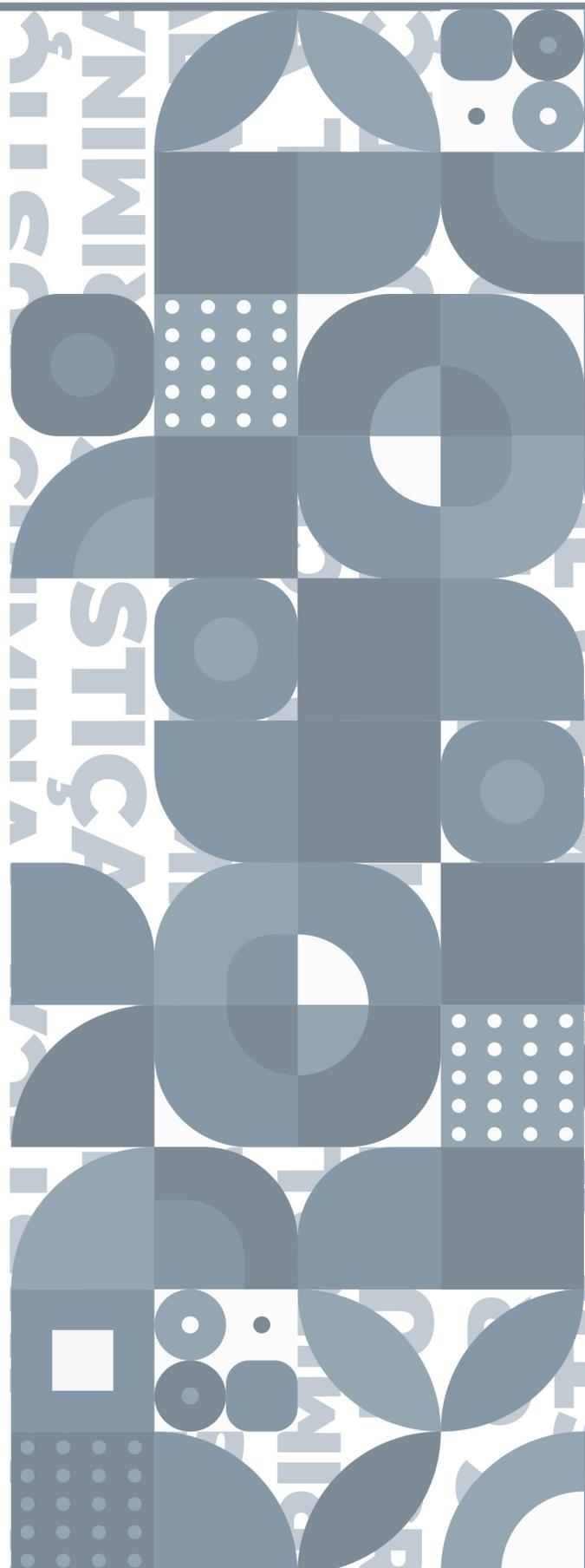




V. 8, N. 1, JAN./JUN. 2024

JUSTIÇA CRIMINAL



ARTIGOS

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E PLS N. 236/2012: (OUTRA) RESPOSTA POSSÍVEL COM BASE NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE LEGAL ENTITY AND PLS 236/2012: (ANOTHER) POSSIBLE ANSWER FROM THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW

Manoel Júnior Ferreira Veloso

Resumo: Este estudo analisa o tratamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo direito brasileiro a partir do percurso histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela perspectiva do Direito comparado e sua influência sobre o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 (novo Código Penal). A reunião de informações se deu por meio do método bibliográfico, com revisão judicial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com o levantamento, são feitos comentários ao PLS n. 236/2012, com proposta de alteração do texto em debate no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Direito penal. Responsabilidade penal. Pessoa jurídica. Direito comparado.

Abstract: This study analyzes the treatment of criminal liability of legal entities by Brazilian law from the historical trajectory of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and from the perspective of Comparative Law and its influence on the Senate Law Project n° 236/2012 (new Criminal Code). The gathering of information was based on the bibliographic method, with judicial review of the jurisprudence of the Federal Supreme Court. With the survey, comments are made to SLP n° 236/2012, with a proposal to change the text under debate in the National Congress.

Keywords: Criminal law. Criminal responsibility. Legal entity. Comparative Law.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a ordem econômica e financeira como um de seus pilares estruturantes, estando minuciosamente disciplinada nos arts. 170 a 181 da Constituição da República Federal de 1988 (CRFB/88) – uma verdadeira “constituição econômica”, que ancora pressupostos fundamentais para o Estado brasileiro e bens jurídicos que devem ser protegidos pelo direito penal nacional.

A matriz neoliberal do texto, percebida na defesa da livre iniciativa, primazia da produção e circulação de bens e serviços, propriedade privada e livre concorrência, é balizada pela valorização do

trabalho humano, busca pela justiça social, defesa do direito do consumidor, defesa do meio ambiente e compromisso com a redução das desigualdades regionais e sociais, também elencados ao longo da CRFB/88.

