

A lei 9605/98 e o modelo de imputação do crime à pessoa jurídica: estudo de casos

Law 9605/98 and the imputation model of crime against companies: cases study

Fábio André Guaragni¹

Maria Fernanda Loureiro²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. 865864/PR, que adotou a responsabilidade por ricochete no que se refere às pessoas jurídicas, diante da exigência de oferecimento de denúncia em face das pessoas físicas e jurídicas, concomitantemente. Discute-se a Teoria da Ação Institucional, proposta por David Baigún, verificando-se a presença dos elementos da ação institucional na redação do artigo 3º da Lei nº. 9.605/1998. Por fim, examina-se o voto exarado no Mandado de Segurança nº. 0021154-60.2010.4.01.0000/BA do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cujo posicionamento foi no sentido da possibilidade de persecução criminal em face do ente coletivo sem formação de litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa física e a jurídica.

ABSTRACT

This work aims to analyze the consolidated comprehension by the Brazilian Superior Court of Justice on the Special Appeal number 865864/PR, which has adopted the so-called "responsibility for ricochet" regarding to the legal entity, with reference to charge individual persons and collective ones simultaneously. It discusses the Theory of Institutional Action proposed by David Baigún, verifying the presence of the elements of the institutional act on the writing of the article 3 of the Law number 9.605/1998. Finally, it examines the vote consigned on the Injunction number 0021154-60.2010.4.01.0000?BA of the Federal District Court of the named First Region of

¹ O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR, ESMAE, CEJUR e LFG.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba, Especialista em Direito Público pela UCAM – Universidade Cândido Mendes e Professora de Direito Penal do Uniandrade – Centro Universitário Campos de Andrade.

Brazil, whose opinion is in the sense for the possibility of criminal prosecution with reference to the legal entity without formation of joinder liability, which would be necessary between the individual person and the collective one.

PALAVRAS-CHAVE:

Responsabilidade penal – pessoa jurídica – denúncia – ação.

KEY-WORDS:

Criminal responsibility – legal entity – criminal prosecution – conduct.

1. INTRODUÇÃO

Examina-se, neste trabalho, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. 865864/PR, endossando linha de entendimento consolidada da Instância Rara no sentido da necessidade de só ser possível denunciar pessoa jurídica, pela prática de crime ambiental, com a denúncia concomitante das pessoas físicas citadas no art. 3º da Lei 9.605/98.

O posicionamento converge com o que propugna a literatura tradicional, ou seja, um sistema de responsabilidade *por ricochete, subseqüente, por empréstimo ou por rebote*.

A responsabilidade da pessoa física, neste contexto, antecede à da pessoa jurídica, preservando-se a análise do crime a partir de postulados antropocêntricos. Deste crime, imputado a uma pessoa natural, deriva a responsabilização penal da pessoa jurídica. Assim, não seria possível conceber uma atribuição de responsabilidade ao ente coletivo dissociada da imputação à pessoa física.

O raciocínio funda-se na idéia da dogmática penal clássica, que afirma que as pessoas jurídicas não possuem capacidade de ação, não são dotadas de psique conducente à configuração do dolo (ainda nos modelos “psicologizados”), como também não podem suportar o juízo de culpabilidade, pela falta da dimensão de autonomia, ou liberdade de vontade, igualmente assentada nos estratos da personalidade humana (superego, ego e inconsciente).

A proposta de trabalho é simples: a) exposição do precedente do STJ; b) exposição da doutrina corrente brasileira acerca do tema nele debatido; c) análise do modelo teórico sugerido por DAVID BAIGÚN, a Teoria da Ação Institucional, voltada à construção de requisitos pelos quais é possível afirmar a prática de uma conduta da empresa, ou seja, de uma *ação institucional*. Tais requisitos referem-se às disposições que regulamentam o funcionamento e a atividade das empresas, ao aspecto organizacional e, ainda, ao interesse econômico que rege a tomada de decisões corporativas; d) cotejamento entre o artigo 3º da Lei nº. 9.605/98 e a aludida teoria, sugerindo-se a possibilidade de empregá-la para exegese do texto de lei; e) por fim, verificação de outra solução que poderia ter sido dada ao caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, haja vista a possível nova interpretação ao artigo 3º da Lei nº. 9.605/98.

Eis o roteiro.

2.POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO ESPECIAL Nº. 865864/PR

Em 10 de setembro de 2009, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou o Recurso Especial nº. 865864/PR, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima. Após, em 13 de outubro, publicou-se no Diário da Justiça o acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07).

