

RESPONSABILIDADES DOS FABRICANTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Felipe Alves de Sá¹

RESUMO: As empresas são instituições de grande relevância no ordenamento jurídico, pois constituem fator determinante para o desenvolvimento econômico, social, tecnológico, entre outros; o que significa que estão sujeitas ao cumprimento de múltiplos deveres, os quais, em última instância, visam orientar a forma como a referida entidade deve comportar-se nas diversas circunstâncias e mesmo em relação aos seus procedimentos. Porém, mesmo tendo um papel fundamental, em muitas ocasiões, as empresas, ao invés de terem um efeito positivo, exercem uma influência negativa, a ponto de poderem causar danos ou efeitos negativos aos seus destinatários, consumidores, o que se vê refletido em sua vida, saúde e meio ambiente; e, nessa medida, dão origem à responsabilidade. Assim este artigo tem por objetivo analisar as principais responsabilidades dos fabricantes ao fornecerem seus produtos no mercado. Para se atingir o objetivo foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica em artigos e livros que tratam do tema sendo realizada uma conceituação dos aspectos genéricos da responsabilidade penal do produtor e, por fim, foram desenvolvidas as considerações que permitem fundamentar essa posição de garantia "especial ou específica" do órgão superior do meio empresarial naquela situação — introduzindo devidamente uma produto no mercado.

421

Palavras-chave: Empresa. Responsabilidade. Consumidor.

ABSTRACT: Companies are institutions of great relevance in the legal system, as they constitute a determining factor for economic, social, technological development, among others; which means that they are subject to the fulfillment of multiple duties, which, ultimately, aim to guide the way in which the aforementioned entity should behave in different circumstances and even in relation to its procedures. However, despite having a fundamental role, on many occasions, companies, instead of having a positive effect, exert a negative influence, to the point of causing damage or negative effects to their recipients, consumers, which is reflected in their life, health and environment; and, to that extent, give rise to liability. Therefore, this article aims to analyze the main responsibilities of manufacturers when supplying their products to the market. To achieve the objective, a bibliographical research was carried out in articles and books that deal with the topic, with a conceptualization of the generic aspects of the producer's criminal liability and, finally, considerations were developed that allow to substantiate this "special or specific" guarantee position. " from the highest business body in that situation — properly introducing a product to the market.

Keywords: Company. Responsibility. Consumer.

¹Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro, Orcid: 0009-0009-3343-7288.

I INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou um modelo de Estado Social de Direito, que trouxe consigo, entre outras múltiplas mudanças, a introdução e implementação no ordenamento jurídico de um sistema de economia social de mercado que reconhece a empresa e, em geral, a iniciativa privada, a condição de motor da economia, que deve cumprir fins constitucionalmente estabelecidos e assim contribuir para o interesse geral.

Partindo então do fato de que no sistema de economia social de mercado que opera no ordenamento jurídico, a empresa e, por conseguinte, a iniciativa privada, desempenha um papel preponderante; Uma primeira questão surge aqui e está relacionada com o que é ou o que se entende por empresa. Para tanto, é necessário trazer uma primeira definição geral que encontra no Dicionário da Língua Portuguesa, que afirma que a empresa é uma unidade organizacional dedicada a atividades industriais, comerciais ou de prestação de serviços com fins lucrativos, geralmente constituída sob a forma de pessoa jurídica que tem poderes para exercer direitos e contrair obrigações.

As empresas, então, têm sido entidades de grande relevância e determinação para a economia do país; No entanto, a sua influência não se restringe a essa área (a econômica), pois têm impacto noutros setores como o social, cultural, tecnológico, ao nível da criação de fontes de emprego, entre outros; sem esquecer que se encarregam de uma função social da qual derivam obrigações de diversos tipos.

Nesse sentido, a esfera empresarial não é uma entidade na qual apenas questões econômicas são gerenciadas e controladas: oferta e demanda-produção, impostos e contribuições, mas outras situações de natureza diferente estão vinculadas a referida unidade organizacional, como por exemplo, de tipo comercial: ações, sócios, montagens; de tipo contratual: fornecedores; de natureza corporativa: imagem, reputação, definição e delimitação de funções dos funcionários, organograma (nível hierárquico), pessoal, processos de qualidade, implementação de políticas internas, relacionamento, etc., de natureza jurídica: apólices, autorizações, licenças, trabalhadores, riscos, utilização de matérias-primas perigosas, exploração de recursos naturais, entre muitos outros; que devem ser objeto de regulamentação, observação e vigilância. E é perante a confluência destas múltiplas situações e mesmo de outras que possam surgir, que as empresas se preconizam que são organizações complexas, em que estas diversas situações e outras que possam surgir

devem ser controladas e regulamentadas, visando o cumprimento dos preceitos constitucionais e finalidades e finalidades legais.

Estas circunstâncias que surgem ou podem surgir nas empresas, para além de terem de estar sujeitas a regulamentação e controle, suscitam questões, ou melhor, questões de diversas áreas do conhecimento. E uma dessas questões que podem ser levantadas no campo do Direito Penal poderia ser a seguinte: partindo do pressuposto de que a empresa é uma unidade organizacional complexa e geralmente constituída como pessoa jurídica, qual dos sujeitos integrantes dessa organização unidade (funcionários, membros do conselho de administração, supervisores, representante legal, etc.) Pode-se atribuir resultado danoso ao patrimônio jurídico de terceiros, gerado no ou durante o desenvolvimento da atividade empresarial? Esta questão, embora genérica, tem uma relação direta com o assunto que vai ser analisado, pelo que é relevante referir e utilizar as seguintes considerações anteriores, na medida em que estas considerações também servem de suporte ou fundamento da posição que se pretende apresentar neste texto:

No entanto, por outro lado, existe o ordenamento jurídico penal, mas mais especificamente, o processo penal, cujo principal objetivo é apurar a responsabilidade penal pessoal e individual de um sujeito, o que implica a análise e julgamento dos fatos realizados diretamente pelo uma pessoa com capacidade de ação e culpa, ou seja, que pode ser repreendido por seu ato particular.

