



DANILO OLIVEIRA DE PAULA

**PROJETO DE LEI N°...:REGULAMENTA A
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM
CRIMES ECONÔMICOS E FINANCEIROS**

**LAVRAS-MG
2021**

DANILO OLIVEIRA DE PAULA

**PROJETO DE LEI N°...: REGULAMENTA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA
PESSOA JURÍDICA EM CRIMES ECONÔMICOS E FINANCEIROS**

Projeto de Lei apresentado à Universidade Federal de
Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito,
para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira
Orientador

**LAVRAS-MG
2021**

DANILO OLIVEIRA DE PAULA

**PROJETO DE LEI Nº ...:REGULAMENTA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA
PESSOA JURÍDICA EM CRIMES ECONÔMICOS E FINANCEIROS
DRAFT LAW Nº ...:REGULATES THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES
IN ECONOMIC AND FINANCIAL CRIMES**

Projeto de lei apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

_____ em _____ de junho de 2021.
Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira UFLA
Rafael José Afonso Arruda (Delegado de Polícia)
Alexandre Rezende Vieira (Delegado de Polícia)

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira
Orientador

**LAVRAS-MG
2021**

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais, Edmundo e Tânia, os quais me apoiaram durante toda vida e foram fundamentais durante toda a graduação. Sem eles, e não falo no sentido biológico, jamais estaria aqui hoje.

Aos meus amigos adquiridos durante toda graduação, em especial ao Luiz, Larissa, Danila e todos os outros, os quais levarei para o resto da vida. Todos os momentos que passamos, desde surtos por provas, passando por momentos na cantina, às festas, por momentos tristes e felizes, foram essenciais para culminar no presente momento. Vocês se tornaram minha família durante estes anos.

À minha namorada, Giulia, a qual me deu forças em um dos momentos mais difíceis da minha vida. Sem você esta tarefa teria sido muito mais árdua e difícil.

A todos meus familiares pelo apoio constante de sempre.

Ao Pedro, com quem muito mais do que dividi apartamento na cidade de Lavras, tornou-se um irmão que levarei para sempre.

A todos servidores e estagiários da 2º Vara Criminal da Comarca de Lavras, local onde realizei meu primeiro estágio.

A todos os servidores e estagiários da 1º Delegacia Regional de Policia Civil de Lavras, onde estagiei por quase 2 anos.

Aos Drs. Rafael e Alexandre, que muitos mais que chefes e avaliadores, se tornaram meus amigos e com que toda certeza foram fundamentais para a pessoa e para o profissional que estou prestes a me tornar.

Ao Prof. Ricardo, meu orientador e Professor por muitos anos o qual foi fundamental para o presente momento.

A todos os professores que passaram pela minha vida.

À Universidade Federal de Lavras, local que terá lugar guardado pra sempre em meu coração.

À cidade de Lavras, cidade que me recebeu de braços abertos durante esses anos de graduação.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS	6
2.1	Constitucionalidade da medida.....	6
2.2	Necessidade de responsabilização da PJ	8
2.2.1	Novos riscos	8
2.2.2	Porque utilizar-se do sistema penal?	11
2.3	Adequação da medida ao ordenamento jurídico pátrio.....	16
2.4	Sistemas de responsabilização.....	18
2.4.1	Heteroresponsabilidade.....	18
2.4.2	Autorresponsabilidade	21
2.5	Defeito da organização	22
2.6	Teoria geral do crime para pessoa jurídica	23
2.6.1	Comentários acerca da teoria do delito	23
2.6.1.1	Conceito de ação	24
2.6.1.2	Injusto penal	26
2.6.1.3	Culpabilidade	27
2.7	Compliance	30
2.8	Pena.....	33
2.8.1	Multa.....	34
2.8.2	Pena restritiva de direitos	35
2.8.3	Dissolução	36
3	PROJETO DE LEI N°... : REGULAMENTA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES ECONÔMICOS E FINANCEIROS ..	38
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

A responsabilização penal da pessoa jurídica é atualmente uma das questões mais polêmicas no direito penal contemporâneo. Sabe-se que o artigo 225, § 3º da CF/88 admite expressamente a imputação penal da pessoa jurídica em casos de delitos ambientais. Mesmo que não devidamente adequada, a lei 9605/98 prevê que a medida seja adotada em casos concretos. Situação totalmente diversa é a responsabilização penal nos delitos contra a ordem econômica e financeira, a qual mesma prevista pelo legislador originário continua sem aplicabilidade, transcorridas mais de 3 décadas desde a promulgação da Constituição.

Já partindo do pressuposto que o artigo 173, §5º da CF/88 autoriza tal questão, torna-se imperativo que seja promulgada uma lei para regular os procedimentos e condições de tal responsabilização. A necessidade desta lei assume ainda maior importância ao considerar que a autorização constitucional não disciplina de qual modo se dará a responsabilização dos entes morais, não possuindo, desta forma, aplicabilidade aos casos concretos.

2EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

2.1 Constitucionalidade da medida

Antes de adentrar no tema propriamente dito, se necessita realizar um apontamento prévio. Esse projeto de lei parte do mandamento constitucional previsto no artigo 173, § 5º da CF/88¹. Dessa forma, não serão feitas maiores considerações sobre a medida.

Somente para fins demonstrativos, ressalta-se que há tantos opositores quanto defensores da responsabilização penal da pessoa jurídica para delitos econômicos e financeiros. Nesse sentido, Nucci (2017) anuncia:

Chega a ser interessante, pois hoje os tribunais (incluindo o Supremo Tribunal Federal) acolhem, em maioria, a referida responsabilidade penal. E mais interessante é o disposto no artigo 173, parágrafo 5º: “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Ora, está mais que aberta a porta para a pessoa jurídica ser penalmente responsável por crimes econômicos, financeiros e contra a economia popular. Afinal, a pessoa jurídica já responde, com as punições compatíveis, pelos delitos ambientais.

Em relação a temática perante os Tribunais Superiores, destaca-se o Recurso Especial 610.114/RN², primeiro a tratar da constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica no âmbito de crimes ambientais. Na oportunidade, seu relator, Ministro Gilson Dipp,

¹Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

² EMENTA CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO. MINISTRO GILSON DIPP

sendo seguido de forma unânime pelos seus demais colegas, entendeu pela constitucionalidade da medida.

No âmbito do Superior Tribunal Federal, cita-se o Recurso Extraordinário 548.181/PR³relatado pela Ministra Rosa Weber, a qual entendeu pela possibilidade de imputação autônoma do ente moral sem a necessidade de se imputar o delito a uma pessoa física, decisão que representou um giro de sentido no entendimento até então existente, bem como um avanço em como a questão é entendida pelos tribunais.

Além disso, vários ordenamentos jurídicos pelo mundo já adotam a medida. Conforme bem indicam Brodt e Meneghin (2015), em vários países do mundo a responsabilidade da pessoa jurídica, não só por crimes financeiros, mas pelos mais diversos delitos, já é há algum tempo debatida. Nos Estados Unidos, Inglaterra e demais países de matriz jurídica diversa da brasileira, a imputação a pessoa jurídica é tema relativamente pacífico sendo comum a necessidade de os crimes cometidos terem sido realizados em favor da pessoa jurídica.

O caso da França, país de tradição jurídica semelhante à brasileira, fornece um bom exemplo. Da mesma forma que norte-americanos e britânicos, os franceses exigem que os delitos cometidos tenham alguma relação com as atividades desempenhadas pela pessoa jurídica. Soma-se a isso a exigência de os delitos passíveis de responsabilização estarem expressamente dispostos em lei como bem alerta os autores no trecho abaixo:

Exige-se previsão legal explícita sobre a responsabilização criminal da pessoa jurídica, ou seja, o tipo penal deve estabelecer a possibilidade de responsabilização do ente moral. Decerto, a lei francesa relaciona uma extensa lista de crimes, destacando-se os crimes contra a humanidade, como o genocídio (BRODT; MENEHIN, 2015, p. 07)

Desse modo, e partindo do pressuposto da possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica por crimes econômicos e financeiros, torna-se imperativo que uma lei seja criada para regular o tema, trazendo pressupostos claros, regras procedimentais, penas e todas as demais questões atinentes a temática. Assim, diante do exposto, verifica-se que a responsabilização penal das pessoas jurídicas é medida autorizada pelo texto constitucional e perfeitamente realizável. Por esses motivos torna-se imperativo que seja criado um projeto de lei que delimite o tema, traga regras procedimentais e penalidades para pessoas jurídicas que

³RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIMEAMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

realizem determinadas condutas ilícitas. Somente desta forma que se terá um sistema eficaz e dotado de segurança jurídica sobre a temática.

2.2 Necessidade de responsabilização da PJ

2.2.1 Novos riscos

O mundo contemporâneo experimenta transformações antes jamais imaginadas. Tais mudanças logicamente possuem direto reflexo no campo jurídico. Conforme destaca Beck (2010), vivemos na era da sociedade de risco, na qual os riscos e eventuais prejuízos são socializados e os lucros maximizados individualmente. Embora sejam de extrema importância para a economia mundial, ninguém faz melhor este papel do que os empresários. Dessa forma surge a questão: e quando as empresas cometem ilícitos penais?

Como preceitua Sanchez (2013), em função da sociedade de risco existente atualmente, bens jurídicos antes não tutelados ou protegidos de forma menos intensa, começam a receber a devida proteção do direito penal. Por esse motivo, o autor espanhol afirma que o direito penal está sofrendo uma expansão, atingindo *lugares*, no caso bens jurídicos, antes não alcançados.

Outro fator que merece consideração é sobre a capacidade desses novos riscos em atingir um número gigantesco de indivíduos. Enquanto a chamada *criminalidade de rua* possui capacidade de afetar um número reduzido de pessoas, as violações a bem jurídicos difusos cometidas por entes coletivos têm o condão de afetar, em alguns casos, até mesmo todo o globo. Sobre a temática Salvador Netto (2018, p. 51) enuncia:

No caso brasileiro, em que pese ser a carência de bens um traço socialmente marcante pela desigualdade nacional, acionam-se os riscos da produção industrial, do mercado financeiro, das facilidades de comunicação, os quais, se por um lado são capazes de impulsionar e redimensionar a criminalidade tradicional, por outro, fomentam ainda novas realidades delitivas, principalmente aquelas de matriz econômica. O Diferencial, portanto, sedia-se não exatamente na existência de riscos, mas nas suas novas dimensões.