Assim, condutas que contrariem esse *status quo* da ordem econômica e financeira do Estado brasileiro precisam ser reprimidas. Condutas essas que podem ser perpetradas por pessoas físicas e jurídicas.

A Constituição de 1988 introduziu duas normas peculiares na ordem jurídica. O art. 225, § 3º, que estabelece 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”; e o art. 173, § 5º, que dispõe que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Com essa previsão, inaugurou-se no país o debate sobre a efetivação dessa responsabilização, relegando ao direito penal a tarefa de compatibilizar a normativa com todo o arcabouço teórico-jurídico-dogmático vigente. Debate esse que, atualmente, encontra-se a pleno vapor no Congresso Nacional, com o Projeto de Lei PLS n. 236/2012, em tramitação no Senado Federal.

Assim, o presente artigo debruça-se, inicialmente, sobre a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica, cristalizado em três momentos.

Após, são feitos comentários sobre a experiência internacional com o tema, com algumas observações sobre os sistemas jurídicos inglês, francês e alemão e o tratamento da matéria.

Ao final, são feitos comentários sobre o projeto de lei em curso, com a proposta de normatização da responsabilidade penal da pessoa jurídica com base na experiência nacional através dos debates da Suprema Corte; e internacional, através do Direito Comparado.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O INGRESSO DAS MULHERES NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite delinear o próprio histórico do direito penal, identificando as razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas jurídico-penais que vigeram à época. Assim, é possível traçar os giros hermenêuticos da Corte Constitucional para lidar com a responsabilidade penal da pessoa jurídica sob a égide da Constituição de 1988.

Em um primeiro momento, a Corte se manifestou sobre o tema por ocasião do julgamento do RHC n. 66.102/SP, pela 1ª Turma do STF, ainda em 3 de maio de 1988 (antes da promulgação da Constituição), em que o Ministro Relator Moreira Alves, com voto vencedor, manifestou-se pela irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. O voto foi categórico em afirmar o sistema de imputação jurídico-penal assentado na conduta humana e pela

vontade, anterior ao tipo penal e extraído essencialmente do ato físico, com resultado naturalístico.

Nesse sentido escreve Heleno Fragoso, em apêndice aos Comentários ao Código Penal, vol I, tomo II, de autoria de Nelson Hungria, 5ª edição, nº 88, pág 628/629, Forense, Rio de Janeiro, 1978: ‘Nosso sistema de Direito Penal mantém-se fiel ao princípio segundo o qual as pessoas jurídicas não podem praticar crimes. A responsabilidade penal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa). A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de um crime, como titular do bem jurídico atingido através de ação delituosa, mas não pode ser autor (pois é incapaz de ação e de culpa) independentemente das pessoas físicas que agem em seu nome. Estas serão os autores do crime, quando agirem em representação, por conta ou em benefício de pessoa jurídica, segundo a regra geral’.

Mesmo entendimento foi confirmado depois, no julgamento do HC n. 83.301/RS, pela 1ª Turma do STF, sob relatoria do Ministro César Peluso, em 16 de março de 2004. Mesmo de posse da “nova” Constituição de 1988 e da Lei n. 9.605/1998, a Corte manteve o entendimento pela irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive com inclinação à inconstitucionalidade da previsão pela Lei de Crimes contra o Meio Ambiente de responsabilização da penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, reiterando os argumentos da responsabilidade penal subjetiva e o brocardo jurídico *societas delinquere non potest* – confirmando a inexistência de caráter volitivo por parte da pessoa jurídica.

[...] 7. Como o sabe toda a gente, ‘empresas’ não cometem crimes. EM nosso sistema penal, a despeito do que estatui a Lei nº 9.605/98, vige o princípio ‘societas delinquere non potest’, sendo a responsabilidade penal pessoal e, mais que isto, subjetiva. [...] 8. A responsabilidade pessoal postulada por nosso sistema jurídico-penal significa que só se caracteriza essa forma agravada de responsabilidade diante da inexistência de determinado fato imputável a uma pessoa física, a título de dolo ou culpa. Ou seja, tal responsabilidade pressupõe nexos psíquico que ligue o fato ao seu autor [...].

Dessa feita, é notório que, até esses julgamentos, o pensamento jurídico penal cristalizado estava atrelado ao causal-naturalismo, em que o sistema

de imputação jurídico-penal seguia a lógica mecanicista-newtoniana de ação e reação. A ação como movimento voluntário que produz efeitos no mundo exterior permaneceu como núcleo de análise da conduta. Nesses termos, o nexó de causalidade entre a ação e o resultado estava na relação entre causa e efeito. A conclusão lógica desse pensamento é o edificado no brocardo jurídico citado pelo Ministro Peluso.

