risco.

Para tanto, além da manutenção das garantias obtidas durante os anos precedentes, também merece guarida um novo discurso de política-criminal que “se ajuste às necessidades atuais a respeito de quais os pontos em que efetivamente podem ser identificados ataques graves a bens jurídicos fundamentais” (BUSATO; GUARAGNI, 2013, p. 35).

Nessa seara, a primeira teoria utilizada para superar a suposta incapacidade de ação dos entes coletivos consiste no fato de que as empresas possuiriam capacidade de “ação institucional”, a qual é conceituada por David Baigún (2000, p. 38):

como um produto, uma consequência de um fenômeno de inter-relação, no qual não atuam apenas os elementos anímicos de cada um dos membros da coletividade, mas também, e de modo decisivo, o interesse como uma objetividade qualitativamente diferente do interesse de cada um dos indivíduos.

Além disso, o referido autor sustenta que a ação institucional depende da presença de três elementos: regulação normativa, plano organizacional e interesse econômico (BAIGÚN, 2000, p. 38).

Com outros argumentos, mas também objetivado a superação da suposta incapacidade de ação da pessoa jurídica, Carlos Gómez-Jara Díez (2013, p. 31-32) sustenta que o ente coletivo possui liberdade de organizar-se da forma como queira, contanto que não provoque riscos superiores ao permitido.

Essa capacidade de organização, com o decurso do tempo, torna-se cada vez mais complexa, de modo que a empresa passa a se autodeterminar, auto conduzir e auto organizar, razão pela qual a tradicional capacidade de agir (pessoa física) seria suplantada pela capacidade de organização (pessoa jurídica) e não haveria óbice para a responsabilização penal da empresa.

Por fim, também deve ser mencionada a concepção significativa da ação. De acordo com esta corrente, o requisito preliminar para a responsabilização penal de um ente coletivo

consistiria em verificar “se um fato determinado pertence a um *tipo de ação*, a um modelo determinado, pois só a partir disso podemos dizer que existe uma ação” (BUSATO; GUARAGNI, 2013, p. 43). A partir dessas premissas, ou seja, “com a admissão do significado como reitor do conceito de ação, se está baseando a ideia de ação fora do sujeito e fora do objeto, para transferi-la à relação que se estabelece entre eles” (BUSATO; GUARAGNI, 2013, p. 43). Neste contexto, entes coletivos são produtores de sentido, sendo comum – até em noticiários – atribuir-lhes condutas, como expressões de sentido: todos já nos deparamos, por exemplo, com frases como a empresa X lançou o produto tal, ou a empresa Y retirou o produto do mercado...

À luz das considerações lançadas nos parágrafos anteriores, percebe-se que é possível a superação do obstáculo dogmático referente à suposta incapacidade de ação da pessoa jurídica.

2.2.2 (In)capacidade de Culpabilidade

A suposta incapacidade de culpabilidade dos entes coletivos em relação à prática de ilícitos ambientais é um tema ainda mais sensível que a suposta incapacidade de ação. Entretanto, verifica-se a existência de algumas teorias que auxiliam na superação desse suposto óbice dogmático.

Com o objetivo de tentar superar o obstáculo dogmático da culpabilidade dos entes coletivos, Carlos Gómez-Jara Díez (2013, p. 36) parte da premissa de que a culpabilidade individual e a culpabilidade empresarial não são idênticas, mas podem ser funcionalmente equivalentes.

Com base nesse pressuposto, o referido autor leciona que a culpabilidade do ente coletivo está amparada em três vigas mestras, as quais seriam funcionalmente equivalentes aos pressupostos da culpabilidade individual (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 36).

Para Gómez-Jara Díez (2013, p. 37), o primeiro requisito da culpabilidade empresarial é a obrigação de manter fidelidade ao Direito, ou seja, diante do fato de que o Estado não detém capacidade de controlar os riscos produzidos pelas sociedades empresárias modernas, os próprios entes coletivos devem desenvolver meios de gerir seus riscos. Caso não haja a implementação dessa cultura empresarial de fidelidade ao Direito, estará presente a culpabilidade penal empresarial.