2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local nos autos de Recurso em Sentido Estrito nº. 307.643-9, que decidiu pela admissão da denúncia oferecida contra a pessoa jurídica Comércio e Representação de Madeiras Quiguay, sem

a concomitante imputação delitiva do representante da empresa pela prática de crimes previstos no artigo 38, *caput*, da Lei 9605/98.

Importa fazer uma síntese do processo. De início, foi oferecida a denúncia contra a empresa com imputação de ter destruído floresta considerada de preservação permanente, na Fazenda Cacumbangue (Fazenda Quiguay), localizada na cidade de Coronel Domingos Soares.

O magistrado da Vara Criminal de Palmas-PR, competente para processar e julgar o feito, não recebeu a peça acusatória, alegando para tanto que, conforme a atual dogmática penal, seria preciso que o réu fosse necessariamente pessoa física, pois a imputação penal de pessoa jurídica seria inviável, por carecer tanto de capacidade de ação, quanto de culpabilidade.

Da decisão, foi interposto Recurso em Sentido Estrito pelo Ministério Público, pugnando pelo recebimento da denúncia e início da ação penal, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deu provimento.

Daí é que resultou o recurso especial. O Ministério Público do Paraná, em segundo grau, recorreu do acórdão, aduzindo a impossibilidade de oferecimento da denúncia unicamente em face da pessoa jurídica, obtendo provimento através do julgado acima ementado, com a anulação do acórdão que determinou o recebimento da denúncia.

Eis o caso concreto.

3.O O RESPALDO DOUTRINÁRIO DA ORIENTAÇÃO DO C. STJ

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se da maneira acima descrita adotando um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica *por ricochete, subsequente, por empréstimo ou por rebote*.

Com efeito, o entendimento predominante – doutrinário e jurisprudencial – brasileiro é no sentido de que, a fim de que se atribua um delito à pessoa jurídica, necessária se faz a imputação simultânea à pessoa física³.

³ Dentre os autores que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porquanto é dominante no Brasil, ainda, a inadmissibilidade. Representativa é a obra de DOTTI, René Ariel e PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2009. Não é meta verificar, através do texto em mesa, se deve existir ou não. Pressupõe-se a admissão *de lege lata*, a partir do art. 225, 3º, CR e art. 3º, Lei 9605/98. A partir disso, pretende-se é contribuir em relação a *como* responsabilizar.

A partir desta perspectiva, consolidou-se a interpretação do Superior Tribunal de Justiça dada ao caso em apreço, segundo a qual a atuação do representante legal, em nome e no interesse da empresa, antecede à responsabilidade penal do ente coletivo. São representativos deste entendimento os seguintes julgados: RHC 20558/SP, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2006/0266781-3, com acórdão da lavra da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, publicado no Diário da Justiça em 1412/2009; REsp 889.528/SC, Recurso Especial 2006/0200330-2, da relatoria do Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, cuja publicação ocorreu em 18/06/2007; REsp 610.114/RN, Recurso Especial 2003/0210087-0, em que atuou como relator o Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, publicado em 19/12/2005.

Logo, o substrato humano é pressuposto para a imputação delitiva à pessoa jurídica, porquanto é com base nele que se procede à adequação típica da conduta. A sujeição criminal ativa dos entes coletivos seria possível, desta forma, em razão da imputação concomitante ao indivíduo que atua em seu nome e benefício.

A esse respeito, ensina Heloisa Estellita⁴ que é *conditio sine qua non* para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas a existência de um *substratum humanus*, que intervém em nome da coletividade. Denomina-se, portanto, responsabilidade por ricochete aquela atribuída à pessoa jurídica, a qual tem a atuação humana como suporte.

O raciocínio funda-se na idéia de que a pessoa jurídica não dispõe de aspecto volitivo próprio, o que a torna dependente de elementos subjetivos da pessoa física que a representa, caracterizando, assim, a responsabilidade por empréstimo, uma vez que o ente coletivo vale-se do aparato psíquico da pessoa natural para sua manifestação volitiva.

Em igual sentido, Luiz Flávio Gomes, definindo que...

houve plasmação e consagração na Lei 9.605/98 (art. 3º) da chamada responsabilidade penal por ricochete (de empréstimo, subseqüente ou por procuração), ou seja, a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da prática de um fato punível por alguma pessoa física, que atua em seu nome e em seu benefício. É uma responsabilidade por ricochete, porque prioritariamente deve ser incriminada a pessoa física. Por reflexo a pessoa jurídica acaba também sendo processada, desde que preenchidos os

⁴ ESTELLITA, H. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº. 9.605/98 à luz do devido processo legal. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; NETO, T. D. **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva (Série GV Law), 2008, p. 214.

requisitos legais (atuação em nome da pessoa jurídica, benefício da pessoa jurídica etc.)⁵

