

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.3

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO FRANCÊS*

Ensaio de resposta a algumas questões chave

JEAN PRADEL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A questão fundamental: necessidade de dolo/culpa do órgão da pessoa jurídica ou dolo/culpa própria da pessoa jurídica: 2.1 O que diz o Código Penal?; 2.2 O que diz a jurisprudência?; 2.3 O que podemos dizer de tudo isto? – 3. Algumas outras questões: 3.1 Incidência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade beneficiando a pessoa física; 3.2 Sentido a se dar à expressão “por sua conta”; 3.3 Efeitos da dissolução ou de uma mudança de estatuto da pessoa jurídica após o cometimento da infração – 4. Conclusão.

1. Introdução

No momento em que o direito positivo brasileiro começa a se abrir à idéia de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹ e em que a doutrina também fornece suas primeiras opiniões a respeito, ao mesmo tempo em que exprime suas primeiras inquietudes ou esperanças,² talvez seja útil lançar um

olhar sobre o direito francês que, desde 1994, consagra esta responsabilidade de maneira relativamente geral.

Na verdade, o Código Penal francês de 1810 ignorava a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Societas delinquere non potest*, dizia-se. A responsabilidade penal era unicamente pessoal ou, se se preferir, individual. E durante todo o século XIX, doutrina e jurisprudência não deram nenhuma importância à idéia de que a um ser jurídico pudesse ser aplicada uma pena. Achille Mestre, na sua tese de vanguarda sobre *La responsabilité pénale des personnes morales* (1899) assinalava que *a maior parte dos penalistas lhe dispensa algumas linhas normalmente pouco refletidas*. No século XX, durante muito tempo a mesma indiferença perdurou e a Corte de Cassação³ chegou

(*) Tradução realizada pela Dra. Berenice Maria Giannella, Procuradora do Estado de São Paulo.

(1) Com a Lei 9.605, de 12.02.1998, sobre o meio ambiente cujo art. 24 consagra, em termos sóbrios, que uma “pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.”

(2) Vejam-se os estudos de Luis Regis Prado, Sérgio Salomão Shecaira, José Carlos Meloni Sicoli, Oswaldo Henrique Duek Marques, César Roberto Bitencourt e Luis

Paulo Sirvinskas, em Boletim IBCCrim, 6.º ano, n. 65, abril de 1998.

(3) N.T.: A Corte de Cassação é o Tribunal Supremo Francês, com sede em Paris.

mesmo a colocar com clareza que, por exemplo, *a multa é uma pena e toda pena é pessoal, de modo que ela não pode ser aplicada a uma pessoa jurídica, que somente pode incorrer em responsabilidade civil.*³ No máximo, a jurisprudência consentia em admitir a responsabilidade das pessoas jurídicas pelas infrações materiais puníveis independentemente de qualquer atitude psicológica e para as quais seu autor não poderia se eximir senão provando um caso de força maior.⁴ Algumas decisões admitiam, também, é verdade, que uma medida de segurança^b poderia ser aplicada a uma pessoa jurídica.⁵

Então, após intensa reflexão levada a efeito no campo do direito comparado, da lógica e da prática, o novo Código Penal, que entrou em vigor em 01.03.1994, consagrou magistralmente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de tal modo que, de pronto, nós nos perguntamos se se tratava de uma evolução ou de uma revolução.⁶ Não retomaremos aqui todo o debate sobre a legitimidade desta nova responsabilidade.⁷ Lembraremos somente que, ao

menos na França, a doutrina majoritária é favorável a que as pessoas jurídicas possam ser penalmente responsáveis, o que foi, antes de tudo, um elemento que pesou na decisão dos autores do novo Código Penal. Talvez mais útil seja reproduzir aqui o art. 121-2 do CP que consagra esta responsabilidade: *As pessoas jurídicas, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis segundo as disposições dos arts. 121-4 a 121-7 (sobre a tentativa e a cumplicidade)^c e nos casos previstos pela lei ou regulamento, pelas infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos e seus representantes.*

Todavia, as coletividades territoriais e seus agrupamentos somente são penalmente responsáveis pelas infrações cometidas no exercício de atividades suscetíveis de serem objeto de delegação do serviço público.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas autoras ou cúmplices dos mesmos fatos.

Este texto – o mais célebre do novo Código Penal – já ensejou numerosas aplicações. A primeira condenação foi proferida pelo Tribunal Correcional^d de

(3) Crim. 16.05.1930, D.H. 1930, 431; 16.12.1948, Bull. Crim n. 291; 02.12.1980, Bull. Crim, n. 326.

(4) Crim. 07.03.1918, D. 1921-I, 217, nota Nast; 25.04.1968, J.C.P. 1969-II, 16100, nota Puech.

(b) N.T.: “Mesure de Sûreté” vem a ser uma espécie de sanção aplicável à pessoa jurídica, não se confundindo com a medida de segurança do direito brasileiro.

(5) Crim. 20.01.1960, J.C.P. 1960-II, 11.774, nota R. Legeais, decisão determinando o fechamento do estabelecimento a uma empresa “pega em flagrante”.

(6) M.E. Cartier, *La responsabilité pénale des personnes morales, évolution ou révolution?* J.C.P. 1994, ed. E., n. 50.

