

EMPRESA, SOCIEDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA: A EXIGÊNCIA PENAL DE UMA (E)FUSÃO DE CONCEITOS*

FIRM, CORPORATION, LEGAL PERSONALITY: THE CRIMINAL NEED FOR A (EF)FUSION OF CONCEPTS

*Pedro Augusto Simões da Conceição***

Resumo:

O conceito *isolado* de pessoa jurídica, tal qual concebido hoje, não é suficiente para explicar todo tipo de atribuição normativa (*imputação*) que se fazem ou se necessitam fazer a entes abstratos e regulados pelo Direito, tais que *sociedades* e *empresas* que podem, ou não, se manifestar sob a forma de *peessoas morais*. Isso é verdade, de sobremodo, em Direito Penal, pelo que este artigo trabalha com a ideia de uma efusão conjunta dos três conceitos do título com a finalidade de possibilitar uma coerente *imputação penal da empresa*, tomando como molde a *macro-empresa* contemporânea, em viés institucional.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Sociedade. Empresa. Imputação. Controle. Organização.

Abstract:

The *isolated* concept of legal person, understood nowadays, is not capable of explaining all kinds of normative attributions (*imputation*) that need to be given to abstract beings regulated by Law, such as *companies* and *firms* – which can be, or not, *legal persons*. This is particularly true in Criminal Law, making this paper look for a connected analysis of these three other concepts to try to create a coherent *criminal corporate liability*, taking as example of subject contemporary *big firms*, in an institutionalized point of view.

Keywords: Legal Person. Company. Firm. Imputation (Liability). Control. Organization.

* Dédico este breve escrito às minhas quatro orientadoras: à Helena Lobo da Costa, que acreditou em mim desde cedo, e me abriu as portas para o Direito Penal, sempre me trazendo à memória os princípios clássicos deste e a Dignidade Humana; à Juliana Krueger, que faz, em suas aulas, Direito Empresarial e Societário as matérias mais entusiasmantes do Curso; à Mariana Pargendler, que tem me ensinado, com muito bom gosto, a pensar matematicamente e à Rute Izabel Simões Conceição, que me ensinou a desconfiar de todos os discursos.

** Graduando em Direito (4º Ano). Foi Bolsista FAPESP de Iniciação Científica, sob orientação da Profª. Drª. Helena Lobo. Foi estagiário do CAZ-Miguel Reale Jr. Advogados. Estagiário do Departamento Jurídico XI de Agosto. Membro da Comissão de Criminal Compliance do Instituto dos Advogados de São Paulo. Atualmente, atua assessorando pesquisa em Direito Societário, Mercado de Capitais e Governança Corporativa na Direito -GV (FGV São Paulo), junto à Profª. Drª. Mariana Pargendler.

1 Introdução

Qual a *função* do Direito? Responder a esta pergunta é, de certa forma, uma maneira de evitar os silogismos em que se pode cair ao tentar responder uma outra pergunta: o que é o Direito?

A ideia de uma ótica ou de uma ontologia do Direito parece perder terreno frente à *emergência* dos temas que, na vida do Direito, se apresentam ao jurista. Isso porque, como bem resumiu Ferraz Junior, o Direito se presta à resolução de *problemas*, por meio de um método que deve culminar na *tomada de uma decisão*, donde a principal característica da técnica dogmática ser a *decidibilidade*.¹

Esta definição, que parece pertencer à doutrina da Teoria Geral do Direito, tem, na verdade, reflexos práticos e teóricos em todos os ramos e subdivisões do Direito. Em Direito Penal, por exemplo, uma ideia muito similar é desenvolvida por Roxin.² Para o penalista, a função do Direito Penal é *resolver problemas*. Isso significa, antes de uma inclinação pragmática, uma mudança de postura na própria teoria, a qual passa a se preocupar com sua capacidade de apresentar formulações sistemáticas e coerentes para resolver os problemas que se apresentam na *práxis*.³

Isso não faz com que a teoria perca sua capacidade de abstração, mas que a articule a fim de problemas concretos.

É sob este viés que pretendemos analisar a questão da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*.

Ocorre que o instituto de responsabilização dos entes morais, já existente e aplicado no Brasil, nem de longe atende à sua finalidade – a de não-restringir a atuação legítima do Direito Penal em ramos onde o alto nível de organização dificulta a responsabilidade individual – mantendo o foco em princípios básicos – isso porque o atual modelo de *dupla responsabilização*, da pessoa jurídica e física, concomitantemente, representa claro *bis in idem* material,⁴ além de demonstrar o uso de um Direito Penal “ponta de lança” e não *ultima ratio*.

¹ Este raciocínio é desenvolvido ao longo da produção acadêmica de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Cf., por exemplo, do autor: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977; mas, sobretudo os capítulos acerca da *dogmática analítica e hermenêutica* em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.

² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Navarra: Civitas, 1997. t. 1.

³ Por outro lado, a *práxis* não seria uma “prática” pura e simples, como se pudesse haver irrefletido de ação humana. Para mais, conferir RICOEUR, Paul. *Essaies d’herméneutique*. Paris: Seuil, 1986.

⁴ Neste sentido COSTA, Helena R. Lobo da; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Um caso de aplicação de pena com fundamento no “princípio do ‘porque sim’”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 11, n. 133, p. 7-9, dez. 2003.

Não é nossa pretensão, contudo, apresentar um estudo penal sobre o assunto, mas apresentar questionamentos que se colocam ao Direito Societário, Empresarial e Civil com a finalidade de auxiliar a resolução de um problema latente envolvendo a questão da responsabilidade penal de entes jurídicos.

Mais que *questionamentos*, em verdade, percebe-se uma verdadeira *exigência* penal para que o conceito de “pessoa jurídica” se solidifique a fim de possibilitar este tipo de tratativa penal, sobretudo na seara econômica, com especial enfoque de prevenção geral.⁵

Podem parecer uma impostura apresentar tamanha interdisciplinaridade para lançar mão de técnicas societárias com a finalidade de esclarecer um instituto mal resolvido de Direito Penal, mas não foi esta a conclusão a qual chegou Salomão Filho, em seu livro, *O Novo Direito Societário, in verbis*:

Espera-se ter demonstrado que a responsabilidade penal da pessoa jurídica envolve em sua profundidade os próprios fundamentos da personificação jurídica. Estes, por outro lado, entrelaçam-se com as definições de interesse social.

Função e estrutura da personalidade jurídica revelam-se, portanto, mais do que nunca, indissociáveis, em mais uma demonstração da necessidade premente de análises prospectivas e funcionais da empresa.⁶

Ademais, a possibilidade da efetivação de tal tipo de responsabilidade no Direito brasileiro não deixa de ser do interesse do Direito Comercial e do Direito Civil, sobretudo em tempos de *governança corporativa*⁷ e de *crises da personalidade jurídica*.⁸

Para isso, então, apresentaremos o problema, no seio das discussões penais, acerca da pessoa jurídica, sobretudo no que toca a “capacidade de ação” e a estrutura de divisão de poder, para delimitar em qual caso se responsabiliza a empresa em si ou a pessoa física, ou ambas.

⁵ Ou seja, estímulo, pela pena, para que futuros crimes não ocorram.

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 290.

⁷ Sobretudo porque a hipótese de uma investigação criminal envolvendo empresa, após os grandes escândalos corporativos das últimas duas décadas (os mais famosos, sem dúvida, Enron e Parmalat) pode colocar em dúvida a credibilidade de uma empresa a qual, se tiver o capital aberto, certamente verá os reflexos de uma desconfiança no mercado em perda do valor de ações. Não se limita a isso, porém. A existência de *criminal compliance*, como o incentivo a que os agentes do corpo empresarial cumpram o direito e evitem a incidência de norma penal pode ser, muito bem, alocado dentro do panorama geral dos deveres de boa governança. Conferir a muito clara explicação da relação entre *compliance* e *governança* no folder da Associação Brasileira de Bancos. Disponível em: <http://www.abbc.org.br/arquivos/compliance_auditoria_e_governanca_corporativa.pdf>. Acessado em: 27 fev. 2013.

⁸ O tema é conhecido, sobretudo após a edição de LAMARTINE, José. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979 e, mais recentemente, de NUNES, Marcio T. Guimarães. *Desconstruindo a desconstrução da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Como a tese aqui defendida, a qual é antecipada no título deste artigo, trabalha com três conceitos cindidos pelas doutrinas do Direito Civil e Comercial, apresentaremos, brevemente, o panorama “clássico” sobre a *pessoa jurídica*, a *sociedade* e a *empresa*.