Assim, com base na definição normativa que o Código Civil traz sobre a pessoa jurídica, o limite da responsabilidade penal no ordenamento jurídico (pessoal e individual) e somado a isso, as principais razões que têm sido dogmaticamente aduzidas para negar a possibilidade da atribuição de responsabilidade penal a pessoas coletivas; é que se manifesta no presente trabalho, que parte do posicionamento que admite as empresas constituídas como pessoas jurídicas como sujeitos diretos de responsabilidade penal e muito menos como sujeitos passíveis de aplicação de pena.

Mas, é com fundamento na impossibilidade de imputação de responsabilidade à entidade fictícia que, perante a prática de conduta lesiva de direitos jurídicos de terceiros no e por ocasião do desenvolvimento da atividade empresarial, deve ser identificada quais foram os sujeitos que a originaram, seja porque tinham um dever determinado e o omitiram, foram imprudentes ou porque assim o quiseram.

Diante do exposto, cabe mencionar outras questões adicionais e importantes para o tema em análise, que também servem de fundamento ao posicionamento que se pretende

apresentar. Uma dessas questões é que nossas sociedades atuais (pós-industriais) são classificadas, como sociedades de risco, cuja principal característica é, além da criação de quadros econômicos mutáveis de grande velocidade, a presença de múltiplas transformações tecnológicas e científicas, que embora contribuam para aumentar o bem-estar individual e mesmo coletivo e, por sua vez, conduzem a situações de risco ou mesmo têm efeitos negativos nos seus destinatários. O que, do ponto de vista do direito penal, não pode ser ignorado. Este risco que se predica das sociedades (atuais) tem a sua origem no humano, na medida em que são as pessoas que tomam as decisões e estão na vanguarda dos desenvolvimentos tecnológicos e científicos, sem desconhecer que esses desenvolvimentos podem ser levados a cabo .realizadas mesmo dentro de uma unidade organizacional (na qual a mão do homem está claramente envolvida) e, da mesma forma, podem expor os consumidores ou usuários a ameaças e riscos.

Assim este artigo tem por objetivo analisar as principais responsabilidades dos fabricantes ao fornecerem seus produtos no mercado. Para se atingir o objetivo foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica em artigos e livros que tratam do tema sendo realizada uma conceituação dos aspectos genéricos da responsabilidade penal do produtor e, por fim, foram desenvolvidas as considerações que permitem fundamentar essa posição de garantia "especial ou específica" do órgão superior do meio empresarial naquela situação — introduzindo devidamente uma produto no mercado.

2 FORMAS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS ORGANIZAÇÕES E RAZÕES PARA SEU DESENVOLVIMENTO

Durante a década de 1980, o debate internacional de longa data sobre responsabilidade criminal corporativa mudou drasticamente - de uma controvérsia sobre se deveria existir para um diálogo sobre como deveria ser definido e estruturado. Antigamente, os sistemas jurídicos ocidentais podiam ser colocados em um contínuo que ia da posição francesa de que a culpa era pessoal, e nunca vicária, até a posição americana de que a responsabilidade corporativa era necessária porque organizações complexas podiam se envolver em crimes que estavam além da responsabilidade (ou conhecimento) de qualquer indivíduo (Prado, 2018).

Desde meados da década de 1980, ocorreu uma convergência significativa que diminuiu a distância entre essas posições. Superficialmente, os sistemas jurídicos ocidentais hoje diferem principalmente quanto ao nível dos agentes corporativos cuja conduta pode ser

imputada à sua corporação de modo a criar responsabilidade criminal corporativa. Por exemplo, nos Estados Unidos (tanto no nível federal quanto em alguns estados), a lei continua a ser que qualquer ator (seja um funcionário corporativo, oficial ou agente) que atue dentro de seu escopo normal de responsabilidade e viole o direito penal com a intenção de beneficiar a organização cria, assim, responsabilidade, tanto para ele quanto para seu empregador corporativo. Essa abordagem, que será chamada de responsabilidade societária vicária, segue as regras usuais de resposta ao superior no direito civil. Em contraste, no Reino Unido e em grande parte da Comunidade Britânica, uma abordagem alternativa governou por muito tempo, segundo a qual apenas os atos de certos executivos corporativos de alto escalão podem ser atribuídos à empresa para fins de criação de responsabilidade criminal corporativa (Ribeiro, 2013).

Essa abordagem - que pode ser chamada de teoria do álter ego ou teoria da identificação - tem sido a abordagem dominante durante grande parte deste século. Apesar dessas diferenças contínuas, no entanto, muito mudou. Nos Estados Unidos (pelo menos no nível federal), a magnitude da pena que uma corporação condenada enfrenta dependerá em grande parte de seu grau de negligência organizacional ao deixar de prevenir o comportamento criminoso (Ribeiro, 2013).

Da mesma forma, no Canadá e na Austrália, a própria responsabilidade criminal geralmente dependerá de evidências de negligência organizacional. No continente europeu, Holanda e a Dinamarca também aparentemente codificou um padrão de negligência de fato que considera a suficiência dos esforços de monitoramento corporativo (Marques, 2011).

