

EXPLICANDO PARTÍCULAS SUBATÔMICAS COM A FÍSICA

NEWTONIANA: UMA BREVE ANÁLISE DO RESP N. 1.977.172 – PR

*Explaining subatomic particles with newtonian physics: a brief analysis of REsp
n. 1.977.172-PR*

Humberto Tostes Ferreira*

Resumo: Este artigo busca realizar uma breve e não exauriente análise dos fundamentos jurídicos dos principais votos versados no julgamento do Recurso Especial n. 1.977.172 – PR, ocasião em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio da aplicação analógica do artigo 107, inciso I, do Código Penal, compreendeu que a incorporação societária enseja a extinção da punibilidade do ente coletivo incorporado. Com isto, pretende-se verificar parte do estado atual da técnica penal e melhor compreender parcela do pensamento sobre a responsabilização penal de pessoas jurídicas de alguns dos julgadores que, naquela sessão, compunham a Seção especializada em Direito Penal. Assim, o fim mediato deste trabalho é contribuir com o desenvolvimento da dogmática criminal nacional buscando possíveis inconsistências na sua estruturação e na sua aplicação.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; responsabilidade penal da pessoa jurídica; Superior Tribunal de Justiça; REsp n. 1.977.172 – PR.

Abstract: This article aims to do a brief and not an exhausting analysis of the legal arguments that sustain the main manifestations of the Special Appeal no 1.977.172 – PR trial, when the Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, applying by analogy the art. 107, I, from Brazilian Penal Code, which understood that the corporate incorporation extinguishes the penal liability of the incorporated legal person. With this, it is intended to verify portion of the current state of criminal law and better understand part of the thinking about criminal liability of legal entities of some of the judges who, in that session, made up the Section specialized in Criminal Law. Thus, the mediate purpose of this work is to contribute to the development of national criminal dogmatics, seeking possible inconsistencies in its structure and application.

Keywords: Economic Criminal Law; criminal liability of the legal entity; Superior Tribunal de Justiça; REsp nº 1.977.172 – PR.

Submissão: 20/03/2023

Aprovação: 23/08/2023

* Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pesquisador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araújo Jr. (CPJM), da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

INTRODUÇÃO

A expansão do Direito Penal, também chamada de modernização, e o discurso de resistência a tal movimento, possível e hodiernamente, figuram como o maior embate dogmático do citado campo. Se de um lado há aqueles que compreendem que o *ius puniendi* estatal deve restringir-se aos delitos tradicionais – se opondo à modificação e pregando a retomada dos ideais iluministas –, de outro tem aqueles que buscam o desenvolvimento das Ciências Criminais – Criminologia, Política Criminal e Direito Penal – à luz da realidade do século XXI.

Da mencionada celeuma pelo monopólio de dizer o direito¹ – o qual existe, pelo menos, desde que Edwin Sutherland evidenciou a aplicação diferenciada da lei penal e cunhou o conceito “crimes do colarinho branco” –, novas formas de se compreender e combater a criminalidade surgiram, inclusive, dando azo a um novo ramo jurídico, o Direito Penal Econômico. Este, por sua vez, pode ser definido com base nos bens jurídicos que objetiva proteger e nas circunstâncias criminógenas que busca compreender e evitar. Assim, como a atividade delitiva econômica majoritariamente se dá por meio de pessoas jurídicas, autores como Luis Gracia Martin (2005, p. 63-64) o compreendem como o Direito Penal da Empresa, pois ele parece indissociável da responsabilidade penal de entes coletivos.

Em que pese o Constituinte de 1988 ter firmado na Carta Magna sua opção político-criminal em prol da responsabilização penal de pessoas jurídicas, o ordenamento jurídico nacional e, em grande parte, a doutrina pátria, até o momento, não trouxeram formas técnica e filosoficamente congruentes de concretizá-la, pois, para tanto, tomam como arrimo teorias e paradigmas desenvolvidos, exclusivamente, com base na responsabilização penal de pessoas naturais. Por sua vez, transparecendo um viés mais prático, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem buscado suprir a aludida deficiência à luz de casos concretos, estruturando soluções via *leading cases*. Outrossim, merece destaque o Recurso Especial – REsp – n. 1.977.172 – PR (Brasil, 2022), no qual o Superior Tribunal de Justiça – STJ – preencheu alegada

¹O campo jurídico é marcado pelo embate entre os agentes investidos de competência técnica e social para interpretar textos que consagram uma visão legítima do mundo social. Assim, pelo grau de formalização e de normatização, o cambiamento do direito e de sua interpretação incumbe majoritariamente aos agentes unguídos a tanto, como magistrados, membros do Ministério Público, advogados e professores, cada um com uma diversa formação de seu capital jurídico, moldado em razão de suas experiências profissionais e visão de mundo. Neste sentido, vide BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 212-213 e 217-218.

lacuna legal e, com base na aplicação analógica do art. 107, I, do Código Penal – CP² –, firmou posição acerca da extinção da punibilidade de entes morais em razão de incorporação societária.

Neste diapasão, sem qualquer pretensão de exaurir a temática, objetivando verificar o atual estado da técnica e de parte do pensamento da Corte Superior sobre a matéria, soa como pertinente a realização de uma breve análise dos fundamentos versados nos votos dos Excelentíssimos Senhores Ministros no supracitado REsp. Destaca-se que, com a devida vênia, bem como atento às limitações espaciais e de aprofundamento que o formato deste trabalho traz, pretende-se também tecer sucintos comentários às razões versadas pelos nobres julgadores com o fito único de fomentar o debate acadêmico e contribuir com a dogmática penal.

Aplicando o método dedutivo, objetiva-se a realização de uma pesquisa básica, bibliográfica e exploratória, de forma a analisar o aludido precedente e suas repercussões sob a ótica de parte da doutrina especializada. Assim, utilizando a bibliografia pertinente à técnica, em especial, legislação, doutrina e jurisprudência, busca-se realizar uma pesquisa jurídica qualitativa para defender a modernização do Direito Penal e das clássicas categorias da teoria do delito de modo a aprimorar a sistemática de responsabilização criminal de pessoas jurídicas.

1 BREVE EXPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.977.172 – PR (2021/0379224-3)

Faz-se fulcral ao presente trabalho uma sucinta e não exauriente apresentação das questões de fatos que ensejaram o REsp n. 1.977.172 – PR, a qual será seguida pela exposição do ínterim processual, da questão jurídica levada ao STJ e, por fim, de breve relato dos votos proferidos pelos Excelentíssimos Senhores Ministros no julgamento ocorrido no dia 24/8/2022. Pontua-se que com tais exibições não se busca findar os debates sobre o tema ou representar a totalidade dos argumentos e compreensões dogmáticas que sustentaram os votos, bem como a decisão da Corte, mas apenas trazer substrato para uma possível reflexão acadêmica sobre a *ratio decidendi* do caso em estudo.

A origem remota do caso em análise é ação penal em que o Ministério Público do Estado do Paraná imputou à Agrícola Jandelle S.A. a suposta prática do delito do artigo 54, §2º, inciso V, da Lei 9.605, de 1983³, pelo descarte de resíduos sólidos, teoricamente, em desacordo

²“Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente.”

³ “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: § 2º Se o crime: V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos.” (Brasil, 1998).

com as exigências da legislação estadual. Após o recebimento da denúncia e o oferecimento de resposta à acusação, o juízo de primeira instância rejeitou preliminar nesta suscitada – qual seja, extinção da punibilidade da ré ante a sua incorporação pela Seara Alimentos Ltda. (Brasil, 1998, nota 3, p.4).

Por tal razão, a incorporadora impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, reafirmando a impossibilidade da persecução penal em comento, uma vez que a incorporação da ré culminaria no encerramento de sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, na aplicação analógica do artigo 107, inciso I, do CP. A Corte local concedeu a segurança, constando na ementa que:

[...] Arguida extinção da punibilidade pela extinção da pessoa jurídica denunciada - equiparação à morte do agente pessoa física. Impossibilidade de transcendência da pena. Argumentação que não se mostra desarrazoada. Comprovada a extinção da pessoa jurídica, única denunciada. Ausência de má-fé ou burla na incorporação. Reconhecimento e declaração de extinção da punibilidade com fulcro no art. 107, inciso I, do Código Penal. Segurança concedida. (Brasil, 2022, p.3-4).

O Ministério Público do Estado do Paraná impugnou o supramencionado acórdão por meio do recurso especial registrado no STJ sob o número 1.977.172 – 2021/0379224-3. Em síntese, nas razões recursais alegou ofensa aos artigos 4^o e 24^o, ambos da Lei 9.605, de 1998, assim como ao artigo 107, inciso I, do CP, fundamentando tal mácula na impossibilidade de aplicar-se, pura e simplesmente, o princípio da intranscendência da pena – artigo 5^o, inciso XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, CRFB/1988 – às pessoas jurídicas, pois ele se restringiria às pessoas naturais, até como forma de evitar possível artimanha para esquivar-se da responsabilidade penal por meio da extinção formal do ente coletivo (Brasil, 1998, nota 3, p.4). O *Parquet* do Estado do Paraná também aduziu que as sanções penais de cunho patrimonial aplicáveis aos entes morais não se submetem à aludida ordem constitucional de intranscendência e buscou demonstrar que a normativa jurídico-penal aplicável às pessoas

⁴“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (Brasil, 1998, nota 5).

⁵“Art. 24. A 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.” (Brasil, 1998, nota 5).

⁶“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: (...) XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (Brasil, 1988).

naturais não incide automaticamente sobre as pessoas jurídicas, havendo adaptações e divergências no tratamento conferido a estas⁷.

Em contrarrazões recursais, aqui comentadas de forma brevíssima, a Seara Alimentos Ltda. – incorporadora – suscitou a incidência da Súmula n. 126 do STJ⁸ e contrariou os argumentos atinentes ao mérito apresentados pelo recorrente. (Brasil, 2022, p. 4). Por sua vez, o Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso da seguinte forma: “Indevida no caso a aplicação da analogia para declarar extinta a punibilidade nos termos do art.107, inciso I, do CP, pois a responsabilização da pessoa jurídica submete-se à principiologia diversa da estabelecida para a pessoa física.” (Brasil, 2022, p. 4).