O segundo equivalente funcional da culpabilidade empresarial proposto por Gómez-Jara Díez (2013, p. 38) reside no “estabelecimento do sinalagma fundamental do Direito Penal

(empresarial): liberdade de auto-organização (empresarial) vs. responsabilidade pelas consequências (da atividade empresarial)”. Caso o processo de auto-organização seja falho e ultrapasse os limites do risco permitido, haverá culpabilidade empresarial.

Finalmente, Gómez-Jara Díez (2013, p. 39) enuncia como último equivalente funcional da culpabilidade a capacidade de questionar a vigência da norma, uma vez que, apesar de não exercer os direitos de voto nos pleitos eleitorais, as empresas atuam de forma decisiva na democracia através do fomento do debate entre os cidadãos.

De outro lado, outros autores, compreendendo as dificuldades da superação do óbice dogmático referente à culpabilidade penal da pessoa jurídica, sinalizam para o sentido de que é possível responsabilizar penalmente o ente coletivo sem adentrar na discussão da culpabilidade.

Para tanto, basta reconhecer que as pessoas jurídicas não podem ser destinatárias de pena, mas sim de medidas de segurança, “caminho que não apenas salva de vários inconvenientes dogmáticos, como igualmente corresponde ao reconhecimento de uma realidade criminológica e política-criminal” (BUSATO, 2013, p. 53).

Diante de tudo isso, a culpabilidade não pode ser citada como um óbice dogmático ao desenvolvimento de um sistema de responsabilização penal empresarial. E, mesmo para aqueles que a entendem com contornos obstativos, remanesce a possibilidade de aplicar aos entes coletivos medidas de segurança.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A busca pelo lucro, no bojo da atividade empresarial, serve como remuneração do risco. Neste sentido, ganha legitimidade tanto nos marcos da teoria geral econômica, como no foro jurídico, enquanto resultado derivado do princípio constitucional da livre iniciativa, reitor da ordem econômica, na forma do art. 170.

Acerca da busca pelo lucro na atividade empresarial, Mário Sérgio Cunha Alencastro (2010, p. 130-131) assevera que para a escola de economia clássica:

A única obrigação da empresa é gerar lucro para os seus acionistas dentro dos limites legais. O maior defensor do ponto de vista clássico foi o ganhador do Prêmio Nobel, o economista Milton Friedman [...], para quem a responsabilidade primária de uma empresa consiste em dirigir os negócios com a finalidade de proteger os interesses dos acionistas, ou seja, obter um rendimento financeiro. Na visão clássica, a responsabilidade de uma empresa consiste em compromisso com acionistas (lucro), trabalhadores (salário), governo (impostos) e comunidade (ações filantrópicas pontuais).

Entretanto, nos últimos anos a função da atividade empresarial deixou de estar ligada estritamente ao campo econômico. A esse respeito, Adela Cortina (2005, p. 81) discorre que:

La concepción de la empresa cambia sustancialmente en los últimos tiempos, desde entenderla como el terreno de hombres sin escrúpulos, movidos exclusivamente por el afán de lucro, a considerarla como una institución socioeconómica que tiene una seria *responsabilidad moral con la sociedad*, es decir, con los consumidores, accionistas, empleados y proveedores. La empresa es una organización, es decir, tiene un tipo de entidad que se distiende en pasado, presente y futuro que no se reduce a la suma de sus miembros; a su vez esa entidad há de cumplir unas *funciones* y asumir claras *responsabilidades sociales*, es decir, ha de tomar *decisiones Morales*.

Essa nova tendência possui correlação com o fato de que na atualidade o consumidor está se tornando cada vez mais consciente, intensificando a conduta de buscar empresas que se preocupem com os problemas sociais e com o meio ambiente (ALENCASTRO, 2010, p. 127).

