

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO UNIVERSO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Fernando Martins Maria Sobrinho

Fábio André Guaragni

Resumo: No âmbito do direito penal econômico, a necessidade de compreensão da ordem econômica concreta exige diálogos interdisciplinares. Os valores sociais agregados à atividade empresarial, ao lado da geração de postos de trabalho, da participação nas receitas do Estado e do avanço tecnológico, promovem o desenvolvimento de microrregiões e facilitam o acesso de bens e serviços. Tudo isto tem que estar presente no campo de percepção dos profissionais do direito penal econômico. Estabelece-se um necessário diálogo com a teoria geral econômica. Idênticas razões impõem uma abertura do direito penal econômico a conhecimentos construídos no campo do direito empresarial, em cujo ambiente forjou-se o princípio da continuidade empresarial. Ele busca evitar a paralisação da atividade do ente coletivo, forte na compreensão da função social da empresa, transcendente ao puro interesse do lucro em favor da cúpula. Afirma-se a utilidade deste princípio para o direito penal quando os órgãos do ente coletivo veem-se sob persecução, motivada por crimes econômicos, bem como quando a empresa é alvo de medidas quase-penais, a exemplo da Lei Anticorrupção.

Palavras-Chave: Lei anticorrupção; Princípio da continuidade da atividade empresarial; Direito Penal Econômico; Direito Empresarial; Função social da empresa.

THE PRINCIPLE OF THE CONTINUITY OF CORPORATE ACTIVITY ON THE UNIVERSE OF THE ECONOMICS CRIMES

Under the economic criminal law, the need to understand the concrete economic order requires interdisciplinary dialogues. The social added values to business activity, next to the generation of jobs, participation in state revenues and technological progress, promote the development of micro-regions and facilitate access of goods and services. All this has to be present in the field of perception of professional economic criminal law. Establishes a necessary dialogue with the economic general theory. Similar reasons require an opening of economic criminal law the knowledge built in the business law field, in whose environment has forged the principle of business continuity. It seeks to prevent the stoppage of the activity of collective being, strong understanding of the social function of the company, transcendent to the pure interest of profit in favor of the dome. It is stated the usefulness of this principle to criminal law when the organs of the collective being see under persecution, motivated by economic crimes, as well as when the company is subject to quasi-criminal measures, such as the Anti-Corruption Law in Brasil.

Keywords: Anti-Corruption Law; Principle of Continuity of Corporate Activity; Corporate Law; White-Collar Crimes; Social Role of Company.

1 INTRODUÇÃO: O PRINCÍPIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO TEMA DE UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO EMPRESARIAL



há algumas décadas, o sistema de análise de crime passou a ser regido pela função do direito penal. Trata-se de um modelo de direito penal orientado pelo universo dos valores (mundo do dever-ser), assemelhando-se com o corte neokantiano da primeira metade do século XX, porém dele diverso pelo fato de superar o relativismo valorativo “...mediante uma diferenciação exaustiva, apoiada nas ciências sociais, do fim de prevenção, que constitui hoje o valor reitor, reconhecido de modo geral, da administração da justiça penal” (SCHUNEMANN, 1991). Este fim de prevenção aloca-se como valor reitor ou ideia fundante do sistema analítico de crime.

De fato. A palavra sistema tem raiz semântica grega, compondo-se da palavra junto (*syn*) e do verbo colocar (*histá-nai*) (GUIMARÃES, 2001). Na modernidade, sistema é um conjunto de elementos reunidos em torno de uma ideia fundante (KANT, 2006). E, precisamente, isto se dá no conceito analítico de crime: além de conceito e método de trabalho (enquanto *know-how* para definir se o fato com autoria comprovada é ou não crime), há ali um sistema, em que os elementos dogmáticos são dispostos a partir de uma ideia fundante.

A posição de ideia fundante foi ocupada, no modelo analítico finalista de crime, pelo conceito de conduta humana, concebida como estrutura lógico-objetiva prévia ao universo jurídico valorativo, com contornos fixados pelo mundo da natureza. Centralizando-a como ideia fundante do sistema, o finalismo poderia tratar o homem na sua realidade de “pessoa responsável”, no dizer de WELZEL (1971). Do mesmo modo, o conceito de conduta humana operou como ideia fundante para os causalistas, no modelo dogmático dominante na virada do século XIX para o XX (a resultante divisão em injusto objetivo e culpabilidade psicológica é sinteticamente criticada por JAKOBS, 1995). É hábito tradicional comparar os dois modelos para exaltar suas diferenças, radicadas nos modos distintos de

definição de conduta: para causalistas, movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior (VON LISZT, 1899); para finalistas, um “exercício de atividade final” (WELZEL, 1993, p. 39). Porém, há pouco destaque para o fato de que causalistas e finalistas eram idênticos no ponto em que colocavam todo o arranjo do sistema de análise de crime em torno do conceito de conduta humana. Também eram iguais na inclinação do direito penal para o universo das ciências naturais (mundo do ser). De fato, em ambas as escolas, o sistema analítico de crime girava em torno do conceito de conduta humana, buscado em sua natureza ôntica, como aquela que “per-tence ao ente” (ZAFFARONI, 1996, p. 338). O que variava era o conceito.