Em um segundo momento, apresentaremos aspectos “polêmicos” acerca destes temas, e que decorrem de suas próprias áreas de interesse, e não do Direito Penal, mas cuja resolução, em uma tratativa mais unificada dos conceitos, pode ser solução tanto para as problemáticas internas ao Direito Civil, Societário e Empresarial, e ainda apresentar um conceito mais sólido de “pessoa jurídica” para fins de responsabilização criminal.

2. O problema no Direito Penal

A responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um problema em Direito Penal. É um tema controverso, que traz consigo uma carga enorme de problemas, representando verdadeira revolução na dogmática analítica do delito, na criminologia econômica, no processo criminal, enfim, em quase todos os ramos que lidam, direta ou indiretamente, com a definição, constituição, persecução e condenação de um crime.

Isso porque a doutrina tradicional, em matéria criminal, estruturou toda a *teoria do delito* a partir de uma imagem basilar: o delito de *homicídio* cometido por uma pessoa física contra outra pessoa física.⁹

A partir deste ponto, porém, o Direito Penal evolui muito, via abstração do caso do homicídio, criando o conceito de *ação*, o qual se tornou categoria central na dogmática do delito,¹⁰ e ainda o é, paralelamente ao conceito de *imputação*,¹¹ mais ou menos nos seguintes moldes: uma ação de uma pessoa física é a ela imputada, em detrimento de outra pessoa física.

Uma enormidade de outros conceitos foi desenvolvida para possibilitar a tratativa das mais diversas figuras reais de manifestação de um fenômeno vulgarmente conhecido como crime, para citar alguns: *omissão*, *garante*, *coautor*, *partícipe*, *crime*

⁹ Não à toa, o delito de homicídio é conhecido como “crime-rei”.

¹⁰ Neste sentido: “A conduta humana é o ponto máximo de sistematização do Direito Penal, pois as categorias de delito dela dependem – da onde a máxima: *nullum crimen sine conducta*, presente, diga-se de passagem, no ponto 12 da ‘Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal’ de 1984” (DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 32).

¹¹ Sobre a importância do conceito de ação e imputação em Direito Penal, cf. DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012. Para um panorama da evolução do conceito de ação em direito penal, consultar o excelente: GUARAGNI, Fabio André. *Teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

próprio, crime impróprio, crime continuado, organização criminosa, e segue a lista, ainda em construção.

O problema é que, por mais complexas que fossem as formulações de novas formas delituais que aparecessem frente à Teoria Geral do Direito Penal, elas não abalavam o ponto chave da teoria do delito que é a *ação*, cuja teoria foi estruturada em referência a uma pessoa física, ou a um grupo de pessoas físicas que age “com união de desígnios” para a realização de um crime.¹²

Quando surge a problemática da pessoa jurídica como agente criminal, porém, a situação se transforma, porque, na mudança do *sujeito ativo* do delito, a antiga *teoria da ação* se mostra incapaz de se adaptar ao ente jurídico, o qual, diferentemente do homem, não seria dotado de *vontade*, a qual, por sua vez, sempre se prestou a categoria fundante da *ação humana*.

Logo apareceu a principal divergência sobre o assunto: tem ou não a pessoa jurídica vontade própria capaz de estruturar uma ação delitual?

Houve um verdadeiro racha na doutrina,¹³ sendo que, paulatinamente, o lado daqueles a favor da criminalização de ações de pessoas jurídicas foi aumentando, fortalecido pelo estabelecimento do instituto da responsabilização em vários países de tradição romana.¹⁴

No Brasil, a polêmica ganhou um novo ar com a edição da lei de crimes ambientais, Lei n. 9.605, que prevê em seu art. 2º, tal tipo de responsabilidade.

No jurisprudência, após inúmeras alegações de inconstitucionalidade, o instituto foi firmado como constitucional (sem, contudo, que o Supremo Tribunal Federal tenha analisado a questão especificamente), mas sua aplicação se viu limitada pela ideia de “dupla imputação” ou imputação por “ricochete”, com ficou conhecida, que ocorre quando a pessoa jurídica somente pode ser imputada caso uma pessoa física também o seja, desde que esta tenha agido em função e benefício daquela.¹⁵

¹² Na verdade, mesmo quando há necessidade de imputação a um grupo de pessoas, que é algo totalmente diverso de imputação à pessoa jurídica, a dogmática tradicional da ação encontra dificuldades, por ter sido construída em moldes extremamente subjetivistas, isolando a ação em condutas individuais. Teorias como a da *joint criminal enterprise* e do *domínio do fato por domínio de organização* visam a corrigir esses excessos subjetivistas.

¹³ Entre nós, no Brasil, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2002; é o exemplo “clássico” que representa a parte da doutrina a favor da responsabilidade de empresas. Por outro lado, a compilação PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; representa bem o outro lado da moeda.

¹⁴ França, Holanda, Portugal e, de modo bastante marcante, a recente alteração proporcionada pelo art. 31-*bis* no Código Penal espanhol fez com que a possibilidade da responsabilização criminal de pessoas jurídicas deixasse de ser discussão doutrinária e se tornasse lei, sem, contudo, que todos os nós tivessem sido desfeitos. Já nos países de *common Law* a responsabilização é centenária, mas não abordaremos a temática aqui.

¹⁵ Este é o modelo mais conhecido, difundido e adotado pelas legislações que abarcam o instituto da

O que este tipo de operacionalização revela, contudo, é que a *responsabilidade penal da pessoa jurídica foi estruturada a partir do modelo da imputação de crimes a pessoas físicas*, apesar de se tratarem de duas realidades absolutamente diversas. O problema que isso gera são vários, como se disse acima, e não pretendemos esgotar o assunto, nem mesmo apresentar um panorama sobre o tema, mas apenas apontar a falha que consideramos a mais grave acerca do atual modelo ainda mal implementado em nosso ordenamento:

a atual responsabilidade penal da pessoa jurídica não atende ao papel político criminal a que ela deveria servir, qual seja, a dissuasão da ocorrência de crimes em setores em que sua percepção, análise, processamento e condenação é extremamente dificultada pela complexidade do mundo corporativo e dos diferentes setores de atuação empresarial.

E não cumpre por alguns motivos, cujo principal é a criação de uma *responsabilidade objetiva* para a empresa, a qual não tem sua *autonomia de ação* reconhecida pelo sistema penal, fazendo sempre depender sua responsabilidade da de uma pessoa física, ainda que os métodos de imputação sejam diversos, em razão do *sujeito*.

O sistema de responsabilidade que não reconhece a ação própria da pessoa jurídica é incompleto, justamente porque desconhece a *estrutura da pessoa jurídica* com a qual tem de lidar, e, na prática, a isso correspondem abusos do poder punitivo que mitigam a *segurança jurídica*.¹⁶

É neste ponto que chegamos à interdisciplinaridade. O Direito Penal não consegue estipular uma ação específica da *pessoa jurídica* que deseja responsabilizar, pois desconhece a sua estrutura, seu funcionamento.

responsabilidade de pessoas jurídicas, e ficou também conhecido como heterorresponsabilidade. A nossa lei adota, justamente, este modelo, mas de forma tão mal estruturada que coube à jurisprudência estruturar a realidade da punição de empresas em nosso Ordenamento, o que vem sendo questionado pela doutrina penal como uma verdadeira afronta ao princípio da *legalidade* e da *individualização da pena* em nosso país. Neste sentido: COSTA, Helena R. Lobo; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Um caso de aplicação de pena com fundamento no “princípio do ‘porque sim’”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 11, n. 133, p. 7-9, dez. 2003.

¹⁶ O mais evidente deles é a prática reiterada, e já aceita de modo pacífico pela jurisprudência, da denúncia genérica em crimes empresariais. Como, na ocorrência de um crime em que fica fácil perceber uma irregularidade na atuação da pessoa jurídica, nem sempre é fácil delimitar a atuação individual da pessoa física, ou das pessoas físicas, que serão coimputadas, o órgão acusador imputa a todos quanto estejam presentes no estatuto social ou nas deliberações societárias relevantes: sócios, diretores, administradores – constituindo verdadeira denúncia *genérica*. A condenação, é verdade, não pode ser genérica, mas a nosso ver, o simples recebimento da denúncia genérica é fruto de uma incapacidade dos órgãos investigativos em se adequar à nova criminalidade empresarial, mas é, também, fruto da própria legislação, que adota a dupla imputação. Por outro lado, o Judiciário, ao receber tais denúncias, transforma a *ação penal* em verdadeiro instrumento *investigativo*, já que não há certeza nem justa causa) no momento do recebimento, sendo que tais juízos serão formados no decorrer de um *processo* cuja finalidade não é essa.