Mais ainda, o pensamento supracitado foi imbuído, também, pelos ditamos da escola penal finalista do século XX, de Welzel, em que a vontade foi estabelecida como condição *sine qua non* para a ação, ou seja, era preciso haver um querer na conduta e essa deveria ser direcionada a uma finalidade. O binômio ação-reação newtoniano foi, então, permeado pela natureza ontológica.

A doutrina tradicional brasileira, então, seguiu nessa corrente acadêmica, inclusive pugnando pela incompatibilidade entre a previsão constitucional da responsabilização por crimes ambientais para pessoas jurídicas e o princípio constitucional da responsabilidade penal pessoal e subjetiva. Esse pensamento perdurou no Supremo Tribunal Federal até o primeiro giro hermenêutico de sua jurisprudência, com o julgamento do HC n. 83.554/PR, em 16 de agosto de 2005, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que se posicionou pela heteroresponsabilidade penal da pessoa jurídica, desde que seja feita a denúncia da pessoa física que se beneficiou daqueles atos, confirmando a teoria da dupla imputação prevista no art. 3º da Lei n. 9.605/1998:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

O voto do Ministro Gilmar adere à corrente de pensamento capitaneada por Claus Roxin, que criticou o finalismo da ação, propondo a retirada da conduta humana da posição de ideia fundamental da imputação penal e a elevação do caráter protetor da norma penal perante os bens jurídicos, ainda que de forma subsidiária e fragmentária. Desse modo, aproxima-se a criminologia da dogmática jurídico-penal.

Segundo Alessandro Baratta, notadamente em *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, a criminologia crítica permitiu avançar na interconexão, também, dos temas à política criminal, numa relação simbiótica entre os temas penais até o ponto de superação das fronteiras do positivismo jurídico. Com essa superação, percebeu-se que Direito e Moral se tangenciam, assim como outras áreas do conhecimento também interseccionam o universo jurídico.

Por meio dessa transposição de fronteiras, o Direito não mais se preocupou apenas consigo mesmo, em um movimento autopoietico, mas com sua função social. Com efeito, os elementos do crime passam a ser pensados de acordo com essa função, a ser exercida pelo direito penal.

Assim, o elemento do resultado, por exemplo, começou a ser abordado também sob o seu viés essencialmente jurídico, e não mais apenas naturalístico, de tal forma que se passou a prever os crimes de mera conduta, em razão do perigo abstrato. A ameaça ao bem jurídico-penal intangível tornou-se intolerável.

A decisão do Ministro Gilmar abarcou todo esse pensamento jurídico, que já havia sido cristalizado pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 564.960/SC, em 2 de junho de 2005, com a proposta de superação do *societas delinquere non potest*.

[...] É sabido, destarte, que os maiores responsáveis por danos ao meio ambiente são empresas, entes coletivos, através de suas atividades de exploração industrial e comercial. A incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos danosos, no entanto, nem sempre é possível, diante da dificuldade de se apurar, no âmbito das pessoas jurídicas, a responsabilidade dos sujeitos ativos dessas infrações. [...] Fernando Galvão (Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Editora Del Rey, 2ª edição, 2003, p. 16-17) assim analisa a incriminação da pessoa jurídica como forma de prevenção da conduta danosa ao meio ambiente, pela ótica capitalista. [...] A responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo decorrente de uma opção eminentemente política, conforme referido, depende, logicamente, de uma modificação da dogmática penal clássica para sua implementação e aplicação. [...] A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras, assim, na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. [...] É incabível, de fato, a aplicação da teo-

ria do delito tradicional à pessoa jurídica, o que não pode ser considerado um obstáculo à sua responsabilização, pois o direito é uma ciência dinâmica, cujos conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico, como bem ressalta Fernando Galvão. [...] A questão da culpabilidade, por exemplo, deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*. [...] Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. (...) Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica. [...] Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. [...] Essa atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. Porém, tendo participado do evento delituoso, todos os envolvidos serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. É o que dispõe o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98, que institui a co-responsabilidade [...]. Dificuldades teóricas para sua implementação existem, mas não podem configurar obstáculos para sua aplicabilidade prática, na medida em que o direito é uma ciência dinâmica, cujas adaptações serão realizadas com o fim de dar sustentação à opção política do legislador.

De posse de toda a argumentação explorada pelos ministros ao longo de seus votos, da confirmação da Constituição de 1988 (art. 225, § 3º) e da legislação protetiva ambiental de 1998 supracitada (art. 3º, Lei n. 9.605/1998), a jurisprudência do STF naquele momento cristalizou, então, a responsabilidade penal vicariante, ou seja, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, desde

que acompanhada da devida responsabilização da pessoa física que agiu em interesse e benefício próprios.

Entretanto a heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica foi questionada com o julgamento do AgRg do RE n. 628.582/RS pela 1ª Turma do STF, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 6 de agosto de 2011:

[...] no que concerne a 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. [...] o legislador constituinte efetivamente admitiu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os delitos ambientais' [...].