No mesmo sentido, ainda que não empregue as denominações designativas desta modalidade de responsabilidade penal, o texto de Luís Paulo Sirvinskaskas:

“para responsabilizar a penalmente a pessoa jurídica é necessário que a infração tenha sido cometida: a) por decisão de seu representante legal (presidente, diretor, administrador, gerente, etc.); b) por decisão contratual (preposto ou mandatário de pessoa jurídica, auditor independente, etc.); e c) por decisão de órgão colegiado (órgão técnico, conselho de administração, acionistas reunidos em assembléia etc.). O representante legal é aquele indicado nos estatutos ou nos contratos sociais e que tem o poder de decisão da empresa.”⁶

Sem a pretensão de esgotamento, infere-se que setores da literatura nacional entendem, em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, pela obrigatoriedade de oferta de denúncia em face da pessoa jurídica e, concomitantemente, da pessoa física, a fim de que se responsabilize o ente coletivo de maneira subsequente, vale dizer, por ricochete.

4. TEORIA DA AÇÃO INSTITUCIONAL

A dogmática clássica rechaça, via de regra, o instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelo fato de que estas não teriam capacidade de ação, não são passíveis de atribuição de responsabilidade subjetiva mediante dolo ou culpa, como também não seriam passíveis de juízos de censurabilidade, forjados sobre a liberdade de agir. Enfim, a teoria do delito opera com categorias antropocêntricas no plano pré-típico da conduta humana, no plano do tipo, mediante a exigência de elementos subjetivos (dentre os quais, destacadamente, o dolo), bem como no plano da culpabilidade.

Entretanto, a partir de uma perspectiva funcionalista, é possível adequar a teoria do delito à responsabilização dos entes coletivos. Tudo começa pela percepção da ideia de sistema em direito penal e pela sua reconstrução. O conceito analítico de crime - diga-se - é mais do que conceito. É método de análise do caso penal para - em

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Vol. 1.** São Paulo: RT, 2007, p. 526. O autor não aceita uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, senão uma responsabilidade “sancionadora”.

⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente.** 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

superadas as questões de fato – definir as questões de direito: se o fato é crime e se pode suscitar reação punitiva. Daí a denominação “analítico”.

Para suscitar a reação punitiva, pressupõe-se existir crime. E, para afirmar a existência de um crime, usa-se um método de análise escalonado, que faz a checagem das categorias componentes do conceito, organizados sob a forma de sistema. Sistema – na tradicional percepção kantiana⁷ - é um conjunto de elementos que giram em torno de uma ideia fundante. Da ideia fundante, são extraíveis princípios unificadores, a partir dos quais as categorias e elementos são confirmadas ou rejeitadas como partes integrantes do sistema.

Neste sentido, o sistema funciona como mecanismo de poder, mediante exercício de controle, vinculado “ao intento da sociedade moderna por controlar e supervisionar a si mesma”⁸, através de comunicações. “Todo controle é um ato de comunicação e só pode ter êxito a medida em que a comunicação tem êxito”⁹. Através do que comunica, um sistema “produz redundância”¹⁰. Cada uso do sistema confirma-o – tanto quanto cada reafirmação, em processos penais, daquilo que é crime, seja qual for a ideia fundante. A comunicação sistêmica “define tanto a mensagem que é selecionada, como o conjunto de possibilidades dentro das quais a mensagem é selecionada”¹¹. Novamente com o sistema penal: define mensagem do que *é e o que não é crime*, como o *conjunto de possibilidades* desta mensagem comunicativa. Assim, realiza controle social (repita-se: qualquer sistema realiza controle e atesta exercício de poder).

A ideia fundante comunica o que pode compor o sistema e o que não pode. Além de operar exclusões, obriga todos os operadores do sistema, enquanto sujeitos submetidos às suas comunicações, a partirem da validade da ideia fundante. Do contrário, os operadores do sistema (v.g., do sistema analítico de crime) não têm como atuar (no sentido mais prático: no processo penal). A aceitação da ideia fundante é condição de inclusão. O raciocínio é válido para qualquer sistema. Por exemplo, num sistema de controle de qualidade de produtos numa linha de montagem, excluem-se procedimentos que não possam certificar este ou aquele aspecto de desempenho; excluem-se componentes que não possam produzir este ou aquele efeito, tudo a partir da

⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 584 e ss..

⁸ BAECKER, Dirk. “Por qué una teoría de sistemas?” in **Teoría de sistemas y derecho penal**. Coord. Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: ARA, 2007, p. 23.

⁹ *Idem*, p. 24.

¹⁰ *Ibid.*, p. 34.