O pós-finalismo que demarca, há algumas décadas, a orientação dogmática, caracteriza-se pelo abandono do papel central conferido ao conceito de conduta. A função cometida ao direito penal, extraída do universo valorativo ou axiológico (dever-ser) passou a protagonizar a posição de ideia fundante dos sistemas analíticos. Os multicitados modelos de JAKOBS e ROXIN são iguais ao colocarem a função do direito penal, extraída do mundo axiológico-cultural, como ideia fundante do sistema: distinguem-se, porém, quanto à definição de qual é esta função.

Faz-se esta introdução para assinalar, aqui, que a funcionalização das categorias dogmáticas do direito penal obrigou-o a estabelecer diálogos com outras disciplinas. Não é possível determinar a função do direito penal sem um preciso diagnóstico das características da sociedade em que concretamente atuará. Daí deriva o necessário diálogo interdisciplinar com a sociologia, bem exemplificado na ligação entre a obra de JAKOBS com a sociologia sistêmica de LUHMANN (JAKOBS, 1995; PEÑARANDA, SUÁREZ e CANCIO, 1999), ou com o alinhamento roxiniano com Parsons (ZAFFARONI, 2000). Também não se determina a função jurídico-penal sem com-

preensão do paradigma de pensamento dominante no tecido social, situação que impõe o encontro com a filosofia, no particular aspecto da história das ideias e da revelação, na contemporaneidade, de qual é o paradigma de pensamento dominante.

O direito penal econômico segue este mesmo curso, eis que não constitui ramo jurídico à parte, mas agasalhado no espectro mais amplo do direito penal (MARTINEZ BUJÁN, 1998), conquanto implique em ajustes e modelações que interferem não só na teoria do delito, mas mesmo nos princípios de vedação de excesso. Aliás, são justamente estes ajustes e modelações que impõem a necessária fidelização do direito penal econômico com as contenções ao poder de punir extraídas da tradição liberal (MENDOZA BUERGO, 2001; FERNANDES, 2001), sobretudo quando se trata de limitar seu uso para contenção de riscos, no contexto de uma “sociedade de riscos”, em que os riscos protagonizam as tomadas de decisões políticas (BECK, 2006) e, por conseguinte, político-criminais.

Para além deste panorama, quando se trata de direito penal econômico, a necessidade de visita a outras esferas do conhecimento humano se intensifica, sobretudo pelos contornos assumidos pelo bem jurídico ordem econômica. Concebida em seu sentido amplo, define-se como regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços; em sentido estrito, como intervenção estatal na economia (RIGHI, 1991). Partindo-se de um ou outro modelo, a necessidade de compreensão da ordem econômica concreta, que varia de momento a momento e de país para país, exige diálogos interdisciplinares. Não existe um conceito certo, atemporal e universalizável de ordem econômica (CERVINI e ADRIASOLA, 2005) Estabelece-se um necessário diálogo com a teoria geral econômica.

A seu turno, o campo de delitos empresariais apresenta-se como um recorte ainda mais específico do universo econômico (considere-se que nem todo delito econômico é empresarial e vice-versa, conforme assinala MARTINEZ-BUJÁN,

1998). Para trabalhar nele, o universo respectivo à administração de empresas, teorias de gestão e organização, comumente alheio aos penalistas, precisa ser considerado. Os valores sociais agregados à atividade empresarial, ao lado da geração de postos de trabalho, da participação nas receitas do Estado e do avanço tecnológico, promovem o desenvolvimento de microrregiões e facilitam o acesso de bens e serviços. Tudo isto tem que estar presente no campo de percepção dos profissionais do direito penal econômico.

Idênticas razões impõem uma abertura do direito penal econômico a conhecimentos construídos no campo do direito empresarial, em cujo ambiente forjou-se o princípio da continuidade da atividade empresarial. Trata-se de orientação principiológica, cuja satisfação deve ser operada na maior medida permitida pelas condições de fato e direito, uma vez entendidos os princípios como “mandados de otimização” (ALEXY, 2014, p. 90). O princípio da continuidade compromete-se com o impedimento da paralisação da atividade do ente coletivo. Escorase fortemente na compreensão de que a função social da empresa transcende o puro interesse do lucro em favor do estafe de dirigentes e sócios-proprietários. Parte da concepção da natureza jurídica da empresa como instituição social, distancian-do-se de uma visão patrimonialista.