Por fim, consonante a sistematização realizada pelo Excelentíssimo Ministro Relator, cumpre informar que:

Na sessão de julgamentos do dia 10/5/2022, na Quinta Turma, apresentei meu voto pelo desprovimento do recurso especial, ao que se seguiu pedido de vista pelo douto Ministro JOEL ILAN PACIORNIK (e-STJ, fl. 957); quando da apresentação de seu voto-vista, porém, o colegiado decidiu transferir a esta Terceira Seção a competência para julgamento do feito, na forma do art. 14, II, do RISTJ, tendo em vista a relevância e ineditismo da questão aqui debatida (e-STJ, fl. 960).

[...]

A decisão da Presidência foi mantida pela Quinta Turma na sessão de julgamentos de 19/4/2022, em sede de agravo regimental, enquanto os sucessivos embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados em 10/5/2022 e 24/5/2022, com certificação do trânsito em julgado em 31/5/2022 (Brasil, 2022, p. 5).

Assim, como se percebe, o recurso foi admitido, sendo a controvérsia delimitada à “possibilidade de imputar à pessoa jurídica incorporadora a responsabilidade penal decorrente de ato praticado pela pessoa jurídica incorporada ou de aplicar, analogicamente, o artigo 107, inciso I, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade” (Brasil, 2022, p.17).

⁷ Neste diapasão, soa como interessante transcrever a síntese dos argumentos do recorrente realizada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik em seu voto: “Aduz que ‘[...] o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou que a extinção da pessoa jurídica se equipara à sua morte’ (fl. 883). Obtempera que o dispositivo constitucional que impede a intranscendência da pena foi constituído ‘[...] para dar segurança ao ser humano frente a arbítrios estatais. Não foram constituídos para entes coletivos, como destinatários’ (fl. 886). Pondera, também, que a intranscendência não alcança a reparação do dano nem a decretação do perdimento de bens, que podem recair sobre os sucessores, limitados ao valor do patrimônio transferido (fl. 886). Ao argumentar o equívoco da extinção da punibilidade da pessoa jurídica no caso, colaciona os artigos 28 e 29, ambos do Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n° 231, oriundo do direito italiano e o artigo 130.2 do Código Penal espanhol, a fim de demonstrar, no direito comparado, que ‘[...] a ideia de intranscendência da pena é destinada aos seres humanos e não às empresas’ (fls. 892/893)” (Brasil, 2022, p. 16-17).

⁸ “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Brasil, 1995).

Na votação perante a egrégia Terceira Seção do STJ, foram proferidos quatro votos pelo provimento do recurso – versados pelos Excelentíssimos Senhores Ministros Joel Ilan Paciornik, Antônio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogério Schietti Cruz – e cinco votos pelo indeferimento – que, votando em semelhante sentido ao entendimento do Excelentíssimo Ministro Relator, foram expressos pelos Ministros Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca, este último, Presidente do julgamento e proferidor do voto desempate. Neste sentido, parece pertinente ao presente trabalho a sucinta exposição da fundamentação dos votos que trouxeram os principais argumentos ao julgamento.

1.1 Voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Ribeiro Dantas

O Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Ribeiro Dantas, relator do processo em questão, iniciou o seu voto fazendo uma breve recapitulação para abordar a admissibilidade recursal, bem como para delimitar a controvérsia. Quanto à última, ela foi fixada nos seguintes termos:

[...] ocorrendo a operação societária de incorporação de sociedade empresária, é possível imputar à incorporadora a responsabilidade penal por ato praticado pela incorporada? Ou cabe, nesse cenário, aplicar analogicamente o art. 107, I, do CP, para declarar a extinção da punibilidade pelo fim da existência da incorporada, como fez o acórdão recorrido? (Brasil, 2022, p. 8).

No tangente à abordagem da questão propriamente dita, esta foi realizada no tópico denominado “Incorporação de sociedade empresária e seus efeitos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica”, no qual o Excelentíssimo Ministro Relator trouxe a definição legal de incorporação, operação societária típica que marcaria o fim da sociedade incorporada, na forma normatizada pelos artigos 1.116⁹ e 1.118¹⁰, ambos do Código Civil – CC –, bem como pelo artigo 227¹¹ da Lei nº 6.404, de 1976. Ademais, foram abordadas as consequências da incorporação, em especial a sucessão de algumas obrigações da pessoa jurídica extinta pela

⁹“Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.” (BRASIL, 2002).

¹⁰“Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio” (Brasil, 2002).

¹¹“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (Brasil, 1976).

incorporadora¹², merecendo destaque o seguinte trecho: “A operação não precisa, é claro, extirpar toda a estrutura econômica construída pela incorporada, sendo possível – e, na verdade, o mais comum – que a incorporadora aproveite em alguma medida o aparato criado pela outra sociedade” (Brasil, 2022, p.09).

Em sequência, ressaltou-se a distinção entre sanções criminais e obrigações civis, dando enfoque ao fato de que “a pretensão punitiva criminal não é uma obrigação, dela divergindo em suas fontes, estrutura e consequências”, passando a diferenciá-las nestas três searas (Brasil, 2022, p.10). Ao presente resumo, parece suficiente apenas a transcrição dos seguintes trechos:

Já a pretensão sancionatória deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta.

(...)

Todas essas diferenciações demonstram que não é possível enquadrar a pretensão punitiva da transmissibilidade regida pelos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976, o que nos traz a uma conclusão intermediária: não há, no regramento jurídico da incorporação, norma autorizadora da extensão da responsabilidade penal à incorporadora por ato praticado pela incorporada (Brasil, 2022, p. 11).

Assim, após reconhecer possível lacuna no ordenamento jurídico pátrio para tratar da responsabilidade penal da extinção da pessoa jurídica incorporada, o voto em comento indicou a aplicabilidade do princípio da intranscendência das penas, insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/1988, e recomendou a aplicação por analogia do artigo 107, inciso I, do CP, ao caso, culminando no reconhecimento da extinção da punibilidade do ente moral incorporado em razão da sua “morte” (Brasil, 2022, p.11-12). Outrossim, soa como relevante trazer os seguintes pontos a lume:

[...] A compreensão sistemática da norma constitucional [princípio da intranscendência das penas, artigo 5º, inciso XLV, CRFB] também aponta nessa direção: se o sistema criminal admite a punição de pessoas jurídicas, em que pesem as peculiaridades que derivam de ausência de um corpo físico, não pode o sistema valer-

¹²Neste sentido, figura como interessante ressaltar os entendimentos de que: “Do ponto de vista da incorporadora, a operação traduz um modo de concentração da atividade empresarial capaz de torná-la mais eficiente ou rentável, ao mesmo tempo em que acompanha a assunção de responsabilidade pelas obrigações da incorporada e atrai a observância de deveres na esfera concorrencial. Para os Sócios da incorporada, seus títulos do capital social convertem-se em quotas ou ações da incorporadora, a quem agora estarão atrelados seus investimentos. Credores, contratantes e contratados passam a ver na incorporadora sua nova contraparte negocial, e em seu patrimônio a garantia de eventuais obrigações ainda existentes. Todas essas relações, como se vê, são marcadas pela continuidade, havendo somente uma *alteração subjetiva* em alguma delas, com a sucessão da incorporada pela incorporadora” (Brasil, 2022, nota 3, p. 9) [sic]. “Com efeito, como se extrai dos sobreditos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976, a sucessão da incorporada pela incorporadora se opera quanto a direitos e obrigações, e mesmo assim somente para aqueles compatíveis com a natureza da incorporação, como aponta Botrel [...]” (Brasil, 2022, nota 3, p. 10).

se dessas mesmas peculiaridades como fundamento para restringir garantias penais cujo exercício pela pessoa jurídica é, na prática, possível.
[...] se o direito pátrio não vê, nas idiosincrasias da pessoa jurídica, um entrave para seu apenamento na esfera criminal, lhe faltaria coerência se pretendesse retirar da pessoa jurídica garantias processuais importantíssimas, exatamente por ser a pessoa jurídica, em vez de natural. A pessoa jurídica de fato não tem vida biológica, mas tem uma vida ideal; do mesmo modo, não há para ela morte biológica, mas somente uma morte ideal, técnica, pela extinção de sua personalidade jurídica (Brasil, 2022, p. 12).

A argumentação lastreadora do voto do Excelentíssimo Relator também mencionou a existência de lacuna legislativa na seara processual penal, uma vez que inexistiria instrumento apto à transferência da sujeição passiva da ação penal. Desta forma, não seria possível a aplicação, por analogia, dos dispositivos do Código de Processo Civil concernentes à sucessão de partes, pois estes foram pensados para relações patrimoniais significativamente diferentes da pretensão punitiva estatal (Brasil, 2022, p.13).

Por fim, tomou-se o cuidado de expressamente delimitar que o raciocínio desenvolvido somente se aplicaria para a impossibilidade de a incorporadora suceder a incorporada e responder à ação penal ainda em tramitação, fazendo ressalva expressa de sua não incidência para os casos em que há operação fraudulenta visando ilidir a responsabilidade penal da incorporada ou quando houver sentença condenatória transitada em julgado (Brasil, 2022, p.14). Em tais casos, é cogitada “a desconsideração da incorporação, ou mesmo da personalidade jurídica da incorporadora, a fim de manter viva a sociedade incorporada até que a pena seja cumprida” (Brasil, 2022, p.14).

Portanto, é possível entender que, em suma, o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Ribeiro Dantas, se lastreia: na compreensão analítica de delito nos moldes do funcionalismo teleológico e Claus Roxin¹³; na indicação de lacuna legislativa no tangente à responsabilização penal de pessoas jurídicas incorporadas – desde que não se trate de operação empresarial fraudulenta e ocorrida antes da prolação da sentença penal; na inaplicabilidade do regramento referente às obrigações civis à responsabilidade penal de pessoas jurídicas; na aplicação ao caso em análise, por força da analogia, do artigo 107, inciso I, do CP, acarretando em extinção da punibilidade do ente moral incorporado em razão da sua “morte”.

¹³ Outrossim, o aludido professor alemão entende que “a pretensão sancionatória deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta”, de maneira semelhante ao realizado por Claus Roxin ao expor os conceitos básicos do Direito Penal (Roxin, 1997, p. 193-195).