Não existe, porém, em Direito Civil, algo como a *estrutura* das pessoas jurídicas. O Código Civil, ao tratar da matéria, simplesmente reconhece, em seu art. 44, a personalidade jurídica de diferentes entidades também jurídicas, entre elas *as sociedades* (Inciso II). Disso decorre que, para uma correta apreensão do tema e atribuição de responsabilidade a pessoas jurídicas é preciso estudar a estrutura das *sociedades* – porque são estas, sobretudo, que poderão constar do polo passivo efetivo em casos de delitos econômicos (principal ramo de interesse da responsabilização penal da pessoa jurídica) e porque são as mais numerosas.

Por razões de política criminal, porém, não faz sentido estudar a estrutura de sociedades simples ou de pequenas sociedades empresárias, ou, ainda, de figuras semelhantes, como a EIRELi,¹⁷ em que a personalidade jurídica com limitação da responsabilidade parece ser fruto da própria consunção das figuras de *sócio* e *sociedade*, de modo que a atribuição de responsabilidade individual ao empresário individual se dá sem maiores dificuldades e, certamente, com mais garantias, sobretudo processuais.¹⁸

Parte-se, então, à análise da *sociedade empresária*, e, mais que isso, à *macro-empresa* e ao *grupo de empresas*. Ocorre que os crimes em que faz sentido atribuir a responsabilidade a pessoas jurídicas, sobretudo pela dificuldade de apuração de responsabilidade(s) individual(is), são, principalmente, crimes econômicos, em que há lesão a bens jurídicos difusos, ou seja, grandes lesões ao *meio ambiente*, fraudes ao *mercado de valores mobiliários*, ao *sistema financeiro*, lesão aos *direitos do consumidor*, enfim, matérias que costumam¹⁹ ser o campo de atuação de *empresas*.

O conceito jurídico de *empresa*, por sua vez, não se confunde com o de sociedade, visto que há sociedades não empresariais e, ainda que toda sociedade empresária seja, potencialmente,²⁰ uma pessoa jurídica, seus conceitos também não se

¹⁷ A festejada criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada foi introduzida, inclusive, no já citado art. 44 do Código Civil, inaugurando uma hipótese bastante moderna, em nosso Ordenamento de uma “sociedade unipessoal”. Aqui já se percebe uma confusão entre os conceitos de sociedade e personalidade jurídica, e, destes, com o conceito de empresa, uma vez que a lei concede à tal “empresa” (e não a uma sociedade), uma personalidade jurídica tomada de empréstimo do tipo societário da sociedade limitada. Isso antecipa, em parte, nosso ponto central, que é o da confusão de tais conceitos na economia contemporânea, e, se isso ocorre à escala da pequena empresa individual, imagine-se então nas grandes corporações que geram risco real em matéria criminal e econômica.

¹⁸ Justamente contra essa confusão sócio-sociedade o parlamentar Paulo Bauer enviou, ao Congresso, projeto de Lei para já alterar a Lei Civil, a qual teria cometido inúmeros equívocos ao falar, por exemplo, que o capital de uma EIRELi seria “capital social”, uma vez que, em seu ponto de vista, a “empresa individual não tem a forma jurídica da sociedade”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=105471&tp=1>>. Acessado em: 5 mar. 2013.

¹⁹ Não que nestes ramos seja uma regra a difícil apuração da responsabilidade individual, pelo contrário, mas é nestes ramos onde este tipo de dificuldade encontra maior terreno fértil, em razão, justamente, de complexas organizações societárias/empresariais que vêm a receber, ou não, personalidade.

²⁰ Em razão da obrigação de registro, para tanto.

confundem, uma vez que Código Civil define a sociedade empresária a partir do conceito de *empresário*, cometendo “deslize” similar ao do Direito Penal quando tenta criar, para a pessoa jurídica, regime próprio de responsabilidade a partir da responsabilidade da pessoa física.

Assim, trataremos da definição dada, de modo amplo, a cada um destes conceitos, apresentando, em seguida, contrapontos, para, enfim, tentar apresentar um conceito “unificado”, em referência à grande empresa que será alvo da responsabilização criminal, mas que também se confunde com os conceitos de *pessoa jurídica*, *sociedade* e *empresa*.

3. Os conceitos analiticamente isolados

3.1. A pessoa jurídica

A grande disputa acerca da *pessoa jurídica*, ou seja, as próprias divergências teóricas sobre o conceito, data do nascimento da matéria dentro das discussões sistemáticas em Direito, no século XIX, e se refere, sobretudo, à divergência entre a teoria da *ficção*, atribuída a Savigny, e a teoria da *realidade*, atribuída a Gierke.²¹

Águas já se escreveram sobre o assunto, mas, para resumir a polêmica, o primeiro autor entendia que a atribuição de capacidade às pessoas jurídicas era limitada à capacidade patrimonial, visto que elas constituíam verdadeiras *ficções jurídicas*, incapazes de exercer maiores direitos, como os de *personalidade*, em sentido estrito. Como bem ressalta Salomão Filho,²² este raciocínio se coaduna com os princípios contratualistas do direito societário, uma vez que o interesse social se confunde com o interesse contratualmente manifesto dos sócios, o que traz à tona, também, a clássica divisão de Ascarelli entre contratos de bilaterais e contratos de plurilaterais.²³

Este é, de certo modo, o tópico que estrutura a disciplina da pessoa jurídica no Brasil, mais comumente referido como a teoria da *realidade técnica*,²⁴ ou seja, o reconhecimento de que a pessoa jurídica existe como ser personalizado, capaz de ter patrimônio próprio e atribuição de certos direitos da personalidade (direito à honra, direito

²¹ O assunto é condensado em SALOMÃO FILHO, Calixto. op cit, p. 276 e ss.

²² Op. cit., p. 277.

²³ Neste sentido: ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quórum, 2008, p. 255: “Além dos contratos bilaterais, como o contrato de compra e venda e permuta, caracterizados pela contraposição de dos polos, ou seja, pela existência de duas partes que apresentam interesses distintos e divergentes, existem os contratos plurilaterais, como o contrato de sociedade, em que não há qualquer limitação quanto ao número de partes, na medida em que o interesse individual de cada contratante é convergente à realização de uma mesma finalidade”.

²⁴ Neste sentido, VENOSA.

ao nome, entre outros), mas que essa realidade é *jurídica* e não se refere a uma situação fática ou social.²⁵

Já para Gierke, o tema em debate parte da realidade do fenômeno associativo, de modo que este enxerga a *alma* da pessoa jurídica na existência, real, de uma *vontade comum*.²⁶

Ou seja, não-somente seria a pessoa jurídica capaz de assumir direitos e obrigações em relação a um patrimônio próprio, e zelar por certos direitos subjetivos de sua personalidade, justamente, por ter vontade própria, ela *existe*, cabendo ao direito *reconhecer* esta existência.

Já se nota a diferença que as duas concepções podem trazer para o tema da responsabilidade penal: sendo a pessoa jurídica uma ficção, incapaz de vontade própria, ela também é incapaz de agir e, logo, de figurar como *sujeito ativo de um delito*; já para a teoria da realidade, a *vontade própria* da pessoa jurídica lhe atribui uma existência a qual se soma a capacidade de responder por delitos próprios.²⁷

Não podemos passar ao próximo tópico, porém, sem antes retomar um problema que parece *originário* à questão da personalidade jurídica, que é o da *personalidade per se*.

Ocorre que, independentemente da questão da realidade ou da ficção da pessoa jurídica, importa, para ambas estas teorias e para a compreensão moderna e contemporânea do tema, a *capacidade pessoal da pessoa jurídica*, a qual, ainda que se restrinja a questões *patrimoniais*, não deixa de ser uma capacidade de *personalidade*.