O princípio da continuidade da atividade empresarial tem impacto no direito penal econômico e empresarial? Convém explorar a possibilidade desta interseção, sobremaneira quando órgãos de cúpula e gestão do ente coletivo veem-se sob persecução, motivada por crimes econômicos, bem como quando a empresa é alvo de medidas quase-penais, a exemplo da Lei Anticorrupção.

Escrevem-se estas linhas no momento em que o Brasil é verdadeiro laboratório para compreensão do impacto da atuação das agências do sistema penal sobre a economia, quando reagem diante da criminalidade econômica. Há cerca de dois

anos, as fases da *Operação Lava-Jato* são objeto de testemunho e análise. Sugeriram, por certo, as reflexões que seguem.

2 A PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE DO ENTE COLETIVO A PARTIR DA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO EMPRESARIAL E FALIMENTAR

Como ponto de partida, devemos entender a empresa como um fato social, tomando por base a percepção da sociologia clássica de Durkheim. Por ela, o fato social é experimentado pelo indivíduo como uma espécie de realidade independente e preexistente, e possui três características básicas: a "coerção social", considerada como a força que os fatos exercem sobre os indivíduos, independentemente de suas vontades e escolhas; a circunstância de serem "exteriores aos indivíduos", isto é, existirem e atuarem sobre todos os indivíduos independente da vontade ou de sua adesão consciente; e por fim, a "generalidade", sendo social todo aquele fato que é geral, que se repete na maioria dos indivíduos e que ocorre em distintas sociedades em um determinado momento ao longo do tempo. (DURKHEIM, 2003)

É possível, no contexto concreto das sociedades de modernidade radicalizada (GIDDENS, 1991), compreender a existência de empresas como fato social. Com esta percepção, o próximo passo da análise fica mais natural.

Em um viés sociológico, empresa seria uma forma de unidade social especial, com um meio interno autônomo e que mantém relações com a comunidade que a cerca, distinguindo-se das demais unidades por seu escopo voltado certamente ao lucro, todavia compaginado com a satisfação das necessidades de públicos internos como externos. (MORAIS FILHO, 1960)

Estudos demonstram que a aplicação do princípio da função social da empresa visa garantir a preservação da atividade empresarial em prol do interesse público. A partir dele,

ficam em segundo plano as vicissitudes e vontade dos sócios, sejam eles minoritários ou majoritários, detentores ou não do poder de controle. (LUCENA, 2003)

Uma prática ilustrada por esta função social implica na busca da preservação das organizações econômicas produtivas em face do prejuízo econômico e social que a extinção da empresa pode acarretar, não só aos proprietários, mas também aos trabalhadores, fornecedores e consumidores. A empresa não atende somente aos interesses individuais do empresário ou do sócio das sociedades empresariais. Indo muito mais além, atende aos interesses de uma coletividade. (MAMEDE, 2007)

O referido corolário encontra reforço também no princípio da socialidade, entendido como o princípio pelo qual existe certo predomínio do interesse social em face do interesse individual. (NONES, 2008) Este interesse social, enquanto endosso e reforço da preservação do coletivo de pessoas reunidas em torno de um fim comum, na sociedade empresária, resulta útil para um sem-número de pessoas: são empregados, trabalhadores autônomos prestadores de serviços, pequenos e grandes fornecedores, variados parceiros de negócio, todos integrados ao ciclo da produção e distribuição de serviços ou bens; são consumidores, na ponta final do ciclo econômico, além do Estado, cuja arrecadação – que garante a realização de seus préstimos sócias – depende da incidência de contribuintes em fatos geradores de tributos, a exemplo da circulação de mercadorias e do ganho de rendas. Nesta toada, convém ressaltar que a extinção de uma empresa representa não só o fim de empregos e a queda na arrecadação de tributos, mas normalmente, acarreta sérios problemas para as economias locais e, a depender de suas dimensões, regionais e nacionais.

No atual panorama brasileiro, é possível a implicação direta de empresas em ilícitos típicos de natureza penal, como os crimes ambientais (art. 3^o Lei 9605/98), bem como em ilícitos de natureza “quase-penal” (TIEDEMANN, 2007. p. 93),

como aqueles contidos na Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção. As atividades persecutórias podem implicar em paralisações e suspensões das atividades, como penas restritivas de direitos, a exemplo do art. 8º, III, Lei 9605/98. Ainda, prevê-se mesmo a extinção do ente coletivo, como reação punitiva, no contexto do art. 19 da Lei Anticorrupção 12.846/13. Dentro de um poder geral de cautela (em sede processual penal, bastante limitado à vista do *due process of law* e garantias daí derivadas), algumas medidas suspensivas de atividades podem se dar sem natureza condenatória, em caráter instrumental.