No desenvolver de seu raciocínio, o autor preceitua que o desenvolvimento de novas tecnologias cria riscos novos, os quais nem seus desenvolvedores possuem suas reais dimensões. Salvador Netto (2018, p. 55) traz a seguinte passagem para exemplificar a questão:

Ao lado da natureza propriamente dita, surge a criação do homem, esta espécie de natureza artificial, a qual se torna gradativamente um foco de maiores ameaças do que a primeira. Se a chuva poderia alagar cidades e causar prejuízos patrimoniais, igualmente uma crise financeira baseada na falta de confiança de grandes investidores tem um potencial de danos ainda maior. Soma-se a isso que o avanço tecnológico permitiu, por exemplo, o melhor e mais eficiente escoamento urbano de águas pluviais, enquanto esse mesmo avanço tecnológico, paradoxalmente, tornou todos suscetíveis aos simples rumores do mercado ou às fraudes em balancetes contábeis.

Logicamente que o direito penal, fruto queda criação humana, não fica alheio a esse novo fenômeno, sendo diretamente impactado e levando ao que Rodrigues chama de Direito Penal de Risco. A isso acrescenta-se o fenômeno observado por Sanchez (2013) o qual, em brevíssimas palavras, enuncia que o fenômeno crime é muito mais percebido do que realmente existente. Isso se dá através dos meios de comunicação, os quais com coberturas massivas e até mesmo sensacionalistas de determinados eventos criminosos acabam por causar nos telespectadores o que o autor chama de *sensibilidade ao risco*. Assim, há uma maior demanda popular por criminalizar cada vez mais condutas.

Nesse sentido, o direito penal econômico é um exemplo claro desse fenômeno. Os crimes ambientais e os relacionados ao sistema financeiro tiveram seus respectivos rolos de condutas puníveis expandidos. Desse modo, como reflexo direto desses novos riscos, iniciaram-se os movimentos de responsabilização penal da pessoa jurídica. Nos dizeres de Salvador Netto (2018, p. 55):

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, nesse âmbito, deriva da percepção e reflexão das empresas como núcleos fáticos da geração de riscos, operadoras concretas dessa segunda natureza, constatação que enseja sua transformação em núcleos também jurídicos (espaços de liberdades perigosas). Com isso, ganham personalidade jurídico penal e, em consequência, seus padrões de comportamento e gestão podem se objeto do balizamento por esse ramo do direito, submetendo-se aos crivos de limites entre riscos permitidos e proibidos.

Nesse ponto cabe tecer alguns comentários de ordem criminológica, em especial sobre os ensinamentos de Sutherland (1983). O autor norte-americano, criador do termo *White Collar Crime* (crime de colarinho branco), termo este designado para explicar a criminalidade cometida em altas esferas da sociedade, em especial no seio empresarial, é marcada por uma racionalidade, na qual o infrator da norma realiza uma equação de custo benefício sopesando as condições favoráveis ao cometimento do delito e as condições desfavoráveis. O autor inova

para sua época em ainda afirmar que o comportamento criminoso não é hereditário, mas sim aprendido por meio de um processo comunicacional (SUTHERLAND, 1983).

Assim, o comportamento criminoso seria apreendido dentro de seu círculo mais próximo de convivência, o qual o autor chama de associação diferencial. Em passagem sobre a temática Sarcedo (2014, p. 89) explica:

No caso dos crimes econômicos, ou de crimes de colarinho branco, essa influência dá-se no círculo de suas relações profissionais, com a aprendizagem não só de comportamento desviado, mas também de técnicas de como praticá-lo.

De tal forma, pessoas jurídicas que possuem uma cultura delincente apta a fazer com que seus profissionais aprendam e coloquem em prática comportamentos desviantes representam um enorme risco, haja vista a perpetuação destes comportamentos no seio de determinando ente coletivo. Sobre a temática Sarcedo (2014, p. 90) continua:

O chamado código de honra dos homens de negócios, que tem mais poder do que a leis sobre as decisões empresariais, é aprendido durante todo o exercício profissional do indivíduo, no processo denominado por Edwin Sutherland de associação diferencial.

Dessa maneira, levando-se em consideração tais entendimentos e relacionando-os com os riscos modernos, notadamente os produzidos por entes coletivos, chega-se à conclusão de que algo precisa ser feito para conter estes riscos, os quais são normalizados por meio desta cultura delincente existente no seio de alguns entes morais. Assim, torna-se imperativo atribuir alguma forma de responsabilidade aos entes coletivos, em especial a penal.

Além da problemática dos riscos existentes e de um ambiente no qual se pode propiciar a delinquência, existe outro fator que merece destaque e se relaciona com um aspecto investigatório probatório. Se a demonstração de autoria já é difícil em se tratando de crimes cometidos por pessoas físicas (o que não poderia ser diferente), o que dizer então quando o fenômeno criminoso se dá dentro de uma complexa organização empresarial, a qual em muitas vezes, possui intrincados sistemas organogâmicos? Na prática, torna-se impossível a aferição de autoria, o que conduz a uma verdadeira *capa* para o encobrimento do cometimento de ilícitos. Salvador Netto (2018, p. 64), ao citar Sanchez sobre a realidade espanhola, a qual não é diferente da brasileira, enuncia:

No caso espanhol, Silva Sanchez destaca a notória influência dos já mencionados diplomas normativos internacionais, ao exigirem que sejam impostas aos entes coletivos sanções “efetivas, proporcionais e dissuasórias”. Do ponto de vista político- criminal, as razões ali alegadas não se diferenciam muito daquelas conhecidas. Em primeiro lugar, há uma “irresponsabilidade individual- empresarial organizada”, consistente na impossibilidade, tantas vezes, de apenar as pessoas físicas no âmbito da atividade empresarial da pessoa jurídica. Em segundo lugar, visualiza-se uma “insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual”, já que, mesmo nos casos em que os obstáculos probatórios são superados, a punição à pessoa física é insuficiente, desproporcional e atinge costumeiramente indivíduos de baixo escalão na hierarquia administrativa. Por fim, haveria igualmente uma “insuficiência preventiva das formas não penais em face da criminalidade coletiva, em decorrência da incapacidade dos demais ramos do Direito em fazer frente à delinquência gerada pela atividade empresarial.

Em outra passagem, Salvador Netto (2018) afirma que, na atualidade, a pessoa jurídica funciona como uma espécie de *bloqueio* para a responsabilização penal da pessoa física. Logo, construir um modelo adequado de responsabilização da pessoa jurídica significa, em última análise, proteger a pessoa física e manter todas as garantias historicamente conseguidas no direito penal. Isso porque, como já visto, a pessoa jurídica pode e em muitas vezes, tornou-se um espaço propício para o cometimento de delitos, havendo imensas dificuldades para a persecução penal nesses casos.

Desse modo, esse fenômeno associado a essa sensação de riscos constantes enunciada por Sanchez pode levar a um clamor popular, motivado por uma sensação de impunidade a uma flexibilização nos direitos e garantias individuais existentes em matéria penal, podendo levar a perigosos caminhos. Para evitar isso, melhor seria construir um sistema de responsabilização próprio da pessoa jurídica, pautado em noções próprias de injusto e culpabilidade empresarial. Tal ponto será melhor detalhado em momento oportuno.

2.2.2 Porque utilizar-se do sistema penal?

Conforme exposto, o atual desenvolvimento humano causa muitos riscos aos bens coletivos e difusos, com especial destaque ao meio ambiente e a ordem econômica e financeira. Tais bens jurídicos são de importância quase que imensurável, e eventuais transgressões a eles podem causar impactos não só a uma nação como a todo o globo. No plano econômico e financeiro, isso assume especial importância, já que devido a globalização há um complexo sistema interligado entre os mais distantes países, onde um evento ocasionado em um país X quase que imediatamente é sentido no país Y, mesmo que este

estando do outro lado do globo. Um claro exemplo disso foi a crise econômica de 2008, a qual, mesmo que originária dos Estados Unidos, espalhou-se para todas as economias do mundo. Sobre ela, Salvador Netto (2018) destaca que entre seus principais fatores estava a desregulamentação.

Disso tudo, chaga-se a conclusão sobre a imensa importância de tais bens jurídicos, em especial do mercado econômico financeiro. A tutela de tais bem jurídicos, devido ao tamanho de sua importância, deve então caber ao ramo do direito destinado a proteção dos bens jurídicos mais importantes, no caso o direito penal. Como os maiores atores e causadores de danos a tais bens são entes coletivos, nada mais lógico do que colocá-los como polo ativo desta relação, sendo também eles destinatários da norma penal.

Em que pese argumentos contrários, isso nada mais é do que a aplicação pura e simples do princípio da *ultima rattoo*. De acordo com Bitencourt (2008), tal princípio significa que somente utilizar-se-ia este ramo do direito quando todos os outros não forem suficientemente eficazes para proteger um bem juridicamente relevante. Assim, parece que outros ramos do direito, mesmo aqueles dotados de certo caráter punitivo, como o direito administrativo sancionador, não dão conta de proteger tais bens jurídicos. Nos dizeres de Salvador Netto (2018, p. 68):

Em que pese ideais contrárias, não parece que o sistema penal possa ser indistintamente substituído por outros segmentos do ordenamento dotados de menor expressividade, existindo, de fato, determinadas situações em que o Direito Civil e o Direito Administrativo- Sancionador mostra-se insuficientes.

Sobre o Direito Administrativo Sancionador cabe destacar que, em última análise, no tocante as punições, ele em nada difere das punições propostas aos entes coletivos por meio da responsabilização penal destes. Exemplo claro disso é o contido na lei 12.846/13, a lei anticorrupção a qual, segundo Cunha e Souza (2018), prevê as punições, em caráter administrativo, de multa e publicação da decisão condenatória. Em caráter judicial prevê perdimento de bens e valores, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos e subsídios de entes públicos por um dado período de tempo.

No tocante as punições de caráter administrativo, em especial a multa, nota-se que ela pode chegar a 20 % do faturamento da pessoa jurídica no ano anterior ao cometimento do delito. Isso em termos práticos pode levar a pessoa jurídica penalizada a enfrentar enormes

problemas financeiros, inclusive a falência. Assim, a depender do caso, a pena de multa pode ser uma sanção de extrema gravidade ao ente moral.

Todavia, em que pese tal gravidade da pena, ela não é aplicada por meio de um processo judicial, mas sim por meio de um processo administrativo. Embora o artigo 5º, LV da CF/88⁴ garanta garantias processuais como o contraditório, ampla defesa e direito ao duplo grau de jurisdição também nos processos administrativos, é fato notório que em procedimentos deste tipo há muito menos garantias do que em processos judiciais.