1.2 Voto-vogal do Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik

Bem como o Relator, o Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik iniciou o seu voto com a recapitulação do íterim processual (Brasil, 2002, nota 3, p.15-18). Adentrando ao mérito, de pronto fixou a celeuma como “a possibilidade de sucessão da responsabilidade penal da pessoa jurídica” (Brasil, 2002, p.18) e comentou sobre a escassez de debates acerca dos efeitos penais e processuais penais da extinção da pessoa jurídica no âmbito da dogmática nacional¹⁴

Em sequência, pedindo vênica para abrir divergência ao voto do Relator, passou a verter esforços argumentativos para firmar a impossibilidade de equiparação por analogia da incorporação de sociedades empresárias com a morte humana (BRASIL, 2022, p.18-19), destacando a principal característica desta, sua definitividade¹⁵. Nesta senda, valendo-se das lições de Bobbio sobre a integração normativa por meio da analogia¹⁶, o voto divergente firmou que esta requer identidade de características essenciais das situações em equiparação, bem como que entre a morte da pessoa natural e a morte da pessoa jurídica haveria apenas uma tênue semelhança, pois:

Como dito, na dimensão científica, a morte da pessoa natural resulta, inexoravelmente, no seu fim, inexistindo qualquer possibilidade de aproveitamento ou reaproveitamento corpóreo e psíquico tal como acontece na incorporação relativamente a ações, cotas e estabelecimento comercial.

Nesse modelo de reestruturação societária, ressalte-se bem, **uma concentração empresarial, a extinção da pessoa jurídica não representa, objetivamente, a sua morte, senão uma forma metamórfica, economicamente viável, de perpetuação de uma atividade com fins lucrativos.**

Mesmo quando absorvida, é de hialina clareza que a sociedade absorvida continua vivendo através da incorporadora. Evidente que há um objetivo em comum, representado pela união de esforços das sociedades, como medida salutar aos seus negócios.

Convenha-se que a incorporação significa a aglutinação de uma empresa em outra, da qual passa a fazer parte, ainda que perca a sua própria personalidade.

¹⁴ Neste ponto, soa como interessante colacionar a pontuação trazida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de que: “Diferentemente é a realidade de países como a Espanha, onde há maior aprofundamento do tema, devido, talvez, à expressa previsão da extinção da punibilidade do ente moral na hipótese prevista no seu artigo 130.2 do Código Penal espanhol” (Brasil, 2002, p.18).

¹⁵ A título de ilustração da exposição em comento, transcreve-se: “Portanto, apesar de serem muitas as formas pelas quais a pessoa humana pode morrer, irrefutável que só há uma forma de morte, que é o esvaimento completo da vida, distintamente do que ocorre em relação aos entes morais, que podem se extinguir pela dissolução e liquidação, por fusão ou incorporação. Característica fulcral da morte do ser humano é a definitividade. Com a passagem, o indivíduo não será capaz de praticar qualquer conduta, uma vez que os pressupostos essenciais da vida, corpo e mente, se divorciaram de forma peremptória” (Brasil, 2002, p. 19).

¹⁶ “[...] para fazer a atribuição ao caso não regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências” (Bobbio, 1995, *apud* Brasil, 2022, p. 20).

É, nas entrelinhas, a transposição completa de uma empresa para o seio da outra e não a sua aniquilação (Brasil, 2022, p. 20-21, grifos nossos).

Acentuando a diferenciação, destacou-se que a morte humana é crime, enquanto a incorporação de entes coletivos é negócio jurídico lícito, não coadunando com o sistema jurídico reputar a reorganização societária como um canibalismo corporativo para impregná-lo com a ordinária antijuridicidade do homicídio (Brasil, 2022, nota 3, p.23) Em igual forma, com fulcro na redação do artigo 1.122¹⁷ do CC e do artigo 232¹⁸ da Lei nº 6.404, de 1976, asseverou-se acerca da anulação do processo de incorporação de sociedades empresárias – a qual pode ser requerida judicialmente pelo credor prejudicado –, fator que a torna incomparável à morte humana. Destarte, foi concluído que:

Com efeito, a genérica assertiva de que a morte da pessoa jurídica equiparada à da pessoa física acarreta, por analogia, a extinção da punibilidade com esteio no artigo 107, I, do Código Penal, ignora tais vicissitudes e peculiaridades. Como gizado anteriormente, **não se trata de desprezar as semelhanças, mas de apontar as incongruências que distanciam uma e outra e impossibilitam, por conseguinte, a integração de normas.**

Nem sempre é possível encontrar uma norma aplicável ao caso concreto, devendo o juiz valer-se das fontes do Direito para, nos casos de lacunas da lei, realizar a integração normativa. Nenhum dos métodos, dentre eles a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, se impõe necessariamente sobre o outro. [...]

Conforme a lição de Bobbio, deve-se perquirir a *ratio* do caso regulamentado, porque nela repousam os motivos pelos quais lhe atribuiu a lei determinada consequência jurídica. E a extinção do processo ou da pena se devem ao fato de que a morte humana é um fenômeno pragmaticamente impeditivo, razão pela qual se interrompe a persecução penal ou a execução da pena, impedindo que seus efeitos se espraíem aos sucessores ou qualquer outro indivíduo que não tenha concorrido para a prática delitiva, corolário da vedação à transcendência da responsabilidade penal (Brasil, 2022, p. 22-23, grifos nossos).

Segundo o voto-vogal, reconhecer a extinção da punibilidade de pessoas jurídicas na forma do artigo 107, inciso I, do CP, equivaleria a conceder aos seus administradores a autonomia para dissolver a responsabilidade penal do ente moral mediante ato particular, elidindo assim a sanção penal (Brasil, 2022, nota 3, p.23). Ou seja, tal integração do ordenamento jurídico transformaria as incorporações, mesmo que lícitas, em obstáculo ao exercício do *ius puniendi*, “em assaz dissonância com a ordem jurídica” (Brasil, 2022, nota 3, p.23).

¹⁷Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles” (Brasil, 2022, nota 19).

¹⁸Art. 232. Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido” (Brasil, 2022, nota 21).

Assim, concluiu-se que “a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *suis generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade” (Brasil, 2022, nota 3, p.23), razão pela qual seria possível a transmissão das penas às incorporadoras, as quais deveriam se valer de mecanismos cautelares prévios – “a *due diligence* necessária” (Brasil, 2022, nota 3, p.23) – para tomar ciência e ponderar sobre os riscos inerentes à operação (Brasil, 2022, nota 3, p.23). Neste sentido, afirmou-se que tal compreensão coaduna com a própria essência da ficção que é a responsabilidade penal da pessoa jurídica, opção político-criminal atenta à função preventiva do Direito Penal e à criminalidade econômica¹⁹.

Em continuação, utilizando-se da doutrina nacional e da doutrina espanhola, o Excelentíssimo Ministro dissertou sobre a aplicação dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas (Brasil, 2022, p. 24-25), assentando que o fenômeno é indubitável²⁰, mas não se trata de mera transposição porque, “pura e simplesmente, certos primados e garantias materiais não se amoldam às pessoas coletivas, como ocorre com a personalidade absoluta das penas” (Brasil, 2022, nota 3, p. 25). De tal forma, esta diferenciação necessária às nuances dos entes morais deve ser óbice à aplicação indiscriminada do princípio da intranscendência, na forma originalmente concebido para pessoas naturais, às pessoas morais²¹ (Brasil, 2022, nota 3, p. 26).

Por fim, o voto-vogal excetuou que a única forma de extinção da pessoa jurídica que verdadeiramente se aproxima da *ratio* do artigo 107, inciso I, do CP, é a resultante da dissolução com liquidação, caso em que seria possível a aplicação do dispositivo. E, antes de se manifestar

¹⁹Para complementação da exposição, figura como interessante a transcrição do seguinte trecho do voto-vogal: “A cegueira deliberada não as escusará, consubstanciando fenômeno jurídico validamente balizado pelos dogmas pragmáticos da ficção jurídica, em si, que é a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por mais imaturo que o sistema penal e processual penal ainda possa ser na ordem jurídica nacional.

Não se pode olvidar que a justificativa deontológica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importada do tronco anglo-saxônico do Direito, está na elevação exponencial de complexidade das relações sociais, percebida a partir do Século XX, o que, por sua vez, propiciou a forja de novos modelos de criminalidade altamente sofisticados e perniciosos no universo empresarial.

Nesse contexto contemporâneo, permitir a extinção da punibilidade somente com a prova de uma eventual manobra de esquiva também fragiliza a função preventiva do direito penal, favorecendo e validando, à guisa de sucessões corporativas, prováveis mascaramentos ardilosos de condutas lesivas a um dos bens jurídicos mais caros e essenciais à humanidade: o meio ambiente” (Brasil, 2022, nota 3, p.23-24).

²⁰Soa como pertinente reproduzir a citação realizada no voto-vogal de Carlos Gómez-Jara Díez de que: “Dito de outra forma: ‘[...] las garantías procesales que asisten a las personas jurídicas en el proceso penal son exactamente las mismas que las de las personas físicas’” (Díez, 2017 *apud* Brasil, 2022, p. 25).

²¹ Neste sentido, colocou o Ministro redator do voto-vogal: “Apesar de não ser também no direito espanhol uma unanimidade, significa que: ‘Por un lado, la responsabilidad penal en casos de sucesión empresarial no es una transferencia de sanción y, en esta medida, no contraviene el principio de culpabilidad por el hecho propio y el de personalidad de las penas. Por otro lado, su fundamento no radica ni en un pretendido ilícito de la entidad originaria, ni en el acto posterior de reestructuración (fraudulenta). No es una regla de imputación o asignación de responsabilidad. Es una «no extinción de responsabilidad»: una perpetuación de responsabilidad, orientada a neutralizar la pervivencia de un estado de injusto previamente constituido. Se trata de un mecanismo de responsabilidad que convive junto al Derecho penal nuclear, pero que debe ser interpretado conforme a sus propios parámetros’” (Vives, 2022 *apud* Brasil, 2022, p.25).

pelo provimento ao recurso especial com a conseguinte reforma do acórdão proferido na origem, destacou que:

Hipoteticamente, remida de seus pecados mais vis, bem no seio da sociedade, a empresa poluidora poderá manter suas instalações, fábricas e atividades, operando, agora, com uma nova placa, estampada com sua metamórfica denominação. Conviverá, bem ao seu redor, com a mesma sociedade perplexa e impotente que testemunhou e suportou as atrozes agressões ao meio ambiente que a Carta Política professou preservar com seu instrumento mais contundente, a última *ratio* do Estado Democrático, o Direito Penal.