Além de atender aos anseios dos consumidores, as empresas socialmente responsáveis também estão respeitando o comando previsto no artigo 3º, II, da Constituição Federal. A partir do momento que a organização adota uma postura voltada para o respeito ao meio ambiente, às diretrizes econômicas e principalmente respeita a sociedade na qual ela está inserida, promove-se o desenvolvimento nacional.

É preciso pontuar que a Constituição da República atribuiu muita importância à promoção do desenvolvimento, de forma que “deixar de promover o desenvolvimento nacional não equivale a um simples descumprimento de dever legal, ou mesmo desobediência a simples regras constitucionais; revela, isto sim, desrespeito a direito fundamental” (FERREIRA, 2012, p. 56). A partir dessas considerações, pode-se afirmar que na atualidade o termo função social da empresa está intimamente ligado à ideia de responsabilidade ecossocioeconômica do ente coletivo.

Como se pode notar, o termo “ecossocioeconômico” (SACHS, 2007, p. 296) aponta para um conteúdo multidisciplinar, isto é, engloba temas de natureza ambiental, social e econômica. Em virtude disso, é preciso analisar através de quais formas é possível promover a função social da empresa nas áreas abrangidas pelo termo ecossocioeconômico.

Sob o ponto de vista econômico, a empresa que observa a função social, não se preocupa somente com crescimento econômico, mas com o desenvolvimento econômico. Adverte Emerson Gabardo (2009, p. 242-243) que as expressões crescimento econômico e desenvolvimento econômico não são sinônimas, uma vez que, enquanto o primeiro é um evento passageiro motivado por alguma fonte determinada e isolada, o segundo é um longo processo composto por diversas etapas.

Ademais, o ente coletivo que procura apenas o seu crescimento econômico acaba provocando efeitos colaterais nos planos ambiental e social (SACHS, 2007, p. 294).

Daí porque uma empresa socialmente responsável, a qual respeita os comandos constitucionais, buscará não o crescimento econômico, mas objetivará um desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, que garanta segurança alimentar, assegure capacidade de modernização contínua do aparato produtivo, forneça grau razoável de autonomia na pesquisa científica e tecnológica e promova a inserção soberana na economia mundial (SACHS, 2007, p. 298).

De outro lado, no que diz respeito ao aspecto ambiental ligado a função social da empresa, privilegia-se a ideia de que a pessoa jurídica deve agir pautada pela limitação do uso de recursos não renováveis e pela preservação do potencial dos recursos naturais para a produção de recursos renováveis (SACHS, 2007, p. 182).

Não bastasse isso, o ente coletivo que se preocupa com sua função social, preza pela redução dos níveis de resíduos e de poluição, seja por meio da reciclagem ou conservação da energia resultante dos processos de produção (SACHS, 2007, p. 182).

E, finalmente, a empresa ambientalmente responsável fomenta a criação, desenvolvimento ou aperfeiçoamento de tecnologias que prezem pela eficiência do consumo de recursos e baixa produção de resíduos (SACHS, 2007, p. 182).

Noutro ângulo, no que tange aos deveres sociais da pessoa jurídica, enumera-se em primeiro plano as obrigações para com seus empregados.

É dever do ente coletivo assegurar o pleno emprego, este compreendido em seu aspecto mais amplo, isto é, deve ser garantido ambiente de trabalho adequado e salário digno, de modo a promover a melhoria da qualidade de vida do colaborador e de seus familiares (ALENCASTRO, 2010, p. 131).

Ainda no plano social, frisa-se que a empresa deve ter a consciência de que o consumidor é a parte vulnerável da relação, motivo pelo qual merece tratamento diferenciado. Compete à empresa colocar no mercado produtos e serviços que não ofereçam riscos aos consumidores, bem como que possuam valores justos e capazes de atingir o maior número possível de interessados.

Também no aspecto da responsabilidade social, a pessoa jurídica deve privilegiar fornecedores que tenham responsabilidade ecossocioeconômica, sobretudo como forma de fomentar o desenvolvimento nacional.