Por outro lado, a criminalidade econômico-empresarial, ainda que não atinja diretamente o ente coletivo, pode implicar em sua paralisação de fato ou, no mínimo, redução da atividade negocial. As vias são várias: penas e cautelares pessoais podem implicar em afastamento de seus órgãos de cúpula, privando-as dos centros humanos de gestão num átimo, com direto impacto na condução negocial. Cautelares reais podem impactar fluxos de caixa de modo a inviabilizar, em curto e médio prazo, o adimplemento de obrigações com trabalhadores, consumidores e parceiros de comércio.

Quadros de redução, suspensão ou paralisação de negócios, derivados de intervenções processuais-penais acautelatórias ou punitivas, incidentes direta ou indiretamente sobre o ente coletivo (quando privada de homens de gestão) implicam em eliminação de postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços, diminuição de arrecadação de impostos, redução de opções de consumo, diminuição de eficiência derivada da eliminação de tensão concorrencial, dentre outros efeitos macroeconômicos. Uma segunda onda de impactos gera-se no entorno: dá-se a redução do consumo de bens e serviços de outros agentes econômicos, muitas vezes satélites em relação a um ente coletivo com centralidade na economia local. Dependendo das circunstâncias, sobremaneira ligadas à dimensão da empresa, a paralisação das atividades pode gerar sérios pro-

blemas para a economia local, regional ou até mesmo nacional. São emblemáticas a queda de índice da Bolsa de Valores brasileira com a desvalorização da Petrobrás (maior *blue chip* do mercado brasileiro) derivada da publicização dos atos de corrupção nela praticados, fato notório. Um bom exemplo de impacto local e regional, no mesmo contexto de fato, pode ser dado pelas consequências para a economia da cidade de Rio Grande derivadas da implicação em ilicitudes da Engevix, parceira de negócios da Petrobrás¹.

Todo este quadro de implicações que podem derivar da

¹ Do site do Jornal Zero Hora, <<http://zh.clicrbs.com.br/br/rt/noticias/economia/noticia/2014/12/decisao-da-petrobras-poe-em-duvida-futuro-de-estaleiros-no-rio-grande-do-sul-4672985.html>>, consultado em 25/03/16, extrai-se bom retrato do tema em discussão. Reproduz-se parcialmente: “Não bastassem as preocupações de curto prazo com as consequências da Operação Lava-Jato na indústria naval, uma decisão anunciada na noite de segunda-feira pela Petrobras aumentou a dúvida sobre o futuro dos estaleiros em operação no Rio Grande do Sul. A estatal decidiu que 23 empresas envolvidas no escândalo - quatro com unidades no Estado - estão temporariamente impedidas de participar de novas licitações. Embora as encomendas atuais estejam preservadas, à exceção da Iesa Óleo e Gás, que teve contrato rescindido em novembro, a medida põe em dúvida a continuidade dos estaleiros em Rio Grande controlados pela Engevix e pela Queiroz Galvão e do localizado em São José do Norte, que tem a Setal como sócia. Para o presidente do Sindicato dos Trabalhadores das Indústrias Metalúrgicas de Rio Grande e São José do Norte, Benito Gonçalves, a interrupção dos projetos seria uma "catástrofe". “O futuro é preocupante. A indústria naval interagiu com a comunidade, e há várias empresas fazendo investimentos na região por causa do polo”, diz Gonçalves, lembrando que problemas financeiros de curto prazo da Petrobras e dos estaleiros já levaram a 7 mil demissões desde novembro. (...) *Projetos sob risco* Estaleiro EBR Sociedade entre a japonesa Toyo e a brasileira Setal. Apenas a Setal está na lista da Petrobras. O estaleiro tem contrato para construir a plataforma P-74, ao custo de R\$ 1,85 bilhão. As empresas contavam com novas encomendas. Estaleiros Rio Grande 1 e 2. Operado pela Ecovix, empresa controlada pela Engevix, também arrolada pela Petrobras. As encomendas são de sete cascos para plataformas e outros três navios-sonda, contratos que somam cerca de R\$ 15 bilhões. Estaleiro Honório Bicalho Hoje operado pela QGI, sucessora da Quip. É controlado pela Queiroz Galvão, com participação da Iesa. As duas estão na lista da Petrobras. Tem em andamento contratos de cerca de R\$ 3 bilhões para a P-75 e a P-77. Iesa Óleo e Gás Empresa com estaleiro construído em Charqueadas já teve contrato rescindido pela estatal devido a atraso na entrega de encomenda de módulos de plataformas orçado em US\$ 800 milhões. O grupo Inepar, dono da Iesa, está em recuperação judicial (...)”

forte – e necessária – atuação estatal no universo do direito penal econômico tem que ser tomado em consideração pela dogmática penal e processual penal. Porém, não é da tradição do penalismo lidar com similares questões, ao contrário de outros setores do direito, como o empresarial e o falimentar. A busca de soluções impõe, portanto, visitá-los.