E efetivamente superada com o julgamento do RE n. 548.181/PR pela 1ª Turma, dessa vez sob relatoria da Ministra Rosa Weber, que apresentaram a possibilidade de autorresponsabilização do ente moral, independentemente da identificação da pessoa física que atuou para se beneficiar dos atos empresariais.

[...] Pelo caráter polêmico que ostenta o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, permito-me breve digressão a respeito. [...] Trata-se de matéria que se encontra, guardados os limites constitucionais, no âmbito da liberdade de conformação do legislador. [...] Na mesma linha, Ney Barros Bello Filho: 'A responsabilidade criminal do ente moral surgiu exatamente para atalhar a dificuldade, e até mesmo impossibilidade, de se comprovar que a ordem criminosa partiu do dirigente da pessoa jurídica. [...] A *quaestio juris*, assim, restringe-se a saber se a interpretação do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, e arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/98 leva à impossibilidade de a pessoa jurídica figurar isoladamente no polo passivo de ação penal, ou se, ao contrário, não se impõe a necessária dupla imputação. [...] Os argumentos teóricos e as concepções abstratas do modelo dogmático da ciência penal tradicional, embasados na ação do indivíduo (*societas delinquere non potest*), não convenceram o legislador constitucional originário, e, desse modo, são insuficientes para que se afirme a ilegitimidade da opção feita. De qualquer modo, na própria doutrina penalística nacional já encontram críticas ao que seria um insustentável e superado atrelamento aos

conceitos de ação e culpabilidade forjados na dogmática tradicional para refutar a imputação de crimes aos entes morais. Nessa linha Busato acrescenta que ‘a teoria do delito já evoluiu o suficiente para enfrentar e superar, com facilidade, as dificuldades clássicas do tema da ação (vontade) e da culpabilidade’ relacionados à capacidade de delinquir da pessoa jurídica (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, 2012, p. 36 e 86). No sentido de que a Constituição consagra de forma clara e expressa a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas em relação ao meio ambiente, [...] possibilidade de persecução penal da pessoa jurídica sem a imputação do delito à pessoa física: ‘Ainda que assim não fosse, no que concerne a 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. [...].’

Pelo conteúdo dos votos vencedores, é notório que houve novas razões de política criminal, criminologia e dogmática jurídico-penal para que fosse dada nova interpretação ao texto da Constituição.

De plano, é preciso reconhecer que as empresas passaram a funcionar de forma descentralizada, com escalonamento de funções e responsabilidades, de tal modo que a construção de um sistema de imputação baseado na identificação de pessoas físicas responsáveis por tomada de decisão e execução de condutas ficou extremamente difícil. O interesse e o benefício das condutas também são pulverizados dentro da cadeia de processos dentro desses entes morais. A responsabilidade é, efetivamente, coletiva. Assim como interesses e benefícios.

Com efeito, há necessidade de aprimorar a política criminal para abarcar a nova realidade, dentro do contexto de função social do direito na proteção de bens jurídico-penais, de forma a não negligenciar as necessidades pungentes da contemporaneidade. Segundo Ulrich Beck, enquanto “sociedade de risco” a ameaça de lesão e a efetiva lesão são parte da rotina. E, exatamente por isso, requer-se um tratamento jurídico capaz de corresponder a esse formato.

Como a comunicação é a marca principal das novas relações sociais, os atos também passam a

ser compreendidos como percepções de comunicação. A conduta pode ser uma ação ou omissão, mas também permite a significação das pretensões de seu agente. Nesse sentido, as pessoas jurídicas passam a tomar decisões reais, uma vez que, ao agir institucionalmente, reconhece-se a ação como da própria empresa, destacada das ações individuais de seus representantes. Desse modo, é possível falar em conduta dolosa da pessoa jurídica.

Assim sendo, surgem formulações de culpabilidade próprias para as pessoas jurídicas, como a culpabilidade coletiva (Busch); culpabilidade funcional do órgão (Schroth); culpabilidade como defeito de organização (Tiedfemann); e culpabilidade como ausência ou falha do programa de compliance (Diez) (Busato, 2013).

3 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO COMPARADO

O contexto de expansão do direito penal a partir do final do século XX como mecanismo de política criminal para superar a criminalidade da sociedade contemporânea foi acompanhado por outros países, que também entendem pela necessidade de proteção dos bens jurídicos perante a atuação de entes morais. Essa expansão não se deu somente com a criação de tipos penais, mas com a superação do brocardo latino *societas delinquere non potest* ao redor do globo. Notadamente a experiência de países de *common law* no combate à criminalidade econômico-empresarial influenciou a matriz *civil law*, incorporando-se a responsabilização da pessoa jurídica.