(7) O que não é admitido na Europa continental à exceção de raros países como a Holanda. Ao contrário, os países de *common law* são muito favoráveis a esta responsa-

bilidade e isto de longa data. V. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, n. 216 e s.; *La criminalisation du comportement collectif (Criminal liability of corporations)*, XIV Congresso Internacional de Direito Comparado, preparado e editado por H. de Doelder e K. Tiedemann, 1996, Kluwer Law International, v. especialmente comentário geral de K. Tiedemann.

(c) N.T.: *cumplicité* no direito francês pode ser traduzida como a “participação” prevista no direito penal brasileiro referente ao concurso de pessoas.

(d) N.T.: “Tribunal Correctionnel” é o Tribunal ao qual compete o julgamento dos “delitos”, lembrando que o direito penal francês distingue os delitos dos crimes e das contravenções.

Lyon, em 18.11.1994 e, até 31.12.1997, 100 condenações haviam sido prolatadas definitivamente e, em consequência, inscritas no Registro Criminal⁸ das pessoas jurídicas.⁸ Infelizmente, no entanto, estas decisões foram quase todas – 97 exatamente – proferidas por juízes de Primeira Instância e foram frequentemente motivadas de maneira muito simples, para não se dizer outra coisa. Ou seja, os problemas jurídicos trazidos por esta nova categoria de responsáveis penais estão longe de estar resolvidos. Estes problemas já foram visualizados pela maior parte da doutrina.⁹ Neste ensaio, limitar-me-ei a examinar alguns deles. O mais importante trata do fundamento mesmo da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Uma vez examinado, deter-me-ei em algumas outras questões que eu não qualificaria como secundárias, ainda que examinadas somente em um segundo momento.

2. A questão fundamental: necessidade de dolo/culpa do órgão da pessoa jurídica ou dolo/culpa própria da pessoa jurídica

É esta a questão essencial que aqui se coloca, aquela que toca à dogmática penal ou, se se preferir, ao fundamento da responsabilidade da pessoa jurídica. Dois sistemas são concebíveis: ou o

elemento subjetivo de uma infração (dolo ou culpa) somente se concebe em uma pessoa física que pode, e somente ela, ter um comportamento reprovável de sorte que a pessoa jurídica, incapaz ela mesma de dolo ou culpa, somente pode ser *responsável por reflexo ou ricochete*;¹⁰ ou, ao contrário, consideramos que a pessoa jurídica, tendo vida própria, pode cometer um crime mediante culpa ou dolo distintos do elemento subjetivo das pessoas físicas. Enfim, é necessário escolher entre a tese do ricochete da responsabilidade da pessoa física sobre a pessoa jurídica e aquela da culpa distinta do ente jurídico, que teria um comportamento diverso daquele de seu dirigente.

2.1 O que diz o Código Penal?

O texto do art. 121-2, alínea 1 dispõe, lembremos, que as pessoas jurídicas são responsáveis *pelas infrações cometidas... por seus órgãos ou representantes*. Daí resulta que as infrações imputáveis às pessoas jurídicas devem ter sido cometidas por pessoas físicas. É, pois, em relação à pessoa dos indivíduos que devem ser apreciados o dolo ou a culpa. Esta disposição textual consagra, pois, a primeira tese, aquele do reflexo, e isto de maneira indubitável.

É bem verdade que uma hesitação pode aparecer com a alínea 3 do mesmo artigo, segundo a qual a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas *autores ou cúmplices dos mesmos fatos*. Enquanto a alínea 1 fala somente em uma infração (praticada por uma pessoa física), a alínea 3, falando de “mesmos fatos” e não mais da mesma infração, sugere que há duas infrações diferentes: uma praticada pela pessoa

⁽⁸⁾ N.T.: *Casier Judiciaire*, espécie de Folha de Antecedentes das pessoas jurídicas.

⁽⁹⁾ Em 57 casos, somente a pessoa jurídica foi processada e em 43 casos, a pessoa jurídica foi processada simultaneamente com a pessoa física, devendo ser assinalado que cinco pessoas físicas foram absolvidas. V. Primeiro balanço da aplicação das disposições do novo código penal referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Circular do Ministério da Justiça em data de 26.01.1998.

⁽⁹⁾ R. Merle e A. Vitu, *Droit pénal général*, 7. ed. 1997, Cujas, n. 641 e s.

⁽¹⁰⁾ H. Donnedieu de Vabres, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, R.I.D.P., 1950, p. 342.

física e outra pela jurídica, imputáveis a uma e a outra em condições diferentes, o que poderia dar lugar a um elemento psicológico da pessoa jurídica distinto daquele da pessoa física. Esta foi a sugestão feita por um autor que explicou que, se o art. 121-2 do CP não é muito claro, é porque ele foi resultado de um compromisso entre a Assembléia Nacional e o Senado, a primeira visando estender a responsabilidade a grupos puníveis e malfeitores enquanto o segundo tendia a reduzir a responsabilidade do chefe da empresa.¹¹ Mas, não é de todo correto dizer-se que esta interpretação da alínea 3 seja a melhor. Pode-se muito bem sustentar que os mesmos atos imputados simultaneamente à pessoa física e à pessoa jurídica compõem a infração a que eles correspondem.¹² Então, a alínea 3 não infirma o princípio do reflexo consagrado na alínea 1 porque se limita a lembrar – aquilo que já era evidente – que a infração praticada pela pessoa física pode lhe ser imputada tanto quanto à pessoa jurídica.

Em conclusão, admitimos que o art. 121-2 CP, globalmente considerado, consagra a tese do reflexo: a pessoa jurídica é responsável por “ricochete”, indiretamente, de sorte que é em relação à pessoa do indivíduo que se torna necessário aferir o dolo ou a culpa.