Mesmo havendo a garantia constitucional da inafastabilidade de jurisdição prevista no artigo 5º, XXXV da CF/88⁵, é sabido que, ao se tratar de atos administrativos, como é o caso de um processo administrativo, o poder judiciário, em eventual revisão deste ato, não entrará no mérito desse, mas somente observará se todos os aspectos formais foram seguidos. Levando essa situação hipotética ao extremo, isso pode significar que uma pessoa jurídica, em caso de cometimento de ato ilícito previsto na lei 12.846/13, pode sofrer uma sanção altíssima, a qual poderá colocar em xeque até mesmo sua existência, por meio de um processo administrativo que possui bem menos garantia do que um processo judicial.

Em relação ao processo judicial, o qual será de natureza civil, nos termos propostos pela referida lei, considerações semelhantes são feitas àquelas realizadas acerca do processo administrativo. Ao pegar a pena da dissolução, pena capital a um ente moral, a questão fica mais clara. Embora se esteja diante de um processo judicial, este é de natureza civil, o qual inegavelmente possui bem menos garantias do que o processo penal. Imagine a situação da pessoa jurídica não contestar determinada imputação feita a ela na petição inicial. Em termos práticos poderia incidir sobre a ela o instituto da revelia, previsto no artigo 344 do CPC/15⁶.

Estar-se-ia diante de uma situação na qual uma verdadeira pena da mais severa gravidade poderia ser aplicada por uma mera não contestação ao ato imputado. Ao trazer a questão para o processo penal, isso jamais aconteceria, podendo inclusive ser uma estratégia de defesa.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁶ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Em suma, a responsabilização penal da pessoa jurídica, além de proteger a pessoa física, protege principalmente a ela mesma, já que tal responsabilização significa trazer todas as garantias processuais penais aos entes coletivos.

Voltando para a questão do bem jurídico, em especial acerca de sua grande relevância, a opção por criminalizar tais condutas revela outra característica. Além dos efeitos normativos, o direito penal, como nenhum outro ramo do direito, possui uma forte característica estigmatizante, ou seja, para fins de percepção social responsabilizar penalmente é muito mais impactante do que administrativamente. Nas palavras de Sarcedo (2014, p. 107):

Interessante notar que, quando se fala da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, não se está discutindo a possibilidade de expansão de penas privativas de liberdade, mas tão somente de lançar o direito penal como fonte de controle social do comportamento dos entes empresariais, que, mais do que atores, são os verdadeiros protagonistas da realidade socioeconômica contemporânea e, em razão disso, desempenham papel de destaque no contexto da criminalidade econômica. Trata-se de outra possibilidade de ação do *ius puniendi* estatal, na qual, as preocupações com a dignidade da pessoa humana são bem menores do que no direito penal clássico, na medida em que suas penas são próximas das sanções administrativas e não passam pela previsão de encarceramento. Mantém-se, contudo, o controle social formal numa área de abrangência do direito penal e de seu poder comunicativo, enquanto exercício da política criminal.

Esse poder comunicativo do direito penal, aqui assume especial relevância. Além de atenuar essa sensação geral de impunidade no tocante a delitos empresariais, aqui ele assume muito mais do que no direito penal convencional, ou seja, o destinado às pessoas físicas, assume uma função de prevenção geral de grande relevância, a qual possui força para moldar comportamentos empresariais conforme o direito e assim conter riscos. Salvador Netto (2018, p. 97) afirma:

Sugere-se aqui que a sanção criminal, por sua diferenciada dimensão expressiva, oferece reforçada aptidão preventivo- geral e especial, na exata medida em que fomenta melhores estruturas de organização interna das pessoas jurídicas.

O exposto demonstra que, ao se tratar de bens jurídicos de suma importância, como é o caso da ordem econômica e financeira, o direito penal seria o ramo do direito mais adequado para tal. Contudo, isso não significa que todas as condutas lesivas a esse bem jurídico serão tratadas pelo direito penal, mas somente as mais importantes. Assim, as

condutas entendidas como de menor gravidade, poderão ser tratadas por outras áreas como o civil e o administrativo sancionador. Logicamente que as penas de tais condutas terão que ser, obrigatoriamente, de menor intensidade, para não se incorrer nos problemas elencados sobre a lei 12.846/13.

Tal diferenciação também significaria reforçar a força do direito penal, deixando para ele somente as condutas de maior gravidade, impedindo sua banalização. Conforme ensina Shecaria (1998, p. 102):

A reprovação de natureza penal, que no direito moderno é sempre entendida como *ultima ratio*, poderá assegurar um maior potencial reprobatório ao bem jurídico lesado, que deverá ser valorado como bem jurídico penal relevante. Dessa forma, haverá a distinção entre qual bem protegido poderá ser deixado para as outras instâncias de controle social, na esfera administrativa ou civil, e qual deverá ser transferido para a tutela penal, com maior poder dissuasório quanto aos ilícitos cometidos. Eis, pois, uma das principais justificativas para transportar-se para a órbita criminal a reprovação das empresas por certos ilícitos.

O aludido autor propõe uma sugestão que pode ser útil para realização de tal filtragem sobre quais delitos entrariam sob a tutela do direito penal. Dessa forma Shecaria (1998, p. 100) enuncia:

O que verdadeiramente caracteriza e distingue as infrações das pessoas coletivas é o poderio que atrás delas se oculta, resultante da reunião das forças econômicas, o que vem a provocar que essas infrações tenham um volume e intensidade superior a qualquer infração da criminalidade tradicional. Aqui não há aquela vítima do pequeno furto, do roubo ou mesmo do homicídio, temos, sim, uma vítima difusa: a própria sociedade.

Isso posto, e considerando a falta de diferenciação prática entre as sanções penais e as advindas de um direito administrativo sancionador, como escolher uma outra? A resposta inexoravelmente passa pela política. Apesar de todos os fatores mencionados, em última instância, a decisão de se criminalizar ou não pessoas jurídicas será sempre de cunho político criminal. Em relação ao assunto Salvador Netto (2018, p. 40) afirma:

Percebe-se, então, que o ponto primeiro subjacente à introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento é essencialmente de natureza político criminal, relacionado, nos dizeres de Paliero, à evolução da necessidade de tutela dos entes coletivos e, em consequência, das discussões a respeito da imposição da pena.

Pois bem, considerando todo o exposto conclui-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é necessária no mundo contemporâneo e que tal opção, em última análise, possui natureza de cunho político criminal. Assim, a partir dos tópicos seguintes serão feitos apontamentos, principalmente relacionados a noção de injusto, culpabilidade e pena dos entes morais, o que poderá servir de base para a elaboração das normas do presente projeto de lei de responsabilização penal das pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes econômicos e financeiros.

Entretanto, antes de adentrar nestes quesitos que são o cerne deste projeto de lei, é preciso delimitar a incidência da responsabilização penal da pessoa jurídica. Em outras palavras, em quais casos o ente moral será responsabilizado? Para se obter tal resposta se utilizará a lição de Shecaria (1998), o qual aduz que é fundamental que a infração seja cometida para interesse da empresa. Ou seja, a empresa de alguma forma se beneficiará ou terá possibilidade de benefício por meio da infração. Além disso, também é necessário que a infração seja cometida por meio ou pela própria empresa, utilizando-se de sua própria estrutura para o cometimento do delito. Realizadas estas considerações, passa-se ao tema central do presente projeto de lei.

2.3 Adequação da medida ao ordenamento jurídico pátrio

Antes de tudo, é preciso definir que o presente projeto de lei parte do pressuposto que a responsabilização penal da pessoa jurídica em casos de crime econômicos financeiros não afronta o texto constitucional.

. Embora parte da doutrina penalista brasileira como Bitencourt e Prado sejam ferrenhos opositores de tal possibilidade, fato é que o legislador originário previu tal hipótese na Constituição Federal em seus artigos 173, § 5º e 225, § 3º (BRASIL, 1988).

Resumidamente, os penalistas citados advogam contrariamente à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica sob o argumento de que isso iria contra a teoria do crime a qual, ao menos no direito pátrio, assume a sua forma tripartite exigindo que o fato criminoso seja ilícito, típico e culpável. O grande problema apontado pelos defensores da impossibilidade de tal medida reside na culpabilidade, afinal como um ente que não possui ações próprias seria responsabilizado? Outro problema apontado é que caso esse ponto fosse superado, responsabilizar-se-ia a pessoa jurídica com base nas condutas de seus representantes.

Neste ponto é necessário realizar uma breve digressão acerca da teoria da personalidade jurídica. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho(2019) surgiram duas correntes para explicar a natureza da personalidade jurídica. A primeira delas tinha como principal formulador Savigny, o qual defendia que a pessoa jurídica não possuía existência real, sendo uma mera abstração advinda da criação da lei. A esta corrente deu-se o nome de teoria da ficção.

A vertente oposta, por sua vez, enunciava que a pessoa jurídica, assim como os indivíduos, possuía existência própria, logo, poderiam realizar, por meio de seus órgãos evidentemente, suas próprias ações. A esta teoria que possui como seu principal defensor Otto Gierke se deu o nome de teoria realista. Em terras nacionais esta teoria teve como seu principal defensor Clóvis Beviláqua.

Em momento posterior desenvolveu-se a chamada teoria da realidade técnica, que seria uma ponderação entre as duas teorias apresentadas, sem, contudo, perder esse caráter orgânico da pessoa jurídica. Segundo Gagliano e Pamplona Filho(2019, p. 264)tal teoria:

Vertente mais moderna desse pensamento, situada a meio caminho entre a doutrina da ficção e a da realidade objetiva, é a teoria da realidade técnica. A pessoa jurídica teria existência real, não obstante a sua personalidade ser conferida pelo direito. O Estado, as associações, as sociedades, existem como grupos constituídos para a realização de determinados fins. A personificação desses grupos, todavia, é construção da técnica jurídica, admitindo que tenham capacidade jurídica própria.

Os referidos autores, em continuação, argumentam que tal teoria fora adotada tanto pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 18, quanto pelo Código Civil de 2020, em seu artigo 45⁷.

Partindo desse pressuposto e tendo em vista a teoria sistêmica de Luhmann(2010), bem como considerando que o direito é um sistema, chega-se à conclusão de que a resposta para tal imputação encontra-se não somente reduzida ao direito penal, mas sim contida no sistema jurídico como um todo. Ora, se a pessoa jurídica possui sua personalidade, realizando ela mesma seus atos, seria perfeitamente possível sua responsabilização por eventuais violações da norma penal.Seus órgãos, representados por pessoas físicas, agem em prol e em

⁷Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo (BRASIL, 2002).

nome da pessoa jurídica, não significando transferência de pena. Logicamente que as pessoas físicas envolvidas podem e devem ser responsabilizadas por suas ações.