¹¹ *Ibid.*, p. 34.

prévia definição dos patamares de qualidade que o sistema operará. Do mesmo modo, é válido para o sistema de análise de crime.

Causalismo e finalismo, enquanto grandes escolas do século XX, sistematizaram a análise do crime em torno do mesmo elemento: o conceito de conduta humana. Ambas as escolas identificam-se neste ponto. Outro ponto de identidade: pretenderam extrair o conceito de conduta do mundo do ser. Porém, conquanto tenham criado sistemas analíticos de crime em torno da concepção de conduta humana, como ideia fundante, divergiram exatamente quanto à definição de conduta. Na suma: o conceito de conduta humana, semelhantemente no causalismo e no finalismo, serviu como ideia fundante do sistema analítico de crime. Porém, justamente a diferença entre as duas escolas foi *o conceito*. O papel dado ao conceito foi o mesmo: ideia fundante. Precisamente por organizarem todos os elementos do crime em volta do conceito de conduta humana, causalistas e finalistas fincaram uma bandeira antropocêntrica no coração do sistema de análise de crime, colidente de modo explícito com a possibilidade de incriminar a pessoa jurídica. *Societas delinquere non potest*.

Porém, a grande marca do movimento ulterior ao finalismo foi a mudança de papel atribuído ao conceito de conduta: deixou de ser ideia fundante do sistema analítico de crime. O pós-finalismo não se propõe a apresentar um novo conceito de conduta, diferente do finalista. Até faz isto – v.g., teoria personalista da ação, de Roxin¹², ou a teoria da evitabilidade individual, de Jakobs¹³. A mudança maior, sem embargo, ocorre na retirada do papel de protagonismo que o conceito de conduta humana exercia. De ideia fundante, vira categoria dogmática conseqüente. Vira satélite, juntamente com os outros elementos e categorias dogmáticas, girando em torno de uma nova ideia fundante: *a função do direito penal*.

E, a partir da sistematização dos elementos analíticos do delito em torno da função do direito penal, este: 1- se inclina para o mundo do dever-ser, abandonando o excesso de compromissos ônticos característico de sistemas que são construídos em torno de um conceito de conduta extraído da natureza (como estrutura lógico-objetiva, ou com apreensão da estrutura lógica da coisa “conduta humana”, como propunha

¹² - ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã. Parte general, tomo I. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 252.

¹³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 174.

Welzel¹⁴); 2- diminui o marcado antropocentrismo de que até então se revestia; 3- permite instrumentalizar a teoria do delito de modo a que melhor sirva para cumprir sua função¹⁵, mediante adaptação e reforma das suas categorias dogmáticas formadoras. Assim, cria-se conforto para o direito penal reagir em face de pessoas jurídicas, desde que isto otimize a realização de suas tarefas e funções. A funcionalização do direito penal ressoa utilitarista, antes de tudo: *societas delinquere potest* se – a partir daí – derem-se ganhos de qualidade na realização das funções político criminais.

A percepção destas funções exige um diagnóstico da sociedade em que o direito penal atua. Para tanto, bate-se às portas da sociologia. Esta, a sua vez, põe em evidência o descontrole dos riscos procedentes de tecnologias humanas como marca característica dos nossos tempos, conforme evidencia Ulrich Beck¹⁶: “nas sociedades de risco as conseqüências dos êxitos da modernização se converteram, por causa de sua velocidade e radicalidade, em tema. O risco adquire um novo caráter porque parte das condições de seu cálculo e processamento institucional falha”.

Considerando-se a percepção social dos riscos procedentes de decisões humanas, sobretudo aqueles ligados à intensificação do uso de tecnologias, e a pretensão de reduzi-los, no marco de uma “sociedade de riscos”, atribui-se ao direito penal a função de proteger os bens jurídicos contra catástrofes antecipadas pelas coletividades humanas (super expostas, através da *mass media*). Ora, figurando a pessoa jurídica como o maior produtor de atividades de risco, é visível o motivo do incremento, nas várias legislações, de respostas em face de pessoas jurídicas extraídas do direito penal. Também, entende-se o esforço dogmático de adaptar a teoria do crime, tendo em vista que ela não é um fim em si mesma, mas instrumento das funções político-criminais do direito penal, para a responsabilização da pessoa jurídica.

Dentre estes esforços dogmáticos de ajuste da teoria do crime para que a pessoa jurídica possa “cometê-lo”, destaca-se, aqui, a proposta de um novo sistema, formulada por David Baigún¹⁷, construído em torno da Teoria da Ação Institucional.

¹⁴ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho natural y justicia material**. Trad. Felipe Gonzáles Vicén da 4ª ed. alemã. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1971, p. 257.