2.2 O que diz a jurisprudência?

Por hora, ela ainda é muito escassa e composta por decisões freqüentemente pouco motivadas.¹³ Não obstante, pode-

mos citar algumas decisões publicadas, que emanam de juízos do fato¹⁴ à exceção de uma que foi proferida recentemente pela Câmara Criminal da Corte de Cassação.

Dentre os julgamentos proferidos por tribunais correccionais (juízos de primeiro grau), citaremos os seguintes. De um lado, uma decisão aplicando o sistema do reflexo. Em data de 12.07.1995, o Tribunal Correccional de Verdun, deliberando sobre um caso de homicídio culposo ligado à violação de prescrições editadas pelo Código de Trabalho em matéria de segurança dos empregados, fez com que a condenação da pessoa jurídica decorresse da ação de seu dirigente: no caso, o dirigente do estabelecimento reconheceu que não estava a par do funcionamento técnico da empresa e que ignorava o método utilizado para a limpeza dos postos, tendo esta atitude negligente originado o falecimento do operário. Em uma consideração bastante clara, o tribunal ditou a regra de que *a responsabilidade penal de uma pessoa jurídica (...) é estabelecida quando seus órgãos (...) praticaram (...) o elemento material e o elemento subjetivo de uma infração e acrescentou que a responsabilidade penal do Senhor Level ficando estabelecida, a cooperativa será igualmente responsável em decorrência da questão da prevenção*.¹⁴ Mas de outro lado, podemos citar três outras decisões que consagram a idéia da culpa autônoma da pessoa jurídica. Primeiro, uma decisão do Tribunal de Paris, de 03.11.1995, que se refere a uma sociedade que

(11) Cl. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 73 e p. 74.

(12) V. Trib. Corr. de Lyon, 09.10.1997, *Droit pénal*, 1997, comm. 154, nota J.H.R., decisão que fala dos mesmos fatos jurídicos e, pois, da mesma infração.

(13) E ela emana mais freqüentemente de juízos de Primeiro Grau como já se disse.

(14) N.T.: *juges du fond ou du fait*: juízes que examinam as questões de direito e os fatos postos no processo. A decisão destes juízes sobre os fatos é respeitada pela Corte de Cassação que somente aprecia as questões de direito.

(14) Trib. Corr. de Verdun, 12.07.1995, J.C.P. 1996-II, 22.639, nota Guery e Acomando.

*cometeu uma negligência grave suscetível de ensejar sua responsabilidade penal.*¹⁵ Em seguida, um julgamento do Tribunal de Versailles, datado de 18.12.1995:¹⁶ em uma demanda de direito comercial, o julgamento, em sua parte relativa ao “elemento intencional”, lembrou que a situação verificada em um canteiro de obras *corresponde a uma política deliberada da empresa e fala de uma estratégia adotada (...) no intuito de evitar a perda de mercados e de evitar atrasos.*¹⁷ Há, enfim, um julgamento do Tribunal de Lyon, de 09.10.1997, que colocou o princípio de que *a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica impõe que seja estabelecido em relação a ela o conjunto de elementos constitutivos da infração apurada, o elemento material de um lado e o elemento subjetivo de outro, este consistente em uma abstenção de atos, imputáveis a seus órgãos, mas distintos daqueles que poderiam ser atribuídos às pessoas físicas que tenham participado da prática da infração, qualquer outra solução conduzindo na prática a erigir uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas a partir de seus dirigentes agindo por sua conta.*¹⁸ E o Tribunal, não podendo imputar à pessoa jurídica agir distinto daquele imputado ao dirigente, a absolveu, condenando, no entanto, este último.

Um autor escreveu recentemente que seria necessário que a Corte de Cassa-

ção escolhesse entre as duas teses postas: a do reflexo e a referente à culpa própria do ser jurídico.¹⁹ Agora, sua câmara criminal acaba de proferir uma decisão, em 02.12.1997, que responde com folga a questão posta.²⁰ Um empregado demitido ajuizou uma reclamação trabalhista contra a sociedade que o havia empregado. No curso do processo, a sociedade forneceu atestados redigidos por dois de seus funcionários de forma a fazer aparecer os erros do outro empregado e justificar sua demissão. Então, o trabalhador demitido noticiou o crime, dando início à persecução penal contra os dois trabalhadores por falsificação de documentos e contra a sociedade, pelo uso dos documentos falsos. As duas pessoas físicas e a jurídica foram condenadas ao pagamento de multas. Uma das pessoas físicas e a pessoa jurídica recorreram da decisão. Em seu aresto de 02.12.1997, a câmara criminal colocou, em princípio, que as pessoas jurídicas só podem ser declaradas responsáveis se ficar estabelecido que uma infração foi praticada por sua conta por seus órgãos ou representantes, segundo o que dispõe o art. 121-2 al. 1 do CP. Depois, ela reconheceu que a Corte de Apelação não apurara se o diretor da sociedade havia tido conhecimento pessoal da inexistência dos fatos relatados nos atestados e, em consequência, reformou a decisão, deixando bem claro que uma pessoa jurídica somente pode ser responsável penalmente se seu dirigente realizar o “elemento subjetivo do delito”, para utilizar a expressão indicada nesta decisão *in fine*. Foi, portanto, a tese da responsabilidade por reflexo que a Corte de Cassação consagrou.