Pois bem, como demonstrado, a pessoa jurídica, apesar de possuir representantes, possui existência e vontade própria. Superado esses problemas de questão da natureza existencial da pessoa jurídica, cabe agora compatibilizá-la com o direito penal.

É de extrema importância frisar que não se trata de uma mera substituição no polo ativo, saindo a pessoa física e entrando a jurídica, mas sim de novas construções e adaptações na natureza da pessoa jurídica, isso tendo sempre em vista a manutenção dos direitos e garantias penais. Assim, é preciso traçar quase que um novo sistema para responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, o qual terá como espinha dorsal o defeito da organização. Já se adianta que tal noção será fundamental para questões como a tipicidade e a culpabilidade dos entes morais, bem como terá o condão de até mesmo afastar a responsabilidade do ente coletivo, mesmo no caso de haver um evento lesivo.

Todavia, antes de entrar no mérito atinente a estas questões, os quais serão à base de todo este projeto de lei, é necessário realizar alguns apontamentos acerca dos sistemas de responsabilização de pessoas jurídicas existentes. Isso é necessário, pois somente assim se terá a completa dimensão do porquê do sistema adota neste projeto, o qual já se adianta, é do tipo de autoresponsabilização.

2.4 Sistemas de responsabilização

Como será exposto, há dois grandes modelos de responsabilização penal de pessoas jurídicas na atualidade. Todavia, eles não são únicos, havendo, inclusive, sub modelos dentro deles próprios. Também é necessário alertar que raramente as legislações irão definir em termos expressos qual foi o modelo adotado, sendo isso aferido através das características acerca de cada legislação. Por fim, ressalta-se que dificilmente um ordenamento jurídico irá possuir um modelo *puro*, assim, sua classificação entre um ou outro modelo se dará de acordo com as características preponderantes extraídas de sua legislação ou através do entendimento jurisprudencial.

2.4.1 Heteroresponsabilidade

Esse modelo foi o primeiro a ser utilizado nos ordenamentos jurídicos que responsabilizam penalmente as pessoas jurídicas. O cerne do modelo consiste em uma

verdadeira transferência de responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica. Devido a essa característica, tal modelo também é chamado de responsabilidade por ricochete ou vicariante. Em termos bem resumidos pode-se dizer que primeiro apura-se a responsabilidade da pessoa física cometidora do delito e posteriormente transfere-se à pessoa jurídica esta responsabilidade. De acordo com Salvador Netto (2018, p. 112) há três requisitos essenciais para que se possa responsabilizar os entes morais por esse sistema, são eles:

O primeiro dos requisitos diz respeito ao autor da infração penal, o qual deve ser um diretor, administrador, representante legal ou dirigente capaz de atuar, nas mais variadas circunstâncias, em nome da pessoa jurídica (exigência subjetiva). Como regra geral, pode-se dizer que a conduta de um empregado ou subalterno não terá, ao menos em tese, a capacidade de gerar a responsabilização do ente coletivo. Outro requisito elementar impõe que a conduta criminosa praticada pelo dirigente tenha sido perpetrada no exercício e nos limites de suas funções ou por conta da empresa, isto é, no marco de suas atribuições, no desempenho de atividades conectadas com a realidade empresarial. Por fim, a terceira e última exigência diz respeito à necessária intenção da pessoa física em obter algum tipo de vantagem ou benefício para a pessoa jurídica. Com isso, não estão compreendidos os casos de representantes que atuem exclusivamente em proveito próprio ou de terceiros – hipóteses em que a empresa, na realidade, poderá ser entendida como vítima do eventual delito perpetrado, nesse caso, em seu desfavor.

Pois bem, tal modelo representou um importante avanço, já que foi graças a ele que se possibilitou responsabilizar entes morais. Todavia, no atual desenvolvimento das ciências jurídicas, ele não é mais aceitável. Isso porque, de fato ao responsabilizar o ente coletivo de forma automática, vinculada à responsabilização da pessoa física sem nenhuma medição de tipicidade e culpabilidade do cometimento do delito pela pessoa jurídica, realiza-se uma responsabilidade penal objetiva o que, logicamente, é inadmissível em matéria penal.

Tal sistema, ao responsabilizar tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica sem a menor aferição da culpabilidade desta, representa também um *bis in idem*, já que responsabiliza a pessoa física duas vezes pelo mesmo evento criminoso. Sobre o tema Salvador Netto (2018, p. 119), através das ideias de Sanchez explica:

Essa lógica de pensar, de acordo com o professor de Barcelona, não é capaz de justificar uma responsabilidade do tipo acumulativa, mas exclusivamente outra de viés alternativo, no qual apenas seria possível a punição da pessoa física ou da pessoa jurídica. Ou seja, dever-se-ia definir se será punida uma ou outra, jamais ambas. Desde essa perspectiva, a afirmativa coerente seria de um único delito de um único sujeito, de modo que a dupla sanção incorreria em *bis in idem*.

Além disso, há outra consequência problemática advinda da mesma causa. Devido à falta de medição de culpabilidade do ente coletivo, o ricochete da responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica acarreta em transferência da pena. O seguinte exemplo torna a questão mais clara. Imagine uma empresa de capital aberto composta por seus diretores, conselho administrativo e acionistas. Segundo esta teoria, se o CEO da companhia cometesse um ato ilícito para o benefício da empresa e viesse a ser condenado, a empresa também seria responsabilizada. Com isso todos os outros membros dela também o seriam, já que provavelmente teriam que arcar com uma pesada multa ou até mesmo dissolução do ente. Claramente isso representa uma transcendência da pena, pois a pessoa jurídica não teve sua culpabilidade medida para ser responsabilizada. Assim, todos os demais integrantes dela, bem como a própria pessoa jurídica sofrerão as consequências por um ato de terceiro.

Há mais um problema deste modelo e ele relaciona-se com os fins investigatórios e penais. Como exposto, a responsabilização penal da pessoa jurídica advém da necessidade de amenizar a impunidade cometida por crimes cometidos pelos entes coletivos. Com a crescente complexidade das companhias, torna-se praticamente impossível se chegar ao responsável pelo delito. E já que a responsabilização da pessoa jurídica, conforme este modelo, depende da responsabilização da pessoa física, ninguém é responsabilizado. Atento ao tema, Salvador Netto (2018, p. 120) conclui:

Esse pressuposto, evidentemente, transforma-se em forte obstáculo de criminalização empresarial, visto que a responsabilidade individual é particularmente difícil de se aferir em contextos coletivos.

Além disso, em tal modelo, como há a necessidade praticamente obrigatória do delito ter sido cometido por pessoa que ocupa cargo de gestão do ente coletivo, retira-se das possibilidades de responsabilização delitos cometidos por pessoas submetidas ao *topo* da pessoa jurídica. Dessa forma, para o ente coletivo não ser responsabilizado bastaria que o ilícito fosse cometido por pessoa empregada sem poderes de gestão, mesmo que ele fosse cometido através e em prol do ente moral. Tendo em vista as dificuldades de apuração criminal nesses delitos, facilmente imaginável seria a situação na qual a pessoa com poderes de gestão delega a pessoa em posição subalterna o cometimento do ilícito, tornando, assim, imune a pessoa jurídica.

Logicamente que, em termos de autoria, se poderia aplicar a teoria do domínio do fato ao gestor, tornando-o também autor e, por conseguinte, abrindo a possibilidade de se responsabilizar o ente coletivo. Porém, a problemática aqui reside na ordem

investigatória/probatória, sendo quase impossível se chegar a tal prova referente a tal acordo. Ressalta-se que há amplo consenso na doutrina em classificar a responsabilização penal de pessoas jurídicas por cometimento de crimes ambientais, trazida pelo artigo 3º da lei 9605/98, como pertencente a este modelo. Segundo Salvador Netto (2018, p. 293):

Essa conclusão deriva diretamente da adoção pelo legislador brasileiro, aos moldes Franceses, de um arcabouço legal cujo delineamento conduz a ideia de um sistema de heteroresponsabilidade.

Não é sem razão que a responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil por crimes ambientais enfrenta gigantescos problemas de ordem prática, tornando extremamente difícil a aplicação do instituto. Visando superar todos os malefícios consequentes deste modelo, este presente projeto de lei propõe que se adote o modelo da autorresponsabilidade, o qual será melhor detalhado abaixo.

2.4.2 Autorresponsabilidade

Diante dos problemas narrados, verifica-se que é necessário superar o modelo da heteroresponsabilização. Assim, surge nos Estados Unidos da América, a partir dos anos 1970, discussões acerca da possibilidade de responsabilizar empregados do ente coletivo e não somente seus gestores. No âmbito do *civil law* em Portugal, a partir da alteração do Código Penal Português no ano de 2007, através da lei 59/2007, surge a possibilidade de se responsabilizar o ente moral por crime cometido por seus funcionários em posição subalterno. O mesmo ocorreu na Áustria no ano de 2006 e em alguma medida na Espanha, a partir do ano de 2010. Assim, desenhavam-se os pressupostos para o modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, possuindo como pilar de imputação o *defeito da organização*. De acordo com Salvador Netto (2018, p. 125)

Na medida em que os países europeus e latino-americanos começaram a estabelecer algo próximo de déficit de organização como fator de imputação a empresas de condutas praticadas por inferiores hierárquicos, um novo cenário se abriu para a doutrina penal, na medida que a legislação é, ao mesmo tempo, produtora e produto da ciência dogmática. Com isso, o caminho percorrido pelas variadas teorias da autorresponsabilidade continua no traçado destinada a superar a responsabilidade objetiva promovida pelas teses antecedentes.

Como visto, o defeito da organização assume importância fundamental no modelo tido como o mais adequado para a responsabilidade jurídica de entes coletivos na atualidade. Mas afinal, em que ele consiste?

2.5 Defeito da organização

Como exposto em momento anterior, na contemporaneidade, as empresas são grandes geradoras de riscos, os quais são propiciados por amplo espaço de liberdades existentes no setor privado. Dessa forma, visando minimizar tais riscos, passa-se a se exigir, cada vez mais, que o setor privado faça por ele mesmo o gerenciamento responsável de seus riscos. De tal modo, a ideia de autorregulação regulada, a qual será melhor trabalhada posteriormente, ganha força.