Enfim e ao cabo, **se hoje fosse concebível ao ser humano superar a morte ao depositar sua personalidade em algum dispositivo para futura realocação em outro corpo; ou incorporar sua personalidade à de outrem; quem sabe, até, cindir ou fundar personalidades; talvez nesse cenário hipotético, a lei explicitasse que para os casos de fusão e incorporação humanas não haveria extinção da punibilidade, porquanto não impediriam a continuação do processo [...]** (Brasil, 2022, p. 27-28, grifo nosso).

Ante o exposto, sinteticamente, é possível compreender que o voto-vogal fundou sua divergência na inaplicabilidade da analogia entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias como método de integração normativa no tangente às repercussões penais, pois são fatos ontologicamente diferentes, possuindo formas e repercussões diversas, como a reversibilidade da segunda. Tal impedimento também se lastrearia na impossibilidade da mera transposição dos primados e garantias materiais às pessoas jurídicas, ainda que estas sejam titulares de direitos fundamentais, posto que eles foram pensados à luz das particularidades de pessoas naturais e, em certos aspectos, se demonstram incongruentes com entes coletivos.

Interessante também destacar a pontuação realizada pelo Excelentíssimo Ministro de que a responsabilização penal de pessoas jurídicas é uma ficção anglo-saxônica do século XX, criada ante a necessidade de se prevenir e reprimir a criminalidade ligada ao desenvolvimento de atividades econômicas por meio de entes morais, especialmente as lesões ao meio ambiente. Assim sendo, não coadunaria com a finalidade do instituto a extinção da punibilidade por meio da equiparação da incorporação de sociedade empresária com a morte humana, visto que a permitir mediante a comprovação de um negócio jurídico fragilizaria a função preventiva do direito penal, favorecendo e validando cogitáveis dissimulações ardilosas de condutas lesivas a bens jurídicos (Brasil, 2022, nota 3, p.24).

1.3 Voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz

Após relatar sucintamente o processo em análise (Brasil, 2022, p.29-31), o voto fixou que a controvérsia: “[...] cinge-se à possibilidade de transmitir à empresa incorporadora a

responsabilidade penal decorrente de ato praticado pela pessoa jurídica incorporada ou de aplicar, analogicamente, o art. 107, 1, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade” (Brasil, 2022, p.31).

Adentrando ao mérito, o Excelentíssimo Senhor Ministro iniciou sua abordagem declarando que desconhece julgado de outro Tribunal que tenha aprofundado no tema de Direito Penal em debate, “o qual, na sua essência, tem a ver com a própria razão de ser e a origem histórica do princípio da pessoalidade da pena” (Brasil, 2022, p.32). De tal forma, após expor parte da sentença da Casa de Suplicação de Lisboa em desfavor de Tiradentes, comentou-se, com fundamento na obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, que o cambiamento das penas corpóreas para as penas restritivas de liberdade é marca da virada entre os séculos XVIII e XIX, sendo também característica do Iluminismo Penal o cerceamento da transposição da pena aos familiares do condenado (Brasil, 2022, p.32). Ainda, destacou-se que todas as Constituições brasileiras, à exceção da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, trouxeram em seu texto o princípio da impessoalidade da pena (Brasil, 2022, p.32-33).

Consequente, em semelhança ao Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik, o voto afirmou não haver completa identidade entre a morte humana e a morte de uma pessoa jurídica, reputando a segunda como fictícia, salvo na hipótese de falência, pois o ente moral deixaria de “existir somente naquela configuração original, mas, em virtude de mera operação societária, continua a atuar sob um novo formato, com um novo nome e eventualmente com uma nova diretoria” (Brasil, 2022, p.33), ou seja, “ela continua a existir como estrutura de prestação de serviços, de fornecimento de bens etc.” (Brasil, 2022, p.33).

Destarte, afastou-se a fraude como condição *sine qua non* da sucessão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dado que operações, como a incorporação, ainda que realizadas de forma lícita, podem traduzir verdadeiro subterfúgio da justiça penal, entendendo como “intuitiva e usual”²² a realização de auditorias para sopesar os riscos e benefícios de modificações societárias. Asseverou-se também acerca da aplicabilidade dos tradicionais princípios e garantias penais e processuais penais aos entes morais, o que “deve ser feito *cum grano salis*” (Brasil, 2022, p.34), tendo em vista a incompatibilidade de alguns institutos com a persecução penal em comento, *verbi gratia*, “**como impor certas medidas**

²²É intuitivo e usual que se proceda a uma avaliação por meio de auditoria para tomar ciência da integral situação da empresa e sopesar o que será benéfico e prejudicial à incorporação, circunstância que interfere, inclusive, no preço do negócio a ser realizado. **Em suma, a empresa incorporadora, ao decidir realizar tal operação, recebe os ônus e assume os bônus do negócio**” (Brasil, 2022, p. 33-34, grifo do autor).

cautelares a uma pessoa jurídica (prisão preventiva, proibição de comparecimento a determinados locais, monitoração eletrônica)?” (Brasil, 2022, p.34, grifo do autor).

Por fim, antes de votar pelo provimento do recurso especial a fim de cassar a declaração de extinção de punibilidade, o Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz ponderou:

Entendo, assim, que deve ser relativizada essa transposição *tout court* do Direito Penal tradicionalmente aplicado às pessoas humanas (físicas) para o Direito Penal aplicado às pessoas jurídicas, tal qual sugere o exemplo de que ora se cuida, em que não há identificação, segundo penso, da *ratio essendi* que justifica a incidência do princípio da responsabilidade penal na atividade punitiva estatal.

Não se trata, enfim, de punir outrem, mas apenas **modificar formalmente** a pessoa jurídica que verá se responsabilizar pelo crime perpetrado pela empresa condenada, a qual, por uma **deliberada e consciente decisão daquela, se houve por bem incorporar**” (Brasil, 2022, p. 34, grifo do autor).

Em síntese, pode-se dizer que o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz se baseou nas diferenças entre a morte humana e a “morte” de uma pessoa jurídica, reputando a segunda como ficção, planejável, evitável e superável, razão pela qual não seria possível a aplicação da analogia como método integrativo no caso sob julgamento. Ademais, desenvolvendo o raciocínio que culminou em tal compreensão, destacou-se que, na responsabilização penal da pessoa jurídica, a aplicação de garantias penais e processuais tipicamente utilizadas para pessoas naturais deve ser realizada “*cum grano salis*” (Brasil, 2022, p.34), à luz das peculiaridades daquela, não sendo possível a simples importação e a pura aplicação de institutos.

1.4 Voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

O Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, presidente do julgamento em razão da ausência justificada da Excelentíssima Senhora Ministra Laurita Vaz, proferiu voto de desempate e, após resumir o íterim do processo em análise (Brasil, 2022, p.36-38), iniciou a fundamentação com “breve reflexão acerca da responsabilidade penal ambiental e sua função punitiva” (Brasil, 2022, p.38). Esta consistiu na transcrição dos artigos

2^o²³ e 3^o²⁴ da Lei nº 9.605, de 1998, para firmar a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas e apontar que resta em aberto a questão posta nos autos ora analisados – a preservação da imputação da pena ante a dissolução, por incorporação, do ente coletivo (Brasil, 2022, p.38-39).

Consequente, após definir incorporação com fulcro na redação do artigo 1.116 do CC e do artigo 227 da Lei nº 6.404, de 1976, afirmou-se que sanções penais não equivalem às obrigações ou direitos, sendo intransmissíveis, pois, “por terem natureza sancionatória, representativa o *jus puniendi* do Estado, possuem assim natureza personalíssima [...]” (Brasil, 2022, p.39). Desta forma, a extinção do ente coletivo pela incorporação, salvo em caso de comprovada fraude, acarretaria extinção da punibilidade por situação análoga à morte da pessoa física, restando afetadas a persecução penal ou a execução da pena (Brasil, 2022, p.39-40).

Depois foi ressaltada a “distinção fundamental no que tange à responsabilidade civil ambiental, não aplicável à espécie” (Brasil, 2022, p.40), pontuando que, nela, “a sociedade incorporadora assume integralmente a obrigação de reparar ou indenizar os danos preexistentes causados pela sociedade extinta, sucedendo-a, sob tal aspecto, a título universal” (Brasil, 2022, p.40). Objetivando robustecer a exposição, colacionou-se parte do artigo “Sucessão de responsabilidade ambiental”, de autoria de Luciana Vianna Pereira e publicado na Revista de Direito Ambiental (2011), o qual opta-se por aqui não esmiuçar, em razão de o seu raciocínio ser idêntico ao já demonstrado no voto em exposição²⁵.

²³“Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

²⁴“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

²⁵A título de demonstração, transcreve-se o possível lastro central da linha de raciocínio em comento:

“No nosso entendimento, como já exposto no item 2.1.3, o conceito de passivo ambiental não é de todo relevante para a definição de sucessão da responsabilidade ambiental, em suas três esferas. As sanções, que não têm natureza de direito ou obrigação, nem decorrerem de negócio jurídico, embora possam ter seus custos equivalentes registrados contabilmente como passivos, não serão transmissíveis à nova sociedade. Por terem natureza sancionatória, representativa do *jus puniendi* do Estado, tem assim natureza personalíssima, nos termos da lei penal e da lei administrativa, não comportando transmissão a terceiros, ao que se equipara à nova sociedade, resultante da fusão ou incorporação.

No que diz respeito à responsabilidade penal ambiental, na medida em que ocorre a 'morte' das sociedades fusionadas e daquela que foi incorporada, extingue-se a punibilidade. Santiago, quanto à incorporação, entende que 'sendo a sociedade que cometeu a infração penal, a que foi incorporada, será inviável prosseguir na persecução penal ou na execução da pena, pois essa pessoa jurídica estará extinta'. Prossegue o autor tratando da sociedade incorporadora, para afirmar que a imputação do delito permanecerá possível, tendo em vista, que ao contrário da incorporada, esta não foi extinta.

A responsabilidade penal não é e nem pode ser considerada direito ou obrigação e que, segundo preceito fundamental inscrito no art. 5.º, XLV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Assim, uma vez que a sociedade deixa de existir, a situação é análoga à morte da pessoa física, e, portanto, a pena aplicada ou a ser aplicada não poderá ser transmitida à sociedade sobrevivente. Assim, exceto se comprovada fraude, caso em que há de se reconhecer o

Antes de acompanhar o relator e negar provimento ao recurso especial, o Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca firmou:

Por fim, pontuo que em trinta anos de magistratura, **jamais vi substituição de parte no processo penal**. Isto é simplesmente impossível. Agride, *data venia*, a dogmática penal. Não posso conceber a transposição de conceitos do Direito Privado para um ramo jurídico que encontra arcabouço dogmático de índole constitucional e é a *ultima ratio* (Brasil, 2022, p. 42, grifo do autor).