(15) Trib. Corr. de Paris – 03.11.1995, *Direito Social*, 1996, 157, nota Coeret, *Rev. sc. Crim.* 1996, 392, obs. G. Giudicelli-Delage.

(16) Trib. Corr. de Versailles, 18.12.1995, *J.C.P.* 1996, 22.640, nota J.H. Robert, *Droit pénal*, 1996, comm. 71.

(17) § 2.º Sobre o elemento subjetivo, § 15.

(18) Trib. Corr. de Lyon, 09.10.1997, *supracitado*.

(19) J.H.R., em realidade J.H. Robert, nota *supracitada* sobre Trib. Corr. de Lyon, de 09.10.1997.

(20) *Crim.* 02.12.1997, *J.C.P.* 1998-II, 10.023 com relatório do Conselheiro F. Desportes.

2.3 O que podemos dizer de tudo isto?

A doutrina é francamente favorável à tese da responsabilidade por reflexo. Numa época em que o legislador francês acabara de consagrar algumas hipóteses específicas de responsabilidade penal das pessoas jurídicas (hipóteses desaparecidas hoje), H. Donnedieu de Vabres considerava que a pessoa jurídica poderia vir a ser responsável graças ao *substratum* de um indivíduo que a representa e que pratica a infração em seu lugar.²¹ O sábio autor exprimia assim sua famosa teoria do *substratum* humano, que deixava entender que é no indivíduo que se deve apreciar a intenção ou a culpa. Mais claramente hoje, MM. R. Merle e A. Vitu indicam que para que a pessoa jurídica seja responsável *é preciso que sejam estabelecidos, na cabeça da pessoa física, todos os elementos materiais e intelectuais da responsabilidade*.²² Também claros, MM. F. Desportes e F. Le Guehec escrevem: *Uma sociedade não pode cometer um furto ou um ato de terrorismo, mas sob certas condições, estas infrações praticadas por pessoas físicas poderão lhe ser imputadas. Mas, os elementos constitutivos destas infrações, tanto os materiais quanto o subjetivo, deverão estar reunidos na cabeça de uma pessoa física, e não na pessoa jurídica. Em particular, os tribunais não terão que se perguntar, em se tratando de infrações dolosas, se a pessoa jurídica "quis" a prática da infração, ou, em se tratando de infrações culposas, se a pessoa jurídica "cometeu um ato culposo", não tendo estas questões nenhum sentido*.²³

Pararemos aqui a enumeração doutrinária. Acrescentemos, somente, que o direito inglês hoje consagra a mesma tese sob a denominação de "princípio da identificação".²⁴ De outro lado, a tese da culpa autônoma da pessoa jurídica é proposta muito raramente. Consagrando a teoria da realidade da pessoa jurídica, um autor escreveu *que em se reconhecendo ao grupamento uma vontade própria, permitimo-nos nos certificar de forma suficientemente clara da responsabilização anterior dos indivíduos*, o que parece ser um adendo à tese da culpa autônoma.

Pessoalmente, eu me inclino a favor de um princípio que demanda algumas explicações em alguns casos particulares.

a) O princípio absoluto é que a responsabilidade penal de um ser jurídico é somente uma responsabilidade de reflexo. A pessoa jurídica não é um ser de carne, não tem nenhuma realidade própria, mesmo se a Corte de Cassação, em um julgamento célebre, colocou o princípio da realidade da pessoa jurídica.²⁵ Estritamente, a pessoa jurídica tem um nome e um domicílio, ela é titular de um patrimônio, mas ela não "quer" a infração e não pratica atos culposos.

(21) H. Donnedieu de Vabres, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, R.I.D.P., 1950, 239 e s..

(22) R. Merle e A. Vitu, *supracitado*, n. 649.

(23) F. Desportes e F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*. I- Droit pénal général, Economica, 4. ed. 1997, n. 600.

(24) A responsabilidade penal da pessoa jurídica (que nada mais é que uma abstração) repousa sobre a responsabilidade da pessoa física que a representa, que a encarna, que se identifica com ela, que é seu centro. É a teoria antropomórfica da identificação que remonta a uma decisão da *House of Lords* de 1915, v. C. Harding, *Criminal liability of corporations*, *United Kingdom* em K. Tiedemann e H. de Doelder, *supracitado*, p. 369 e s.; v, também, J. H. Robert, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, *Droit pénal*, 1995, chron. 30; J. Spencer, *La responsabilité dans l'entreprise*, *Rev. Sc. Crim.* 1997, p. 289 e s..

(25) Civ. 28.01.1954, D. 1954, 217, nota Levasseur.

Já é muito difícil admitir que ela pratique o elemento material da infração, mas é impossível reconhecer que ela possa realizar o seu elemento psicológico. Este elemento moral somente se concebe vindo da cabeça de uma pessoa física, não sendo a pessoa jurídica nada mais que uma criação ou um prolongamento das pessoas físicas. A responsabilidade da pessoa jurídica não é distinta da ação das pessoas físicas que a compõem. A pessoa jurídica se encarna em pessoas físicas, em pessoas de seus órgãos ou em seus representantes. Ela se instala, para praticar uma infração, no corpo de uma pessoa física.²⁶ Ela “empresta” a criminalidade da pessoa física.²⁷ Em consequência, é o dolo ou a culpa desta última que o Ministério Público deve demonstrar se pretender processar uma pessoa jurídica. Donde a consequência de que a pessoa jurídica somente pode ser responsabilizada se a pessoa física tiver sido determinada, único meio de se apreciar seu dolo ou sua culpa. Esta é a solução, pois, que parece imposta pelo art. 121-2 CP e admitida pelo direito inglês, como já se disse.²⁸

b) As dificuldades surgem, no entanto, em alguns casos particulares.