Nesse sentido, o defeito da organização seria a existência de um ambiente corporativo inadequado, desorganizado, insuficiente ou até mesmo inexistente, que visa a prevenção de riscos. Assim, haveria um dever de se organizar de forma adequada conforme o direito imposto às pessoas jurídicas. Dessa maneira, tal defeito relaciona-se diretamente com a conformação interna e a estrutura organizacional do próprio ente coletivo.

Embora haja uma certa polêmica na doutrina sobre o crime de lavagem dinheiro, se ele estaria ou não abarcado no rol de crimes contra a ordem financeira e, portanto, passível de responsabilizar um ente coletivo, ele é o melhor exemplo para a questão do defeito da organização. Assim, para fins deste exemplo, vamos considerá-lo como pertencente à ordem financeira. Imagine um determinado banco no qual um cliente chega com 60 mil reais em espécie para realizar determinada operação. O banco em desconformidade com o artigo 34,III da circular 3.978/20 do BACEN, a qual prevê uma série de requisitos para transferências com valores acima de 50 mil reais em espécie, não pergunta ao cliente a origem de tal recurso.

Considere ainda que tal omissão em perguntar não é um fato isolado, mas sim uma política sistêmica do banco que vise atrair mais clientes. A partir daí está configurado o defeito da organização. A questão torna-se mais clara neste exemplo, já que há um claro desrespeito a uma norma de caráter administrativo e a um órgão que tem como função regular o setor bancário no país. Porém, para surgir o defeito da organização, não se exige, e quase sempre não ocorre, que haja uma norma externa regulamentando a questão, mas sim que a própria pessoa jurídica, sabendo dos riscos inerentes a suas atividades, não se organize de forma a preveni-los.

Uma vez exposto o conceito de defeito da organização, cabe agora relacioná-lo com a responsabilização penal da pessoa jurídica, em especial, com o injusto e a culpabilidade dos entes morais.

2.6 Teoria geral do crime para pessoa jurídica

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, como medida de política criminal, é uma tarefa que impõe enormes desafios. No presente projeto de lei, um deles é referente a novas construções de institutos historicamente consagrados no direito penal, sem, contudo, perder de vista os direitos e garantias que somente esse ramo do direito possui. A essas novas construções Sarcedo (2014, p. 237) enuncia:

O direito penal dos entes coletivos é um tema muito novo para o direito penal, com premissas absolutamente diversas do penal voltado para o indivíduo, de matriz finalista, como ainda parece ser a tradição Brasileira. Os conceitos de culpabilidade e ação e as finalidades da pena são diferentes, de maneira que esses dois sistemas penais- o do indivíduo e o da empresa – não podem estar contemplados numa parte geral única, a qual seria evidentemente incapaz ou até mesmo conflituosa no intento de abarcar as peculiaridades de cada um deles, na medida em que são, de fato, pessoas distintas.

Assim, tendo em vista a oportunidade aqui presente de se elaborar as exposições de motivos de um projeto de lei acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em casos de crimes financeiros e econômicos, é medida que se impõe confeccionar quase que uma nova teoria do delito sobre os crimes nos quais a pessoa jurídica configurará como polo ativo.

2.6.1 Comentários acerca da teoria do delito

Os trabalhos realizados por Sanchez (2013) aqui se mostram fundamentais. Em termos extremamente sintéticos, o professor espanhol afirma que a teoria do delito, pode ser interpretada de duas formas. A primeira delas refere-se à visão clássica, advinda do finalismo penal relacionado com a teoria da infração. Tal modo de imputação penal relaciona-se diretamente com o preceito primário da norma penal, ou seja, a imposição de um dever de se abster à realização de determinada conduta. Assim, há a violação de um dever.

O segundo modo de se interpretar a teoria do delito seria de acordo com a teoria da imputação de responsabilidade penal, a qual relaciona-se diretamente com a o preceito secundário da norma penal, sendo seu ponto central os critérios de imputação penal. Dessa forma, a norma penal poderia ser interpretada não como uma violação ao um dever, mas sim como expectativas de vontades institucionalizadas. Desse modo, bastaria uma violação destas expectativas para se infringir a norma penal. Nesse sentido, Salvador Netto (2018, p. 110) citando Sanchez afirma:

Outra possibilidade, de acordo com Silva Sanchez, é entender as normas como expectativas de condutas institucionalizadas, de tal sorte que a teoria do delito apareça fundamentalmente como uma teoria da imputação da responsabilidade. Assim, as normas penais seriam “expectativas de condutas que, por sua relevância para a identidade normativa de uma determinada sociedade, são protegidas mediante sanções penais”. As pessoas jurídicas, uma vez sendo agentes econômicos e sociais reais, podem ser perfeitamente construídas como centros de imputação da frustração da expectativa normativa. Nas palavras do autor “as pessoas jurídicas, que não podem ser destinatárias de diretivas, podem ser construídas como destinatárias de expectativas sociais de condutas e, nessa medida, como sujeitos em si mesmos”. Assim, embora não possuam liberdade de ação no sentido tradicional, as pessoas jurídicas aparecem como centro de imputação e expectativas frustradas ou, ainda, responsáveis pela lesão de normas de valoração.

Essas ideais irão influenciar diretamente em um novo conceito de ação, o qual permitiria do ponto de vista da dogmática penal, uma perfeita adequação com a responsabilização penal da pessoa jurídica. Já se adianta que é esse conceito que este projeto de lei adota o que permite responsabilizar os entes morais criminalmente através de um modelo pautado na autorresponsabilidade, possuindo como centro o defeito da organização.

2.6.1.1 Conceito de ação

O finalismo penal, proposto por Welzel, coloca a ação como elemento central da teoria do delito. Para tal corrente, a ação seria o centro de todo o sistema jurídico penal e a ação teria seu principal elemento na vontade do sujeito. Assim, ocorre um crime quando a ação do sujeito, pautada na vontade do sujeito, se opõe à vontade do direito calcada na norma penal.

Todavia, ao se adotar a teoria do delito como expectativas de vontades institucionalizadas, abre-se espaço para se construir novos núcleos de imputação socialmente construídos, funcionando como expectativas sociais. De acordo com Salvador Netto (2018), tais núcleos podem ser qualificados como eles próprios as ações.

O mesmo autor também afirma que o conceito de ação, a partir de Roxin, perdeu grande força, perdendo o posto de elemento central da teoria do delito, o qual passou a ser a tipicidade. Nesse mesmo sentido Bitencourt (2008, p. 227) aduz:

Por tudo isso, atualmente o conceito de ação (conduta ou comportamento) resume-se na ideia de conduta típica, isto é, não há um conceito geral de ação, mas tantos conceitos de ação como espécies de condutas relevantes (típicas) para o direito penal, segundo as diversas características com as que são descritas normativamente.

Através desse giro de sentido, Roxin constrói um conceito pessoal de ação, relacionado com a manifestação da personalidade. Isso influencia diretamente na responsabilização da pessoa jurídica. De acordo com Salvador Netto (2018, p. 183-184):

Percebe-se, portanto, dois aspectos das ciências jurídicas-penais que permitem a superação do entrave colocado acerca da suposta carência de capacidade de ação das pessoas jurídicas. Em primeiro lugar, a construção da teoria do delito como fórmula de imputação de responsabilidade, erigida por meio de normas de valoração destinadas a garantir expectativas sociais. A pessoa jurídica, como núcleo de imputação socialmente construído, é capaz de defraudar as expectativas normativas em relação às suas atividades, processos internos, e formas de organização. Em segundo lugar, o conceito de ação, ao perder espaço entre as categorias fundamentais do crime, tornou-se uma espécie de figura prévia destinada tão somente ao enlace teórico dos elementos dogmáticos do delito e à exclusão de hipóteses limites (pré típicas). No resto, diluiu-se a figura da tipicidade, a qual será a verdadeira responsável em definir quais são as estruturas de sentido realmente relevantes para o direito penal.

Ao mesmo tempo, tal conceito garante uma proteção à pessoa jurídica, já que funciona como um limite de imputação às pessoas jurídicas. Ou seja, o ente coletivo somente será responsabilizado por fatos que manifestem sua personalidade e por esta manifestação da personalidade, leia-se, defeito da organização. Para ilustrar a questão, o autor supracitado utiliza-se do exemplo de um terremoto imprevisível, no qual em sua decorrência é rompida algumas tubulações de uma determinada empresa, ocasionando um despejo irregular de dejetos em um rio, vindo a contaminá-lo. Neste exemplo, o ente moral não seria responsabilizado pelo fato, já que o evento não é uma manifestação da personalidade empresarial. Logo, não há ação atribuível a ela.

Uma vez superada a problemática da ação envolvendo as pessoas jurídicas, cabe, neste momento, apontar de forma geral em que consistiria o injusto penal nos crimes envolvendo as pessoas jurídicas.

2.6.1.2 Injusto penal

Antes de entrar no mérito da questão propriamente dita, é necessário aqui realizar um esclarecimento de fundamental importância. Como dito, o presente projeto de lei busca traçar institutos basilares para a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes econômicos e financeiros, tendo em vista a função de prevenção geral exercida pelo direito penal e sua capacidade dissuasória de combater os novos riscos emanados do desenvolvimento tecnológico.

Todavia, em momento algum se busca retirar as garantias e direitos consagrados pelo direito penal. Na verdade, a intenção é exatamente oposta, de garantir tais garantias, através de um processo penal, para os entes morais.

Nessa toada, é imperativo destacar que o defeito da organização em si próprio não é um problema, sendo ele isoladamente um fator irrelevante para o direito penal. Agora, a partir do momento em que, em função deste defeito da organização, se produz um resultado lesivo ou um perigo de lesão a um bem jurídico tutelado penalmente (desde que, logicamente, estes contidos em uma norma penal incriminadora) atrai-se a incidência do direito penal.

Voltando ao exemplo do banco que descumpriu seus deveres de vigilância a questão fica mais clara. Para tanto, é preciso realizar uma adaptação ao exemplo. Imaginemos que aquele cliente citado possui a função de lavar dinheiro para uma organização criminosa de tráfico de drogas. Pois bem, devido a uma organização deficitária do banco, o cliente consegue ocultar a origem ilícita dos proveitos advindos de infração penal. Posteriormente, tal cliente é investigado e processado pelos órgãos de persecução penal, vindo a ser condenado nos termos do artigo 1º da lei 9613/98.⁸

Durante o processo criminal, descobre-se que o referido banco era utilizado para tal intento, o que somente foi proporcionado devido aquele defeito da organização. É nesse momento que o defeito da organização deixa de ser um irrelevante penal e passa a entrar no âmbito do direito penal. Sendo que, se reunidas todas as condições que serão mencionadas em momento posterior, poderá atrair a responsabilização penal da instituição financeira.