A antiga legislação falimentar se mostrava em total descompasso com mudanças sociais ocorridas desde o pós-guerra até o começo do segundo milênio. Era, marcada pela forte atuação estatal na economia e tinha por escopo satisfazer os interesses dos credores.² (NONES, 2008). Com o advento da nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005), houve uma guinada da visão societária acerca das empresas, com a clara caracterização do rompimento do enfoque contratual individualista, comprometido com a prevalência da vontade dos sócios e dos controladores. Ficou nítido no novo diploma a preocupação do legislador em dar novos contornos à extinção da atividade empresarial, incorporando ao ordenamento jurídico princípios orientados para a preservação da atividade produtiva da empresa.

Nos dizeres de Fábio Ulhoa COELHO (2008), na aplicação do princípio da preservação da empresa, o valor prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam entorno da continuidade deste.

Ainda, considerando a exposição de motivos que ensejou a Lei 11.101/2005, extraem-se diversos outros princípios que visam a preservação da atividade empresarial para atender a sua função social. Por exemplo, avulta o princípio da separação da empresa e do empresário. Traz a ideia de que, mesmo

² Nesse contexto foi escrita a obra de Shakspeare “O Mercador de Veneza”, que muito embora não fale diretamente sobre o instituto da falência, trata a história de um credor que exigia de seu devedor um pedaço de sua própria carne com o intuito de quitar seu crédito.

quando o empresário - pessoa física - incide em algum ilícito, a punição deve pesar sobre a sua pessoa e não sobre a empresa que seria sua atividade, pois, como visto, o objetivo é o de preservar a atividade empresarial. Aqui, a harmonização com o direito penal da responsabilidade do ente coletivo é possível a partir de modelos de autorresponsabilidade penal, em que a prática do delito pela empresa não se afirma como consequência automática da subjetividade ativa de crime pelo sócio, sendo possível que o ente coletivo venha a exculpar-se do delito, ao passo em que pode haver condenação do sócio (PALIERO, s/a). Por outro lado, o princípio não implica em veto à construção jurídico-penal de um delito de empresa fundado sobre seu déficit organizacional para prevenir o evento (GOMES-JÁRA, *passim*, 2005).

A superação da noção de ente coletivo como conjunto patrimonial passa, portanto, pela afirmação da função social da propriedade empresarial, no marco traçado para o direito fundamental de primeira dimensão correspondente à propriedade pela Carta Constitucional. A Constituição Federal levou em conta a propriedade, considerada sob o seu aspecto econômico, mas, com reflexos sociais que abrangem primordialmente a empresa como atividade organizadora e produtiva. O legislador constituinte defendeu a preservação da empresa, pois, de modo contrário, não haveria a função social concreta, comprometida com o desenvolvimento da atividade produtiva e seus efeitos positivos diretos e indiretos na sociedade. (CASTRO, 2007)

É deste esteio constitucional que deriva a noção importante de que a meta de preservação da empresa não é focada no interesse individual da pessoa do empresário ou proprietário, mas sim em salvaguardar o interesse de toda a coletividade de algum modo ligada àquela atividade empresarial. É tão somente a partir do pleno desenvolvimento da atividade negocial que se produz todo o acervo positivo de consequências procedentes da função social da empresa. (VARELLA, s/a)

A Constituição Federal rejeita a extinção de propriedades produtivas – aquelas que cumprem sua função social – sugerindo o desalinhamento da ordem jurídica infraconstitucional quando se conduz a paralisá-las total ou parcialmente. (FACHIN, 2001)

Todos os pilares principiológicos mencionados partem da premissa de que a natureza jurídica do ente coletivo é de instituição social distanciada dos proprietários, que gera empregos, benefícios fiscais e possibilidades para consumidores.

Os conceitos de empresa e empresário tornam-se cada vez mais autônomos e distintos da pessoa física do empresário. A atividade do ente coletivo tende a se apartar, necessariamente, do regime de propriedade. Já o conceito de poder de controle não pode ser confundido com o de propriedade; o primeiro, é um poder de organização e direção, que acaba por envolver pessoas e coisas; já o segundo, é uma espécie de direito real que incide sobre a coisa.

Atualmente o que se busca não é a realização do proprietário da empresa no exercício dos seus direitos, mas a satisfação de interesses sociais que a empresa deve atender, ou seja, é o empresário quem deve servir a empresa e não o contrário. (COMPARATO, 1990) Este é o conteúdo material da antedita ruptura entre a figura da pessoa e da empresa: ela deve ser um ente que anda por si, em uma espécie de sinergia entre trabalhadores, patrões e entorno.