Um momento alto de comunhão de pensadores do Direito diante da necessidade de avanço do direito penal nesse sentido se deu em 1994, com o XIV Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Atenas, na Grécia, com o tema *La criminalisation du comportement collectif*. Desse encontro, Hans de Doeler e Klaus Tiedmann organizaram a obra *Criminal liability of corporations*, marco do pensamento jurídico no tema, que muito inspirou e norteou os movimentos legislativos pelo mundo – especialmente na União Europeia, que tem incentivado mudanças legislativas nos membros do bloco em favor da punição de condutas empresariais. Nas palavras de Enrique Bacigalupo (1988):

Um precedente de singular importância para o tratamento dessas questões é o constituído pela Recomendação nº 88/18 de 20/10/1988

do Comitê de Ministros dos Estados membros do Conselho da Europa que propunha ‘a aplicação de responsabilidade penal e sanções às empresas quando a natureza da infração, a gravidade da culpa da empresa, a consequência para a sociedade e a necessidade de prevenir outras infrações que assim o exijam.

Considerando, então, a matriz de *common law* como ponto de partida para a possibilidade jurídica do tema, analisa-se o sistema inglês. De acordo com Luís Regis Prado (2007):

A ideia da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma criação jurisprudencial que data do início do século XIX. Nas primeiras decisões, os tribunais ingleses só a admitiam como exceção ao princípio da irresponsabilidade para delitos omissivos culposos (*nonfeasance*) e comissivos dolosos (*misfeasance*). Posteriormente, por intervenção legislativa, foi reconhecida a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Interpretation Act (1889), por meio de um dispositivo geral que passou a considerar o termo pessoa como abrangendo também o ente coletivo. Essa espécie de responsabilidade foi aplicada, inicialmente, às *regulatory offences* (*public welfare offences*), infrações punidas com sanções menos severas e de forma objetiva (independentemente de culpa). A partir de 1940, consideravelmente ampliada, alcançou crimes de qualquer natureza (v.g., estupro, homicídio).

Nesse sentido, é evidente que a pessoa jurídica é passível de responsabilização de qualquer conduta. Entretanto, a jurisprudência inglesa se firmou em exigir requisitos para tornar a imputação possível e justa. Ab initio, é indispensável a identificação de uma ação ou omissão humana, ou seja, ainda que haja responsabilidade da pessoa jurídica, o elemento subjetivo só está completo se identificado um fato com determinada pessoa física, agindo no contexto de poder e função do ente moral, para que se possa falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica. É preciso, pelo menos, que haja anuência ou concordância de uma pessoa pertencente ao organismo central da pessoa jurídica para que a responsabilização se perfeça.

Portanto, exige-se que o comportamento ilícito advenha com *mens rea*, ou seja, dolo ou culpa. Isso não significa que não se admita responsabilidade objetiva no sistema inglês. Em verdade, há a *strict liability*, ou responsabilidade objetiva, e a *vicarious liability*, ou responsabilidade por fato de outrem.

Ambas se referem a condutas omissivas com penalidades mais brandas, mas de igual relevância penal. Quanto a essas penalidades, a experiência inglesa elencou um rol de possibilidades, como a paralisação das atividades, a suspensão de atividades empresariais específicas, o congelamento de contas, a alienação de patrimônio, a administração judiciária da empresa por tempo determinado e a extinção da empresa.

O princípio *societas delinquere potest* do sistema inglês também é aplicado no sistema francês, que assim prevê em seu Código Penal:

Art. 121-2. As pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis, segundo distinções dos arts. 121-4 a 121-7 e nos casos previstos em lei ou regulamento pelas infrações praticadas por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes. Entretanto, as coletividades territoriais e suas entidades só são responsáveis pelas infrações praticadas no exercício de atividades suscetíveis de ser objetivo de convenções de delegação de serviço público.

Art. 121-3. A responsabilidade penal das pessoas morais não exclui a das pessoas físicas autoras ou partícipes dos mesmos fatos.

Com efeito, os franceses entendem que é possível a responsabilização exclusiva do ente moral em alguns casos, excluindo a responsabilidade de seus dirigentes ou atores. Reconhece-se, assim, que as pessoas jurídicas possuem ferramentas distintas capazes de infringir alguns normativos, como crimes contra a ordem econômica, crimes ambientais e crimes contra a saúde pública. Nesse esteio, a responsabilidade da pessoa jurídica na França é especial, cumulativa e condicional.

Especial porque ela só acontece nos casos previstos em lei ou regulamento. Trata-se do brocardo latino fundante do princípio da legalidade: *nullum crimen sine lege*.

A cumulatividade decorre do princípio da igualdade, interpretado na França como a implicação de que todos os entes morais são passíveis de responsabilização, reconhecendo-se, entretanto, a prerrogativa especial do Estado.