Observados estes aspectos pontuados nos parágrafos anteriores, pode-se dizer que a empresa exercerá importante função social no sentido de “construir uma civilização com maior

equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir os abismos entre os padrões de vida dos ricos e dos pobres” (SACHS, 2007, p. 281), uma vez que “o desenvolvimento humano é sobretudo um aliado dos pobres, e não dos ricos e abastados” (SEN, 2000, p. 170).

4 SANÇÕES PENAIS APLICÁVEIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Inicialmente, é necessário fixar a premissa de que, para discorrer sobre as possíveis penas aplicáveis aos entes coletivos, é fundamental acolher a tese de que a Constituição Federal e a Lei n.º 9.605/1998 instituíram a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Pois bem. As sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais estão previstas no artigo 21 da Lei n.º 9.605/1998, o qual preconiza de maneira expressa que: “As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.”

No que tange a pena de multa, observa-se que o artigo 18 da Lei 9.605/1998 dispõe que o seu cálculo será feito segundo os critérios do Código Penal, podendo ser aumentada em até três vezes.¹

Como a pena de multa, segundo dicção do artigo 49 do Código Penal, “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa (...)”, denota-se que tal modalidade de sanção não trará qualquer benefício em relação à reparação do dano ambiental (MACHADO, 2013. p. 838).

Quanto as penas restritivas de direito, o art. 22 da Lei 9.605/1998 subdivide-as em três tipos: suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 22 da Lei 9.605/1998 elencam as hipóteses em que podem ser aplicadas as sanções de suspensão parcial ou total de atividades. Já o art. 22, § 3º, dispõe sobre o prazo de duração da pena de proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações.² Na sequência, o artigo 23 da Lei

¹ Art. 18 A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

² Art. 22. (...) § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. § 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

9.605/1998 dispõe sobre as espécies de prestação de serviços à comunidade. A respeito, Édís Milaré, Paulo José da Costa Junior e Fernando José da Costa (2013, p. 76):

Como resta claro, a prestação de serviços à comunidade poderá consistir no custeio de programas e projetos ambientais, obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais. Referida modalidade apresenta a vantagem de não suspender ou interditar as atividades da pessoa jurídica, penas que, inexoravelmente, conduzem a perdas sociais e econômicas (empregos, produção etc).

Por último, verifica-se que o legislador infraconstitucional também previu a possibilidade de aplicação da pena de liquidação forçada da pessoa jurídica. Nesse particular, dispõe o artigo 24 da Lei n.º 9.605/1998 que:

Art. 24. 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.

Aqui, abrem-se críticas severas por setores doutrinários. Por exemplo, Luiz Régis Prado (2009, p. 150) equipara a dissolução a “uma verdadeira *pena de morte* da empresa, em geral, não afetam única e exclusivamente os autores do crime, sendo que a aplicação dessas sanções pode ensejar sérios problemas sociais (v.g., desemprego)”. Não compartilhamos da ideia de que o ente coletivo não possa ser extinto por ação do poder punitivo estatal, uma vez que as organizações empresárias são bem acolhidas pela ordem econômica quando atuam com fins lícitos, para gerar utilidades sociais (e, nesta base, repita-se, o lucro é legítimo). Porém, a preocupação do professor paranaense é justa em relação às consequências nefastas derivadas do uso desmedido da liquidação forçada em relação ao entorno de trabalhadores, consumidores, fornecedores e, mesmo, para o Estado, que perde uma fonte de arrecadação fiscal. Agora, se é possível levar a empresa à falência por dívidas, em proteção patrimonial de credores, com mais razão é possível liquidá-la para proteção de interesses de ordem pública.

Em síntese, estas são as espécies de sanções penais previstas para as pessoas jurídicas que praticam crimes ambientais.

4.1. (IN)COMPATIBILIDADES ENTRE AS SANÇÕES PENAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Após a exposição das espécies de reprimendas penais aplicáveis em desfavor de uma pessoa jurídica, pergunta-se: elas se conciliam com a função social da empresa?