— O primeiro caso é aquele em que se revela muito difícil determinar a pessoa física na origem da infração. A infração pode ter sido cometida pelos

órgãos coletivos da pessoa jurídica, sem que seja possível descobrir o papel de cada um de seus membros e imputar a responsabilidade pessoal da infração a um indivíduo determinado.²⁹ A prática francesa admite, então, ser suficiente que a infração possa ser imputada a uma pessoa física, ainda que não identificada, para que a pessoa jurídica seja condenada.³⁰ Em sua decisão de 18.10.1996, a Corte de Limoges lembrava que *uma infração somente poderá ser imputada a uma pessoa jurídica se ela foi praticada por uma pessoa física, sem que seja necessário, no entanto, que esta seja formalmente identificada*. É bem verdade que esta decisão foi cassada pela câmara criminal, em seu julgamento de 02.12.1997.³¹ Mas não o foi sob este aspecto que sequer foi criticado nas razões apresentadas no recurso. Isto, todavia, não é o essencial: o que é importante, na minha opinião, é que é indispensável determinar a pessoa física à origem da infração porque a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nada mais é que um reforço na repressão dos indivíduos. É importante, pois, que as autoridades judiciárias, notadamente o juiz de instrução e a polícia

⁽²⁶⁾ Cl. Moulounguy, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. trim. dr. commercial, 1994, p. 441.

⁽²⁷⁾ Não vamos, no entanto, pensar como o cúmplice em relação ao autor principal: o cúmplice tem uma certa autonomia porque ele realiza um elemento material próprio (uma ajuda ou auxílio notadamente) e um elemento psicológico igualmente próprio (ou intenção de se associar à atividade delituosa do autor principal).

⁽²⁸⁾ V. *supra*, nota 22.

⁽²⁹⁾ Circular Geral de Aplicação do Código Penal de 1994, em data de 14.05.1993. V. também A Pezard, *Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective*, Les Petites Affiches, 11.12.1996, n. 149, p. 13.

⁽³⁰⁾ V., no mesmo sentido, a Recomendação do Conselho da Europa n. R(88) de 20.10.1988 referente à responsabilidade penal das empresas pessoas jurídicas, que propõe não ser necessária a identificação da pessoa física para se poder condenar uma pessoa jurídica. Mais precisamente, o anexo 2 incita os Estados membros a impor a responsabilidade penal às pessoas jurídicas *haja ou não a identificação de uma pessoa física tendo cometido as ações ou omissões constitutivas da infração*.

⁽³¹⁾ Crim. 02.12.1997, supracitado.

judiciária, possam determinar o autor físico da infração. Não podemos, de fato, proclamar o princípio do *substratum* humano e, ao mesmo tempo, desprezá-lo se se revelar impossível determinar a pessoa física. A regra do *substratum* humano e sua consequência, a regra de que a pessoa jurídica somente é responsável por reflexo, implicam em que a pessoa física autora da infração tenha sido determinada. A partir daí, eu farei duas observações.

Primeiramente, em caso de extrema dificuldade se, por exemplo, o exame do organograma da sociedade não nos permitir responder a esta indagação, poderíamos adotar um sistema de presunções (simples) de responsabilidade em cascata, como em matéria de imprensa. Em primeira linha, o responsável seria o diretor da empresa, que poderia se eximir da responsabilidade trazendo a prova de uma delegação³² ou de um caso de coação. Na falta, então, poderíamos processar o diretor adjunto etc... sem descer muito para baixo evidentemente pois que o responsável é um órgão ou representante do ser jurídico. Este sistema de uma busca sistemática de uma pessoa física traria três vantagens:

- respeitar-se-ia o princípio lógico do *substratum* humano; de fato, quando se fala em *política deliberada da empresa*³³ ou da má organização da sociedade, é na realidade o comportamento de pessoas físicas que se estigmatiza, eis que é por abuso de linguagem que

dotamos a pessoa jurídica de um querer próprio;³⁴

- manter-se-ia a responsabilidade das pessoas jurídicas e, pois, sua eficácia;
- saberíamos melhor o que cada um deve fazer em uma empresa e incitaríamos os chefes a se certificar do respeito à lei penal;

Em segundo lugar, se se revelar realmente impossível encontrar a pessoa física autora da infração, poderíamos imaginar não impor uma pena à pessoa jurídica, mas lhe impingir uma medida de segurança, uma espécie de medida penal como o fechamento temporário do estabelecimento, um bloqueio ou uma fiscalização das contas, o pagamento de uma quantia de dinheiro, notadamente ao Estado... Este ponto de vista é adotado ou visualizado no estrangeiro. Assim, o projeto de código penal suíço evita os termos “pena” e “multa”, falando, desde logo, em “sanções” e “obrigações financeiras impostas”.³⁵

— O segundo caso é aquele em que a culpa do órgão ou dirigente é tão diminuta que normalmente o Ministério Público, em direito comum, não seria obrigado à persecução penal. O fato de uma pessoa jurídica estar envolvida no fato deve mudar a situação? Este segundo caso é bastante próximo do primeiro e, na prática, o Ministério Público processará somente a pessoa jurídica, se assim o impuserem as necessidades de

(32) Lembremos que a jurisprudência admite que, sob certas condições, o diretor da empresa possa delegar certos poderes a um subordinado qualificado. A primeira decisão vista foi Crim. em 28.06.1902, D. 1903-I, 585, nota Roux.