Certamente, em uma minoria dos sistemas jurídicos ocidentais (Alemanha sendo o exemplo mais notável), a corporação permanece fora do alcance da lei criminal (embora outras sanções civis punitivas sejam normalmente autorizadas). Mas por quanto tempo isso vai continuar está aberto a sérias dúvidas (Jesus, 2009).

Do ponto de vista da política, qualquer discussão sobre responsabilidade criminal corporativa deve considerar muito mais do que simplesmente a definição dos atores individuais cuja conduta pode resultar em responsabilidade criminal para a empresa. Entre essas questões relacionadas, as seguintes se destacam e têm sido recentemente objeto de amplo debate (Danher, 2010)

3 ELEMENTOS DE UMA TEORIA ÓTIMA DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL CORPORATIVA

A responsabilidade penal da pessoa jurídica se concentra em três questões: (1) o conhecimento coletivo ou a questão da agregação; (2) a alegada desejabilidade de uma defesa de cuidado adequado ou não negligência; e (3) os alegados efeitos perversos das regras existentes sobre responsabilidade corporativa. Como exemplo dessas três questões pode-se observar alguns casos ocorridos no Brasil no século XXI (Shecaira, 2013).

O principal caso do Brasil, foi a denominada operação Lava Jato que envolveu um esforço de lavagem de dinheiro por políticos e partidos políticos envolvendo grandes cooperações. Na esperança de evadir esse aviso ao Tesouro, os acusados apresentaram diversas justificativas (Costa, 2006).

A defesa das empresas envolvidas foi que ela não agiu intencionalmente para violar a lei, porque sob a Lei exigia o conhecimento do réu sobre as exigências de relatório e uma intenção específica de se comprometer o crime. Nos julgamentos, da maioria dos casos em Curitiba, o tribunal imputou que o conhecimento de funcionários individuais que atuam no âmbito de suas funções é imputado a empresa (Costa, 2006).

Assim, acrescentou, se algum funcionário individual soubesse que a oferta de dinheiro (propina) sobre o mesmo dia exigiria o preenchimento de documentos de controle, as empresas seria considerado como sabendo disso. Na verdade, certos funcionários das empresas - seus advogados internos - estavam cientes dessa exigência. A maioria das empresas antes de serem julgadas, buscaram acordos de leniência par evitar o processo. Os acordos de leniência firmados impedia que de forma negligente uma rede de comunicação deficiente que impedia a consolidação de informações detidas por seus diversos funcionários viesse à tona (Gomes, 2019).

No entanto, o tribunal e a Procuradoria da República, responsáveis pelos acordos de leniência, manteve a uma certa condenação, determinando que as empresas devem aceitar a responsabilidade pelo conhecimento dos funcionários, porque qualquer outra regra faria permitir que a corporação compartimentalize as informações e, assim, evitasse a responsabilidade criminal (Rebouças, 2016).

Portanto, considerou a instrução do tribunal de primeira instância não apenas adequada, mas necessária, A decisão das empresas continua controversa, e alguns argumentaram que em uma construção próxima de seus fatos é melhor interpretada como um caso envolvendo a evasão intencional de conhecimento (Rocha, 2013).

Para os presentes propósitos, não é necessário ou importante deter mais nos fatos das empresas envolvidas na operação Lava Jato, mas no debate sobre seu escopo enquadra as

duas opções mais prováveis para uma disposição do código penal moderno sobre a intenção e o conhecimento corporativo:

Opção Um: A empresa é responsável por todo o conhecimento adquirido por agentes ou funcionários que atuam no âmbito de seu emprego e procuram beneficiar as empresas; Opção Dois: A empresa terá conhecimento imputado a ela que procurou deliberadamente isolar-se de receber; este é o corolário da acusação padrão de "cegueira deliberada" que é dada em julgamentos criminais quando um indivíduo deliberadamente evita saber de um fato potencialmente culpável (como, por exemplo, se uma mala contém cocaína) (Sanson, 2015, p. 13).

O caso para a segunda opção é que ela é consistente com os estatutos que exigem prova de propósito, intenção específica ou conhecimento, enquanto uma simples instrução de conhecimento coletivo tende a reduzir o nível de *mens Rea* especificado no estatuto ao nível de negligência (Shecaira, 2013).

Por outro lado, o caso para a primeira opção é que a busca de culpabilidade no caso da corporação pode ser considerada uma busca fútil pelo fantasma na máquina. A negligência pode ser o único padrão significativo. Este debate, sem dúvida, continuará. Com relação a intenção, muitos estatutos exigem prova não apenas de conhecimento, mas também de algum nível de intenção (frequentemente, a lei exige uma intenção 'intencional' ou declaram que o ato deve foram feitos "voluntariamente"). Alguns tribunais dos Estados Unidos consideraram que este requisito de intenção específica exige que pelo menos um agente da corporação tenha a intenção específica do local. No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra subsídios a partir do conceito de dever jurídico que se consubstancia na exigência que o direito objetivo faz a determinado sujeito para que assuma uma conduta em favor de alguém. É a obrigação moral absoluta de fazer de omitir algum ato, conforme as exigências das relações sociais é obrigação moral ou necessidade moral da qual só é capaz o ente moral (Araújo, 2011).