Desta feita, em suma, o fundamento do voto de desempate perpassou pela diferenciação entre obrigações civis e sanções penais, firmando que as primeiras, consonante comando legal, são transmissíveis via incorporação de sociedade empresária, enquanto a segunda, por seu caráter personalíssimo, não. Assim, conseqüentemente, salvo a existência de fraude, o aludido pensamento conduz à extinção da punibilidade em razão de situação análoga à morte da pessoa física. Interessante também destacar a afirmação do Excelentíssimo Senhor Ministro de que “jamais viu substituição de parte no processo penal” (Brasil, 2022, p.42), fato impossível por agredir a dogmática penal, não sendo concebível “a transposição de conceitos do Direito Privado para um ramo jurídico que encontra arcabouço dogmático de índole constitucional e é a *ultima ratio*” (Brasil, 2022, p.42).

2 ANÁLISE DAS FUNDAMENTAÇÕES DOS VOTOS DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 – PR (2021/0379224-3)

Feita uma breve e não exauriente, mas, para este trabalho, suficiente, exposição da fundamentação dos votos do REsp nº 1.977.172 – PR, interessante se faz analisar os argumentos versados pelos Excelentíssimos Senhores Ministros. Adianta-se que, de nenhuma forma, pretende-se esgotar o assunto ou firmar, peremptoriamente, uma posição, objetivando-se, em verdade, fomentar e acrescer o debate doutrinário acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para além do caso em estudo, também soa como proveitoso aproveitar o ensejo para tecer breves comentários sobre alguns pontos da responsabilização penal de entes coletivos, especialmente no concernente às cogitáveis insuficiências do estado da técnica criminal para concretizá-la de forma sistemática e filosoficamente congruente.

cometimento de tipo penal diverso do tipo ambiental que o precede, a sociedade sobrevivente da operação não pode ser chamada a responder criminalmente ou cumprir a pena imposta à sociedade extinta. A ação penal, no caso, prosseguirá contra a(s) pessoa(s) física(s), tendo em vista que segundo a jurisprudência, a imputação conjunta é obrigatória, mas deverá ser extinta quanto à pessoa jurídica incorporada ou fusionada” (Pereira, 2011, p. 57-114 *apud* Brasil, 2022, p. 41, grifos retirados).

2.1 Sucintos comentários acerca dos votos do Recurso Especial nº 1.977.172 – PR (2021/0379224-3)

Adentrando os possíveis erros, acertos e contradições das argumentações veiculadas pelos votos acima resumidos, opta-se por primeiro mencionar os que se posicionaram pelo indeferimento do recurso – compreendendo pelo cabimento da integração do ordenamento jurídico via analogia por meio da aplicação do artigo 107, inciso I, do CP, para casos de incorporação de pessoas jurídicas – e, após, os favoráveis ao recorrente. Antes, pedem-se as máximas vênias e alerta-se que as pontuações a seguir tem o fim único de fomentar o debate jurídico, bem como de incentivar e contribuir com o desenvolvimento da dogmática penal nacional.

No voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Ribeiro Dantas, dentre outros pontos, chama atenção a ponderação acerca da pretensão sancionatória, a qual “deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta” (Brasil, 2022, p.11). Tal conceituação é divergente da compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF – no Recurso Extraordinário – RE – nº 548.181 – PR, de que, no Brasil, vige a autorresponsabilização²⁶ das pessoas jurídicas, modelo que, por sua vez, em contraposição à chamada heterorresponsabilidade, possibilita a responsabilização penal de entes morais por fatores que somente a eles dizem respeito – de forma autônoma, independentemente da transferência de responsabilidade individual da pessoa natural que age em nome do ente coletivo (Souza, 2021, p.212).

Ademais, a definição veiculada no voto do Excelentíssimo Relator em muito se aproxima da concepção analítica de crime erigida por Claus Roxin (1997, p. 193-195), em especial por mencionar expressamente a punibilidade como componente do delito e requisito de existência da pretensão sancionatória. Neste diapasão, surge outra possível incongruência com o sistema de responsabilização penal de entes coletivos, pois o funcionalismo teleológico, na forma estruturada pelo aludido professor alemão, alicerça o conceito de ação penalmente relevante na manifestação da personalidade humana, tomando o ser humano como centro

²⁶ Em suma, o modelo de autorresponsabilidade visa à responsabilização penal da pessoa jurídica de forma autônoma, independentemente da transferência de responsabilidade individual da pessoa natural que age em nome do ente coletivo (Souza, 2021, p. 211-212).

anímico espiritual da ação e, conseqüentemente, o único capaz de praticá-la para fins penais²⁷(Souza, 2021, p.245).

Mesmo que soe como acertada a indicação de lacuna legislativa no tangente às conseqüências da incorporação de sociedades empresárias sobre a responsabilização penal do ente coletivo incorporado, a sugestão da pura e simples aplicação do princípio da intranscendência das penas e do artigo 107, inciso I, do CP, via integração por analogia não parece ser a melhor solução técnica para questão. Isto porque, como apontado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik em seu voto – à frente melhor abordado –, não há um verdadeiro paralelismo entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias, o que obstaria o referido suprimento de falta legislativa.

Outrossim, parte da doutrina penal, para quem o artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/1988, traria o princípio da personalidade ou da imputação pessoal, compreende pela inaplicabilidade de tal princípio às pessoas jurídicas, pois estas sequer seriam penalmente imputáveis. Em exemplificação, transcreve-se parte do entendimento de Alessandro Baratta:

a) Princípio da imputação pessoal ou princípio da personalidade. A pena pode ser aplicada somente à pessoa ou às pessoas físicas autoras da ação delitiva. O princípio da personalidade exclui toda forma de responsabilidade objetiva, ou pelo fato de outro, e, por isso, a aplicação de sanções penais por violações aos direitos humanos que não podem ser reconduzidos mediante uma relação causal direta ao comportamento de pessoas físicas. Dali derivam limites rigorosos para a conformação de figuras penais de perigo abstrato (G. Fiandaca, 1984). **O princípio da imputação pessoal se refere a pessoas físicas e exclui, por isso mesmo, toda forma de responsabilidade de pessoas jurídicas e de entes morais.** Poder-se-ia objetar que impondo esse limite ao sistema penal, renuncia-se à defesa diante das violações – inclusive graves – dos direitos humanos, que derivam de ações de complexos organizados, como, por exemplo, sociedades ou empresas, nas quais resulta difícil localizar os responsáveis individuais, enquanto que, ainda quando isso fosse possível, os verdadeiros beneficiários do lucro da atividade delitiva permaneceriam fora da ação repressiva.

Não obstante, um argumento desse tipo, em lugar de ser invocado para estender a responsabilidade penal a pessoas jurídicas, pode ser melhor utilizado para indicar os limites estruturais do sistema penal par enfrentar algumas das situações socialmente mais negativas. Se se renuncia ao mito da onipotência do sistema penal e à tentação de superar os limites tradicionais que se lhe impõe um Estado de Direito, poder-se-á enfrentar com maior realismo o problema das

²⁷ Acerca dos cogitáveis limites da aplicação do funcionalismo teleológico de Roxin para a criminalidade envolvendo entes morais, soa interessante pontuar que ele, diferentemente do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha), não admite a aplicação da autoria mediata pelo domínio da organização no âmbito empresarial. Neste sentido, sobre a necessidade de se penalizar a pessoa jurídica, José Maria de Castro Panoeiro destaca que: “[...] o cometimento de crimes em benefício da pessoa jurídica não vê na punição de empregados e dirigentes, necessariamente, fator de intimidação, na medida em que tais pessoas podem ser facilmente substituídas no mercado. Assim, embora determinada pessoa não possa se beneficiar de sucessivas reparações do dano, a substituição dos autores (pessoas naturais) dos delitos, abriria espaço a que a pessoa jurídica fizesse ineficaz a sanção penal. Esta segunda ponderação reforça a necessidade de se discutir a responsabilidade penal da pessoa jurídica” (Panoeiro, 2014, p. 132).

violações dos direitos humanos que derivam da ação de grandes complexos organizados, por meio de sanções e desincentivos, que mais além do sistema das penas pessoais e com maior eficácia, podem golpear a organização em seu núcleo essencial, ou seja, em sua liberdade de operação e em seu patrimônio (Baratta, 1987, grifo nosso).

O pensamento do ilustre professor italiano encontra diversos adeptos, como Juarez Cirino dos Santos²⁸ no Brasil, e variações ao redor do mundo, em exemplo, a Escola de Frankfurt, os quais militam por um “direito penal mínimo”, referindo-se, entre outras ideais, à retomada do direito penal da ilustração²⁹. Sem embargos de maiores aprofundamentos em outros escritos³⁰, no tangente à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, para o presente trabalho figura como suficiente a sucinta exposição de parte da intelecção de Fernando Galvão, para quem este embate já foi exaurido com a publicação da Constituição da República de 1988 e “feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário à realização da vontade do legislador” (Galvão, 2017, p.24). Também é preciso ter em mente que as garantias clássicas do Direito Penal foram estruturadas há quase 300 anos, no chamado período da ilustração, e tomaram apenas o ser humano como centro anímico do Direito Penal, sem refletir sobre sua aplicação aos entes morais, sendo plausível a ocorrência de diversas incompatibilidades ou adaptações na sua hodierna efetivação.

Portanto, não parece correta a simples aplicação do artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/1988, sem qualquer adaptação, às pessoas jurídicas³¹, haja vista as particularidades destas, como, *verbi gratia*, a anulabilidade da operação de incorporação – o que, até o momento, é impossível em se tratando da morte humana. Assim, como bem pontuado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik em seu voto, “a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *sui generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade” (Brasil, 2022, p.23).

Ainda sobre a analogia que conduziu o voto vencedor no REsp nº 1.977.172 – PR, pode-se compreender pela existência de certa incongruência no tangente à sua realização e à

²⁸Neste sentido, o referido autor parafraseia o trecho da obra de Alessandro Baratta transcrito e, após mencioná-lo em nota de rodapé, afirma que o princípio da responsabilidade penal pessoal “limita a responsabilidade penal aos seres humanos de carne e osso, com exclusão conceitual da pessoa jurídica, incapaz de culpabilidade [...]” (Santos, 2012, p. 31).