(33) V. Trib. Corr. de Versailles, 08.12.1995, supracitado.

(34) Há, é verdade, uma realidade sociológica, mas somente sociológica, da pessoa jurídica como entidade assimilada a um ser humano: “falamos na realidade da vida social sobre a culpa de uma empresa que poluiu um rio... ou que obteve subvenções fraudulentamente”, comentário supracitado, K. Tiedemann, p. 25.

(35) K. Tiedemann e H. de Doelder, supracitado, estudo de E. Stauffacher sobre o direito suíço, p. 360 e s.; K.L. Kunz, Rev. dr. pénal et crim., 1994, p. 371.

ordem pública. Desta forma, existem duas correntes na jurisprudência: em caso de dolo ou culpa grave, a persecução englobará em geral, ao mesmo tempo, o órgão ou representante e a pessoa jurídica; em caso de culpa ténue do órgão ou representante, a persecução visará apenas a pessoa jurídica.³⁶

Dentro deste espírito, podemos citar a circular de 05.04.1995, comentando a Lei de 02.02.1995, relativa ao aumento da proteção ao meio ambiente e prevenindo a responsabilidade das pessoas jurídicas por certos delitos de poluição. Esta circular distingue dentre os fatos *aqueles que revelam principalmente uma administração deficiente da pessoa jurídica e aqueles que traduzem uma verdadeira culpa pessoal de seu dirigente*. E ela insta os promotores a processar a pessoa física somente se estiver demonstrado *que ela falhou gravemente em sua função, ao não cumprir todas as diligências normais para evitar a poluição, levando em conta notadamente as advertências e intimações que poderiam lhe ter sido remetidas pelos serviços competentes do Estado*. Não se pode dizer mais claramente que as faltas leves dos indivíduos que fazem parte da pessoa jurídica podem escapar à repressão.

3. Algumas outras questões

Três outras questões devem ainda ser enfrentadas.

3.1 Incidência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade beneficiando a pessoa física.

Imaginemos que o órgão ou representante da pessoa jurídica seja pe-

nalmente irresponsável em virtude de uma excludente de ilicitude ou porque ocorreu uma causa subjetiva de inimputabilidade (coação, doença mental, erro). O ato material que ele cometeu e que resta objetivamente contrário ao direito, ao menos no caso de superveniência de uma causa de não imputabilidade, pode servir de fundamento à condenação penal de uma pessoa jurídica?

Antes da entrada em vigor do novo Código Penal e sob o império de um texto muito particular – uma ordenança de 05.05.1945 que admitia a responsabilidade penal das empresas de imprensa sob certas condições, hoje ab-rogada – uma decisão isolada foi proferida: apesar de uma excludente que beneficiou o diretor do jornal *l' Illustration*, em virtude de coação, uma condenação penal foi proferida contra este jornal.³⁷ A doutrina se mostrou muito crítica a respeito.³⁸

O que existe hoje a este respeito? Há uma corrente doutrinária que entende que um ente jurídico poderá ser condenado mesmo que seu dirigente tenha sido declarado irresponsável e em apoio à sua tese ela cita dois exemplos.³⁹ Veja-se, primeiro, o caso de uma estação de depuração de uma comuna^g que conduziu à poluição de um rio, porque as finanças municipais não permitiram a sua manutenção conveniente; o prefeito não pode ser condenado porque, para ele, esta situação se constituiria em caso de coação irresistível, em virtude da exigüidade das finanças municipais. Segundo exemplo: a absolvição de um

(37) Paris, 21.12.1949, D. 1950, p. 434.

(38) H. Donnedieu de Vabres, *supracitado*, p. 343.

(39) J.N.R. sobre Trib. Corr. de Lyon, 09.10.1997, *supracitado*.

(g) N.T.: menor unidade territorial administrativa, correspondente aos nossos municípios.

(36) J. Pradel, *Droit pénal général*, *supracitado*, n. 534, p. 601 e 602.

diretor, acometido de graves problemas mentais, não impede a condenação da pessoa jurídica que não foi diligente ao ter conservado no posto diretivo um doente mental.

Há evidentemente, o problema genérico da escolha entre o dolo/culpa da pessoa jurídica e dolo/culpa da pessoa física do dirigente. Nós o vemos sob um aspecto particular. Na verdade, a questão pode ser resolvida por ela mesma: a partir do momento em que uma pessoa jurídica somente é, em princípio, responsável se o dirigente também o é, ela não o será se o diretor for beneficiado por uma excludente de ilicitude, se ele foi coagido, se é doente mental ou vítima de um erro invencível.⁴⁰ Assim, por exemplo, se a decisão foi tomada coletivamente por um diretório onde todos os membros sofreram coação irresistível, nenhuma persecução será possível contra ninguém.

3.2 *Sentido a se dar à expressão “por sua conta”.*

Sabemos que, segundo o art. 121-2 al. 1 CP, as pessoas jurídicas são responsáveis *pelas infrações cometidas por sua conta, por seu órgãos ou representantes*. Esta expressão *por sua conta* não está definida e não foi objeto de discussões quando dos debates parlamentares.⁴¹

(40) Porque, segundo o art. 122-3 CP: “Não é penalmente responsável a pessoa que justifica ter acreditado, por erro de direito que ela não poderia evitar, poder legitimamente praticar o ato”.