Pensar de modo contrário seria criar um delito permanente de defeito da organização, que se consumaria todos os dias até sua correção o que, evidentemente, é inadmissível para os

⁸Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa (BRASIL, 1998).

fins aqui propostos. Assim, o defeito da organização só terá relevância quando for ele fato permissivo para a ocorrência de um resultado lesivo contido em uma norma penal.

Diante disso, para fins metodológicos, se propõe aqui reunir a tipicidade e a antijuricidade na forma do injusto. Tal opção é baseada nas ideias de Salvador Netto (2018, p. 187), o qual justifica:

A constatação do injusto típico pressupõe, por um lado, a apreciação da existência de todos os elementos contidos no tipo penal incriminador e sua função de garantia ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*). E por outro lado, o cotejo da ocorrência típica com a totalidade do ordenamento, daí compreendendo os conflitos de interesses ínsitos às causas de justificação como fatores excludentes de antijuricidade.

Dessa forma, o objetivo aqui é de estabelecer as noções de um injusto próprio aos entes coletivos, baseado no defeito da organização. Desse modo, o defeito da organização seria uma espécie de condição prévia para responsabilização da pessoa jurídica, a qual se complementaria com a conduta típica realizada pelo ente moral consistente na violação de uma norma penal tipificada.

Dessa maneira, o comportamento contrário ao direito dos entes morais seria essa falta de organização, a qual propõe-se constar a partir de uma espécie de cláusula geral de defeito da organização que valeria para todos os crimes cometidos por pessoas jurídicas contra a ordem econômica e financeira. Sobre o tema, Salvador Netto (2018, p. 191) afirma:

Basta o acréscimo do elemento normativo defeito da organização ao plano da tipicidade objetiva da generalidade das figuras incriminadoras, o que pode ser feito, inclusive, por meio de uma norma de parte geral a versar sobre as especificidades da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Uma vez definido o conteúdo do injusto, este baseado no defeito da organização somado à violação da norma penal tipificada em lei, cabe agora traçar alguns comentários de como seria a culpabilidade dos entes morais no presente projeto de lei.

2.6.1.3 Culpabilidade

Como já mencionado, este projeto de lei busca traçar novas bases teóricas para que se possa, de forma adequada, responsabilizar penalmente os entes coletivos por crimes cometidos contra a ordem econômica e financeira. Um dos institutos que terá de ser adaptado

a esta nova realidade é a culpabilidade, a qual passará a possuir um aspecto normativo, baseado no defeito da organização. Desse modo de acordo com Sarcedo (2014, p. 139):

Busca-se, com isso, dar incentivo real à adoção de medidas internas de controle e prevenção às empresas, criando um ambiente de cooperação pelo bem dos rumos da empresa, na medida em que **sua culpabilidade será aferida e considerada em cada caso concreto.**(grifo nosso).

Nessa toada, Salvador Netto (2018) explica que, Roxin, ao relacionar a culpabilidade com as finalidades preventivas do sistema criminal, criou um novo conceito, este denominado responsabilidade no qual a culpabilidade está inserida. Ainda segundo ele, isso permite com que, por meio da culpabilidade, crie-se um limite máximo para punição de um agente. Assim, jamais esse agente poderia ter pena maior do que aquela aferida no juízo, e a culpabilidade, todavia, poderia ser abaixada se os fins preventivos indicarem.

Dessa forma, temos que na culpabilidade se fará um juízo de reprovação acerca do desvalor de dada conduta, indicando seu grau de reprovabilidade. Para as pessoas jurídicas, tal conduta será o defeito da organização. Assim, a culpabilidade da pessoa jurídica consistirá em aferir o quão grave foi o defeito da organização e no quanto ele influenciou para o cometimento do delito. Nas palavras de Salvador Netto (2018, p. 198),

O que se coloca nesse plano são as indagações de outra ordem: por que a pessoa jurídica não se organizou adequadamente? Era possível que aquela empresa específica tivesse uma organização adequada para evitar o delito?

Logo, o juízo de reprovação da pessoa jurídica irá recair sobre sua má organização. Todavia, precisa haver critérios para a reprovação da conduta. Isso se dá porque há uma infinidade de entes coletivos, os quais realizam as mais variadas atividades e possuem diferentes tamanhos. Desse modo, não se espera o mesmo nível de organização de uma pequena cooperativa de crédito e de uma gigantesca corretora de investimentos presente em diversos países. Esta lei disporá sobre diferentes padrões de organização, os quais irão variar de acordo com o tamanho da pessoa jurídica, seu faturamento, bem como comportamento pré e pós-delitivo do ente moral. Em caso de descumprimento da norma penal em virtude do defeito da organização, o juiz, na hora da fixação da pena, irá levar em consideração estes padrões de organização de acordo com as características da empresa.

Desse modo, o presente projeto de lei busca realizar tal tarefa com inspiração no que foi feito pelo legislador chileno por meio da lei 20.393/09, em especial nos artigos 6º e 7º, que

constituem verdadeiras causas de diminuição e aumento da pena. Ressalta-se que, o país sul-americano, por meio da referida lei, adotou a responsabilização penal das pessoas jurídicas em seu ordenamento jurídico para combater crimes de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e corrupção. Pelas características da lei chilena, permite-se afirmar que ela adotou um modelo de autorresponsabilidade, o mesmo aqui defendido. Os referidos artigos assim dispõem:

2- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica:

Artículo 6°- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- 1) La prevista em el número 7° del artículo 11 del Código Penal.
- 2) La prevista em el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, em cualquier estado de la investigación o Del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punibleenconocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.
- 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes Del comienzodeljuicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal

Artículo 7°- Circunstancia agravante.

Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito (CHILE, 2009).

Como percebe-se, a legislação chilena mostra-se atenta aos desafios advindos da responsabilização penal da pessoa jurídica e adotou um modelo elogiável no tocante a culpabilidade do ente moral, o qual permite a real medição da culpabilidade destes entes bem como uma aplicação individualizada da pena. Por esses motivos, o modelo chileno será em grande parte inspiração a este projeto de lei.

Diante disso tudo surge uma fundamental questão. E se a empresa jurídica adotar alguns mecanismos de prevenção e o delito assim mesmo ocorrer? Nesse caso, seu juízo de reprovação será menor, assim como nos moldes da legislação chilena ocorrerá uma atenuação da pena. Tal redução se dá justamente pela culpabilidade diminuta do ente moral. Nesse mesmo sentido, caso uma pessoa jurídica adote todas as medidas de prevenção e assim mesmo ocorrer um evento típico, pode haver possibilidade de exclusão total do delito, mas não pela culpabilidade diminuta, mas sim pela falta de tipicidade, já que não existe neste ente coletivo defeito da organização.

Dessa forma, nota-se a importância que o defeito da organização exerce sobre o sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica. Sobre isso, cabe agora realizar alguns apontamentos sobre o *compliance* e como ele se relacionará com a responsabilidade dos entes morais.

2.7 Compliance

Devido a processo de globalização, fenômeno este que atinge diretamente os mercados econômicos financeiros, verifica-se intensa influência de conceitos e ideias entre os países. Com o *compliance*, instituto de matriz originalmente de *civil law* isso não é diferente. Sendo que hoje a presença de programas de integridade mostra-se presente em inúmeras companhias ao redor do globo.

Organismos Internacionais de influência como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento econômico (OCDE)⁹ vem exercendo forte influência nas legislações para que empresas adotem princípios de governança corporativa, da qual o *compliance* é um dos pilares. Como bem alerta Salvador Netto (2018), grande exemplo desse fenômeno é a lei 20.393/09 do Chile¹⁰ a qual, além de introduzir a responsabilidade penal da pessoa jurídica no país sul-americano, também introduz práticas de boa governança corporativa, sendo o *compliance* uma delas.

A ideia de *compliance* relaciona-se diretamente com o risco. Como mencionado em momento posterior, as empresas são grandes fomentadoras de riscos na contemporaneidade. A ocorrência de tais riscos pode trazer prejuízos incalculáveis para uma determinada empresa, tanto oriundos por eventual responsabilização quanto pela imagem perante consumidores e investidores. Visando controlá-los, nasce o *compliance*. Para estruturar um programa de *compliance* de forma eficiente é necessário a presença de algumas características. Dente elas Sarcedo (2014, p. 59) menciona:

Para atingir esses objetivos, um programa de compliance deve compreender a adoção de um código de conduta, a manutenção de um canal interno de denúncias de práticas em desacordo com a estrutura de cumprimento, a implementação de programas educacionais e o treinamento e a certificação

⁹ Exemplo claro desse fenômeno é Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997, a qual incentivou várias legislações pelo mundo, inclusive a brasileira.

¹⁰ Establece la responsabilidad penal de las personas Jurídicas em los delitos de lavado de activos, Financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que Indica.

periódica de colaboradores a respeito das normativas que devem ser seguidas na realização dos negócios da companhia.

Nesse sentido, desenvolveram-se programas específicos de *compliance*, como o ambiental, trabalhista, tributário e o criminal. Sendo este último de fundamental importância para o presente projeto de lei. Nesse sentido, utilizando-se das ideias de Cardoso (2013), o *criminal compliance* pode proporcionar a empresa diminuir seus riscos acerca da delinquência. Embora a autora fale sobre a lógica do crime de lavagem de dinheiro e sua relação com instituições financeiras, o mesmo é válido para todos os crimes econômicos e financeiros.

Diante disso, percebe-se que uma empresa dotada de um programa de *criminal compliance* bem estruturado possui bem menos riscos de delinquir. Dessa forma, o *criminal compliance* exerce papel fundamental em um momento anterior ao delito, possuindo um forte papel preventivo.

Voltando ao conceito de defeito da organização, percebe-se que um programa de conformidade efetivo possui grandes potencialidades de combatê-lo. Todavia, ainda que persistente, a adoção de um programa eficaz de *criminal compliance* que seguiu todas as diretrizes pode significar a exclusão da tipicidade do delito cometido pela pessoa jurídica.

Isso porque, nesta situação não se pode falar que a companhia ficou inerte em relação a tal defeito. Embora a ocorrência do delito tenha se verificado, não é possível imputar à pessoa jurídica sua causa já que ela, através de um programa de *criminal compliance*, adotou todas as medidas para sua não ocorrência. Assim, mesmo havendo um defeito da organização que proporcionou a ocorrência do delito, não se pode imputar à pessoa jurídica tal responsabilidade.