Em relação a pena de multa, de modo geral, a aplicação guarda relação com a censurabilidade do fato, na primeira fase da dosimetria: a partir deste parâmetro, será fixada entre 10 e 360 dias-multa. O valor do dia-multa, ligado à capacidade de ganho do apenado, deve coligar-se, aqui, não só ao tamanho do ente coletivo, mas à saúde financeira que apresenta quando do apenamento, variando entre 1/30 do salário mínimo a 5 salários mínimos.

Há quem afirme que a pena pecuniária é forma fraca de censura. Cita-se, v.g., o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 838):

Calculando-se pelo salário-mínimo vigente em 2012 (R\$ 622,00), temos que 1/30 do salário-mínimo mensal corresponde a R\$ 20,73. Assim, levando-se em conta que o mínimo da pena de multa é de 10 dias-multa, temos que a pena de multa mínima é de R\$ 207,33 e a pena máxima é de R\$ 7.462,80. Considerando-se a possibilidade de triplicar a pena de multa máxima (art. 18 da Lei 9.605/1998), resulta numa pena máxima de multa para a pessoa física ou jurídica de R\$ 22.388,40. Constata-se, pois, que a multa penal aplicada isoladamente à pessoa jurídica de porte médio não é dissuasiva.

Abrem-se necessários contrapontos ao posicionamento transcrito: a) não há compromisso nenhum judicial de fixação da pena no mínimo de 10 dias-multa, podendo variar este número, até 360 dias-multa, de acordo com a censurabilidade do fato; b) dificilmente a capacidade econômica de uma empresa indicará o patamar mínimo de 1/30 do salário mínimo na segunda fase da dosimetria, cenário somente imaginável para entes coletivos que estejam em estado pré-falimentar; c) se isto ocorre, não se majora no triplo a pena. Mais: nunca se fixa pena no patamar mínimo de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa para, ao final, triplicar. A triplicação é usada somente se, fixado o dia-multa no máximo (5 salários mínimos), em atenção à pujança econômica do ente coletivo punido, ainda assim o valor mostra-se baixo. Neste sentido, o exemplo acima transcrito está desligado dos próprios critérios legais de dosimetria de pena.

De toda forma, se for considerado a complexidade e poder econômico dos entes coletivos que costumam ser réus em ações penais ambientais, penas de multa não costumam trazer prejuízo significativo à saúde financeira da corporação, pois podem ser objeto – inclusive – de provisionamento em cálculo contábil prévio ao delito, num puro jogo matemático de custo/benefício. Para além, há repasse dos montantes no custo do produto, sendo ao final tudo custeado pelo consumidor.

Ocasionalmente, o ente coletivo pode sofrer déficit concorrencial, pela majoração de custos que coloque o produto ou serviço em valores desinteressantes para o consumidor, por força da apropriação do custo da multa. Neste caso, periclitam as funções sociais da empresa, dependentes da sua preservação mediante cumprimento da pretensão de lucro.

Por outro lado, observa-se que as penas restritivas de direito podem influenciar na relação entre a pessoa jurídica e seus colaboradores, bem como no liame da corporação com a sociedade.

A primeira espécie de penas restritivas de direitos – suspensão parcial ou total de atividades, pode afetar diretamente o caixa da empresa, de modo que esta poderá ter dificuldades de honrar suas obrigações para com fornecedores e empregados.

Além disso, o ente coletivo produtor de bens que tem suas atividades suspensas, caso não tenha um bom estoque dos produtos, poderá prejudicar o mercado de consumo, uma vez que poderá haver falta do produto em virtude da suspensão do processo produtivo.

Mas, além de ser prejudicada de forma direta (falta do produto), o entorno da empresa também pode ser atingido de forma indireta por força da suspensão parcial ou total das atividades de determinada pessoa jurídica. É que a empresa não produz, não comercializa e, por conseguinte, não recolhe tributos. Desse modo, não há dúvida que a redução da arrecadação por parte do Fisco poderá atingir préstimos estatais de serviços básicos como saúde e educação.