²⁹Tal proposta, no entendimento de Jesús-María Silva Sánchez, seria não só anacrônica, como também ucrônica, pois os ideais liberais, aos quais a Escola de Frankfurt propõe o retorno, nunca existiram na prática. (Silva Sánchez, 2013, p. 177-178).

³⁰Como os iniciados em: FERREIRA, Humberto Tostes. Samarco Mineração S/A e a necessidade de se repensar a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. *In*: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria. **Criminalidade econômica e empresarial**: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2022, p. 449-465.

³¹Como sustentando pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Relator no REsp nº 1.977.172 – PR (Brasil, 2022, nota 3, p. 12).

ressalva expressa concernente às possíveis fraudes em operações societárias fraudulentas como forma de ilidir a responsabilidade penal da incorporada, isto porque tal hipótese aparta a morte humana e a incorporação de entes morais para, plausivelmente, descaracterizar a suposta semelhança entre elas – a qual daria azo à aplicação do mesmo direito. A irreversibilidade é marca ainda indelével da morte humana³² e um dos arrimos da intranscendência da pena, traço que inexistente nas operações societárias de modificação da personalidade jurídica, passíveis até mesmo de anulação por credores – na forma do artigo 232 da Lei nº 6.404, de 1976 – ou de ser simulada, como comentado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Ribeiro Dantas.

Neste sentido, o ordenamento jurídico nacional permite que uma pessoa jurídica – uma construção técnica do Direito, vale lembrar –, por meio de operações tipicamente societárias, se extinga sem que seu estabelecimento – aqui no sentido técnico do Direito Empresarial – sofra uma vírgula de alteração para além do ente moral empresário, permanecendo intocáveis todos os fatores organizados para produção – bens, mão de obra, aviamento etc. – e até mesmo as pessoas naturais que efetivamente controlam e lucram com a sociedade empresária. Aliás, o próprio voto do Excelentíssimo Ministro Relator, de certa forma, reforçou a possibilidade em comento, pontuando que tal aproveitamento da estrutura criada pela incorporada é o mais comum³³. Disto isto, remonta-se ao bardo e indaga-se: “O que há num nome? O que chamamos rosa teria o mesmo cheiro com outro nome” (Shakespeare, 2011).

Finalizando os breves comentários ao voto do Excelentíssimo Relator, cumpre ainda ressaltar uma cogitável inconsistência na afirmação da inaplicabilidade das disposições do Código de Processo Civil relativas à sucessão das partes ao processo penal, isto porque elas foram “pensadas para relações patrimoniais bastante diversas da pretensão punitiva estatal [...]” (BRASIL, op. cit., nota 3, p. 13). A alegada incompatibilidade germinal também pode ser suscitada para o princípio da intranscendência das penas, pois não há uma verdadeira equivalência entre a morte humana e a criação técnico-jurídica que é a extinção de uma pessoa jurídica – que, por diversas formas, pode continuar o efetivo desempenho da empresa, no sentido técnico do Direito Empresarial, em idênticos moldes, somente alterando a sociedade empresária.

³²Ilustrando a fatalidade e a inevitabilidade da morte para os seres humanos, o Excelentíssimo Senhor Ministro Ribeiro Dantas transcreveu o seguinte trecho de *O auto da Compadecida*, de Ariano Suassuna: “Cumpriu sua sentença e encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca de nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo o que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo o que é vivo morre” (Suassuna, 2018 *apud* Brasil, 2022, p.12).

³³“A operação não precisa, é claro, extirpar toda a estrutura econômica construída pela incorporada, sendo possível – e, na verdade, o mais comum – que a incorporadora aproveite em alguma medida o aparato criado pela outra sociedade” (Brasil, 2022, nota 3, p. 9).

Quanto ao voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, chama atenção sua timidez em adentrar o tema do ponto de vista da dogmática penal, visto que os seus maiores esforços foram vertidos para sobrelevar as diferenças entre obrigações civis e sanções penais – em especial o caráter personalíssimo destas – e a consequente inaplicabilidade da sistemática legal de sucessão das primeiras às segundas. Pouco é efetivamente dito sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas, sua origem, razão de ser ou acerca das formas de concretizá-la, limitando-se o voto a firmar razões semelhantes ao do Relator para aplicação via analogia do artigo 107, inciso I, do CP, ao caso em apreço.

Por sua vez, pode-se compreender que o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik se centrou na diferenciação entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias, trazendo interessantes ponderações e robustos elementos de convicção a respeito da impraticabilidade da integração normativa via analogia como realizado pelo Ministro Relator. Merece sobrelevo a principal diferença entre as aludidas situações, qual seja, sua definitividade, uma vez que, diferentemente da morte humana, operações societárias podem ser revertidas, moldadas, anuladas, planejadas etc., frequentemente ao bel-prazer dos envolvidos – e a extinção da punibilidade do ente moral em razão de tais negócios jurídicos, em último caso, poderia equivaler à concessão aos administradores de poderes para dissolver a responsabilidade penal da pessoa jurídica mediante ato particular (Brasil, 2022, p. 23).

Também cumpre destacar o aparente acerto na explanação sobre as peculiaridades da responsabilização penal de entes coletivos e acerca da necessidade de se atentar a tais particulares no quando da aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no relacionado à opção político-criminal de combate à criminalidade econômica e à função preventiva do Direito Penal. Razões pelas quais se concluiu que “a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *sui generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade” (Brasil, 2022, p. 23).

Outrossim, em adendo acerca das escolhas estatais no âmbito das persecuções penais, interessante mencionar a compreensão de Luis Gracia Martín de que o Direito Penal liberal, o dito Direito Penal da Ilustração, nunca existiu na prática como um ideário de liberdade e de proteção do cidadão ante o Estado e, em verdade, sua estruturação se deu como um mecanismo para a exclusão da criminalidade relacionada às classes mais abastadas do escopo da repressão, acarretando uma histórica predileção político-criminal pela delinquência oriunda dos estratos inferiores da sociedade (Gracia Martín, 2005, p. 130). Considerando que a maior parte das atividades econômicas se dão por meio de pessoas jurídicas, é de se cogitar que a aludida leniência também influencie a academia ao estruturar os seus dogmas e estudos sobre a

responsabilização criminal de entes coletivos – inclusive na forma de rechaçamento, ostracismo ou não desenvolvimento.

Finalizando estes breves apontamentos do voto-vogal, parece pertinente destacar a interessante conclusão trazida a partir da citação de artigo de Bruno Salles Ribeiro, segundo a qual, se hoje fosse concebível ao ser humano burlar a morte e de alguma forma perpetuar sua existência em outro corpo ou por meio de dispositivos – à semelhança do que é possível para pessoas jurídicas –, provavelmente a lei não extinguiria a punibilidade do agente ou a ação penal na forma do artigo 107, inciso I, do CP (Brasil, 2022, nota 3, p.27-28).

Em relação ao voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz, de pronto, soa como pertinente destacar a sua afirmação de desconhecer julgado de outro Tribunal que tenha aprofundado no tema de Direito Penal em debate (BRASIL, 2022, nota 3, p.32). Ao que parece, o douto julgador traz a lume sintoma da cogitável precariedade do desenvolvimento acadêmico, bem como da novidade do tema na seara jurisdicional, o que pode indicar a necessidade de maiores holofotes para a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil – em especial, pelas lacunas teóricas à frente melhor explicitadas.

Para além da exposição histórico-evolutiva da pena (Brasil, 2022, p.32-33) e da adoção de fundamentos similares aos suscitados pelo voto-vogal (Brasil, 2022, p.33-34) – *verbie gratia*, a inaplicabilidade da analogia como método de integração do ordenamento jurídico em razão da morte humana não se compara à incorporação de sociedades empresárias e a possibilidade de se utilizar operações societárias, ainda que lícitas, como subterfúgio para responsabilização penal –, cumpre também realçar a compreensão de que os tradicionais princípios e garantias penais devem ser aplicados aos entes morais *cum grano salis* (Brasil, 2022, p.24). Isto porque, como pondera o Excelentíssimo Ministro, a transposição de garantias penais aos entes morais e a utilização de princípios via analogia na persecução penal devem também atentar à *ratio essendi* do mecanismo jurídico em aplicação (Brasil, 2022, p.24). Neste diapasão, também é necessário ter em mente que a responsabilização criminal de entes coletivos é importada do direito anglo-saxônico, onde foi criada em atenção à exponencial complexidade das relações sociais a partir do século XX, possibilitando a elaboração de novos modelos de criminalidade sofisticados e perniciosos no universo empresarial (Brasil, 2022, p.24).

Assim, como evidenciado nestes rápidos comentários aos votos dos Excelentíssimos Senhores Ministros, compreende-se aqui que melhor razão assiste ao voto-vogal e à divergência por ele aberta. Ademais, cumpre enfatizar que o principal objetivo deste trabalho é expor possíveis lacunas ou deficiências na dogmática penal como forma de fomentar o debate acadêmico, o que se passa a fazer adiante.

2.2 Explicando partículas subatômicas com a física newtoniana

Como supramencionado, parece acertada a pontuação de Fernando Galvão (2017, p. 24) de que, em 1998, o constituinte firmou a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, não cabendo à dogmática penal discutir tal opção política, mas desenvolver meios técnicos para concretizá-la³⁴. Da análise dos votos do REsp nº 1.977.172 – PR é possível compreender que, hoje, inexistente consenso acerca da forma que deva ocorrer a persecução penal de entes morais, versando os julgadores entendimentos que vão da simples transposição dos tradicionais institutos dogmáticos às concepções que pregam por adaptá-los à luz das particularidades dos entes morais.

Esta multiplicidade de entendimentos e a ausência de um crivo amplamente majoritário³⁵ para aplicação de institutos e garantias em processos judiciais existe com ainda mais intensidade no âmbito dogmático. Em exemplificação cita-se a questão atinente à culpabilidade da pessoa jurídica, tema com propostas de estruturação que vão desde a negativa da existência de culpabilidade para o ente moral, lastreando a punição deles diversamente da maneira realizada tradicionalmente na teoria do delito – como no pensamento do Bernd Schünemann (*apud* Barbosa, 2014, p.106-107) – até concepções de que as pessoas coletivas são um sistema autopoietico social – uma realidade autofundante e autojustificante em si – e, assim, plenamente capazes de possuir uma vontade de agir autônoma, que, necessariamente, deve pautar-se na fidelidade ao Direito – como no pensamento do Carlos Gómez-Jara Díez (*apud* Barbosa, 2014, p.137-141).