O dever jurídico se funda única e exclusivamente na existência de uma norma de direito positivo que o impõe, ou seja, o sujeito do dever jurídico possui direito subjetivo de cumprir ou não a obrigação. Desta forma, o dever jurídico é a situação em que uma pessoa (sujeito passivo) tem de praticar uma ação ou omissão, em vantagem de outra, sob pena de sofrer uma sanção, é então o vínculo que une o titular do direito ao devedor. É imposição que pode decorrer diretamente de uma norma de caráter geral, como a que estabelece obrigatoriedade de pagamentos de impostos, ou indiretamente, pela ocorrência de certos fatos jurídicos de diferentes espécies (Jesus, 2009).

Assim, como se observa, o dever jurídico fundamenta a responsabilidade penal, seja física ou jurídica.

Como é do conhecimento, a sociedade atual impulsionada por princípios desenvolvidos pela tecnologia e organizada de forma sistemática, constata o surgimento de alguns fenômenos provocados por novas formas de delinquência de âmbito socioeconômico, como os atentados ao meio ambiente, ou contra o consumidor e a informática, perpetrados com a ajuda de empresas de vulto e por homens de negócio. Portanto, valem-se da eventual deficiência dogmática, consubstanciada numa inadequada norma jurídico-penal (Ribeiro, 2013, p. 14).

O autor faz referência à necessária existência, no ordenamento jurídico, de premissas fundamentais que regulem a responsabilidade penal da pessoa jurídica em função dos avanços provocados pelos avanços tecnológicos. Mas é importante ressaltar que esta preocupação tem embasamento histórico (Araújo, 2011).

4 A RELEVÂNCIA DO MONITORAMENTO E CONFORMIDADE CORPORATIVA

Sob o regime de responsabilidade penal da pessoa jurídica aplicada no Brasil, obrigou o uso de programas de *Compliance* para proteger a empresa de responsabilidade criminal (embora seu uso reduza muito a penalidade financeira imposta, pelo menos na ausência de outros fatores agravantes) (Abanto Vásquez, 2010).

Declarar ou publicar instruções e políticas que proíbam a conduta também não protege a empresa de responsabilidade criminal. Um caso anterior, no entanto, descobriu que esforços elaborados de conformidade poderiam ser suficientes para refutar uma exigência legal de intencionalidade, pelo menos onde o nível inferior os funcionários que praticaram a conduta não sabiam que estavam infringindo ordem judicial (Terradillos Basoco, 2015).

O Código Penal exige que a conduta seja autorizada, solicitada, executada ou tolerada de forma imprudente por um agente de alta administração. Tal linguagem claramente torna os esforços de conformidade relevantes, mas o envolvimento de qualquer agente de alta administração na autorização, execução ou solicitação de conduta ilegal presumivelmente superaria os esforços diligentes de terceiros para impedir tal conduta (Beneti, 2016).

Assim, o nível agregado de esforços de monitoramento corporativo não é sozinho decisivo. Os esforços de *due diligencie* por parte da corporação têm relevância ainda maior sob os regimes baseados em negligência. Mesmo em alguns dos regimes de identificação, os esforços de conformidade podem ser relevantes para mostrar que a conduta ilegal não foi permitida ou negligenciada por um oficial de alto nível o suficiente para desencadear a

responsabilidade corporativa (Bechara, 2010). O conceito de pessoa jurídica, vem a ser o empréstimo da personalidade através da lei, conforme observamos:

Pessoas jurídicas, portanto, são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem social (Franco, 2009, p. 33).

É claro e totalmente pacificado o entendimento da responsabilidade penal da pessoa física, mas se tratando da pessoa jurídica, surgem diversas posições divergentes, tendo em vista a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, através da Constituição Federal de 1988 (Prado, 2018).

Tais divergências existem pelo fato de alguns doutrinadores e tribunais não considerarem possível à pessoa jurídica cometer crimes, tendo em vista que somente as pessoas físicas podem ser sujeitos para o cometimento de crime. Nos sistemas penais atuais onde rege o princípio da “*societas delinquere non potest*,”² somente o ser humano pode delinquir, baseado na teoria da ficção de Savigny, onde o homem é que tem capacidade para dirigir sua vontade no mundo exterior (Ribeiro, 2013).

A teoria da ficção em sua obra jurídica. A personalidade jurídica, ao contrário, somente existe por determinação da lei e dentro dos limites por esta fixados. Faltam-lhe os requisitos psíquicos da imputabilidade. Não tem consciência e vontade próprias. É uma ficção legal. Assim não tem capacidade penal e, por conseguinte, não pode cometer crimes. Quem por ela atua são seus membros diretores, seus representantes. Estes sim são penalmente responsáveis pelos crimes cometidos em nome dela. Em oposição à teoria a acima, encontra-se a teoria da realidade ou organicista, que visualiza a possibilidade da penalização da pessoa jurídica, entendendo que a referida pessoa é um ser real, dotado de vontade própria, conforme segue:

Vê na pessoa jurídica um ser real, um verdadeiro organismo, tendo vontade penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade que não é, simplesmente, a soma das vontades dos associados, nem o querer dos administradores. Assim, pode a pessoa jurídica delinquir. Além disso, apresenta tendência criminológica especial, pelos poderosos meios e recursos que pode mobilizar (Jesus, 2009, p. 168).

A responsabilização da pessoa jurídica vem sendo adotada em diversos países, signatários do sistema *common law*, como Inglaterra, Estados Unidos e Canadá. Em alguns

² *Societas delinquere non potest*: A sociedade não pode delinquir.

outros países, somente a pessoa jurídica de direito privado pode ser responsabilizada penalmente, resguardando as de direito público (Prado, 2018).