²⁵ Neste sentido, PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. por, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 265: “atentamos, entretanto, em que, encarando a natureza da pessoa jurídica como realidade técnica, aceitamos-a e à sua personalidade sem qualquer artifício. E nem se poderá objetar que esta personalidade e capacidade são fictícias em razão de provirem da lei, porque ainda neste passo é de salientar-se que a própria personalidade jurídica do homem é uma criação do direito e não da natureza”. Ou seja, percebe-se que o reforço desta realidade, que é apenas jurídica, tem como principal objetivo garantir a limitação da *responsabilidade* pela manutenção de um patrimônio independente, próprio da pessoa jurídica, mas não significa, por outro lado, reconhecer a sua capacidade para as ações sociais mais simples. A teoria da realidade técnica possui, destarte, sintonia com a finalidade ideológica que se atribui à pessoa jurídica hoje, a de ser *instrumento de limitação de responsabilidade* e que *permita um atuação em escala* na economia, haja visto que toda atuação em grupo já parte para uma atuação em escala, desde que haja um mínimo de divisão do trabalho interno à atuação da pessoa jurídica. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 232, resume a teoria da *realidade* técnica afirmando que “as pessoas jurídicas são ‘objetivações’ do ordenamento” (grifo nosso), e não uma realidade social (institucional ou organizativa) *reconhecida* pelo ordenamento, mas por ele criada.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. op. cit., p. 279.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. op. cit., p. 280, aponta que a teoria da realidade seria melhor explanada pela complementação que lhe deu a teoria societária do institucionalismo, uma vez que este explica a formação da tal vontade da pessoa jurídica e das estruturas de atuação da mesma, as quais manifestam esta vontade.

Apesar de ser, usualmente, trabalhado primeiro, entendemos que o tema da personalidade somente vem após a questão da realidade ou ficção da pessoa jurídica, pois, ao contrário do estado da arte, é preciso, sim, se posicionar sobre a *existência* concreta dos entes coletivos para decidir sobre a questão da *personalidade própria* de tais entes e a decorrente capacidade para atuar em prol de direitos que extrapolem o campo patrimonial.²⁸

Ocorre que, como é de costume, ao se recorrer à antiga etimologia da *persona*, diz-se que a *personalidade jurídica* é uma *máscara* que o Direito atribui aos homens para que ajam em sociedade. Usualmente, inclusive, isso é usado de argumento para lembrar a *artificialidade* da *pessoa jurídica*, a qual, enquanto um instrumento de atuação do homem, não tem realidade própria.

Pretendemos retomar o uso do termo *persona*, mas aqui, porém, cabe apenas fazer uma breve digressão sobre o sentido da *personalidade* jurídica atual, o qual está diretamente ligado com o conceito de *direitos subjetivos*, conforme foi desenvolvido e aprimorado pelo *jusnaturalismo*, transformado paulatinamente até o auge do positivismo, período no meio de qual se encontra o próprio surgimento da *pessoa jurídica* – isso porque *pessoa*, de modo geral, é o ser juridicamente *capaz* de participar de uma *relação jurídica* em que seja ou possa ser titular de *direitos e obrigações* (subjetivos).²⁹

Neste sentido: “a sistemática jurídica de tipo hierárquico foi levada ao extremo pela pandectística alemã, no século passado, e o conceito fundamental, colocado no cume da pirâmide, foi o de direito subjetivo”.³⁰

²⁸ Como a teoria adotada no Brasil, a da realidade técnica, é um misto do contratualismo e do institucionalismo, as pessoas jurídicas têm reconhecido o direito ao nome, direito à honra objetiva e outros, típicos de ser com capacidade pessoal, mas não se lhes reconhece a *capacidade de agir*, em termos de Direito Penal, muito menos a *capacidade de culpabilidade*, apesar de estas também serem decorrências de direitos de personalidade reconhecidos como influxo dos Direitos Humanos mais básicos.

²⁹ Neste sentido: “Os sujeitos da relação jurídica são, pelo menos, dois – o sujeito activo e o sujeito passivo; e tal é a regra geral [...] São sempre *peçoas em sentido jurídico*, pois que a *personalidade jurídica se define justamente como a susceptibilidade de direitos e obrigações* (compreendendo as sujeições), ou a *idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas*. Pode-se, conceitualmente, ser pessoa sem ser sujeito de qualquer relação jurídica, mas o sujeito de uma relação jurídica é necessariamente uma pessoa jurídica”, in: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 19-20 (grifos nossos).

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 320. Após certas reflexões acerca da percepção do conceito de pessoa jurídica por diferentes escolas jurídicas (Savigny, Gierke, Kelsen, Ascarelli) os autores chegam à conclusão de se tratar de um *símbolo incompleto* tal conceito, devendo ser definido de maneira pragmática, conforme o uso em norma determinada, p. 341. A este posicionamento pragmático se alia uma “definição objetiva de direito subjetivo”, segundo a qual “o titular do direito subjetivo tem a possibilidade de fazer triunfar, judicialmente, o comendo que a lei lhe confere em relação a outro sujeito, desde fins do século passado”, p. 322.

Assim, a sistemática da *personalidade jurídica* – inclusive a que se atribui à pessoa jurídica – está ligada com este conceito de direito subjetivo. Para a pandectística, o desenvolvimento do conceito de direito subjetivo foi a maneira encontrada de ligar o homem individualmente ao próprio sistema de atribuições jurídicas objetivas. Ocorre aqui o grande rompimento com o Direito Romano, que é, na verdade, fruto da própria retomada do Direito Romano em empreitadas como a de Savigny: o conceito moderno de direito subjetivo dá prevalência à existência de um direito que se atribui individualmente à pessoa que dele pode usufruir, e não existia em Direito Romano.³¹

Nas palavras de Castro: “a tese do direito subjetivo fundou-se nos desvãos dessa subalternidade e na *falsa generalização de uma liberdade*, criada aqui por exigência de ordem moral, em razão da específica natureza do objeto jurídico”.³²

Essa ideia internaliza o direito em uma pessoa,³³ invertendo a ideia romana da *actio*.

Ou seja, no mundo moderno, vale mais o “fato” de *ser o contratante de uma relação jurídica* que o “fato” de *existir uma relação jurídica da modalidade contrato*.³⁴ Enquanto antigamente atribuíam-se direitos conforme as relações jurídicas objetivas, hodiernamente exigem-se direitos conforme a situações objetivas – trata-se, antes de mais nada, de uma mudança de perspectiva que condiz com o *individualismo* típico da Modernidade.³⁵

A personalidade jurídica das pessoas jurídicas significa, sobretudo, uma “concessão” do Ordenamento (uma “objetivação”, como diz Venosa), para que estas possam, também, alegar para si direitos (e deveres) subjetivos, donde decorre sua capacidade jurídica, sobretudo em matéria patrimonial.³⁶

³¹ Neste mesmo sentido vão as teses do romanista ORESTANO, como se lê em CANDIDO, Austréia Magalhães. Da pessoa jurídica no direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1009-1061, já./dez. 2010.

³² CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 82.

³³ CASTRO, Torquato. (op. cit.) lembra do brocardo: “*ejus est nolle, qui potest velle*” (pode deixar de querer, quem pode querer).

³⁴ Usualmente, essa é a diferença entre os conceitos de “posição” e “fato”, sendo que o fato, ainda que tenha reconhecida sua *juridicidade*, é sempre *a fortiori*, sendo que a *posição* é decorrência real e direta da própria *relação jurídica*, ou seja, do Ordenamento e dos *direitos subjetivos* envolvidos.

³⁵ Este individualismo é matéria de estudo da sociologia e filosofia social. Não à toa, o estudo que dá “nascimento” a todo um método de pesquisa social, *O Suicídio*, de DURKHEIM, busca justamente investigar como se forma, socialmente, um fato que parece dizer respeito à esfera individual de cada um: “ou seja, antes de mais nada devido à simples e concreta razão de que sem o conhecimento preciso da extensão da sociedade ao âmbito dos indivíduos seria incompreensível que permanentemente incontáveis indivíduos – e, pode-se mesmo dizer: a maioria avassaladora dos homens – agem seriamente de modo contrário a seus interesses individuais” diz Adorno sobre a polêmica pesquisa de Durkheim, em ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 274.

³⁶ E afasta-se, assim, a importância da “vontade” própria ou coletiva, para a constituição da *personalidade*,

3.2. A sociedade

A atual definição do Código Civil delimita a *sociedade*, em oposição à *associação*, como é sabido, pela existência de uma *finalidade econômica*. Assim o art. 53 fala em uma *finalidade não econômica* da associação, perdendo a chance de fazer uma referência *explícita* ao *intuito lucrativo* da atividade, e não-somente à finalidade econômica, uma vez que associações como a *Associação Brasileira de Bancos* possuem clara *finalidade econômica*, ainda que sua atividade não gere *lucros diretos*³⁷ ou-não sejam estes ativos *distribuídos* enquanto *dividendos*.

De qualquer forma, é entendimento pacífico que tal finalidade econômica das sociedades abarca o risco empreendedor na tentativa de obter lucro pela atuação em algum ramo do mercado.³⁸

Assim, na definição de sociedade, o *caráter econômico* da existência da mesma, se confunde com a discussão vista acima, na sobre a ficção ou realidade da pessoa jurídica, com a da constituição e existência da sociedade, conforme um ponto de vista *contratualista* ou *institucionalista*.