¹⁵ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. LUIZ GRECO. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 14.

¹⁶ - BECK, Ulrich. **La sociedad del Riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008, p 23

¹⁷ BAIGÚN, D. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas** (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires: Depalma, 2000.

O autor propugna por um sistema de dupla imputação, no qual coexistem duas vias de atribuição de responsabilidade: aquela dirigida à pessoa jurídica, enquanto unidade autônoma; e a imputação tradicional às pessoas físicas¹⁸.

A responsabilidade deve ser entendida, nesta esteira, como uma consequência jurídica da ação institucional, confrontada com a tipicidade e a antijuridicidade, sendo que as sanções impostas só poderão ser aquelas adequadas às pessoas jurídicas, e desde que haja “responsabilidade social” (em lugar de uma culpabilidade, que seria inviável quanto à *fictio juris*)¹⁹.

A Ação Institucional seria, de acordo com David Baigún, o produto de um fenômeno de interrelação, no qual não atuam apenas os elementos anímicos de cada um dos membros da coletividade, mas também “o interesse como uma objetividade qualitativamente diferente do interesse de cada um dos indivíduos”²⁰.

Para que se verifique a conduta da pessoa jurídica – a ação institucional – devem estar presentes três requisitos. São eles: regulação normativa, plano organizacional e interesse econômico.

4.1. Regulação normativa

Este primeiro requisito diz respeito às normas que estabelecem como devem ser tomadas as decisões dentro das corporações, a composição dos seus órgãos, dentre outras questões referentes à constituição e ao desenvolvimento das atividades da pessoa jurídica.

Dividem-se, aqui, as funções que se relacionam com o marco interno (administração) e as que concernem ao setor externo (representação) das empresas, onde se exterioriza de forma visível a vontade social.

A base para análise da regulação normativa de cada ente coletivo é o ordenamento jurídico do país onde a empresa é constituída, de maneira que seu ato

¹⁸ Dupla imputação, parece-nos, é um sistema de imputação de responsabilidade diverso da responsabilidade penal por ricochete. Nesta, a responsabilização do ser humano conduz à responsabilização da pessoa jurídica; esta depende daquela. Nos sistemas de dupla imputação, há imputação do crime como obra da pessoa natural e da pessoa jurídica, sem que uma imputação dependa de outra ou por ela passe. Esquemáticamente, a responsabilidade por ricochete fica assim: I → PN → PJ. Já no sistema de dupla imputação: PN → I ← PJ. Considere-se I (imputação), PN (pessoa natural) e PJ (pessoa jurídica).

¹⁹ BAIGÚN, D. **La responsabilidad...**, p. 38.

²⁰ BAIGÚN, D. **La responsabilidad...**, p. 38: “(...) el interés como una objetividad cualitativamente diferente del interés de cada uno de los individuos”.

constitutivo e todas as normas atinentes ao seu funcionamento devem ser elaboradas em conformidade com o sistema legal do país.

4.2. Organização

Muito embora a doutrina trate a regulação normativa como um conceito abrangido pela organização, David Baigún aborda a ordem normativa com caráter independente, por questões metodológicas, haja vista a importância do exame da regulação no momento de se atribuir um delito à empresa²¹.

O autor vale-se de características destacadas por Felipe Fucito²² que qualificam e demarcam a existência de uma organização. São extraídas do plano sociológico. Consistem em: a) uma coletividade humana de certa magnitude; b) um conjunto de fins racionais; c) um sistema de comunicação institucionalizado; d) um sistema de poder; e) um nível de conflito interno²³.

O primeiro deles – coletividade humana – é comum a todas as organizações, posto que é a partir daí que se constitui uma pessoa jurídica. Seus contornos são determinados pela regulação normativa e servem como parâmetro para análise dos fins das corporações. Desde logo, registre-se a imprecisão semântica tangente à exigência de que o coletivo humano tenha uma “certa magnitude”.

Em segundo lugar, tem-se o elemento atinente aos fins racionais ou estatutários, que se referem aos contratos, ao ato constitutivo, aos programas da empresa, diferenciando-se dos fins reais, os quais são conseqüências da interação dos membros da pessoa jurídica com as normas que definem os fins estatutários. O reconhecimento destes fins reais é a constatação de um *status* de organização, que, unido ao lucro, pode desviar a corporação da persecução dos fins estatutários ou racionais.

Para que sejam atingidos tais fins, passa-se por um processo de comunicação, que é a terceira variante a ser examinada. A organização, enquanto conjunto de atividades e pessoas, tem como imprescindível para seu funcionamento:

²¹ *Idem*, p. 44.