Em seguida, verifica-se que a pena restritiva de direitos de proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter doações, subsídios ou subvenções, pode prejudicar a função social da empresa por força de sua duração. Conforme o artigo 22, §3º, da Lei n.º 9.605/1998, a duração de tal penalidade não poderá exceder 10 (dez) anos. Essa espécie de sanção penal também poderá reduzir a concorrência em eventuais pleitos licitatórios, situação que inegavelmente colide com o interesse público.

Não se recolhe, de tudo, uma conclusão de que as modalidades penais comentadas não devam ser utilizadas. Porém, é importante que o órgão judicial projete o impacto da pena adotada para o universo de trabalhadores, fornecedores, consumidores e órgãos de estado que, de algum modo, ligam-se ao ente coletivo punido, dele dependendo de algum modo. Esta projeção auxiliará na eleição da reação penal mais adequada à otimização da função social da empresa num quadro de continuidade da atividade empresária. Inclusive, o princípio da continuidade da atividade empresarial, matricial no direito empresarial, deve ser pensado também no âmbito do direito penal, de modo inédito. É uma consequência da adoção da responsabilidade penal do ente coletivo.

De outra parte, observa-se que a sanção de prestação de serviços à comunidade pode ser instrumento fomentador da função social empresarial, uma vez que as quatro espécies de penas de prestação de serviços à comunidade podem atender aos anseios da sociedade nos aspectos sociais, econômicos e ambientais.

Cita-se como exemplo de fomento à função social empresarial a pena de recuperação de áreas degradadas. Pois bem, num primeiro momento haverá benefício direto ao meio ambiente. E após, para a realização da recuperação da área degradada será necessária mão de obra e aquisição de insumos, ou seja, haverá benefício social e econômico.

À luz destes argumentos, observa-se que a penal de prestação de serviços à comunidade deixaria de ter a função exclusiva de reprimir e desestimular a prática do ilícito penal e assumiria o papel de fomentadora da função social do ente coletivo.

Em análise última, no que diz respeito a pena de liquidação forçada da empresa (art. 24 da Lei de Crimes Ambientais), é necessário fazer uma ponderação entre os interesses a curto e a longo prazo. Como se viu, a liquidação forçada do ente coletivo é equiparada a uma “pena de morte” em desfavor da empresa, sanção que de modo imediato poderá gerar desemprego, bem como inadimplemento de obrigações tributárias e para com eventuais fornecedores (PRADO, 2009. p. 150).

Porém, se for levado em conta o fato de que a pena de liquidação forçada só pode ser aplicada contra empresas que “não passam de ‘escudos’ ou de ‘instrumentos’ para a prática de condutas ilícitas ambientais por parte das pessoas físicas” (FIORILLO; CONTE, 2012, p. 77), pode-se concluir que a pena de liquidação forçada não afronta a função social da empresa.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo analisou a relação entre as sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas e o princípio da função social da empresa. Antes de responder ao referido problema, foi preciso percorrer a base constitucional e legal da responsabilização penal de entes coletivos, assim como relatar as divergências da doutrina pátria sobre o tema.

Neste sentido, preliminarmente foram explorados o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 3º da Lei n.º 9.605/1998, ocasião em que se afirmou que a adoção da responsabilidade penal empresarial está, dentre outros motivos, ligada a diagnósticos produzidos no campo da sociologia, vinculados a ideia de que vivemos numa sociedade de riscos tecnológicos, produtos de decisões humanas presididas pela razão técnico-instrumental característica da modernidade.

Diante dos avanços tecnológicos e da criação de riscos não previsíveis, torna-se necessário: a) criar mecanismos de combate às ações de organizações que ultrapassam os limites do risco permitido, sobretudo para proteger o meio ambiente; b) rediscutir os limites de permissão de risco; c) visualizar a responsabilidade penal do ente coletivo como uma das tentativas destinadas a afrontar este cenário.