Em diversos países, vem se tentando instituir e regulamentar responsabilização da pessoa jurídica como, conforme se pode vislumbrar:

Na Venezuela, a Lei Penal do Ambiente, publicada no Diário Oficial 4.358, de 03.01.1992, admitiu a inovação. Mas colocou tantos obstáculos no art. 3º, que a lei não foi jamais aplicada.(...).

Na França, a reforma do Código Penal, foi feita através da Lei de Adaptação de 16.12.1994, introduziu a responsabilidade penal da pessoa moral no art. 121-2.(...).

Na Colômbia, merece registro a sentença da Corte Constitucional que, apreciando veto do Presidente da república ‘a reforma do Código Penal que possibilitou a criminalização da pessoa jurídica, houve por bem rejeitá-la, reconhecendo, assim a constitucionalidade. Salienta-se que naquele país a Constituição não prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e mesmo assim não se considerou a lei inconstitucional (Robaldo, 2019, p. 34).

No Brasil conforme dito acima foi instituída a responsabilidade penal da pessoa jurídica, através da Constituição de 1988, e regulamentada pela Lei 9.605/98. A lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, IV,70 consagra a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental, neste caso não necessitando da comprovação da culpa, somente do fato, nexos de causalidade e o dano. A adoção da responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco integral, no dano ambiental:

Basta portanto, que o autor demonstre o dano e o nexo causal descrito pela conduta e atividade do agente. Desse modo, não se discute se a atividade do poluidor é lícita ou não, se o ato é legal ou ilegal: no campo ambiental, o que interessa reparar é o dano (Ribeiro, 2013, p. 37).

Verifica-se, portanto, que, em matéria de dano ambiental, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral. Desse modo, até mesmo a ocorrência de caso fortuito e força maior são irrelevantes. A responsabilidade é lastreada tão-só no fato de existir atividade da qual adveio o prejuízo (Ribeiro, 2013).

A responsabilidade objetiva se torna óbvia, em se tratando de pessoa jurídica tendo em vista que não haveria como se aceitar a responsabilidade subjetiva de um ente que desprovida de vontade própria e sim uma advinda da vontade dos associados (Ribeiro, 2013).

Quanto às pessoas de direito público, a responsabilidade objetiva, já é consagrada de forma constitucional pelo artigo 37 §6º, 73 onde se adota a Teoria do Risco Administrativo ou Teoria da Responsabilidade sem Culpa:

Aqui não se exige da vítima a demonstração da falta dos serviços (culpa administrativa), mas apenas a relação de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do Estado, que, todavia, pode demonstrar a culpa exclusiva da vítima,

para excluir ou para reduzir (culpa parcial da vítima) a sua responsabilidade e/ou alegar caso fortuito ou força maior (Borges, 2004, p. 291).

Tendo em vista, a difícil determinação do agente que cometeu o crime, e o alto custo da reparação ambiental, torna-se praticamente inocua a sanção penal somente ao agente do fato, pois na grande maioria os crimes de grande devastação são cometidos por pessoas jurídicas, não podendo separar a responsabilidade cumulativa das pessoas físicas (Basoco, 2015).

Torna-se límpido que as pessoas físicas devem responder conjuntamente pelo dano ambiental causado, caso contrário teríamos uma abertura aos cometimentos de fraudes, pois tais pessoas são responsáveis pela atividade da pessoa jurídica (Beneti, 2016).

O legislador, diante desta preocupação, disciplinou tal determinação no parágrafo único do art. 3º da lei 9.605/1998, e também estatuiu através do art. 2º a responsabilidade do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor e outros cargos (Brasil, 1998).

A questão tem pontos favoráveis e desfavoráveis. A favorabilidade encontra subsídios na própria Constituição de 1988 que disciplinou desta forma em seu art. 225 *caput*. Tendo em vista que a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi estabelecida pela constituição não há que se contestar, pois a mesma impõe obediência. Acredita-se que as pessoas jurídicas em sua maioria, são as grandes agressoras do meio ambiente, devido seu poder econômico, e o grande potencial destrutivo que podem causar, o que justifica a necessidade da penalização dessas pessoas, como dito devido ao potencial de destruição, ficaria impossível, para a pessoa física reparar tais estragos (Brasil, 1988).

Assim o ordenamento jurídico não pode deixar de punir penalmente, tendo como argumento a ausência de culpabilidade:

É assim iniludível cometerem as pessoas jurídicas, na atualidade, crimes que afetam valiosos bens de cunho econômico e ambiental principalmente, causando danos incalculáveis dentro de sua potencialidade destrutiva. Por isso, não pode o ordenamento jurídico se omitir em responsabilizá-las penalmente sob o manto de que não têm culpabilidade; as penas são pessoais e não se adequam aos entes morais, entre outros argumentos distanciados dos fatos sociais (Santos, 2011, p. 56).

Os aspectos favoráveis da responsabilidade penal, afirmam que as infrações contra o meio ambiente atentam contra interesses difusos e coletivos, e não só contra bens individuais. Para esta corrente favorável, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não pode ser entendida conforme a responsabilidade penal baseada na culpa, mas sim deve ser estendida conforme a uma responsabilidade social. Assim esta responsabilização seria impossível de ser admitidas dentro de um código penal pautado ao princípio da

responsabilidade penal individual, devendo ser realizado através de leis penais extravagantes (santos, 2011).