²² FUCITO, F. **Sociología del Derecho**. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1993, p. 442 e ss., *apud* BAIGÚN, D., *loc cit.*

²³ BAIGÚN, D., *op. cit.*, p. 44 *et passim*.

uma fonte (quem transmite a informação); a mensagem (que exhibe a finalidade da fonte); código ou linguagem; e um receptor.

É possível estabelecer, neste ponto, uma relação entre a Teoria da Ação Institucional e a Filosofia da Linguagem. Levando em conta que um dos pressupostos para a caracterização da ação institucional é um sistema de comunicação e que, pelo paradigma filosófico lingüístico, considera-se como ação aquilo que expressa sentido, significado²⁴, afirma-se que a conduta da empresa consiste em uma expressão de sentido, portanto, uma ação (institucional).

Outro fator que compõe a organização é o sistema de poder. Trata-se de uma relação de poder presente nas corporações, que possibilita a atuação de um indivíduo ou grupo sobre outros indivíduos ou grupos com o escopo de deles obter algo²⁵.

O sistema de poder pressupõe, a fim de que se verifique um conjunto efetivamente organizado, participação, relações de forças, controle e aplicação de regras entre os integrantes da coletividade.

Por fim, há no plano organizacional um nível de conflito. A colisão de interesses entre grupos ou subgrupos pode determinar a decisão final. Em outros termos, segundo David Baigún, o conflito entre interesses tem o condão de repercutir sobre “um curso de ação distinto do esperado”²⁶.

O autor trabalha com dois possíveis níveis de conflito: a um, aquele resultante de contraposições fundadas na expectativa de recompensas ou consolidação de poder; a dois, divergências relacionadas a interesses econômicos. Ressalta que o segundo nível sobredetermina o primeiro, pois é o interesse econômico que delinea a atuação da empresa²⁷.

As variáveis analisadas, concernentes ao marco interno da regulação, dizem respeito a uma consideração intrassistemática da organização e não podem ser desvinculadas do interesse econômico.

4.3. Interesse econômico

²⁴ BUSATO, P. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 196-199.

²⁵ BAIGÚN, D., *op. cit.*, p. 47.

²⁶ *Idem*, p. 49.

²⁷ *Ibidem*, p. 49.

Interesse econômico, de acordo com o que ensina Baigún, na toada de Karl Marx²⁸, pode ser entendido como ganho ou benefício, encontrando-se intrinsecamente relacionado ao processo de acumulação, a partir do qual se origina um processo de formação originária de capital.

É possível verificar, no comportamento das empresas, a busca sistemática por acumulação de capital como um de seus objetivos. Pode-se inferir, a partir dessa premissa, que o competidor conhece as variáveis envolvidas na tomada de decisão, elegendo a alternativa que lhe proporcione a maior rentabilidade.

O interesse econômico consiste em algo almejado pelos indivíduos, cuja corporificação conforma um conjunto próprio de leis, às quais se sujeitam os membros da coletividade²⁹.

Examinados os três requisitos necessários à configuração da ação institucional – regulação normativa, organização e interesse econômico –, percebe-se que é possível reconhecer a empresa como expressão institucional de entidade autônoma em relação a seus membros.

A ação institucional é, assim, o produto da decisão dos órgãos do ente coletivo associada ao uso dos mecanismos estatutários. Tal decisão ocorre a partir do funcionamento de uma organização, que apresenta diferentes variáveis, as quais interferem na decisão final, mediante o impacto causado por um denominador comum, o interesse econômico.

5.POSSIBILIDADE DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO PARA O ARTIGO 3º DA LEI Nº. 9605/98 ?

Com base na análise da proposta de David Baigún, a Teoria da Ação Institucional, examina-se o artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais, vislumbrando-se, a partir de uma alternativa de exegese deste dispositivo legal, a possibilidade de adoção de um modelo de dupla imputação na legislação brasileira, em lugar da responsabilidade penal por ricochete.

Preceitua o artigo 3º da Lei nº. 9.605/1998:

²⁸ *Ibidem*, p. 51.

²⁹ *Ibidem*, p. 54.

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.³⁰

A Lei de Crimes Ambientais traz expressamente a possibilidade de responsabilização criminal dos entes coletivos no artigo acima transcrito, esclarecendo que, para tanto, o ato deve ser praticado com base em decisão tomada por pessoa ou órgão competente, no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.