(41) O anteprojeto do Código Penal de 1978 dizia *pelas infrações cometidas pela vontade deliberada dos órgãos da pessoa jurídica, em seu nome e no interesse coletivo de seus membros*, o que fez a doutrina dizer que havia lá *uma condição muito minudente*, R. Merle e A. Vitu, supracitado, n. 648.

a) Para simplificar as coisas, é preciso primeiramente indicar os três casos que são manifestamente estranhos à expressão *por sua conta* da pessoa jurídica. Se, inicialmente, o órgão ou representante age em seu único interesse ou no interesse de um terceiro, a pessoa jurídica não pode ser responsável, podendo mesmo ser vítima; veja-se, por exemplo, o dirigente de uma sociedade que desvia fundos em seu proveito próprio ou em proveito de um terceiro. A solução é a mesma em um segundo caso: aquele do dirigente que age no interesse de uma minoria dos membros da pessoa jurídica ou no interesse dos empregados, e não no interesse do ente jurídico em geral. A terceira hipótese de não implicação da pessoa jurídica é aquela em que a pessoa física agiu no interesse geral, no interesse do Estado.⁴²

b) Em outros casos, ao contrário, a pessoa jurídica será implicada porque a infração foi cometida *por sua conta*. Neste sentido, o caráter bastante vago da expressão levou a doutrina a dizer que *é preciso não se perder em conjecturas sobre a interpretação desta condição*,⁴³ pois as situações de responsabilização da pessoa jurídica são muito diversas.

— A primeira, a mais simples e a mais evidente, é aquela da busca de uma vantagem financeira. A partir do momento em que o órgão ou representante comete uma infração visando realizar um benefício à sua sociedade, esta é evidentemente responsabilizada: ele emite falsas notas fiscais para justificar na contabilidade de seus sócios o pagamento de comissões ocultas; ele se mancomuna com o dirigente de uma outra sociedade para desviar para esta fundos de sua própria empresa, o que se constitui em um caso de falência fraudu-

(42) M.E. Cartier, supracitado, p. 22.

(43) R. Merle e A. Vitu, supracitado.

lenta;⁴⁴ ele obtém uma vantagem ilícita para sua sociedade praticando atos de corrupção com um funcionário público ou um agente político eleito, etc....⁴⁵ Dentro do mesmo espírito, a Recomendação supracitada do Conselho da Europa (de 20.10.1988) indica em sua alínea 2 *que é desejável ligar a responsabilidade aos ganhos da atividade ilícita*.

– A segunda condição é aquela em que a pessoa física age bem dentro das atividades da pessoa jurídica, mas sem procurar especificamente enriquecer-se. Por exemplo, o diretor negligencia ao não se certificar que os operários estão efetivamente usando um capacete nos canteiros de obra, embora no entanto a sociedade os tenha comprado em número suficiente. E, de repente, um acidente ocorre com um operário que não o utilizava. A negligência do diretor pode responsabilizar a pessoa jurídica.⁴⁶ Pode-

(44) Art. 197-2.º da Lei 85-98, de 25.01.1985. O art. 202 desta lei, modificada por aquela de 16.12.1992, instituiu justamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para responder a este caso exemplificado.

(45) Poderíamos imaginar vários delitos, mas é preciso prestar atenção ao princípio da especialidade segundo o qual, no direito francês, uma pessoa jurídica somente é responsável pelas infrações para as quais esta responsabilidade é especialmente prevista: *nos casos previstos pela lei* lembra o art. 121-2 al.1 CP. Para este estudo crítico dos casos onde o legislador não admitiu a responsabilidade das pessoas jurídicas, v. F. Franchi, *A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales?* Rev. sc. Crim. 1996, p. 277 e s.. E a jurisprudência interpreta estritamente os textos, Crim. 30.10.1995, Bull. Crim. n. 336 (não há responsabilidade penal das pessoas jurídicas em casos de infrações previstas no código do consumidor, fraude e publicidade enganosa em espécie).

(46) A pessoa jurídica seria *a fortiori* responsabilizada se o patrão tivesse deixado de comprar os capacetes, ou, mais genericamente,

mos citar também o exemplo de discriminações raciais ou sexuais realizadas na colocação dos empregados de uma empresa. Evoquemos, ainda, o caso de uma associação que, mesmo dentro de um propósito generoso, serve de intermediária entre um casal desejoso de adotar uma criança e uma “mãe doadora”, esta intermediação constituindo o crime do art. 227-12 CP (Lei de 29.07.1994). Em todas estas situações – e poderíamos multiplicar os exemplos – a pessoa física age não para buscar um proveito, mas para assegurar o simples funcionamento ou os objetivos da pessoa jurídica: esta será, pois, responsabilizada, o que demonstra que a expressão *por sua conta* deve ser entendida de maneira bastante elástica. Sobre tudo isto, verdadeiramente falando, não há muitas dificuldades ou discussões. Já quando do colóquio organizado pelo Ministério da Justiça, por ocasião da entrada em vigor do novo Código Penal, M.J.J. Hyest, deputado que participara ativamente dos debates parlamentares, declarou: *Não é necessário que a pessoa jurídica tenha tirado proveito do ato. Assim, quando uma coletividade local não mantém convenientemente sua estação de limpeza, que benefício ela obtém? Parece normal, no entanto, prever que a persecução não se exerça somente em direção ao responsável direto pela estação de limpeza*.⁴⁷

3.3 Efeitos da dissolução ou de uma mudança de estatuto da pessoa jurídica após o cometimento da infração.

a) Vejamos, primeiro, o caso da dissolução da pessoa jurídica. É preciso distinguir.

mente, de tomar as medidas de segurança necessárias visando fazer economia.