Por fim, quanto à condicionalidade, o sistema francês prevê duas condições essenciais para a responsabilização penal da pessoa jurídica: (i) *substractum humanus*, ou seja, a infração penal deve ser praticada por órgão ou representante legal da pessoa jurídica; e (ii) *pour le compte*, isto é, o crime deve ser cometido por conta, no interesse e em razão da pessoa jurídica. Em suma, essas condi-

cionantes geram a responsabilização por ricochete, também chamada “de empréstimo” ou “subsequente”. Assim, a infração penal do ente moral só é possível se identificada a conduta humana que deu azo ao fato, devendo a pessoa jurídica ser imputada na mesma conduta perpetrada pela pessoa física. Nessa toada, todos os crimes imputáveis às pessoas jurídicas podem ser direcionados às pessoas físicas.

Por sua vez, o sistema alemão não admite a responsabilidade penal de pessoa jurídica. O princípio da culpabilidade alemão exige a conduta humana identificável, afastando absolutamente a responsabilidade daquela. A tradição germânica adotou, então, um direito administrativo sancionador para punir entes morais, inclusive quanto às infrações penais contra a ordem econômica, o meio ambiente e a saúde pública.

O mesmo entendimento é seguido pelo direito italiano, que inadmite expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas tem envidado esforços, assim como toda a União Europeia, para incrementar seu sistema jurídico com punições administrativas e civis às pessoas jurídicas; e pelo direito belga, que nem sequer prevê a possibilidade de dupla imputação/imputação por ricochete.

Quanto à influência da União Europeia na atualização dos ordenamentos jurídicos de seus membros, um importante exemplo é o português, que, originalmente, não previa a responsabilidade de entes morais. A responsabilidade era exclusivamente individual no Código Penal, mas a lei permitia a criação de infrações especiais para entes coletivos, ou seja, não havia previsão, mas não havia proibição para que se passasse a responsabilizá-los.

Com o movimento do bloco, o art. 11 do Código Penal português sofreu importantes modificações, criando um sistema de imputação penal. Instituiu como condicionantes para a imputação (i) que o crime fosse realizado em nome e no interesse coletivo por pessoas que ocupem posição de liderança; ou (ii) que fossem perpetrados por quem atue sob autoridade desses líderes em virtude de deveres de vigilância e controle:

Art. 11. Responsabilidade das pessoas singulares e coletivas

1 – Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal.

2 – As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos

crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos: a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

O mesmo movimento foi feito pela Espanha, que acabou incorporando a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que indicada em lei para cada tipo penal. O Código Penal espanhol de 1995 não indicava expressamente a possibilidade, mas introduziu as “consequências acessórias” como um instituto aplicável aos entes morais pela prática de algumas infrações penais. O art. 129 assim prevê:

1. No caso de crimes cometidos com a colaboração, através ou por intermédio de empresas, organizações, grupos ou qualquer outra classe de entidades ou grupos de pessoas que, por falta de personalidade jurídica, não constem do art. 31, o juiz ou tribunal pode impor às referidas empresas, organizações, grupos, entidades ou grupos uma ou mais consequências acessórias à pena que corresponda ao autor do crime, com o conteúdo previsto nas alíneas c) a g) da seção 7 do art. 33. Poderá também proibir em definitivo a realização de qualquer atividade por parte da pessoa jurídica, mesmo que seja lícita.

2. As consequências acessórias referidas no número anterior só podem ser utilizadas e aplicadas às empresas, organizações, grupos ou entidades ou agrupamentos quando previstos expressamente por este Código, ou nos casos de responsabilização penal de pessoa jurídica.

3. O encerramento temporário de estabelecimentos, a suspensão das atividades sociais e a intervenção judicial podem também ser aplicadas pelo juiz de instrução como medida cautelar durante a instrução do processo para os efeitos previstos neste artigo e com os limites indicados no art. 33.7.

Com efeito, entendeu-se jurisprudencialmente que a abertura do dispositivo às consequências acessórias significaria a possibilidade de criar um

sistema próprio de responsabilização penal de pessoas jurídicas, estabelecendo verdadeiras sanções penais de caráter repressivo.

As lições da experiência internacional diante da expansão do direito penal e da sua nova função social são claras: a resposta legislativa é importante para a efetiva responsabilização das pessoas jurídicas e deve ser acompanhada com igual esforço jurisprudencial em dar segurança jurídica e efetividade aos ditames do ordenamento jurídico.

Diante desse quadro, o debate legislativo no Brasil permanece aquecido, não apenas pela questão retro, mas, também, da própria necessidade de atualização do Código Penal brasileiro (PLS n. 236/2012).

4 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO (PLS N. 236/2012): (OUTRA) RESPOSTA POSSÍVEL

O Código Penal brasileiro de 1890, em seu art. 25, determinava que a responsabilidade penal era exclusivamente pessoal:

Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

Parágrafo único. Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recairá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso.

O dito excerto não foi replicado no “novo” Código Penal de 1940, tampouco com a reforma promovida em 1984 em sua parte geral, mas a doutrina e jurisprudência brasileira permaneceram fincadas nas tradições daquela lei, como já anteriormente apresentado. No entanto, a Constituição de 1988 trouxe profundas alterações para o direito penal e processual penal, como o já citado art. 225, § 3º:

Art. 225. [...]