Nesta toada, parece válido transcrever parte do entendimento de Gracia Martín, o qual, remontando aos escritos de Bernd Schünemann, alerta:

Enquanto os enfoques do bem jurídico e da realização do fato em conexão com uma atividade econômica mostram o Direito penal econômico e ambiental sobretudo como um setor individualizado da Parte Especial, do ponto de vista da empresa ou do exercício da atividade empresarial destacam-se de um modo especialmente acentuado os aspectos que concernem fundamentalmente à problemática da imputação jurídico-penal, e, por conseguinte, à Parte Geral. **O moderno Direito penal da empresa propõe, sem dúvida, à Ciência penal do presente um de seus desafios mais importantes. Além das questões político-criminais que suscita no âmbito da Parte Especial, os problemas que origina no plano da imputação constituem sobretudo um duro teste para a validade de uma teoria geral da responsabilidade penal (sc.**

³⁴Como comentado por Tiedmann, a responsabilização criminal de pessoas jurídicas é tendência ao redor do globo e recomendada por organismos e instrumentos internacionais, como a União Europeia e a Carta da Organização das Nações Unidas contra a corrupção – não sendo, portanto, a escolha político-criminal do Constituinte em 1988 isolada. Ademais, a escolha de responsabilizar criminalmente entes coletivos é realizada de forma equívoca, existindo diversos modos e graus de realizá-la nas diferentes tradições jurídicas (Tiedemann, 2007, p. 91-92).

³⁵Vide o fato de o julgamento do referido REsp ter sido desempatado pelo voto do, na ocasião, Excelentíssimo Presidente da Terceira Seção do STJ.

do delito) que, como aquela vigente até agora, foi construída sobre a base de um modelo de criminalidade violenta e individual. Esta última tem muito pouco em comum com o modelo da nova criminalidade econômico-empresarial, pois esta se desenvolve em contextos de uma atividade coletiva realizada por uma pluralidade de sujeitos que atuam de acordo com o princípio da divisão de trabalho e de funções e em posições de superioridade e de subordinação hierárquica. **Por isso, a necessidade de fazer frente a este tipo de criminalidade valendo-se do Direito penal colocou em xeque quase todos os instrumentos dogmáticos tradicionais e, evidentemente, converteu já em obsoleta a Parte Geral tradicional de nossa disciplina na medida em que os conceitos e estruturas desenvolvidos pela mesma só se projetam em capos da realidade social muito reduzido e, por isso mesmo, não pode em princípio oferecer nenhuma resposta segura aos problemas de imputação que sugere o Direito penal moderno em geral, e o Direito Penal da empresa em especial, como uma de suas mais destacadas expressões** (Gracia Martín, 2005, p. 64-65, grifos nossos).

Assim sendo³⁶, ao se aplicarem institutos tradicionais do Direito Penal – mesmo os denominados como garantias – às pessoas jurídicas, parece fulcral ter-se em mente os contextos e as finalidades para as quais eles foram estruturados, além das peculiaridades dos entes morais e eventuais incompatibilidades com a essência destes. Outrossim, pode-se citar o conceito de ação penalmente relevante para as teorias finalistas de Welzel (*apud* Silva, 2019, p. 62) e funcionalistas de Claus Roxin (2017, p. 245) – este acima já explicitado –, que tomam como ponto de partida a compreensão de que somente o ser humano – em carne e osso – é capaz de ações para o Direito Penal, o que, obviamente, torna tais concepções aparentemente incompatíveis com o modelo de autorresponsabilização³⁷ dos entes morais – adotado pelo STF no citado RE nº 548.181 – PR.

³⁶A título de complementação, cabe colacionar o trecho em que Gracia Martín explicita sua compreensão sobre Direito Penal da empresa: “[...] Hoje, o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos – v. gr., a livre concorrência – e ambientais, mas também sobre todas as outras de distinta natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de uma atividade econômica empresarial como acontece por exemplo, com a vida e a saúde dos consumidores no caso da comercialização de produtos perigosos, ou com as dos trabalhadores que realizam sua atividade laboral para uma empresa. Esta circunstância, porém, deixa agora claro que, na realidade, autor típico dos delitos econômicos e ambientais é, na maior parte dos casos, um empresário. Por isso, a partir dessa importante e transcendente perspectiva, deve-se reconhecer que o Direito penal econômico e do meio ambiente, em realidade, tem que ser configurado e compreendido em sua maior parte também como Direito Penal da empresa” (Gracia Martín, 2005, p. 62-63).

³⁷Aliás, a forma de concretização da autorresponsabilização de pessoas jurídicas é tema equívoco na dogmática penal e, nas palavras de Artur Gueiros, “também contempla ramificações, podendo-se destacar as seguintes: (1) teoria do defeito da organização; e (2) teoria do ato de conexão. Com relação a primeira, cuidaria de aporte teórico desenvolvido por Klaus Tiedemann, no sentido de que o desvio organizacional constitui o fundamento e legitimação da sua responsabilidade penal. Consequentemente, para esse modelo, se não houver nenhum desarranjo interno, a pessoa jurídica carecerá de responsabilidade, ainda que algum dos seus integrantes venha a praticar um ilícito. Com relação à segunda orientação, Fernando Galvão informa que o referencial argumentativo do ato de conexão se traduziria no ato realizado materialmente pela pessoa física que expressaria a atuação do ente moral, estabelecendo-se, assim, um nexó qualificado entre o fato e a pessoa jurídica. Por sua vez, Arguilera Gordillo sustenta que através do pressuposto normativo do ato de conexão haveria o impedimento da mera transferência do ilícito decorrente do atuar do indivíduo para a pessoa jurídica” (Souza, 2021, p. 213).

Ao que tudo indica, no caso concreto apreciado pelo STJ no REsp nº 1.977.172 – PR exsurgiu outra plausível incompatibilidade da dogmática penal estruturada para os seres humanos – com a criminalidade violenta e individual em mente, conforme os apontamentos de Gracia Martín (2005, p. 64-65) – com o fenômeno criminal oriundo de pessoas jurídicas, qual seja, a possibilidade de extinção da sua punibilidade, na forma do artigo 107, inciso I, do CP, ante a extinção do ente moral por sua incorporação. De semelhante maneira, como apontado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, parece que a incongruência em comento advém da falsa equiparação da morte humana à extinção das pessoas jurídicas, especialmente em se tratando de incorporação empresarial, pois ao contrário da primeira, a segunda não é irreversível e, ao se adotar a compreensão vencedora no citado julgamento, ainda que sem configurar nenhum ilícito, operações empresariais podem ser estruturadas e utilizadas de forma torpe, como subterfúgio à responsabilização penal³⁸.

Imagine que, em semelhante maneira ao caso analisado pelo STJ, uma pessoa jurídica para a qual se imputam crimes ambientais da Lei nº 9.605, de 1998, é incorporada por outra. Segundo o entendimento adotado pela Corte Superior no REsp nº 1.977.172 – PR e pelo artigo 227, §3º, da Lei nº 6.404, de 1976, a extinção da incorporadora e, conseqüentemente, da pretensão punitiva estatal – na forma do artigo 107, inciso I, do CP – ocorreria com a aprovação da assembleia-geral do laudo de avaliação e do negócio jurídico tipicamente empresarial.

Agora suponha que esta operação societária seja questionada por credores prejudicados na forma do artigo 232 da Lei nº 6.404, de 1976, dando ensejo, pela via judicial, à reversão desta situação com a imposição da retomada ao *status quo ante*. Neste caso, também retornaria a higidez da persecução penal pelos crimes ambientais? É possível uma extinção da punibilidade condicionada ao decurso *in albis* do prazo decadencial do artigo 232 da Lei nº 6.404, de 1976? Como ficaria a persecução penal – inclusos os prazos prescricionais – ou o processo penal no ínterim da impugnação do credor até a decisão final, a qual pode demorar anos, décadas, no juízo cível sobre a operação?

³⁸ Em complemento à suscitada possibilidade de utilização de manobras lícitas como subterfúgio da responsabilização penal, soa como pertinente colacionar breves comentários de Gracia Martín acerca da criminalidade da classe social dominante: “uma criminalidade que, não apenas está excluída do discurso da criminalidade, mas que consiste em práticas que o discurso jurídico formal dota e reveste com muita frequência de toda a roupagem formal dos direitos subjetivos juridicamente garantidos e, com isso, do atributo da licitude formal, mas que, todavia, e ‘paradoxalmente’, é a portadora de uma danosidade social exponencial e de magnitudes cósmicas, até o ponto de que em uma comparação entre ela e a criminalidade tradicional das classes sociais baixas contra o patrimônio só pode resultar que esta última não pode assumir outra conotação senão a da insignificância e da bagatela” (Gracia Martín, 2005, p. 117).

Tais indagações guardam aparente paralelismo com a metáfora do gato de Schrödinger³⁹, uma vez que, até a ocorrência de um termo ou de eventos tais, pode-se compreender que, a depender do aspecto que se indaga, a pessoa jurídica incorporada estará “viva” e “morta” simultaneamente – e, conseqüentemente, igual lógica assistirá à sua punibilidade. No caso em hipótese, este “Direito Penal da incerteza” ainda traz outro traço preocupante, a possibilidade de a persecução penal estatal estar condicionada à vontade particular, no caso, ao direito potestativo do credor prejudicado em anular a operação de incorporação, bem como ao sucesso desta demanda.