Além de atuar na tipicidade, nos moldes deste projeto de lei, o *criminal compliance* terá papel destaque na aferição de culpabilidade dos entes morais, influenciando diretamente na fixação da pena. Pode ocorrer de em dada companhia existir um programa de integridade, porém, implementado de maneira irregular ou deficitária. Nesses casos, a mera existência de tal programa não tem o condão de atuar na tipicidade afastando a responsabilidade do ente moral. Todavia, irá influenciar na culpabilidade. Não seria adequado conferir a mesma reprimenda a uma pessoa jurídica que ao menos tentou se organizar de forma adequada e a outra que ignorou todos os riscos. Isso possui impacto até mesmo do ponto de vista concorrencial, já que a implementação de um programa de *criminal compliance* implica em altos gastos financeiros e na abdicção de determinadas condutas.

Desse modo, se propõe que para pessoas jurídicas que realizaram um programa de *criminal compliance* de forma inadequada e que por meio do defeito da organização veio a ocorrer um delito, se aplique uma causa de diminuição de pena. Sobre o tema Salvador Netto (2018, p. 227), aduz:

No âmbito da culpabilidade, por sua vez, compete a avaliação do grau de comprometimento da empresa em organizar-se de acordo com os padrões desejáveis normativamente. Não se trata mais de um sim ou não, mas de uma dimensão quantitativa. Nesses casos, a maior proximidade da organização da empresa, tanto em termos pré- delitivos quanto os pós- delitivos, com o standard que dela se esperava será o barema de aferição de seu grau de reprovação.

Dessa forma, defende-se que o comportamento pós-delitivo também será levando em consideração na medição de culpabilidade. Um dado ente moral que após a realização do evento lesivo busca se organizar terá que ter uma sanção reduzida em relação àquele que nada o faz. Desse modo, propõe-se medida similar à adotada pelo legislador espanhol, contida no artigo 31 bis 2 do Código Penal Espanhol, o qual possui a seguinte redação:

Artículo 31 bis.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la omisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión Del funcionamiento y Del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición

2.^a En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena (ESPAÑA, 1995).

Nesse sentido, propõe-se que o *criminal compliance* possa funcionar como uma causa de exclusão de tipicidade nos casos em que mesmo havendo um programa eficaz de *criminal compliance* o evento criminoso ainda ocorra. Sugere-se que funcione também como causa de

diminuição da pena, esta fracionada em três *quantuns* de redução para os casos nos quais o ente moral tentou se organizar, mas o fez de forma ineficaz. Por fim, defende-se que exista um *quantum*, menor que este último, para as situações nas quais a pessoa jurídica adotou medidas de *criminal compliance* pós evento delituoso.

2.8 Pena

A pena é talvez o tema mais polêmico do direito penal. Desde os iluministas penais, como Beccaria (2015), o assunto vem levantando o interesse dos mais diversos pensadores. Conforme aponta Bitencourt (2008, p. 447), desde o século XIX a pena privativa de liberdade converteu-se na principal medida sancionatória do direito penal. Talvez, devido a esse motivo a pena tornou-se um dos principais argumentos contrários à responsabilização penal dos entes morais.

Todavia, este argumento reduz a sanção penal quase que única e exclusivamente à pena de prisão, ignorando uma série de alternativas. Como bem atenta Bitencourt (2008, p. 568), na contemporaneidade, ao redor de todo mundo, busca-se alternativas para a pena de prisão. Em terras brasileiras, no tocante às penas de curta duração, tenta-se, sempre que possível, adotar as a pena de multa, por meio do sistema de dias-multa.

Não se pode também desprezar as penas restritivas de direito, sobre as quais os institutos introduzidos pela lei 9.099/89 assumem grande importância. Destaca-se também o artigo 28 da lei 11.343/06, exemplar de crime que não comina pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, fica nítido que a pena de prisão não é a única alternativa de sanção quando se trata de pessoas físicas. Ao tratar de pessoas jurídicas, o mesmo continua válido. Assim, o argumento ora apresentado como contrário cai por terra.

Aqui, um apontamento é necessário. Como tudo em relação à pena, sua finalidade é um ponto extremamente polêmico. Todavia, no tocante a entes morais, uma delas merece destaque. Trata-se da finalidade de prevenção, tanto em seu aspecto geral positivo quanto especial.

A lógica empresarial é marcada pela racionalidade. A grande maioria das ações corporativas é pautada no planejamento e no cálculo de custo-benefício. Posner (2007), em sua análise econômica do direito, afirma que o evento criminoso somente ocorre porque o infrator da norma realiza um cálculo prévio entre custo, aqui entendido como a sanção, e benefício, sendo estes os ganhos advindos da transgressão à norma. Quando estes superam aqueles, o infrator, de forma racional, decide pelo cometimento do delito. Embora tal lógica

seja controversa em relação a pessoas físicas, é fato que ele explica muito bem a lógica do direito penal econômico, tendo no ilícito cometido por pessoas jurídicas seu melhor exemplo.

Como dito, a lógica empresarial é marcada pela racionalidade, pressuposto este da análise econômica do direito, assim, é difícil imaginar que a pessoa jurídica atue tomada pela violenta emoção. Se para um homicídio praticado por uma pessoa física, cometido devido a motivos passionais, este conceito não se aplica, para pessoas jurídicas parece ter aplicabilidade em quase todos os casos.

Uma empresa decide não adotar um efetivo programa de *criminal compliance* e assim dar margem para o surgimento do defeito da organização que poderá levar a um resultado lesivo, não porque agiu imbuída pelo calor do momento, mas sim porque esta alternativa se mostrava compensadora frente aos lucros que poderiam ser obtidos. Entretanto, se a sanção for adequada, o custo já não compensaria o benefício e, certamente, tal ente moral se organizaria da melhor forma possível para evitá-lo. Assim, no tocante às pessoas jurídicas, a finalidade preventiva da pena mostra-se extremamente eficaz. Nas palavras de Shecaria (1998, p. 107):

Para um ato ilícito cometido pela empresa a melhor resposta estatal é, sem dúvida alguma, a imposição de uma pena. A inflição de uma pena que tenha um caráter público, de prevenção geral positiva combinada com uma prevenção especial não marcada pelo retributivismo.

Assim, o direito penal, por meio de suas penas, possui o condão de prevenir riscos advindos da atividade empresarial, a qual já se mostrou como grande geradora destes riscos para os direitos coletivos e difusos. Dessa forma, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é medida que se impõe dentro desse cenário. Diante desse quadro, cabe, a partir de agora, discutir quais penas serão adotadas neste projeto de lei, a começar pela pena de multa, a qual será o pilar de todo o sistema sancionatório envolvendo entes morais. Já se adianta que devido às similaridades de sistemas jurídicos, a sistemática das penas seguirá o exemplo do Código Penal Português, país este que também adota a responsabilização penal da pessoa jurídica.

2.8.1 Multa

Como dito, a pena de multa será a principal sanção dos crimes envolvendo os entes morais. Ela observará a gravidade do delito cometido, o defeito da organização e a capacidade

financeira do ente a ser sancionado. Para se ter uma individualização da pena de forma eficaz, ela seguirá o sistema de dias-multa com um fator de conversão lastreado na pena privativa de liberdade, da qual a pessoa jurídica incorreu. Tal ideia possui inspiração no artigo 90-B,2 do Código Penal Português, o qual possui a seguinte redação: “2 - Um mês de prisão corresponde, para as pessoas colectivas e entidades equiparadas, a 10 dias de multa” (PORTUGAL, 1982).

A estipulação de quantos dias-multa será definido com base na culpabilidade do ente moral. Em relação aos valores dos dias-multa, eles irão variar de 100 (cem) a 10.000 (dez mil) reais o dia. Todavia, este valor poderá ser abaixado se ele implicar no risco de falência ao ente moral sancionado. Assim, estipula-se que o valor total da multa não poderá ultrapassar 20% do faturamento do ente moral no ano anterior ao delito.

Se permitirá o pagamento parcelado da multa aplicada. Além dos motivos financeiros envolvidos, tal medida possui um carácter pedagógico. Como bem informa Salvador Netto (2018, p. 265):

Com isso, a sanção é capaz de ocasionar ao condenado uma privação econômica por um período de tempo, obrigando-o a continuamente rever, principalmente, sua dinâmica de gastos, investimentos, distribuição de lucros etc.

Em se tratando de empresa que atue no mercado de consumo, propõe-se que a ela seja vedado, enquanto durar o cumprimento da medida, aumentar os preços de seus produtos de forma arbitrária. Somente podendo realizá-lo após aval do órgão competente vinculado ao Ministério da Economia. Para tal autorização, os técnicos se basearão nas conjunturas atuais do mercado acerca do qual a pessoa jurídica atua. Tal medida visa com que não seja repassado aos consumidores o valor da sanção.

2.8.2 Pena restritiva de direitos

A pena restritiva de direitos aplicada à pessoa jurídica significará um aumento na reprimenda estatal. Assim, a medida somente será adotada em casos de extrema gravidade, para fins de se agir cautelarmente ou em casos de reincidência. Inspiradas nas legislações portuguesas e espanholas, as medidas consistirão em intervenção judicial, proibição de celebrar contratos com a administração pública direta, indireta e fundacional, privação de receber subsídios e incentivos e, por fim, interdição do exercício de atividades.

A intervenção judicial consiste em, no ato da sentença, o magistrado designar um interventor, o qual terá amplos poderes para fazer cessar o estado de delinquência da pessoa jurídica, bem como realizar medidas que visem, por meio do *criminal compliance*, acabar com o defeito da organização.

A proibição de celebrar contratos relaciona-se com a impossibilidade de a pessoa jurídica sancionada celebrar contratos com as pessoas jurídicas de direito público mencionadas por um prazo de até cinco anos. O tempo pelo qual a medida persistirá será definido pelo juiz com base na culpabilidade do ente moral.

A privação do recebimento de subsídios nada mais é do que a proibição da pessoa jurídica em receber incentivos fiscais de qualquer ente da federação por um prazo máximo de cinco anos, bem como proibição de receber auxílio de bancos públicos e bancos de desenvolvimento, tanto nacionais quanto internacionais. A medida também consiste na perda de benefícios fiscais já adquiridos até o momento da condenação. Tais medidas terão duração máxima 5 anos.