Pela própria disposição legal, do art. 981 do Código Civil, a sociedade é *contrato*, seguindo a linha já apontada anteriormente de Ascarelli, de *contrato plurilateral*. Não à toa se diz na doutrina contemporânea que “o matiz contratual das sociedades é notório”.³⁹

Por outro lado, enquanto na doutrina “civil” da pessoa jurídica a ideia de ficção e de realidade parece difícil de conciliar, a ideia *institucional* é “paralela” à do

uma vez que esta pode decorrer de atribuição legal sem que o *modo* de produção desta vontade seja diverso do individual, como ocorre, exatamente, com as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, ou em sociedades em que todo o capital é integralizado por um grupo, o qual, por ter um controlador, atua como sócio unitário. Entretanto, como ressalta SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo...*, cit., p. 30 e ss, se a vontade em si pode ser atribuída à pessoa jurídica, independente do modo de sua formação, essa *formação de vontade* não deixa de ser indispensável para a compreensão do *interesse social* e para a delimitação da responsabilidade civil e societária – mas, por que não, penal – dos integrantes da sociedade.

³⁷ O reconhecimento da não-lucratividade da atividade associativa ainda não seria capaz de gerar uma confusão com a *fundação*, isso porque há, ainda, entre a *fundação* e a *associação* a relevante separação entre a sociedade de pessoas e a sociedade de capitais. Se com grandes associações (compostas por pessoas com grandes capitais) isso parece ser fluido, ao diferenciarmos fundações de médio-porte, as quais exigem um patrimônio independente, de pequenas e médias associações de moradores, por exemplo, fica claro que a distinção ainda é válida e tem efeito prático – sobretudo porque na associação de moradores é a personalidade intrínseca dos *moradores*, inclusive a sua condição muito específica de serem *moradores de um bairro* que dá legitimidade à atividade da associação.

³⁸ Não que uma sociedade não possa atuar em ramos diversos e independentes concomitantemente, mas essa é uma realidade mais própria dos *grupos de sociedades*, aos quais, contudo, não se deixa de atribuir, obrigatoriamente, tanto a personalidade jurídica como o reconhecimento societário, apesar de os *grupos de fato* prescindirem do reconhecimento societário para sua atuação. A problemática será retomada abaixo.

³⁹ SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 4.

contrato que forma a sociedade em si, de modo que a sociedade teria um matiz contratual e um outro, *institucional*, “que congrega interesses múltiplos, como tecnologia, emprego, renda, serviços, tributação, marcas, comportamentos, etc., o que faz da sua atividade uma instituição, uma verdadeira ética, em sentido amplo”.⁴⁰

Daí surgir a questão do *interesse social*, o qual, diferentemente dos contratos bilaterais ou de permuta, deve ser o mais harmônico possível, levando a um conjunto de esforços e de recompensas, e que considere os *sócios presentes e futuros* e, de um ponto de vista institucional, a *própria sociedade*, dando mais relevo à finalidade estatutariamente instituída que à *affectio societatis*.

A noção de sociedade ganha, contudo, um novo colorido com a temática das Sociedades Anônimas.

No que há de principal das classificações das sociedades, sociedades de pessoas ou de capitais e sociedades empresárias ou não-empresárias, a S/A surge como o “tipo ideal” da sociedade de capitais empresária, com regime máximo de *limitação da responsabilidade*.

É, justamente, a garantia maior da limitação da responsabilidade⁴¹ que faz com que a *sociedade* anônima seja uma verdadeira *parceria de capitais* e não de pessoas,⁴² as quais se aproximam mais da figura de *investidores* ou, como anuncia a sociologia moderna, da figura de um *proprietário ausente*.⁴³ A isso, inclusive, soma-se a maior separação da *propriedade* e da *gestão* – ressaltada nas companhias abertas – de modo que um chinês pode investir em companhia brasileira assumindo tão-somente o risco do investimento, sem necessidade de participar das assembleias para ter garantidos, até mesmo, seus dividendos (caso haja).

Ao dissociar a ideia de *sociedade* da de *sócios*, o tema do *interesse* retorna com força, sobretudo para valorizar o *interesse da própria sociedade*, sem que se ignorem

⁴⁰ SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 4.

⁴¹ Esta garantia, junto com a transferibilidade das ações, integraria o *tipo fechado* da sociedade anônima, de modo que violada esta garantia estaria se violando o tipo Sociedade Anônima, em conduta ilegal, que frustra a segurança jurídica. Neste sentido, PELA, Juliana Krüeger. *As golden shares no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁴² Mesmo ASCARELLI, avesso à ideia institucionalista, relaciona a responsabilidade limitada, que decorre, de fato, da divisão do capital em *ações*, à presença de uma *pessoa jurídica*, e não à ao “contrato entre acionistas”: “de um ponto de vista meramente lógico, poder-se-ia observar que nada de singular há afinal na responsabilidade limitada, pois que, em definitiva, ela indica apenas a natural consequências da existência de uma pessoa jurídica e de um patrimônio em separado” in ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 150.

⁴³ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. São Paulo: Zahar, 1999. Certamente, isso se aplica às situações de capital aberto e disperso, e tem grande relação com o controle gerencial ou com o controle acionário derivado, por exemplo, de pleitos públicos de procuração.

os direitos e interesses dos *stakeholders*,⁴⁴ visto que a nossa Lei de Sociedades Anônimas, Lei n. 6.404/76 adotou, para as companhias, a teoria *institucional* de modo mitigado.⁴⁵

3.3 A empresa⁴⁶

O Código Civil não possui um conceito de *empresa*. Entretanto, seguindo uma certa tendência histórica⁴⁷ da *evolução subjetivista do Direito Comercial*,⁴⁸ há, entre nós, a definição do *empresário*, que se tornou verdadeira *fattispecie*⁴⁹ em nosso Direito.

Disso decorre que a definição de o que seja a *empresa* é sempre *a fortiori*, em termos de Direito Positivo, quer façamos referência ao conceito de empresa enquanto o esforço subjetivo do empresário ou de uma sociedade (que será tida por empresária em razão de tal esforço), ou ao aspecto objetivo da organização profissional de meios de produção (*lato sensu*) com intuito lucrativo e que se materializa no *estabelecimento*.⁵⁰

A definição trazida no art. 966 não limita sua extensão à pessoa física do empresário, mas a construção da norma é exatamente esta, razão pela qual se tornou

⁴⁴ Sobre a teoria dos *stakeholders*, que expande a realidade societária para além dos presentes no “contrato plurilateral” de ASCARELLI, conferir: SADDI, Jairo. Conflitos de interesse no mercado de capitais. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Sociedade anônima: 30 anos da lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 352 e ss.

⁴⁵ Este é o posicionamento de SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo... e de CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. Por esta razão, a observância dos interesses dos *stakeholders* costuma encontrar uma formulação “clássica”, ou seja, por meio de contratos societários, como os acordos de acionistas e promessas de preferências, ao invés de haver previsões societárias (legais) para harmonizar os interesses conflitantes.

⁴⁶ Tendo em mente o regime altamente diferenciado da *empresa pública*, este artigo não se refere a este tipo de instituição, mas tão somente às empresas sob regime privado.

⁴⁷ Esta tendência histórica é pormenorizadamente abordada em FORGIONI, Paula A. *O direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2008. Tese (Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Como já anuncia o título, há uma raiz “mercantil” no Direito Comercial, que se refere à “categoria histórica” da matéria, como entendia Ascarelli. Este mercantilismo estaria marcado na tríade “ato/atividade/mercado”, o qual impediria, justamente, uma visão *mercadológica* do próprio mercado, e de formas comerciais e societárias como verdadeiras estruturas econômicas.

⁴⁸ Esse subjetivismo é abordado na *path analysis* que faz CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado econômico*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 53 e ss. Da ideia de um “comerciante”, passa-se à teoria dos “atos de comércio”, o que trouxe certa objetivação ao Direito Comercial, mas, como ressalta o autor, muitos dos atos de comércio se confundiam com a própria atividade pessoal do “comerciante”, até que desenvolve a separação dos atos de comércio com a atividade comercial (hoje, empresarial). Isso não significa, porém, que haja *pax juris* na definição do conceito de *empresa* – bem ao contrário, este ainda é campo belicoso. Cf. também ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina (Teses), 1999.