Os aspectos desfavoráveis à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apontam diversas contradições em torno do tema, fazendo uma demonstração pontual dos principais argumentos, segundo Santos (2011, p. 62):

- 1) É difícil investigar e individualizar as condutas nos crimes de autoria coletiva, principalmente na esfera processual, tornando difícil à caracterização da culpa e a consequente aplicação da pena;
- 2) O princípio da isonomia seria violado porque a partir da identificação da pessoa jurídica como autora e responsável, os demais partícipes, ou seja, os instigadores ou cúmplice, poderiam ser beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação;
- 3) O princípio da humanização das sanções seria violado também, já que quando a Constituição Federal trata da aplicação da pena, refere-se sempre às pessoas físicas e não aos entes morais/coletivos;
- 4) O princípio da personalização da pena seria violado porque referir-se-ia à pessoa, à conduta humana de cada pessoa;
- 5) O tempo do crime quando o legislador definiu o momento do crime com base em uma ação humana, ou seja, uma atividade final peculiar às pessoas naturais, não previu a possibilidade de pessoas jurídicas cometerem crimes;
- 6) O lugar do crime não é possível estabelecer o local da atividade em relação às pessoas jurídicas que têm diretoria e administração em várias partes do território pátrio;
- 7) Ofensa a princípios relativos à teoria do crime, em especial na caracterização da culpabilidade; imputabilidade; tipicidade.

Observa-se que tais argumentos estão ligados a um direito penal condizente com a edição do Código Penal de 1940, na qual tem-se a responsabilidade penal individual, não tendo nenhuma referência em sua reforma em 1984, tendo em vista, como já dito que a responsabilidade penal da pessoa jurídica só veio a surgir com o advento da Constituição de 1988 (Brasil, 1988).

Assim deve-se o Direito Penal se moldar perante a Constituição:

O Código Penal, ajustado ao tempo em que foi criado, não pode servir de bandeira para se opor à aplicação do texto constitucional, mesmo porque naquela época não havia disposição no mesmo sentido. Hoje já há dispositivo expresso e lei regulando a matéria, de modo que fica vencido qualquer argumento que negue responsabilidade penal à pessoa jurídica, a menos que negue vigência à Constituição ou se sobreponha a ela o Código Penal, duas hipóteses integralmente descartadas (Marques, 2011, p. 63).

Diversos doutrinadores, tanto do ramo do direito ambiental como do direito penal, não vislumbram a continuação da discussão acerca da possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Portanto não cabe mais, diante da expressa determinação legal, entrar no mérito da velha polêmica sobre a pertinência da responsabilidade penal das pessoas

jurídicas. Melhor será exercitar e buscar os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador. No Direito Penal, cita-se o pensamento de Jesus. “Logo, hoje, em vez de criticar, devemos reconhecer que a legislação penal brasileira admite a responsabilidade criminal de pessoas jurídica e procurar melhorar a nova sistemática” (Ribeiro, 2013).

Em suma, alterando a posição anterior, hoje reconhece-se invencível a tendência de incriminar-se a pessoa jurídica como mais uma forma de reprimir a criminalidade. Assim deve-se, buscar a efetiva aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado, pois tratando-se das de direito público, divergências mais contundentes são apresentadas, que posteriormente iremos abordar. Para poder responsabilizar o pessoa jurídica penalmente, deve-se observar certas condicionantes impostas através do artigo 3º da Lei 9.605/98,87 pois o mesmo disciplina que só será responsável caso a infração seja cometida em benefício ou interesse da pessoa jurídica, por determinação de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado (Santos, 2011; Robaldo, 2019).

Assim, por uma infração praticada por uma pessoa jurídica, visando somente o benefício de seus dirigentes, sem nenhum aproveitamento econômico para entidade, não deverá a mesma ser responsabilizada pelo ato, sendo somente responsável seus dirigentes, pois a pessoa jurídica foi utilizada para a realização da conduta criminosa, não sendo assim agente do crime e sim meio para o cometimento do crime. Portanto a infração pode ser cometida por omissão o ação, mas tem de ser demonstrado o benefício para a entidade, caso contrário as pessoas jurídicas poderiam ser usadas como acobertadores, de crimes de interesse de seus dirigentes e estranhos ao seu interesse (Santos, 2011).

A questão só poderá ser analisada diante o caso concreto, conforme demonstram em dois exemplos. Se uma empresa não troca um ultrapassado filtro de persiste poluindo as águas de um rio, é evidente que a omissão atende ao interesse de não aumentar os custos e a beneficia, pois o lucro é maior. O segundo é negativo. A mesma empresa compra o filtro destinado a evitar a poluição do rio e deixa de trocá-lo, por supor que necessita de autorização do órgão ambiental, sendo que nenhum benefício tem com o atraso na providência. Fazendo uma análise dos exemplos acima, fica claro que no primeiro caso a empresa agiu de forma dolosa buscando o benefício econômico, já no segundo acreditamos que mesmo a empresa não se beneficiando economicamente, é responsável pelo dano, pois não devemos admitir tratando de bens ambientais, espaços para suposições, com isso a empresa foi negligente na preservação do rio do exemplo (Gomes, 2019).

Ademais como já foi dito anteriormente a responsabilidade é objetiva, não necessitando da comprovação da culpa ou do dolo. Portanto o benefício somente poderá ser comprovado no caso concreto, mas não podemos nos prender a um benefício econômico ligado diretamente ao dano ocorrido, e sim de uma mais ampla, pois voltando a análise do segundo exemplo fica claro que faltou a contratação de um profissional especializado na área ambiental, para que não houvesse suposições, desta forma ocorreu também o benefício econômico da entidade, que deixou de contratar. No que se refere à decisão ter sido oriunda de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, devemos fazer certas colocações, tendo em vista que o representante legal é aquele determinado, indicado pela lei, que é o caso do Presidente, Governadores e Prefeitos, mesmo que sejam os mesmo representados por outra pessoa (Rebouças, 2016).