Interdição de exercícios de atividade consiste na cassação da licença da pessoa jurídica condenada para atuar naquele setor no qual houve a condenação por um prazo de até dois anos. A medida somente será aplicada em caso de reincidência específica, ou seja, cometimento pelo mesmo crime no mesmo setor e somente quando a pena for superior a 600 dias-multa.

2.8.3 Dissolução

Por fim propõe-se a pena de dissolução, entendida como a medida mais extrema a ser adotada. A medida é adotada por vários ordenamentos jurídicos pelo mundo e consiste em dissolver a pessoa jurídica que tenha por sua atividade principal o cometimento de crimes ou, que devido a várias reincidências, seu objeto revele-se ilícito.

A medida recebe críticas por parte da doutrina, já que não seria um ato próprio da pessoa jurídica, pois ela seria somente um instrumento nas mãos de uma ou mais pessoas físicas para o cometimento de crimes. Nesse sentido Salvador Netto (2018, p. 278), enuncia:

Esta distinção retoma um importante aspecto antes observado. Uma coisa é organizar uma empresa com a finalidade de cometer delitos, expediente que a transforma em simples instrumento criminoso passível de perdimento com qualquer outro. Outra realidade completamente distinta é a constituição de uma pessoa jurídica destinada a atividades econômicas lícitas, porém que acaba, em razão de seu defeito organizacional, por conter ilícitos tendentes,

inclusive, a aumentar a rentabilidade de sua atividade regular. A responsabilidade penal da pessoa jurídica volta-se a essa segunda situação, pois somente aí há sentido falar na existência de defraudações de expectativas sociais acerca de uma adequada organização e gestão empresarial. A respeito de um instrumento criminoso não há expectativa alguma. Por isso mesmo, a natureza da dissolução empresarial não passa de uma estratégia jurídica de contenção da continuidade de sua utilização instrumental, não aparecendo materialmente como pena.

Do ponto de vista doutrinário, concorda-se com tal questão. Porém, para fins de política criminal, tal medida pode acarretar um grave erro. Como mencionado ao longo de todo este projeto de lei, a responsabilização penal da pessoa jurídica nasce com intuito de conter os riscos advindos da atividade empresarial. Além disso, ela possui como função responsabilizar a companhia por si só, independente das pessoas físicas que a comandam. Isso é essencial, já que ao se tratar da criminalidade envolvendo grandes empresas é quase impossível determinar quem cometeu o ilícito. O mesmo vale para organizações criminosas, as quais em seu atual estágio funcionam quase que com a lógica empresarial. De tal modo, tais organizações podem muito bem constituir empresas com fins exclusivamente ilícitos, sobre as quais pode ser quase impossível chegar a seus responsáveis, estando tais empresas, variadas vezes, em nomes de laranjas.

Nesse sentido, ao se adotar o conceito acima e não prever a pena de dissolução pode-se muito bem não se chegar ao responsável pela empresa que está usando-a como instrumento de ilícitos. Dessa forma não se poderia dissolvê-la como consequência da infração penal da pessoa jurídica. Obviamente que isso vai contra toda a sistemática na qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica está inserida.

Assim, visando o não acontecimento da situação narrada e por motivos de política criminal, prevê-se a dissolução dos entes coletivos. A medida capital somente irá ocorrer quando ficar processualmente provado que a pessoa jurídica ré é constituída para fins exclusivamente ilícitos ou quando ocorrer múltiplas reincidências, somente autorizando a medida quando elas forem superiores a três.

3PROJETO DE LEI N°... : REGULAMENTA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES ECONÔMICOS E FINANCEIROS

Art. 1º. A presente lei se aplica a todos os crimes econômicos e financeiros.

Art. 2º. A pessoa jurídica somente será responsabilizada no caso do crime ser cometido através de sua estrutura e organização e o delito tiver a potencialidade de gerar algum benefício, de qualquer natureza, ao ente coletivo.

Art. 3º. A responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilização de pessoa física.

Art. 4º. Crimes cometidos por pessoa física, na condição prevista do artigo 2º desta lei, poderá dar causa à responsabilização da pessoa jurídica independente do cargo ocupado.

Art. 5º. A competência para processar e julgar os crimes cometidos por pessoa jurídica será do juízo criminal.

Parágrafo único. O juízo competente será definido de acordo com o disposto nos artigos 69 a 91 do Código de Processo Penal.

Art. 6º. A responsabilização penal da pessoa jurídica somente ocorrerá se verificado o defeito da organização.

Art. 7º. O defeito da organização consiste na não adoção de programas de *criminal compliance* no interior das pessoas jurídicas.

Art. 8º. Uma vez ocorrido o delito nas condições narradas pelos artigos 2º ou 4º desta lei e não verificado o defeito da organização exclui-se a tipicidade do ente moral.

Art. 9º. A culpabilidade das pessoas jurídicas será medida de acordo com o grau de defeito da organização.

Parágrafo único. Empresas que adotem programas de *criminal compliance* de forma deficitária terão atenuação da pena.

Art. 10. As penas impostas as pessoas jurídicas serão de:

I – Multa;

II - Pena restritiva de direitos;

III – Dissolução.

Art.11. A pena de multa poderá ser aplicada a todos os eventos delituosos.

Art. 12.Será adotado o sistema de dias-multa.

§ 1º 1(um) mês de pena privativa de liberdade, cominada ao crime no qual a pessoa jurídica incorreu, equivalerá a 10 dias multa.

§ 2º A quantidade de dias-multa será definida de acordo com a culpabilidade.

§ 3º Os valores de dias-multa poderão variar de 100 (cem) a 10.000 (dez mil) reais.

§ 4º O valor do dia-multa será definido de acordo com a culpabilidade.

§ 5º A multa poderá ser parcelada. A autorização para tal ficará a critério do juízo o qual observará seu valor e seus fins pedagógicos.

Art. 13. Tratando-se de pessoa jurídica atuante no mercado de consumo condenada a pena de multa, os preços dos produtos somente poderão sofrer aumento após aprovação de técnicos do

Ministério da Economia, os quais autorizarão a medida caso entendam que o cenário econômico justifique tal elevação.

Parágrafo Único. Caso a pessoa jurídica desrespeite o caput ocorrerá a intervenção judicial.

Art.14. A pena restritiva de direitos somente será aplicada em caso de reincidência ou se não observado o disposto no parágrafo único do artigo 13. As penas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, ficando a cargo do juízo competente. A pena restritiva de direitos terá as seguintes modalidades:

I - Intervenção Judicial;

II - Proibição de celebrar contratos com a administração pública;

III - Proibição de recebimento de subsídios de qualquer natureza;

IV - Interdição de atividades.

Art. 15. A intervenção judicial ocorrerá para implementação de programa de *criminal compliance* no interior da pessoa jurídica ou na situação prevista no artigo 13,parágrafo único desta lei.

§ 1º A medida consistirá na nomeação, pelo juízo, de interventor ou grupo de interventores que atuarão de forma independente na pessoa jurídica para implementação de programa de *criminal compliance*.

§ 2º A medida durará pelo tempo necessário para a implementação do programa mencionado no parágrafo anterior e por 2 anos após o término do pagamento da pena de multa na hipótese do artigo 13, parágrafo único.

Art.16. A proibição de celebrar contratos consiste na proibição de a empresa condenada a celebrar contratos de qualquer natureza com a administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer ente da federação.

Parágrafo único. O tempo que persistirá a medida não poderá ser inferior a 1 (um) ano e não superior a 5 (cinco) anos.

Art. 17. A proibição de receber subsídios consiste na vedação de recebimento de benefícios fiscais ou subsídios estatais de qualquer natureza pela pessoa jurídica condenada.

Parágrafo único. A medida terá tempo mínimo de 1 (um) ano e máximo de 5 (cinco) anos.

Art. 18. A interdição de atividades consiste na proibição da pessoa jurídica condenada a exercer suas atividades.

§ 1º A medida terá duração de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§2º Esta pena somente poderá imposta quando a pena de multa for superior a 600 dias-multa.

Art.19. A pena de dissolução acarretará na extinção da pessoa jurídica.

Parágrafo único. O juízo que aplicar a pena designará interventor para realizar o pagamento de funcionários, garantir o interesse de terceiros de boa-fé e adimplir obrigações tributárias.

Art. 20. A medida anterior somente ocorrerá quando ficar comprovado, durante a instrução, que a pessoa jurídica tem como sua principal atividade o cometimento de crimes ou quando a pessoa jurídica for condenada por no mínimo 3 (três) vezes em um período de 5 (cinco) anos por crimes contra a ordem econômica ou financeira.

Art. 21. Está lei entra em vigor 18 (dezoito) meses após sua publicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Brasília, DF, 24 jan. 2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50905/Circ_3978_v1_O.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**.34. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 2010

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 13 São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**.vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

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. Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 610.114/RN**. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 17 de novembro de 2005. Brasília, DF, 17 nov. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548.181/PR**. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de agosto de 2013. Brasília, DF, 30 out. 2014.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: um estudo comparado. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015.

CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no direito penal**: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/publico/Debora_Motta_Cardoso_Extensao_do_Compliance.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

CHILE. **Ley 20.393 de 2 de dezembro de 2009**. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Chile, 02 dez. 2009. Disponível em: <https://goo.gl/2LCmyn>. Acesso em: 02 jun. 2021.

CUNHA, Rogério Sanchez. SOUZA, Renee do Ó. **Lei anticorrupção empresarial**. 2 ed. Salvador: JusPodvim, 2018.

ESPAÑA. **Lei Orgânica n.º 10/1995 de 23 de novembro**. Espanha, 1995. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. vol. 3. São Paulo: Atlas, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

NUCCI, Guilherme. **Se PJ é responsável por crimes ambientais, também o é por outros delitos**. 2017. ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-24/guilherme-nuccipj-responde-crimes-ambientais-outros-delitos#:~:text=E%20mais%20interessante%20%C3%A9%20o,financeira%20e%20contra%20a%20economia>. Acesso em: 05 abr. 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 48/95**. Portugal, 1995. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/indice>. Acesso em: 05 abr. 2021.

POSNER, Richard. A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

PRAZERES, Angela. Criminal Compliance no direito penal econômico e da empresa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 9, n. 16, p. 269-294, 2017.

SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SANCHEZ, José Maria Silva. **A expansão do direito penal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. Tradução Luiz Otávio de Oliveria Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARCEDO, Leandro. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/publico/Leandro_Sarcedo_Tese_Versao_final.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime: the uncut version**. London: Yale University Press, 1983.

VASCONCELOS, Gladys da Costa. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: aspectos pontuais. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, v. 14, n. 46, p. 33-63, 2015.