⁴⁹ O termo é de SALOMÃO FILHO, Calixto. *A fattispecie empresário no código civil...*

⁵⁰ Para ABREU, *Da Empresarialidade...* o termo *estabelecimento* se confunde com o aspecto objetivo do conceito de “empresa”, e isso é próprio do vernáculo, visto que em outros idiomas, como o Inglês e o Alemão, há palavras que se referem com maior exclusividade ao aspecto abstrato da atividade (como *firm* e *Unternehmen*) e outras que se referem à materialidade do negócio (*establishment* e *Geschäft*), (p. 40 e ss.).

necessária, inclusive, a positivação da norma do art. 982, que define a *empresarialidade* da sociedade empresária por atuar *como* o faz o *empresário*, impondo, ademais, a característica de empresária à sociedade por ações em seu parágrafo único.

Uma das principais decorrências formais do regime empresarial é a necessidade do *registro*, o qual se torna constitutivo para as sociedades empresárias, como defende Salomão Filho,⁵¹ mas também a submissão ao regime da lei falimentar, como estipula o art. 1º da Lei n. 11.101, Lei de Falências e Recuperações Judiciais e Extrajudiciais.

Há efeitos paralelos, ligados a estes primeiros. A *conditio* “empresário”, por exemplo, pode ser aventada contra a imputação subjetiva de *crimes* em matéria falimentar – pode-se pensar, por exemplo, na “secretária” do empresário que vê autuada como coautora em crime falimentar. Pela restrição do art. 1º da Lei n. 11.101, e pela taxatividade da norma penal, tal imputação perderia razão de ser.

É de observância, porém, do Direito do Trabalho que se vê que elemento de grande importância foi deixado de lado na definição aventada – trata-se do elemento *risco*. É justamente a partilha do risco no desenrolar da atividade empresarial que separa os empresários dos funcionários.

Basicamente, aqueles que partilham do risco,⁵² são empresários e aqueles que atuam com os empresários esperando, como contraprestação, um salário independentemente do risco assumido, são funcionários.⁵³ A questão é relevante em dois

⁵¹ *A fattispecie...*

⁵² Interessante notar, contra intuitivamente, porém, que a assunção do risco, por aquele que empreende, é resguardada por uma espécie de “mutualidade” entre ele e os demais também empreendedores que trabalham com uma lógica similar à sua, e os leva a buscar *parcerias* no mercado, aquilo que (FORGIONI, Paula Abrea. *O direito comercial brasileiro...* p. 141) chama de “*perfil contratual* do ente produtivo” que transcende a ideia basilar de *atividade* (que se refere, sempre, aos atos conexos do *empresário*) e assume a *empresa* como centro de imputação. Do outro lado, porém, se encontra o trabalhador que, muito antes de ser parte de um todo chamado “corpo de trabalho” ou de “colaboradores”, é alguém que conta tão somente com sua disposição pessoal (seu *know how*) para gerar renda. A análise do risco no seio da atividade econômica leva a uma inversão na própria postura analítica: deixa-se de olhar para a empresa sob o prisma da individualidade (do empresário) para olhá-la organizacional e contratualmente relacionada; enquanto que se privilegia a posição monista, essa sim, do trabalhador (ainda que militante em força sindical, sobretudo em um sistema sindical *estamental*, como o nosso).

⁵³ Os demais critérios da relação de emprego (pessoalidade, subordinação, entre outros) não deixam de ser úteis, mas é justamente o fato de a sociedade empresária se organizar de maneira *profissional*, ou seja, muito próxima do que representa a própria *relação de emprego*, que o critério do *risco* se torna essencial. Neste sentido, segue julgado do Tribunal Superior do Trabalho: “**AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE TRANSPORTE AUTÔNOMO. VÍNCULO DE EMPREGO.** A Corte Regional verificou a existência dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício previstos nos arts. 2º e 3º, da CLT, tendo em vista que o reclamante não executava a atividade de forma autônoma, mas subordinada, bem como que as mercadorias não eram confiadas a um transportador que assumisse os riscos do negócio. Além disso, a reclamada utilizava do labor constante do reclamante, que prestava serviços de forma diária e pessoal, além de determinar o itinerário insuscetível de modificação,

pontos, primeiro quando há tentativa de “fraude”, da seguinte forma: oferece-se parcela ínfima da sociedade a funcionário para que a sociedade se escuse das obrigações de cunho de trabalhista.

Em segundo lugar, para fins de “desconsideração da personalidade jurídica”, isso porque, em matéria trabalhista, a *disregard* se construiu por analogia e uso da equidade (art. 8º CLT), visto que o Diploma Trabalhista não contém previsão do instituto. Assim, adaptam-se os arts. 50 do Código Civil, que prevê a desconsideração de modo geral, na presença de fraude ou abuso de personalidade, com a desnecessidade de tais abusos de direito; contudo, é o que se expressa no Código do Consumidor, em seu art. 28, traçando um paralelo entre a hipossuficiência do consumidor e do trabalhador. Aqui, o sócio da sociedade empresária é chamado a responder, quando não o pode fazer a sociedade, porque este, diferentemente do trabalhador, estava consciente dos riscos que assumiu ao embarcar no negócio.⁵⁴

Com isso, podemos ter um quadro geral de o que seja a empresa, fazendo, antes, uma pequena observação: empresa, uma vez dissociada da imagem do *empresário*, é, no nosso Ordenamento, necessariamente *sociedade*⁵⁵ e terá, também, *personalidade jurídica*,⁵⁶ o que não significa, porém, que seu regime de responsabilidade será limitado, visto esta ser questão própria à constituição dos *tipos societários*.

supervisionar a saída e chegada do veículo e a entrega das mercadorias. Assim, considerando o princípio da primazia da realidade que rege o direito do trabalho e a previsão constante no art. 9º da CLT, a pactuação firmada entre as partes com supedâneo nas Leis n. 7.290/84 e 11.442/2007 mostra-se nula e totalmente inaplicável ao caso em tela, visto que possuía o simples objetivo de mascarar uma relação de emprego havida entre as partes e sonegar direitos trabalhistas devidos ao reclamante. Agravo a que se nega provimento.” - Ag-AIRR - 4146-48.2010.5.06.0000 **Data de Julgamento:** 27/02/2013, **Relator Ministro:** Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 01/03/2013.

⁵⁴ Também neste sentido, se manifestou o Tribunal Superior do Trabalho: “**TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.** A teoria da desconsideração da personalidade jurídica encontra suporte no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 50 do atual Código Civil. Segundo essa teoria, em face da utilização abusiva da pessoa jurídica, esta pode ser desconsiderada de modo a estender para os sócios a responsabilidade pelas obrigações da empresa. Porém, esses textos legais estabelecem uma hierarquia de responsabilidades. Em regra, a responsabilidade direta é da sociedade; a dos sócios é indireta ou subsidiária. Nesse sentido são os arts. 1024 do CC e 596, caput, do CPC por se referirem ao benefício de ordem que os sócios podem exercer, de modo que primeiro devem ser atingidos os bens da sociedade e, depois, os bens particulares dos sócios.” Processo: 01627-2009-021-10-00-0 AP; Acórdão 1ª Turma; Relatora: Desembargadora Flávia Simões Falcão; Revisora: Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães; **Julgado em: 03/03/2011**; Publicado em: 11/03/2011 no DEJT.

⁵⁵ Isso porque prevalece, no Brasil, bem entendido, a noção funcional de empresa enquanto “atividade”, tal qual desenvolvida por ASQUINI; neste sentido: SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. O fato, porém, de não se reconhecer, positivamente, a *institucionalização* da empresa é, a nosso ver, fator que sempre promove certa estagnação entre os perfis *subjetivo e objetivo* e *o funcional*, tornando a divisão um tanto quanto supérflua.

⁵⁶ Isso decorre do art. 44, II, do Código Civil, que atribui personalidade jurídica às sociedades – mas, como dissemos acima, a dependência do registro das sociedades empresárias, a qual vincula a personificação ao ato

Tanto assim é o que Reale, redator do Código Civil, assim expôs suas razões:

Direito de Empresa, cabe destacar que, graças a uma figura de metonímia, ou por melhor dizer, de sinédoque: está aí a palavra empresa significando uma parte pelo todo que é o *Direito da Sociedade*. Fomos levados a essa opção, por se cuidar mais, no citado Livro, da *sociedade empresária*, estabelecendo apenas os requisitos gerais da *sociedade simples*, objeto da diversificada legislação relativa aos múltiplos tipos das sociedades não empresárias.⁵⁷

Caso não for uma sociedade, não se estará falando em empresa, mas em empresário. Ou seja, já decorre de lei uma certa *confluência* entre os conceitos de sociedade e personalidade jurídica e o de empresa.