Assim, o ente coletivo não se traduz em ser meramente uma propriedade dos sócios, então, quando viável e útil para a sociedade, deve ser preservado. Ora, parece ser razoável que se vincule a obrigatoriedade de sua manutenção até as últimas possibilidades, já que a atividade empresarial, embora nasça de um ato de disposição do empresário, uma vez criada, passa a gerar efeitos para muito além deste e de seus interesses individuais. (SUGUIMATSU, 2008) Diante desta nova realidade empresarial, o interesse em punir a empresa deve ser matiza-

do, sem prejuízo da plena incidência sobre o mau empresário. (MACEDO, 2012)

Calixto SALOMÃO FILHO (2011), considerando a empresa e o interesse social numa perspectiva econômica do direito, rememora os clássicos ensinamentos institucionalista e contratualista, a fim de demonstrar que há uma nova concepção de sociedade empresarial como ente coletivo. Pelo olhar contratualista, a teoria organizativa é concebida para garantir lucro aos sócios. A seu turno, a estrutura empresária, como instância com capacidade de transformar-se em uma espécie de célula social que propulsiona o desenvolvimento, resume a perspectiva dos institucionalistas. Conclui que o interesse do ente coletivo não é mais identificado como o interesse dos sócios (contratualismo) e, tampouco, à autopreservação do ente coletivo (institucionalismo), mas deve relacionar-se à criação de uma organização capaz de se estruturar de forma mais eficiente para a produção de resultados sinergicamente úteis aos públicos interno e externo.

Este recorte também assume vulto para o direito penal econômico, que deve caminhar no sentido de buscar soluções consentâneas com os preceitos constitucionais que tratam da ordem econômica e que, de certo modo, objetivam a preservação das unidades produtivas.

3 PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DIREITO PENAL ECONÔMICO: UM ENCONTRO POSSÍVEL

Parece evidente que os princípios que buscam atender não só a função social da propriedade, mas também a função social da empresa, e a garantia da continuidade da produção de bens e serviços, fazem da empresa um ente que caminha de modo autônomo. Assim, não são simbiótica e necessariamente destinados à mesma sorte o ente coletivo e a pessoa que a conduz.

No Projeto de Lei Complementar 71/2003 – que depois se tornou a Lei 11.101/2005 –, o senador Ramez Tebet descreve que o Estado deve oferecer todos os instrumentos para que a atividade empresarial sobreviva ao momento de crise, ainda que isso signifique ou provoque alterações no quadro societário ou até mesmo a transferência de capital e trabalho para outro empresário, capaz de perpetuar seu objetivo.

Com base neste postulado, no campo do Direito Falimentar, art. 65 da Lei 11.101/05, prevê-se a possibilidade de o magistrado nomear um administrador judicial³ para assumir as rédeas e conduzir o ente coletivo, justamente para que não haja nenhum prejuízo ou dano para a coletividade. Porém, em direito penal econômico, o processo penal brasileiro não conta com previsão expressa de similar mecanismo de intervenção judicial. Há, todavia, modelos estrangeiros que – sensíveis a função social da atividade empresária – enveredam por este caminho. De fato, em breve estudo de direito comparado, nota-se que essa figura do administrador judicial, nomeado no bojo do processo penal, já existe fora do território Brasileiro.

No direito norte-americano, desde 2001, existe a figura do administrador público, que pode ser um "*Public Interest Director*", ou seja, um diretor que atua independente de pertencer aos quadros do ente coletivo: **a**) em casos nos quais houvesse "*demonstrated delinquency*" para garantia dos interesses da coletividade (CONARD, 1977) ou **b**) por imposição de uma espécie de sanção denominada "*Corporate Probation*"⁴, que faz com que a empresa envolvida em um ilícito, administrativo

³ O termo utilizado nesse texto é em analogia à lei falimentar, e em nosso raciocínio, serve para qualquer figura que possa ser nomeada como *longa manus* do judiciário em substituição aos dirigentes da empresa.

⁴ *Corporate Probations* são uma espécie de sanção alternativa exarada pela corte americana competente pelo caso concreto, com o objetivo de manter a continuidade da atividade empresarial e prevenir que esta empresa volte a delinquir. Essa ordem não pode exceder o período de cinco anos e basicamente contem uma ordem direta para implementação de um programa de *compliance*, a fim de estabelecer um programa de treinamento visando à (re)educação dos empregados da empresa.

ou criminal, ao invés de ter suas atividades encerradas, seja colocada sob a supervisão da corte. O ato de "*probation*" faz com que a corte suspenda a imposição de uma sentença, que via de regra sempre será mais gravosa do que a imposição das condições que serão apresentadas à corporação como alternativa de manter a atividade empresarial. Através desse ato, nomeia-se um "*probation officer*", uma espécie de "expert" para assumir as atividades e garantir que o ente coletivo se organize de modo superavitário, prevenindo novos delitos e impedindo que a empresa volte a delinquir. (CURRAN, 1986)