Em relação ao representante contratual o mesmo deve ser apontado no contrato social, e em caso de omissão, todos os sócios serão representantes podendo participar da administração da entidade de forma igualitária, conforme o artigo 1015 do Código Civil. Na decisão do órgão colegiado, pressupõe sociedade anônima e cabe ao conselho dar orientações gerais à entidade (Gomes, 2019).

5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA

434

Sempre a pessoa jurídica tem personalidade distinta dos seus sócios, sendo assim independente a responsabilidade civil, mas a lei 9605/98 através do seu artigo 4º disciplina os casos de a desconsideração da pessoa jurídica, vindo a ser mais um ramo do direito que tem como exceção a desconsideração, da mesma forma do Código Tributário Nacional, artigos 134 e 135 e o Código do Consumidor, artigo (Borges, 2004).

Assim poderá o juiz desconsiderar a pessoa jurídica e se voltar contra o patrimônio de seus administradores, sempre que a pessoa jurídica constituir obstáculo para a reparação do dano ambiental, pois a existência da mesma serve de 'pano de fundo' para a consumação de crimes (Terradillos Basoco, 2015).

Mas, quando a pessoa jurídica é utilizada não só para fins de fraude e abuso de direito, tendo em vista a degradação ambiental, o legislador da lei 9605/98, possibilitou ao juiz encerrar a fraude ou abuso de direito do sócio, através do artigo 24 da referida lei (Beneti, 2016).

O juiz ao detectar que a pessoa jurídica encontra-se enquadrada no artigo 24 da Lei 9605/98, deve decretar sua liquidação forçada e seu patrimônio, é considerado com instrumento do crime e revertido para o Fundo Penitenciário Nacional (Brges, 2004).

As penas impostas às pessoas jurídicas, são encontradas nos artigos 2198 a 2499 da Lei 9605/98, pois como mencionado não a previsão no Código Penal tendo em vista que o mesmo somente disciplina sobre a responsabilidade penal individual (Beneti, 2016).

Pode-se observar que raros são os casos de penas restritivas de liberdade, para a pessoa física, pois a maioria das condenações são inferiores há 04 anos, admitindo a substituição por restritivas de direitos, conforme o artigo 7º, I da lei 9605/98. Assim as sanções para as pessoas jurídicas se restringem à multa a pena restritiva de direitos ou prestação de serviços à coletividade. A pena de multa não recebeu uma disciplina própria, para a aplicação às pessoas jurídicas, aplicando a regra do Código Penal tanto para as pessoas físicas como as jurídicas, da forma do artigo 18 da Lei nº 9.605/98 (Bechara, 2010; Shecaira, 2016).

Assim pune-se da mesma forma a pessoa física como a jurídica, tornando muitas vezes a penas de multa para a segunda inculca em relação aos seus faturamentos, a Lei 9605/98 deveria ter diferenciado a multa das pessoas físicas das jurídicas (Beneti, 2016).

As penas restritivas de direitos, são encontradas na lei 9605/98 no seu artigo 22,104 que são a suspensão parcial e total da atividade, interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade e a proibição para contratar com o Poder Público. O juiz deve agir de forma cautelosa na aplicação das penas restritivas de direito, para que as mesmas, tenham cunho educativo. Quanto ao prazo de duração da pena restritiva de direito, tem-se certas dúvidas, pois o artigo 55 do Código Penal disciplina que a pena restritiva de direito terá mesmo tempo da privativa de liberdade que substituiu Shecaira, 2016).

6 A BASE NORMATIVA PARA A RESPONSABILIDADE PENAL CORPORATIVA

A última década também testemunhou uma explosão na literatura sobre responsabilidade criminal corporativa por acadêmicos que trabalharam principalmente em áreas não jurídicas e econômicas. Essas investigações tem sido em que circunstâncias uma empresa merece ser submetida à responsabilidade criminal (Sanson, 2015).

Sua percepção comum é que as organizações, por uma variedade de razões, não podem ser equiparadas a um ou mais indivíduos, mas são coalizões de subgrupos frequentemente concorrentes, cada um com seus interesses distintos e geralmente conflitantes. Como resultado, a implicação mais óbvia dessa escola é que a equação entre

uma corporação e uma única mente dirigente é falsa; as organizações são descritas mais precisamente como um equilíbrio de coalizões rivais do que como um grupo dominante ou como uma hierarquia de subgrupos rivais. Muitos dos esforços doutrinários desta escola foram direcionados ao desenvolvimento de uma definição consensual de culpabilidade corporativa. Em resumo, o resultado desses esforços foi uma variedade de definições de falha corporativa que, a partir de um distância, aparentemente se assemelha a um padrão de negligência (Marques, 2011).

No entanto, de uma perspectiva interna que respeita a necessidade de continuidade na formulação de leis judiciais e a forte repulsa dos tribunais por grandes discontinuidades conceituais, a principal conquista desses esforços foi uma definição razoavelmente comum de culpa que respeita o clássico, binário definição do crime como tendo dois elementos: *actus reus* e *mens rea* (Rebouças, 2016)

Esta redefinição de a responsabilidade criminal da pessoa jurídica colocou o assunto dentro do campo possível de formulação de leis judiciais. Se esses esforços produziram a resposta ótima não é a questão relevante; em vez disso, eles buscaram redefinir os critérios de uma forma que permita aos tribunais reformular sua resposta - assim como os tribunais anteriormente passaram de uma regra de não responsabilidade criminal para corporações a uma regra justificada pela teoria da identificação. Só o tempo dirá se os tribunais aceitarão novamente este convite para se envolver em uma legislação de baixa visibilidade (Rebouças, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate político moderno está mudando o foco da reforma de uma escolha entre as antigas regras para uma escolha entre responsabilidade objetiva *versus* regime baseado em deveres (ou, mais tipicamente, negligência). Cada vez mais, é reconhecido que, na ausência de responsabilidade da corporação como principal, os agentes corporativos irão previsivelmente cometer crimes em uma taxa mais alta e infligir maiores danos sociais.