Quanto a este último aspecto, impende superar óbices dogmáticos atinentes à suposta falta de capacidade de ação e culpabilidade por parte do ente coletivo, sobretudo no que se refere, respectivamente, à ausência de conduta própria e sentido subjetivo de compreensão a ilicitude cometida. Respostas dogmáticas apropriadas: a) à constituição da ação da pessoa jurídica, como ação institucional, organizacional ou significativa; b) como construções de equivalentes funcionais da culpabilidade, derivadas do déficit organizacional para prevenir ilícitos penais no seio da corporação, estão bem desenvolvidas no horizonte do direito penal econômico.

Na sequência, explicou-se que a função social da empresa está intimamente ligada ao desenvolvimento nacional, desenvolvimento este na sua acepção mais ampla (ecossocioeconômica). Argumentou-se que a função social da empresa será respeitada se a atividade empresarial for responsável em relação a aspectos ambientais, econômicos e sociais formadores de bases sustentáveis na busca legítima pelo lucro, enquanto remuneração do risco.

Fixados os alicerces dos principais temas envolvidos, tornou-se possível analisar a compatibilidade entre as sanções penais empresariais e a função social do ente coletivo. Neste passo, deve ser consignado que, de forma geral, as penas de multa e de prestação de serviços à comunidade não estão em desacordo com o princípio da função social da empresa.

Ao contrário disso, verificou-se que as espécies de prestação de serviços à comunidade podem ser um instrumento de fomento ao princípio da função social da empresa.

Por outro lado, consignou-se que as sanções restritivas de direito devem ser aplicadas pelo magistrado de modo atento à função social do ente coletivo, principalmente porque tais penas podem desencadear o desemprego, inadimplemento da empresa junto a fornecedores e ao Fisco, falta de produtos no mercado consumidor e redução na concorrência em procedimentos licitatórios.

Ao final, concluiu-se que a pena de liquidação forçada da empresa, a qual num primeiro momento pode ser contrária ao princípio da função social, é na verdade uma forma de garantir o desenvolvimento ecossocioeconômico.

A empresa amoldada a esta espécie de reação penal, a partir da prática de ilícitos ambientais, atua no mercado com práticas de gestão que embutem sistemática realização de

infrações penais ambientais. O ilícito penal ambiental torna-se modelo de negócio. A redução desonesta dos custos correlatos à estão ecologicamente sustentável permite vantagens comparativas que eliminam qualquer possibilidade de concorrência honesta, atenta aos marcos regulatórios estatais e não estatais setoriais (como regras de *compliance* típicos da área econômica em que atua). Tudo conduz à concentração de mercado no ente coletivo desonesto e eliminação da concorrência.

Este quadro, a médio prazo, restringe o campo de escolhas do consumidor e o torna refém, similarmente aos fornecedores de bens e serviços aplicados no processo negocial do ente coletivo desonesto. O mercado de trabalho também se retrai, no âmbito setorial em que a empresa desonesta atua, prejudicando trabalhadores. E o universo econômico deixa de replicar, através da concorrência bem desenvolvida, fatos geradores de incidência fiscal, restringindo a qualidade e quantidade das políticas sociais de Estado.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Mário Sérgio Cunha. **Ética empresarial na prática: liderança, gestão e responsabilidade corporativa**. Curitiba: Editora IBPEX, 2010.

BACIGALUPO, Silvina. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas** (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires: Depalma, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2013.

CORTINA, Adela. **Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial**. Madrid: Trotta, 2005.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais**: comentários à lei 9.605/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a proteção ao meio ambiente. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. São Paulo: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

IENNACO, Rodrigo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

MILARÉ, Édís; COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**. Curitiba: Juruá Editora, 1997.

SACHS, Ignacy; VIEIRA, Paulo Freire (org.). **Rumo à ecossocioeconomia**: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Garcez, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**: breves considerações atinentes à lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.