Existem nos Estados Unidos, uma variedade de modalidades de *corporate probations*, com seu desenvolvimento e aperfeiçoamento ao longo dos anos⁵, e visando, basicamente a disciplina e a reforma da organização empresarial em seu âmbito interno. Essas medidas são operacionalizadas pelo *probation officer*, que tem a obrigação de investigar a atividade criminal da empresa, conduzir os procedimentos disciplinares mais apropriados para a empresa e elaborar um *compliance report* para apresentar à Corte que fez a imposição da medida punitiva, isso, nos Estados Unidos, é denominado de auto-regulação "forçada"⁶. Quem sofre a sanção maior é o ofensor, o empresário recebe uma pena de multa, é obrigado a restituir o dano causado e, ainda, presta serviços à comunidade. (GRUNER, 2004) Essas medidas de probation podem ser individualizadas, quando for o caso, para a pessoa que praticou o desvio de conduta.

Em linhas gerais o objetivo dessas *corporate probation orders* tem como escopo atingir três objetivos: i) o da prevenção, fazendo com o que as condutas ofensivas sejam cessadas; ii) o de reabilitação, impondo a criação ou reorganização de um programa de *compliance*; iii) o de dissuadir os infratores, no

⁵ Essas propostas foram implementadas pela *Trade Practices Act* em 1974 (Cth), também pela *Protection of the Environment Operations Act* em 1997 e pela *United States Sentencing Commission's Guidelines*.

⁶ *Forced self-regulation*.

caso onde a multa que seria aplicada à empresa seja visivelmente insignificante e que a dissolução da empresa também se mostre inapropriada.⁷

Tais medidas favorecem tanto as corporações quanto aqueles empregados que são, de certa maneira, alvo dessas medidas, isso porque eles não estão sujeitos aos duros estigmas da persecução criminal e tampouco das penalidades criminais que teriam de enfrentar caso não optassem pela *corporate probation*.

A Comissão de Sentença Norte Americana fez um levantamento constatou um aumento de 47% nos programas internos de *compliance*, não só das empresas envolvidas e submetidas a *corporate probations*, mas também em empresas próximas das que sofreram essa medida judicial.

No Direito Francês, existe também a possibilidade de um *sequestre* dirigido à empresa, em que o magistrado nomeia um “curador ou administrador coativo” (TIEDEMANN, 2007)

No mesmo sentido, Tiedemann afirma que essas sanções, que visam a extinção ou a paralisação do ente coletivo - como uma espécie de pena de morte para a empresa - devem ser tomadas apenas em *ultima ratio*, em razão justamente das graves consequências já citadas anteriormente, e que, uma medida muito mais efetiva é nomear um administrador judicial para assumir o controle da empresa. Essas medidas, inclusive, cumpririam muito mais a função de uma pena justa e eficaz do que serviriam como uma punição retributiva simples. (TIEDEMANN, 2007)

A figura do administrador judicial, com o intuito de garantir a continuidade da atividade da empresa, minimiza os impactos no tecido social provocados pela paralisação total ou parcial do ente coletivo, uma vez que depende do funciona-

⁷ Sentences (Criminal procedure) – New South Wales. 2. Criminal law - New South Wales. 3. Criminal liability of juristic persons - New South Wales. I. Title (Series: Report (New South Wales. Law Reform Commission) ; 102). p. 129-140.

mento respectivo a subsistência de grande parte da população ativa de um país, a produção da maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, os investimentos de capital, os préstimos de serviços, etc. (COMPARATO, 1990)

Assim, o que se almeja é a extensão “de lege ferenda” da aplicação do preceito previsto na lei falimentar para o processo penal econômico-empresarial, pontuada a diferença de que, no Direito Falimentar, o objetivo da nomeação de um administrador judicial é satisfazer o débito junto aos credores. Aqui, no Direito Penal, a ideia é a da nomeação cautelar do administrador judicial para que a empresa continue em atividade e cumprindo sua função social, de modo a que o transcurso do processo penal não implique em qualquer redução, suspensão ou paralisação de suas atividades, com efeitos negativos para o público interno e externo dela dependente em qualquer medida.

Mais ousada seria a ideia do uso analógico do art. 65 da Lei de Falências como esteio para, desde já, ocorrerem tais intervenções, por decisão judicial. As situações em que isto poderia ocorrer teriam que ser caracterizadas por um menor impacto nas liberdades e outros direitos fundamentais das pessoas atingidos pela medida acautelatória em comparação com medidas cautelares mais gravosas, bem como por uma discussão acerca da abertura do princípio da reserva legal em matéria de intervenções cautelares processuais penais, quando o destinatário, ao invés de pessoa natural, é pessoa jurídica. A exploração destes aspectos sugere outra pesquisa.