Ocorre que a decisão exarada pelo representante legal ou órgão colegiado é fruto da observância à regulação normativa da corporação. Vale dizer, trata-se de decisão proferida em conformidade com as normas estatutárias, referentes à constituição e ao funcionamento da empresa (normativa interna). Por outro lado, opera em relação ao entorno (ambiente externo à empresa) dentro dos marcos normativos constituídos nos mais variados campos em que a entidade representa pólo de relação jurídica, v.g., consumerista (como fornecedora, ou mesmo destinatária final consumidora), trabalhista, fiscal, etc. Para além de tudo: a própria expressão “pessoa jurídica”, empregada no texto, revela a existência de marcos normativos definidores do que esta expressão significa. Trata-se de *nomen juris*. Por fim, as condições de validade da representação contratual ou legal – evocadas no texto – igualmente exigem a existência de regulamentação. A conclusão é simples: as expressões do art. 3º, quando fala em “decisão” de “representante legal ou contratual” de “pessoa jurídica”, somente ganham sentido dentro de uma normativa. *Ipsa facto*, o dispositivo evoca uma regulação jurídica. Sem que a evocasse, não haveria atribuição de sentido possível para compreensão das citadas expressões.

Outrossim, a *organização*, enquanto segundo elemento para a existência de ação institucional, também está presente. A simples menção a um órgão colegiado já denota o plano organizacional em que se deu a prática do ato, ou, pormenorizando a análise das variáveis trabalhadas no tópico anterior, trata-se de uma decisão emanada

³⁰ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998.

por uma *coletividade de certa magnitude* – o órgão colegiado –, com base em *fins racionais* (em obediência às disposições estatutárias), que passa por um *processo de comunicação* – uma vez que parte da fonte uma informação, dirigida a um receptor, com uso de linguagem própria (e só assim pode-se chegar ao consenso de que tenha havido uma *decisão*, expressão do texto de lei) –, dentro de um *sistema de poder* (haja vista a hierarquia entre os funcionários da empresa, por exemplo), sendo produto de um certo *nível de conflito*, ou seja, do confronto de interesses a partir do qual se chega à decisão final.

Por fim: o artigo 3º da lei em comento fala especificamente em “interesse ou benefício da entidade”. Aqui, vê-se claramente a presença do terceiro requisito proposto por David Baigún, que é o interesse econômico.

É bem verdade que a legislação brasileira deu tratamento mais abrangente ao *interesse* que deve ser levado em conta quando da tomada de decisão, englobando não apenas os interesses especificamente econômicos, mas também todo e qualquer interesse ou benefício que possa ter o ente coletivo a partir da prática de determinado ato. Porém, é certo que o interesse econômico está – no mínimo – encampado na expressão legal “no interesse ou benefício da entidade”. Ajuste-se a exegese desta passagem do artigo à noção de que o lucro, na teoria geral econômica, é a remuneração do risco empresarial. Daí, o interesse econômico conectar-se com naturalidade à expressão contida no texto de lei.

Verifica-se, portanto, a possibilidade de uma interpretação diversa daquela dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao caso envolvendo a pessoa jurídica Comércio e Representação de Madeiras Quiguay.

Com efeito, o artigo 3º da Lei nº. 9.605/98 traz os requisitos necessários à configuração de uma “ação institucional”, segundo proposta por Baigún. Estando presentes os requisitos, há possibilidade de um modelo de dupla imputação, com o conseqüente abandono da idéia de responsabilidade por ricochete e obrigatoriedade de oferecimento de denúncia em face da pessoa jurídica e da pessoa física concomitantemente. Se todos os elementos do art. 3º permitem divisar os requisitos da ação institucional, chega-se à possibilidade de que a empresa “cometa”, mediante a ação institucional, o crime (sem exclusão, por dupla imputação, do cometimento do crime pela pessoa natural).

Em reforço desta possibilidade, a letra do parágrafo único do dispositivo de lei:

Art. 3º, parágrafo único: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

Ora, qual seria a necessidade desta disposição, acaso somente fosse possível firmar a responsabilidade da pessoa jurídica a partir da responsabilidade da pessoa natural? Afinal, num sistema de responsabilidade por ricochete, *nunca* a pessoa jurídica é responsabilizada diretamente pelo crime, de modo a dar margem à *dúvida* de ser, ou não, necessário fazer a persecução penal acerca da pessoa física também responsável. Esta dúvida só tem razão de ser em um sistema que permita responsabilizar diretamente a pessoa jurídica, e não por ricochete. Quando se a responsabiliza de modo direto, poderia surgir a dúvida: esta responsabilidade exclui a da pessoa natural? E, *neste contexto*, o legislador tratou de responder que não.

Assim, nos termos do referido dispositivo legal, a prática de um ato – ação institucional –, no marco de uma regulação normativa, dentro de um plano organizacional, em atenção ao interesse da corporação (mormente econômico), permite a atribuição de responsabilidade tão-somente à pessoa jurídica, vislumbrando-se, desta maneira, a possibilidade de se oferecer denúncia com base apenas no ato perpetrado pelo ente coletivo, ou seja, na ação institucional.

6. RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA

Conforme se expôs acima, ao contrário do consignado no REsp nº. 865864/PR, com base na adoção da Teoria da Ação Institucional, é possível sustentar a possibilidade de oferecimento de denúncia unicamente contra a pessoa jurídica (sem prejuízo da persecução criminal em relação à pessoa física), desde que preenchidos os requisitos – estampados no artigo 3º da Lei nº. 9.605/1998 – para a configuração da ação institucional.

Com efeito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim já se pronunciou, quando do julgamento do aresto MS 0021154-60.2010.4.01.0000/BA, relatado pelo Desembargador Federal Carlos Olavo, acórdão publicado em 19 de abril de 2012. Confirmando que se admite o instituto da responsabilidade penal de coletividades, ponderou-se que “o legislador constituinte admitiu a responsabilização penal das pessoas jurídicas, objetivando proteger o meio ambiente da degradação, posto

que considerado essencial à sadia qualidade de vida e merece ser preservado para as presentes e futuras gerações.”.

Prosseguiu o relator, asseverando que “a dicção do art. 225, § 3º, da CF/88 permite concluir que a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural. Pode, assim, a denúncia ser dirigida apenas contra o ente coletivo, caso não se descubra autoria ou participação de pessoas físicas; ou, se dirigida contra ambas, física e jurídica, ser recebida apenas quanto a esta, uma vez configuradas hipóteses de rejeição contra aquela”.

Mais adiante, afirma-se que “a lei ambiental não condicionou a responsabilidade penal da pessoa jurídica à da pessoa física, apenas ressaltou que as duas formas de imputação não se excluem, como se extrai do disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.605/98”.

Vê-se, portanto, que aqui se adotou o entendimento de que é possível que apenas a corporação responda aos termos da ação penal, diante da interpretação dada ao artigo 225, §3º da Constituição, bem como ao artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais, o qual, em seu parágrafo único, manifesta que as duas formas de imputação – à pessoa física e à jurídica, de modo autônomo – não são incompatíveis entre si.

6.CONCLUSÃO

1.A ação institucional é um fenômeno de inter-relação, que surge do produto dos interesses dos membros da corporação, e não de suas vontades individualmente consideradas.

2.Em consonância com a aludida teoria, é preciso que se verifique a presença de três requisitos para a caracterização da conduta da empresa – aqui denominada de “ação institucional” –, quais sejam: regulação normativa, organização e interesse econômico.

3.O primeiro diz respeito às disposições que regulamentam o funcionamento da empresa, a composição de seus órgãos, bem como os procedimentos decisórios, tanto no âmbito interno como externo (relação com outros agentes sociais).

4.O segundo, por sua vez, volta-se ao plano sociológico, contemplando os seguintes fatores: uma aglomeração humana ou coletividade; fins estatutários; sistema de comunicação; relações de poder; nível de conflito interno.

5. O terceiro requisito relaciona-se à busca pelo lucro, com base na qual se tomam decisões objetivando sempre maior rentabilidade à corporação.

6. O artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais traz esses elementos claramente em sua redação, permitindo inferir a possibilidade de um modelo de dupla imputação, a partir do qual não seria preciso formar litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa física e a pessoa jurídica, coexistindo as duas vias de atribuição direta, a elas, de responsabilidade.

7. Transportando-se este raciocínio para a situação concreta examinada neste estudo, verifica-se que era admissível o recebimento da denúncia em face apenas da pessoa jurídica inicialmente processada.

8. A posição defendida no presente trabalho foi adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 0021154-60.2010.4.01.0000/BA, do Tribunal Regional da 1ª Região, demonstrando-se que é possível o oferecimento de denúncia exclusivamente em face da empresa.

REFERÊNCIAS

BAECKER, Dirk. *“Por qué una teoria de sistemas?”* in **Teoría de sistemas y derecho penal**. Coord. Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: ARA, 2007.

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

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del Riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008.

BUSATO, Paulo Cesar. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DOTTI, René Ariel e PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2009

ESTELLITA, Heloísa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº. 9.605/98 à luz do devido processo legal. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; NETO, T. D. **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva (Série GV Law), 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Vol. 1**. São Paulo: RT, 2007.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Trad. de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã. Parte general, tomo I. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

_____ **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal.** Trad. LUIZ GRECO. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente.** 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho natural y justicia material.** Trad. Felipe Gonzáles Vicén da 4ª ed. alemã. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1971.