§ 3.º 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.

E o art. 173, § 5º:

Art. 173. [...]

§ 5.º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica,

estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

No esforço de tipificar os crimes contra a ordem econômica e financeira, bem como os direitos do consumidor, o legislador brasileiro prolatou textos normativos nesse sentido, mas as normas não concretizaram por si mesmas a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Somente com a Lei n. 9.605/1998 é que a responsabilização direta, de fato, passou a ser possível. E, somente com os giros hermenêuticos do Supremo Tribunal Federal, que seu texto ganhou contornos efetivos, bem como o próprio texto constitucional.

Diante dos conflitos entre a contemporaneidade e o anacronismo da legislação penal, tramita no Senado Federal o PLS n. 236/2012, que pretende instituir um novo Código Penal. Em seu art. 41, o projeto introduz explicitamente a autonomia da sanção penal do ente moral:

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a Administração Pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1.º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2.º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3.º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

O texto proposto parece suplantar de vez o debate jurisprudencial da Suprema Corte, cristalizando, então, a autorresponsabilidade penal da pessoa ju-

rídica, além de aderir à corrente proposta pela doutrina, acompanhada pela experiência internacional.

Trata-se de uma resposta à demanda crescente de proteção dos bens jurídico-penais, mas há que se observar questões igualmente relevantes para que esse projeto seja plenamente efetivo.

De plano, é notório que o caput do referido artigo é genérico quanto à sua aplicação. O preceito incorre no mesmo erro da Lei n. 9.606/1998: não faz a devida vinculação aos tipos penais aplicáveis à espécie, ou seja, o princípio da legalidade, tão caro ao direito penal, pode ser frontalmente questionado.

Defende-se, então, que o diploma crie um sistema tal qual o existente para crimes culposos (art. 18, parágrafo único) no Código Penal vigente, estabelecendo que a lei deverá prever expressamente a sua aplicação à pessoa jurídica. Dessa forma acredita-se que o garantismo penal, tônica do ordenamento jurídico brasileiro, seja reforçado.

Outro ponto que necessita de mais atenção é o § 3º, que, em síntese, amplia o conceito legal e transforma todos os intervenientes em autores do delito, aderindo a um sistema essencialmente causal de análise de conduta. O texto iguala todas as contribuições causais ao delito perpetrado pelo ente moral, contrariando a imputação objetiva. Mais, apagando a distinção entre autoria, coautoria e partícipes, a construção dogmática sobre o domínio do fato e a efetiva responsabilização de acordo com a culpabilidade de cada um dos envolvidos é eliminada.

A um só tempo, o parágrafo em comento parece atacar a exclusiva proteção do bem jurídico, o nexo causal normativo, a imputação objetiva e o sistema de autoria e participação – pilares do funcionalismo penal.

Diante desse elemento essencial, defende-se o desmembramento do parágrafo a fim de que as tratativas sejam feitas em, pelo menos, dois parágrafos distintos: (i) primeiramente, o escalonamento de responsabilidades entre autores, coautores e partícipes, seguindo os ditames da responsabilização na proporção de sua culpabilidade; e, após, (ii) que fosse definida a possibilidade de reconhecimento da omissão do ente moral e sua respectiva responsabilização.

Quanto às penalidades aplicáveis aos entes coletivos, o PLS n. 236/2012 assim prevê, em seus arts. de 42 a 44:

Art. 42. Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da pres-

crição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:

I – multa;

II – restritiva de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – perda de bens e valores.

Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime, terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

Art. 43. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são, cumulativa ou alternativamente:

I – suspensão parcial ou total de atividades;

II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação ou celebrar qualquer outro contrato com a Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta;

IV – proibição de obter subsídios, subvenções ou doações do Poder Público, pelo prazo de um a cinco anos, bem como o cancelamento, no todo ou em parte, dos já concedidos;

V – proibição a que seja concedido parcelamento de tributos, pelo prazo de um a cinco anos.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada pelo período máximo de um ao, que pode ser renovado se persistirem as razões que o motivaram, quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado.

§ 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 será aplicada pelo prazo de dois a cinco anos, se a pena do crime não exceder cinco anos; e de dois a dez anos, se exceder.

Art. 44. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I – custeio de programas sociais e de projetos ambientais;

II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

- III – manutenção de espaços públicos; e
- IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, bem como a relacionadas à defesa da ordem econômica.

São penalidades importantes, mas algumas experiências internacionais poderiam ter sido consideradas para incrementar esse rol de possibilidades. A exemplo do controle judicial por tempo determinado, vedação à prática de atividades empresariais específicas, bloqueio de contas e alienação de patrimônio imóvel, utilizadas fartamente no sistema inglês e pelo controle concorrencial norte-americano.

O controle judicial por tempo determinado permite que o juízo se aproprie do comando da empresa e saneie as atividades, garantindo a continuidade da atividade sem os impactos socioeconômicos de uma paralisação ou fechamento da empresa.