(47) Em *Le nouveau code pénal*. Enjeux et perspectives. Dalloz, 1994, p. 47-48.

Se uma infração foi cometida antes da dissolução e apurada após a dissolução, o Ministério Público pode evidentemente processar a pessoa jurídica. Mas o interesse fica um pouco diminuído porque, segundo o art. 133-1 CP, *a dissolução da pessoa jurídica [...] impede ou paralisa a execução da pena. Não obstante, ela pode ser obrigada ao recolhimento da multa e das custas judiciais e mesmo ter seus bens confiscados [...] após a dissolução da pessoa jurídica até o término das operações de liquidação.* Em suma, apenas algumas penas como a multa – essencial é verdade – é que podem ser executadas após a dissolução, e ainda sob a condição de que a liquidação não esteja perfeita e acabada.⁴⁸

Se uma infração for cometida após a dissolução da pessoa jurídica, podemos nos indagar sobre a possibilidade de processar a pessoa jurídica uma vez que podemos pensar que ela desapareceu. Tal pensamento, no entanto, não é correto, porque o art. 1844-8 CC lembra que a dissolução da sociedade leva à sua liquidação e sobretudo que *a personalidade jurídica da sociedade subsiste para as necessidades da liquidação até a publicação do término desta*,⁴⁹ quer dizer que, durante o período intermediário da liquidação, a pessoa jurídica ainda “vive”. De sorte que uma persecução contra ela é possível em vista de uma infração cometida por ela durante este período. Mas encontramos os

mesmos limites acima citados: apenas algumas medidas penais poderão ser executadas, e ainda antes do término da liquidação.

b) Pode acontecer também de a pessoa jurídica, sem ter desaparecido, sofrer uma mudança estatutária.

Esta modificação pode primeiramente ser moderada: a pessoa jurídica muda de estrutura jurídica. Uma sociedade anônima se transforma em sociedade de responsabilidade limitada ou vice versa. Esta pessoa jurídica continua subsistindo. Como expressa o art. 1844-3 CC, *a transformação regular de uma sociedade em uma sociedade de outra forma não leva à criação de uma nova pessoa jurídica. Há o mesmo com a prorrogação ou qualquer outra modificação estatutária.* A substância da pessoa jurídica subsistindo, nada impedirá, por exemplo, de processar a sociedade de responsabilidade limitada por uma infração recentemente cometida pela sociedade anônima. Não poderíamos admitir que, através do viés de uma mudança estatutária da pessoa jurídica, seus dirigentes pudessem riscar com um traço de caneta o passado penal desta pessoa jurídica.

Mais complexa é a hipótese da fusão (as sociedades X e Y nada mais são que uma, Z) ou aquela da incorporação (a sociedade X é incorporada da pela sociedade Y). A doutrina considera, no silêncio da lei, que a nova sociedade Z ou que a sociedade incorporadora não poderão se ver processadas pelas infrações praticadas pela sociedade fundida ou incorporada.⁵⁰ Este ponto de vista se funda no fato de que a pessoa jurídica resultante de uma fusão ou incorporação é nova, constituindo um ser jurídico

(48) O que é evidente, uma vez que, após o término da liquidação, os bens da antiga pessoa jurídica não estão mais disponíveis, tendo sido integrados aos patrimônios próprios dos membros desta pessoa (se houver bens, evidentemente).

(49) V., no mesmo sentido, art. 391 al. 2 da Lei de 24.07.1996 sobre as sociedades comerciais e art. 15 da ordenança de 23.09.1967 sobre os grupos de interesse econômico.

(50) F. Desportes e F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, supracitado, n. 590. Estes autores reconhecem que sua proposição pode levar a possíveis fraudes à lei.

novo. Daí resulta que os dirigentes poderiam ser tentados a proceder a operações para se livrar da persecução penal. O que é inadmissível. Também penso que a persecução é possível contra a nova pessoa jurídica na condição, evidentemente, que seus dirigentes possam ser acusados de fraude à lei. Porque o direito penal é um direito realista que não pode se sustentar em aparências.

4. Conclusão

Eis algumas idéias, alguns incícios de resposta a questões essenciais. E eu as respondi de bom grado, porque sempre

fui partidário da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A idéia de uma responsabilidade *lato sensu* das pessoas jurídicas é corrente na Europa, ainda que ela se apresente sob diversas formas: ora a pessoa jurídica é somente garante do pagamento de multas infligidas a seus dirigentes, ora à pessoa jurídica se aplica uma medida de segurança (confisco, fechamento do estabelecimento notadamente); outras vezes ainda, ela é objeto de uma responsabilidade quase penal (sanções pecuniárias especialmente); ora enfim, e na minha opinião, este é o melhor sistema, ela é responsável penalmente de maneira plena e integral.⁵¹

(51) K. Tiedemann, comentário introdutivo a um projeto de pesquisa concernente à harmonização do direito penal comercial no quadro da Comunidade europeia em *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, sob a direção de M. Delmas-Marty, Rev. Sc. Crim, 1997, p. 268 e s..