4. Problematizações

4.1. A pessoa problemática

Como vimos acima, a ideia de *pessoa jurídica* é uma construção *moderna* – jusracionalista, e, até mesmo, vem de mãos dadas com o surgimento do positivismo, sobretudo pela sua estreita relação com o conceito de *direito subjetivo*, como um direito capaz de ser atribuído a (e exigido por) uma *pessoa*, sendo tal atribuição decorrência direta do ordenamento positivo, objetivo.⁵⁸

Isso não significa, porém, que não possamos encontrar maneiras diversas da construção do reconhecimento da ação coletiva no Direito antes da Era Moderna – e é exatamente o que se faz, nas doutrinas contratualistas, quando procuram justificar a *não-existência* da pessoa jurídica no próprio vocábulo *persona*, que seria a *máscara*, usada, em verdade, por um conjunto (uma somatória) de homens, os verdadeiros *sujeitos*.

O que o Direito Romano apresenta, porém, é um quadro diverso do *personalismo subjetivista* que a interpretação moderna da personalidade parece lhe atribuir. Ao menos, como desenvolvido por uma parte da doutrina romanista, e que aqui

registral em si, é decorrência da matéria empresarial específica.

⁵⁷ In: SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 131. É a autora que atribui a Miguel Reale a presente citação.

⁵⁸ É conhecida a radicalização Kelseniana desse conceito, que eleva a *pessoa* a próprio atributo de (receptáculo de) norma – fundindo a subjetividade do direito com a objetividade do *maná* jurídico na obra do jurista de Viena: a *norma*. Neste sentido, cf. nosso *Hermenêutica Jurídica – norma e compreensão*. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 2, p. 156-176.

acompanhamos conforme a exposição de Candido, havia uma “objetividade” intrínseca à questão das coletividades reconhecidas no Direito Romano.

Veja-se, em verdade, que as *universitas* romanas recebiam uma tratativa *coisal*:

desta forma, algumas relações jurídicas eram imputadas diretamente a entidades materiais, e essas entidades materiais poderiam ser constituídas de pessoas, que, em conjunto, seriam consideradas como *res*. O que pode soar estranho, segundo o autor, porque estaríamos atribuindo relações jurídicas a entes que não são sujeitos de direito, mas coisas.⁵⁹

A ideia de que uma universalidade de pessoas gera uma unidade *coisal* no princípio da análise da personalidade jurídica coletiva é de extrema relevância para uma visão mais próxima da institucionalista.

As consequências são gritantes. Isso porque se percebe a formação conjunta da atividade e da vontade de modo *corporativo*, mas não em uma união *organicista*, e sim verdadeiramente *institucional*; pois, afinal, a noção de *res* se aproxima mais da *instituição* que a noção de *corpus*, enquanto constituição “natural” dos órgãos.

Isso ainda ajuda a “cindir” o conceito de *personalidade* da noção da atribuição de *direitos e responsabilidades*, uma vez que certas entidades *personalizadas* no Direito Romano, não tinham, em si, atribuídas responsabilidades. Era o que ocorria na *familiae*, que sempre representou um grupo complexo frente à individualidade, mas sua responsabilidade recaía quase que exclusivamente sobre a figura do *paterfamilias*. Aqui, tem-se um caso claro de uma *instituição social, com alto nível de personificação e personalização*, mas sem a atribuição direta de direitos subjetivos, decorrentes da ordem jurídica objetiva.

Voltando à *res*, porém, é importante destacar que já se nota neste conceito uma *desmaterialização*, pois a *res* coletiva não era, efetivamente, *coisa*. Uma segunda *desmaterialização*, porém, ocorre no período pós-clássico do Direito Romano,⁶⁰ quando o uso da *res* vai sendo substituído pelo conceito de *universitas*. Com esta noção, fica, praticamente, afastada a ideia de *corpus*, e caminha-se ao entendimento de que em uma *universitas*, os membros agem em conjunto, ou seja, jamais *uti singuli*, mas sempre *uti universi*.⁶¹

E, apesar de todo este desenvolvimento, a *universitas* não seria pessoa, uma vez que somente lhe era reconhecida a atuação – agora sim, com direitos e deveres

⁵⁹ CANDIDO, *A pessoa jurídica...* p. 1.019.

⁶⁰ Id. *Ibid.*, p. 1.040.

⁶¹ Id. *Ibid.*, p. 1.044.

atribuídos – no *ius commercium*, enquanto que a ideia de pessoa envolvia uma totalidade de “capacidades” jurídicas, que ressaltava a importância da atuação em família, a hipótese da capacidade nubente e política, entre outras.

Assim, a conclusão a que chega a Autora sobre a reconstrução da pessoa jurídica no Direito Romano nos aproxima de um *institucionalismo* não *organicista*, cuja realidade decorre de uma concepção corporativista da *universalidade*:

não houve, no Direito Romano, o desenvolvimento de nenhuma teoria acerca da personalidade jurídica. O que se fez presente foi a consciência de que a *universitas* emanava de um conjunto de pessoas, mas que não se confundia com elas [...] consiste num equívoco a afirmação de que os textos romanos apresentavam a *universitas* como um ente artificial, criado pelo legislador e, portanto, ficcional.⁶²

Voltando ao ponto problemático subjetivista, abordemos a boa e velha história da *máscara* – da *persona* como *máscara*.

A defesa se conhece: a pessoa é uma máscara, criada pelo Direito, para a atuação na vida social com direitos e deveres; assim como a *persona* era a máscara que dava vida ao personagem no teatro antigo.

Há tantos equívocos nesta ideia quanto se possa contar. Começo pelos de dramaturgia.

O que forma um *personagem*, ou seja, o que permite que olhemos para uma pessoa como outra, real ou fictícia, sabendo que há, naquele momento, uma *transposição de identidades*? Em primeiro lugar, a consciência dessa situação teatral, o que chamamos aqui de *stagement*. Ou seja, trata-se de transformação de uma situação, espaço-temporalmente localizada, em uma situação de palco e, neste sentido, a separação das interações teatrais da interação entre a peça e o público – o colocar da *quarta parede*.⁶³

Neste sentido, posso usar uma máscara em uma festa à fantasia e, ainda que faça uma referência explícita a algum personagem, agir com plena consciência de que sou *eu quem age frente a todos*. Mas posso, em uma conversa local, mudar minha postura e minha voz e fazer uma curta, mas verdadeira, *encenação*, parodiando algum conhecido.

⁶² CANDIDO, *A pessoa jurídica...* p. 1.056.

⁶³ A ideia de *quarta parede*, clássico da teoria do teatro, é, justamente, a ideia que sustenta a ideia de palco, não como situação espacial da peça, mas justamente como setor de separação entre as interações teatrais e a do teatral com o público. Ainda que, muitas vezes, no teatro clássico, este papel seja efetivado pela *cortina*, é no teatro de rua que a *persona*, a máscara, surge como quarta parede, mas tão somente na medida que é um dos muitos elementos do figurino. A diluição da *quarta parede* é forma típica de um teatro mais contemporâneo, que abarca desde as contações de história até os quase não-teatrais *stand up* com improvisos e interação direta com o público. O diálogo direto é a marca da não-teatralidade. A teatralidade construir-se-ia pela intermediação do diálogo pela *quarta parede*.

O *stagement* é fruto de um *jogo* que exige o reconhecimento do público da situação *de ator, de palco e de personagem*, que é mediada pela *quarta parede* – e não pela máscara.⁶⁴

As situações teatrais da antiguidade não fugiam ao *stagement*, ainda que o uso da máscara fosse recorrente – ou seja, mesmo que a máscara caísse, a peça poderia continuar.

Há, porém, outro “equivoco”, de cunho filosófico. Talvez, mais dificilmente qualificável como um *equivoco*, trata-se, porém, certamente de uma *intenção velada* nesta análise frágil da pessoa jurídica como máscara da atuação humana.

Esta *intenção* separa o que seria a *superficialidade da comunicação e da interação social, do que constitui a verdadeira essência da vida e dos homens por trás da pessoa jurídica*.

Assim, o homem é visto como o receptáculo da verdade social, a essência, e a pessoa jurídica, aparência⁶⁵ – assim como o corpo seria aparência, e a alma, essência. A alma encarnada, porém, não viveria na *pele* e na própria *carne* a sua essência?

Em termos de sociedade, é bastante arriscado isolar o que seria o *conjunto social* das instituições *socialmente* criadas; não há porque pensarmos que *peças jurídicas* são menos *agentes sociais* que homens *in specie*.