Ainda em analogia com a física moderna, de igual forma que não se aplica a física newtoniana no estudo de partículas subatômicas, não parece correto que o Direito Penal – ao menos não para aquele que busca a alcunha de moderno⁴⁰ – se valha, plena e acriticamente, de dogmas pensados no período da Ilustração para fenômenos criminais hodiernos – por mais importantes que tais pressupostos foram e são. Ao que parece, os fenômenos criminais oriundos de pessoas jurídicas exigem da dogmática penal uma reinvenção semelhante à que o princípio da incerteza⁴¹ gerou na física ao criar a mecânica quântica, pois as características e a

³⁹“O Gato de Schrödinger é uma experiência mental, frequentemente descrita como um paradoxo, desenvolvida pelo físico austríaco Erwin Schrödinger, em 1935. A experiência procura ilustrar a interpretação de Copenhague da mecânica quântica, imaginando-a aplicada a objetos do dia a dia. No exemplo, há um gato encerrado em uma caixa, de forma a não estar apenas vivo ou apenas morto, mas sim em uma sobreposição desses dois estados. Por sua vida supostamente atrelar-se a um evento aleatório — usualmente o decaimento radioativo — Schrödinger interpreta que um gato ‘vivomorto’ surgiria como reflexo de um estado físico atípico ao senso comum, mas presente em sistemas quânticos: um estado de superposição ou emaranhamento quânticos. Em termos técnicos, o estado ‘vivomorto’ (claramente distinto do estado vivo, distinto do estado morto), compõe-se pela soma desses dois estados e constitui de fato, a situação do gato no experimento, ao menos enquanto o sistema permanecer fechado, sem ser observado. Porém, um cuidado é necessário na interpretação da superposição de estados: não significa que ambos são válidos ao mesmo tempo” (Gato..., [2015]).

⁴⁰“[...] para que algo mereça o qualificativo de ‘moderno’ deverão estar presentes na fronteira temporal que separe o antes e o depois duas condições. Em primeiro lugar, será preciso a aparição de novos objetos em um momento determinado da história do campo de conhecimento em questão ou, pelo menos, uma modificação na forma daqueles preexistentes (aspecto formal da modernização). Mais importante, e decisiva, é a segunda condição, consistente em que os novos objetos ou novas formas impliquem uma ruptura com a situação anterior, ou seja, que se produza uma modificação substancial da mesma (aspecto material da modernização). Só quando presentes essas duas condições será possível falar de modernização com propriedade. Segundo isso, para que o Direito penal do presente mereça adquirir a condição de moderno será preciso que o mesmo se distinga daquele liberal da Ilustração não só por se estender a novos e distintos âmbitos ou formas ademais dos já tradicionais, mas também por importar uma ruptura substancial com aquele, isto é, um desvio de pelo menos algum de seus princípios ou as aspectos fundamentais” (Gracia Martín, 2005, p. 43).

⁴¹“Em mecânica quântica, o princípio da incerteza (também chamado princípio da incerteza de Heisenberg), formulado em 1927 por Werner Heisenberg, é um enunciado que estabelece um limite fundamental para a precisão com que certos pares de propriedades de determinada partícula física, conhecidas como variáveis complementares (tais como posição e momento linear), podem ser conhecidos. No seu artigo de 1927, Heisenberg propõe que, em nível quântico, simultaneamente, quanto menor for a incerteza na medida da posição de uma partícula, maior será a incerteza do seu momento linear e vice-versa. [...]. O princípio da incerteza é um dos aspectos mais conhecidos da física do século XX e é comumente apresentado como um exemplo claro de como a mecânica quântica se diferencia das premissas elementares das teorias físicas clássicas, porque, na mecânica clássica, quando conhecemos as condições iniciais, consegue-se determinar com precisão o movimento e a posição dos corpos de forma simultânea. Ainda que o princípio da incerteza tenha a sua validade restrita ao nível subatômico, ao inserir

complexidade da delinquência econômica tornam insuficientes os antigos pressupostos e dogmas até então usados.

Assim como os postulados newtonianos não são capazes de explicar o comportamento de partículas subatômicas – como o comportamento dos elétrons –, o finalismo, o funcionalismo teleológico, dentre outros paradigmas que objetivam explicar analiticamente o crime, não são hábeis a entender completamente os delitos praticados por pessoas jurídicas. Neste diapasão, figura como pertinente colacionar a seguinte lição de Klaus Tiedemann:

Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger penalmente la criminalidad de las agrupaciones residen en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, en el Derecho penal, la acción siempre está ligada al comportamiento humano, y la culpabilidad parece significar un reproche ético o moral que estaría excluido en el caso de las agrupaciones, las cuales, por lo demás, no podrían ser destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidades preventivas y retributivas. (TIEDEMANN, 2007, p. 101-102).

Como ressaltado por Pierre Bourdieu (2011, p.212-213), o campo jurídico é marcado pela disputa do monopólio de dizer o direito, ou seja, pelo confronto entre os agentes investidos de competência, social e técnica, em interpretar os textos que consagram a visão legítima do mundo social, sendo limitada a divergência entre os intérpretes, uma vez que, pela congruência sistêmica da ordem jurídica, não podem existir ordenamentos jurídicos paralelos. De tal forma, para além da ponderação realizada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz, de que a aplicação dos tradicionais princípios e garantias penais e processuais penais aos entes morais “deve ser feita *cum grano salis*” (Brasil, 2022, nota 3, p. 34), parece ser incumbência dos estudiosos da seara penal fornecer os meios dogmáticos para suprir as lacunas, sanar as incoerências e concretizar a persecução criminal de pessoas jurídicas de forma filosófica e sistematicamente congruente.

Portanto, cabe àqueles que estudam, aplicam e contribuem com as Ciências Criminais desenvolver tais instrumentos teóricos, balizando sua atuação, seja acadêmica, seja nos Tribunais, pela realidade da criminalidade hodierna – especialmente extirpando a leniência com a delinquência do colarinho branco e atualizando o estado da técnica à luz da maior complexidade que tais crimes possuem.

valores como indeterminação e probabilidade no campo do experimento empírico, tal princípio constitui uma transformação epistemológica fundamental para a ciência do século XX. Essa transformação conduziu à discrepâncias na interpretação do conteúdo físico, surgindo versões conceitualmente distintas para as relações de incerteza, podendo ser interpretadas como relações de incerteza ou indeterminação” (Princípio..., [2011]).

CONCLUSÃO

É possível compreender que as posições significativamente divergentes e a apertada votação do REsp nº 1.977.172 – PR conotam a existência de dissonâncias nas compreensões dos Excelentíssimos Ministros e, conseqüentemente, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sobre o modo de se concretizar a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Também chama atenção o fato de duas das quatro linhas argumentativas terem vertido maiores esforços tratando de institutos típicos do Direito Civil, sugerindo uma tentativa de importação de raciocínio ante a suposta inexistência de lógica própria e completa na seara penal para tratar dos entes coletivos.

No julgamento em questão, mais especificamente, houve a cisão em dois grupos. De um lado, aqueles que, valendo-se de intelecções aplicáveis ao Direito Privado – como a sucessão de obrigações –, afastaram a aplicabilidade de tal instituto e se posicionaram pela incidência, pura e simples, de princípio estruturado para seres humanos – o da intranscendência das penas. De outro, aqueles que, atentos às peculiaridades das pessoas jurídicas, compreenderam pela não regência do citado princípio sobre o caso, bem como pela impossibilidade de integração via analogia por não haver verdadeira equiparação entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias.

Neste diapasão, a existência de compreensões equívocas possivelmente origina-se na própria dogmática penal, a qual é cindida em diversas formas de se pensar e de se penalizar os fenômenos criminógenos oriundos de pessoas jurídicas. Como pontuado, dentre outras inconsistências filosóficas e sistêmicas, as principais compreensões analíticas de delito hoje aplicadas pelos tribunais brasileiros – o finalismo de Welzel positivado no CP e o finalismo teleológico de Claus Roxin aceito, não raras vezes, pelos Tribunais Superiores –, à semelhança do dito Direito Penal da Ilustração, foram estruturadas com base no pressuposto de que somente o ser humano, centro anímico da ação para fins penais, e suas ações são objeto do Direito Penal, o que, *ab initio*, gera uma plausível impossibilidade de importação de seus institutos ou, ao menos, uma cogitável incompatibilidade deles com os entes morais, requisitando assim adaptações para sua aplicação.

Tendo em vista que a opção político-criminal de responsabilização na seara penal de pessoas jurídicas foi realizada pelo Poder Constituinte em 1988, parece acertado o entendimento de que resta à dogmática penal criar os meios técnicos necessários a concretizá-la, em vez de rediscutir tal decisão. Para tanto, as mencionadas formas de distintamente tratar do problema – na forma evidenciada no REsp nº 1.977.172/PR – conotam uma insuficiência do

atual estado da técnica, o que demanda dos estudiosos das ciências penais um maior desenvolvimento da área.

Compreende-se que a citada evolução, por sua vez, não se deve lastrear na simples importação de institutos do Direito Privado ou na aplicação acrítica de mecanismos criados à luz da realidade do século XIX, mas representar efetiva modernização do Direito Penal, rompendo com os ideários clássicos e reestruturando as concepções acadêmicas de modo a abranger a completude da complexa criminalidade hodiernos. Assim, caberia aos operadores do direito, no seu embate pelo monopólio de dizer o direito, construir, dialeticamente, tais meios técnicos aptos à verdadeiramente compreender e tratar da responsabilização penal de pessoas jurídicas, como, por exemplo, desenraizando a leniência social para com a delinquência do colarinho branco e reformulando a concepção analítica de crime.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina penal: teoria e prática em las ciências penais**, Buenos Aires, ano 10, n. 87, p. 623-650, 1987. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5147764/mod_resource/content/1/Alessandro%20Baratta.%20Princ%20C3%20Adpios%20do%20direito%20penal%20m%20C3%20Adnimo..pdf. Acesso em: 7 dez. 2022.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo, 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 126**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1995. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 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: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548.181/PR.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A- Petrobras. Relatora: Ministra Rosa Weber, 6 de agosto de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 7 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.977.172/PR.** Processo n. 2021/0379224-3. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Seara Alimentos LTDA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 24 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103792243&dt_publicacao=20/09/2022. Acesso em: 5 dez. 2022.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 4. ed. rev. atual. ampl, Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GATO de Schrödinger. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre.* [2015]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Gato_de_Schr%C3%B6dinger. Acesso em: 10 dez. 2022.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência.** Tradução: Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

PANOEIRO, José Maria de Castro. **Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PEREIRA, Luciana Vianna. Sucessão de responsabilidade ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.16, n.62, p.57-114 ab./jun. 2011.

PRINCÍPIO da incerteza de Heisenberg. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre.* [2011]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%Adpio_da_incerteza_de_Heisenberg. Acesso em 10 dez. 2022.

ROXIN, Claus. Fundamentos: la estructura de la teoria del delito. *In: ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general.* Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz, García Conllendo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta.** Tradução e introdução: Barbara Heliodora. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2011. *E-book.* Não paginado.

SILVA, Marco Antônio Chaves da. **A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa**. Salvador, 2019. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad**. Tradução: Manuel Abanto Vásquez. 2. ed. Lima: Griljey, 2007.