4 CONCLUSÃO

O universo em que se desdobram as atividades empresariais ultrapassa um exclusivo campo econômico, atingindo significados jurídicos, políticos e também sociais. Afirma-se a perspectiva da unidade empresarial como agência com papel

central no contexto da sociedade atual.

Sua natureza jurídica, e a função social que lhe cabe, tem justificado a defesa de sua conservação através de instrumentos jurídicos, extraídos sobretudo de dois ramos vizinhos entre si: direito econômico e falimentar.

Deles deriva o princípio da preservação da empresa. Está na base de inúmeros interesses individuais e sociais vinculados a ela, que dela dependem e que a ela se direcionam. Por isso, procurando atender estes ditames, busca-se na interdisciplinariedade entre estas áreas e o direito penal econômico e empresarial a solução de questões relativas a continuidade da atividade empresarial, a partir do diagnóstico de que a persecução de delitos econômicos pode reduzi-la, suspendê-la ou paralisá-la, temporária ou definitivamente.

Se é possível ao magistrado nomear um administrador judicial quando o ente coletivo tem dívidas maiores do que seu patrimônio, para preservar interesses particulares de credores, no senso de que não sejam lesados e que seja garantido o pagamento de todos na medida em que for possível, com mais razão esta intervenção se legitima quando necessária para preservar as consequências positivas da manutenção da atividade empresarial para o público interno (trabalhadores) e externo (fornecedores, parceiros negociais, consumidores, Estado).

Assim, o direito penal econômico deve, “de lege ferenda”, ser equipado com instrumentos que permitam ao juiz, quando condutor de processos por delitos econômicos, nomear administradores judiciais para intervir na pessoa jurídica, de modo que a persecução penal minimize efeitos indiretos contra terceiros ligados ao ente coletivo e não envolvidos nos delitos que o implicaram, direta ou indiretamente.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del Riesgo Mundial*. Madrid: Paidós, 2006.
- BRASIL. Requerimento n. 81, de 2011. <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99117&tp=1>> Acesso em 07/08/2015.
- BRASIL. Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004. Senador Ramez Tebet. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 15/08/2015.
- BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em 15/08/2015.
- CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.
- CERVINI, Raúl e ADRIASOLA, Gabriel. *El Derecho Penal de la empresa desde una visión garantista*. Montevideo: BdF, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CONARD, Alfred F. *Reflections on Public Interest Directors*.

- Michigan Law Review*. Vol. 75, No. 5/6, Faculty Essays in Honor of the 75th Anniversary of the "Michigan Law Review", 1977. p. 941. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1288020?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 07/08/2015.
- CURRAN, James D. *Comment, Probation for Corporations under the Sentencing Reform Act*. 26 Santa Clara L. Rev. p. 785 (1986). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol26.is3/11>> Acesso em 27/03/2016.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FACHIN, Luis Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOMES-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GRUNER, Richard. S. *Corporate Criminal Liability and Prevention*. Law Journal Press, 2004.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Ensaio em busca dos Sistemas Processuais Penais. In *Revista Íbero-Americana de Ciências Penais*. Ano 10, n. 18, Dez/2010. Porto Alegre: Editora Escola Superior do Ministério Público.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Fundamentos y teoría de la imputación*. Parte general. Trad. Joaquim Coello Contreras e Jose L. Serrano de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

- BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em 17/08/2015.
- LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MACEDO, Gabriela Silva. *Recuperação de empresas: função social*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3212, 17 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21530>> Acesso em: 06/08/2015.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico – parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MORAIS FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- NONES, Nelson. *Sobre o princípio da preservação da empresa*. Revista Jurídica - CCJ/a, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez da 1. ed. alemã de 1984. Madrid: Tecnos, 1991.
- PALIERO, Carlo Enrico. *Dalla vicarius liability alla colpevolezza d'impresa*. In *Studi in Onore di Mario Pisani*. Vol. III. Milano: Casa Editrice La Tribuna, sem ano.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLES, Carlos & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Economico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- SALOMÃO FILHO. Calixto. *O novo direito societário*. 4 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

- SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. *Preservação da empresa e trabalho humano: perspectiva constitucional à luz da diretriz da tutela da pessoa*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF. 20. Nov. 2008. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/17_429.pdf> Acesso em 20/08/2015.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, Guidelines manual, 2002. 8.D.1.2(a)
- VARELLA, Emerson dos Santos. *Preservação da empresa: princípio constitucional não escrito*. Revista Ambito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220> Acesso em: 06/08/2015.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe Gonzáles Vicén da 4. ed. alemã. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.
- _____. *Derecho penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yanez Perez da 11. ed. alemã. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- _____. ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.