Embora o debate apenas tenha começado sobre se créditos substanciais de mitigação devem ser dados para planos de conformidade, o foco do debate está cada vez mais mudando de questões formais para as principais questões funcionais: como influenciar o comportamento organizacional complexo?

Cada vez mais, a busca pela mente dirigente da corporação parece antiquada e provavelmente abandonada pelos tribunais como uma investigação pré-científica que surgiu

de uma visão antropomórfica anterior da corporação. Hoje, a clara tendência legal parece ser em direção a um regime baseado em negligência - seja implementado por meio de diretrizes de condenação (como nos Estados Unidos) ou por meio de defesas especiais e do conceito amorfo de cultura corporativa (como na Austrália). Em face de tudo o que foi aqui exposto, pode-se concluir que a responsabilidade penal no âmbito da empresa deve ser atribuída apenas às pessoas naturais, e deve ter fundamento na culpabilidade.

Admitir-se a responsabilidade objetiva é retroceder aos tempos primitivos, quando predominava a idéia do pré-determinismo, não se reconhecendo ter o ser humano nem a capacidade de discernir entre o bem e o mal, nem a vontade livre para se auto determinar.

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica, outrossim, ainda que se pudesse admitir possível do ponto de vista da dogmática jurídica, é absolutamente inútil, na medida em que se pode dispor das penas administrativas.

Como as penas criminais aplicáveis às pessoas jurídicas na verdade apenas afetam o patrimônio, não faz sentido utilizá-las, arrostando as dificuldades processuais respectivas, quando muito mais facilmente podem ser aplicadas sanções cíveis, ou administrativas, de idênticos resultados.

As recentes mudanças ocorridas no direito administrativo apontam para o nascimento de um novo regime jurídico-administrativo aplicável às relações de sujeição firmadas entre o Estado e seus administrados. Dessa forma, na realização desse mister (poder punitivo), depara-se com a seguinte questão: é possível aplicar subsidiariamente, no processo administrativo sancionador, os princípios de direito penal e de processo penal?

Em nossa opinião, apoiando-se nos ensinamentos de doutrinadores, é razoável admitir-se a construção, no direito pátrio, de uma teoria voltada exclusivamente para as sanções administrativas, sustentando a aplicação de princípios de direito penal e de processo penal ao direito administrativo sancionador, naquilo que com ele forem compatíveis. Deve-se, entretanto, advertir que tal teoria não poderá jamais se descurar dos princípios erigidos na Constituição e das garantias individuais por ela asseguradas.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, M. A. **Responsabilidad penal de los entes coletivos: una revisión crítica de las soluciones penales.** Revista Penal, nº 26, julho/2010, pp. 3-45.

ANTUNES, P. de B. **Direito Ambiental e penalização de empresas.** 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.

ARAÚJO, A. C. O. **Os aspectos históricos, doutrinários e legislativos do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Artigo, 2011. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de set de 2023.

BECHARA, A. E. L. S. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** Tese de livre-docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BENETI, S. A. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** notas diante da primeira condenação na justiça francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, volume 731, setembro de 2016 pp. 471-476.

BORGES, J. A. D. **Manual de Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional**, 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p. 291.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689 de 1941.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: RT, 1988.

BRASIL. **Lei nº. 9.605/1998.** Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 25 de ago de 2023.

438

COSTA, W. M. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas:** abordagem da doutrina e da jurisprudência do STJ. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2006.

DANHER, M. P. **Pessoa Jurídica Criminosa.** Artigo, 2010. Disponível em: www.direitopenal.adv.br/artigo29.htm. Acesso em 10 de set de 2023.

FRANCO, H. **Contabilidade geral.** 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, C. L. dos S. P. **Crimes Contra o Meio Ambiente:** Responsabilidade e Sanção Penal. 3 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2019.

JESUS, D. E de. **Direito Penal.** v. 1, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, J. R. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica,** *Revista de Direito Ambiental*, ano 6, v. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, L. R. **Crimes contra o meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REBOUÇAS, S. B. A. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** reflexões para um novo sistema. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

RIBEIRO, L. R. P. **Da responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Artigo, 2013. Disponível em:[<http://jus.com.br/artigos/1714/da-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>]. Acesso em 25 de ago de 2023.

ROBALDO, J. C. de O. **A Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na Contramão da História.** In Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 2, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

ROCHA, F. A. N. **Galvão da. Responsabilidade Penal da pessoa jurídica.** 3 ed., Minas Gerais: Del Rey, 2013.

SANSON, A. C. M. **A atuação do Ministério Público estadual e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 642, 11 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6572>>. Acesso em 27 de ago de 2023.

SANTOS, M. A. C. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas de Direito Público por Dano Ambiental.** Revista Direito Ambiental, ano 6, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHECAIRA, S. S. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** 3 ed., São Paulo: Método, 2013.

TERRADILLOS BASOCO, J. **Direito penal das empresas.** Madri: Editorial Trotta, 2015. Colección Estructuras y Procesos –Serie Derecho.