Quanto à vedação à prática de atividades específicas, o juízo pode determinar a saída da empresa do mercado de capitais por um lapso temporal, penalidade que tem caráter pedagógico importante, sem que haja paralisação total da atividade empresarial e, ainda, imprimindo uma penalidade estratégica. Mesmo impacto que poderia ser percebido com o bloqueio de contas e alienação de imóveis, que também recairiam sobre o patrimônio da empresa e poderiam ter uma efetividade maior sobre alguns ramos, como empreiteiras e incorporadoras.

Com efeito, o PLS n. 236/2012 é inovador, mas pode nascer anacrônico, ou apenas com caráter simbólico, esvaziado em efetividade. As inconsistências do texto proposto podem ser suplantadas se, de fato, o legislador brasileiro se utilizar da experiência estrangeira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é discutida no Supremo Tribunal Federal antes mesmo da promulgação da Constituição da República de 1988, tendo acompanhado os debates doutrinários e o desenvolvimento da teoria das escolas penais.

O STF tem, pelo menos, três momentos que demarcam seus posicionamentos sobre o tema: (i) julgamento do RHC n. 66.102/SP pela 1ª Turma do STF, em 3 de maio de 1988 (antes da promulgação da Constituição), de relatoria do Ministro Moreira Alves, que decidiu pela irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, valendo-se da imputação causal-naturalista, de matriz newtoniana, em que não haveria conduta praticada pelo ente moral, por ser desprovido de vontade própria e de tangibilidade; (ii) julgamento do HC n. 83.554/PR, em 16 de agosto de

2005, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que decidiu pela heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, ou seja, desde que seja feita a denúncia concomitante da pessoa jurídica e física que se beneficiou dos atos da primeira, seguindo a teoria da dupla imputação prevista no art. 3º da Lei n. 9.605/1998; e (iii) julgamento do RE n. 548.181/PR pela 1ª Turma, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, que decidiu para a possibilidade de autorresponsabilização do ente moral, independentemente da identificação da pessoa física.

Há muito que o tema também é espinhoso na experiência internacional. O amplo debate tem se dado desde a década de 90, notadamente no bloco europeu, que tem se baseado em *common law* e *civil law*, como as experiências inglesa, francesa e alemã.

Quanto à primeira, há a possibilidade de responsabilização do ente moral, sendo este último capaz de incorrer nos mesmos crimes que pessoas físicas.

Quanto à experiência francesa, percebeu-se a introdução dessa responsabilização com a expansão do direito penal e a necessidade de seu aperfeiçoamento diante dos contornos de sua (nova) função social, notadamente nos crimes contra ordem econômica, saúde pública, consumidor e meio ambiente.

Quanto à última, permaneceu com a impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, mas incrementou seu direito administrativo com penalização para infrações, criando um verdadeiro “direito administrativo sancionador”, capaz de dar as respostas necessárias à preservação do status quo e da ordem econômica.

Posto isso, o projeto de lei que tramita no Senado Federal sob a alcunha de PLS n. 236/2012 propõe um novo Código Penal para o Brasil, alinhando-se à autorresponsabilização da pessoa jurídica e à efetividade da previsão constitucional e em legislação esparsa, conforme seus arts. de 41 a 44. Entretanto, o texto do projeto apresenta algumas lacunas que precisam de ajustes para que os fins político-criminais propostos sejam alcançados. Primeiramente, o *caput* do art. 41 é deveras genérico, o que macula o princípio da legalidade, relegando aos tribunais uma discussão que poderia ser, *ab initio*, superada. Ainda, o § 3º do mesmo artigo iguala os conceitos de autoria, coautoria e participação, o que compromete a análise do domínio do fato e da própria culpabilidade dos agentes envolvidos. Por fim, o rol de penas previstas é diminuto e, de acordo com a experiência internacional, poderia ser estendido, dando mais possibilidades ao julgador para um acerto entre crime e pena e respostas proporcionais e adequadas à capacidade delitiva exercida por meio de atividades empresariais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Strafgesetzbuch**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 20 maio 2021.

BACIGALUPO, Silvana. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1988.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 236/2012**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3515262&ts=1624915401864&disposition=inline>. Acesso em: 10 maio 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPANHA. **Código Penal Español de 1996**. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

FRANÇA. **Code pénal de 1994**. Disponível em: <https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%c3%a9nal.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

HASSEMER, Winfred. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

ITALIA. **Codice penale italiano**. Disponível em <https://www.studiocataldi.it/codicepenale/codice-penale.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 83.554/PR**. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16.08.2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 564.960/SC**. 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02.06.2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 548.181/PR**. 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 06.08.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RHC 66.102/SP**. 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 03.05.1988.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). **Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

Manoel Júnior Ferreira Veloso

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Bacharel Magna cum Laude em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Advogado e Professor.