Bem ao contrário, o nascimento da sociabilidade das instituições está no principal fator de sociabilidade do homem: a linguagem. Existe, como mostrou Ricoeur em *Quem é o sujeito de Direitos?*, sempre uma referência ao *terceiro ausente* no discurso, ou seja, a pretensão de que aquela *fala* localizada pode, potencialmente, ser compreendida e validada por *terceiros* que tenham acesso ao mesmo código linguístico. Essa é a marca padrão das instituições socialmente criadas – é, contudo, verdade, que se encarmos a *pessoa jurídica* como um *contrato*, a relação aqui posta fica fragilizada. Não porque não haja uma *instituição*, uma vez que há – a do contrato – mas ela sobreporia o *mover individual* ao *constructo social*.

Contra, porém, essa im-provável intuição de que o *verdadeiro* sujeito é o *cogitans*, seguindo uma tradição que segue de Descartes a Husserl, passando por Kant, a filosofia Nietzscheana nos traz um aporte crítico cuja citação se mostra imprescindível:

Des peuples qui passent par des grandes vicissitudes
et se trouvent placés dans des circonstances nouvelles,
présentent un groupement nouveau de leurs forces: tel

⁶⁴ Isso sem falar nas espécies de máscaras e de seus diferentes usos no teatro, como, por exemplo, a *máscara neutra*, que, ao *retirar a expressividade facial do ator*, permite que este e terceiros vejam, mais facilmente imposturas físicas e “manias” na atuação. Ela é, então, usada para *treino da atuação*, de modo que seu uso não anula a pessoa do ator, muito menos institui um personagem.

⁶⁵ Um pouco na linha de Thatcher, quando disse que *essa coisa de sociedade não existe*.

ou tel trait s'accuse et prend de l'importance, parce qu'il devient *plus nécessaire* à l'existence, par exemple, le sens pratique et prosaïque chez l'Allemand d'aujourd'hui. Tout caractère commence par être un *rôle*. La 'personalité' des philosophes – au fond, c'est la *persona*.⁶⁶

A conclusão chega a ser *psicanalítica*, pois como assevera Zizek: “Nunca se deve subestimar o poder das aparências. Por vezes quando perturbamos as aparências, a própria coisa que está por trás delas também se despedaça”.⁶⁷

Não se trata de negar a *diferença*⁶⁸ entre as diferentes realidades de seres humanos de carne e osso e as pessoas jurídicas, mas de negar a *oposição* entre as pessoas natural e jurídica como uma oposição de *verdade* (e, logicamente, de mentira, ou melhor, de *mentirinha*, de *faz de conta*, de *ficção jurídico-contratual*) – reconhecendo, assim, a importância *real e social* das pessoas jurídicas institucionalizadas.

Partindo para problemáticas mais especificamente *jurídicas*, há outros entraves a serem abordados em matéria de *pessoa jurídica*, como é o caso da *personalidade jurídica de organizações internacionais*.

Isso porque, em todas as teorias que, longínqua ou proximamente, mantêm-se uma ligação com o *contratualismo* e com o *ficcionismo*, há uma dependência do reconhecimento *jurídico* da personalidade jurídica, seja por uma referência a texto legal, seja por direta chancela de órgão oficial – seja por ambos – sempre em um sistema de *hierarquia* e até mesmo dependência do *reconhecimento estatal*.

Isso porque, se a pessoa jurídica é uma *realidade tão-somente jurídica*, ela sempre depreende seu *Q de realidade* do próprio Ordenamento (e/ou da aprovação institucional) que depende, sempre, da submissão a uma ordem estatal específica, soberana, constitucional e territorialmente determinada.⁶⁹

É neste ponto que a “natureza jurídica” da personalidade jurídica das Organizações internacionais coloca em xeque este raciocínio.

Assume-se, assim, uma situação de “suspensão” – sabe-se que *a personalidade jurídica de inúmeras organizações internacionais* existe e é

⁶⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *La volonté de puissance*. Paris: Gallimard, 1995. Tome I. Collection *Tel*. p. 290. Tradução livre a seguir: os povos que atravessam grandes vicissitudes e se encontram alocados em circunstâncias e novas demonstram constituir uma nova apresentação de suas forças: este ou aquele traço característico se destaca e toma a frente, porque ele se torna *mais necessário* para a existência, como, por exemplo, o senso prático e prosaico do Alemão de hoje. Todo caráter formado nasce como sendo um *papel assumido*. A personalidade dos filósofos é, no fundo, a *persona*.

⁶⁷ *Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 36.

⁶⁸ Alusão à *différance* de DERRIDA.

⁶⁹ A discussão de uma Ordem própria, transconstitucional, por exemplo, não contradiz o afirmado aqui, uma vez que reproduzimos o discurso “clássico” da pessoa jurídica enquanto atribuição de personalidade – e do qual discordamos.

internacionalmente reconhecida, mas não se sabe como isso se dá. Além, certamente, do *gap* teórico envolvendo a *personalidade jurídica internacional* – que decorre do *pragmatismo costumeiro* do Direito Internacional – essa situação envolve, também, um *gap* técnico que gera uma situação de *insegurança jurídica*: não se sabe quais são os critérios para reconhecer ou não uma OI como tendo, ou não, personalidade jurídica.

Cria-se, portanto, um paralelo com o *processo implícito de reconhecimento mútuo* que ocorre quando um Estado reconhece o outro, para estender esse tipo de reconhecimento às OI's:

The 'original' members of modern international legal society are states. And states control the admission of new states and other entities into membership in international legal society. They have exercised such control through devices such as recognition, diplomatic relations, consular relations, treaties, etc. Today, however, with the expansion of domestic societal life beyond national borders, an increasing number of specific social functions, relating to inter-nation peace, economy and welfare, have become arranged, not by states directly, but by **international organizations** created by states. These **international organizations** necessarily have a degree of international **legal personality** in order to function as intended.⁷⁰

Disso decorre – por ultimo e mais importante – outra discussão, recente, sobre a ideia de uma *atribuição ativa de personalidade jurídica* (quer ao homem quer à empresa, sociedade) *por parte do Estado* contrária a um *reconhecimento*, por assim dizer, obrigatório.

Esta última opção, a nosso ver, é a correta, desde a formulação sistemática dos Direitos Humanos, que *impõem*, ainda que com uma normatividade questionada, aos Estados, o dever de simplesmente *reconhecer* a personalidade de todo e qualquer ser humano *pela sua simples condição de ser humano*.

Assim, não-só os Estado, mas a própria Ordem Internacional – esse verdadeiro *Maná* jurídico transestatal – vem abandonando a “ortodoxia” do Direito Internacional clássico, que atribuía tão somente ao Estado a personalidade jurídica internacional, para *reconhecer* no *indivíduo* e, cada vez mais, nas *corporações, empresas e sociedades com atuação internacional, personalidade jurídica internacional*. Neste sentido:

⁷⁰ PAASIVIRTA, Esa. The European Union: from an aggregate of states to a legal person?, apresentação proferida no *Hofstra Law & Policy Symposium*, 1997. Disponível na plataforma *LexisNexis*. Acesso em: mar. 2013.

As an initial matter, it bears brief mention that international law doctrine poses no significant impediment to recognition of duties beyond those of states. Some writers insist that private persons cannot, in general, be liable under international law because the state is a ‘screen’ between them and international law; or that only states are full subjects of international law (with so-called **legal personality**) because only they can enjoy the full range of legal rights and duties and make claims for violations of rights. Yet the orthodoxy now accepts that nonstate entities may enjoy forms of international personality. For a half-century it has been clear that the United Nations may make claims against states for violations of their obligations to it. International lawyers have argued about the extent of personality enjoyed by individuals and corporations in light of treaties allowing victims of human rights to sue states in regional courts or permitting foreign investors to sue states in the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. And the corpus of international criminal law makes clear that actors other than states have duties under international law. The question is not whether nonstate actors have rights and duties, but what those rights and duties are.⁷¹

Significa dizer que a compreensão *clássica* de uma personalidade *atribuída* vai, sempre, de encontro com a lógica dos Direitos Humanos, sempre focada no reconhecimento “*automático*” da mesma, com a decorrente atribuição de direitos – previamente positivados, ou não – para além, inclusive, do vínculo estatal.^{72/73}

Tem-se, portanto, na contemporaneidade, uma *toda outra personalidade jurídica*, inclusive no tocante à *reconhecida* (nacional ou internacionalmente; e não *atribuída*) às Pessoas Jurídicas, a qual, porém, ainda carece de mais profunda reflexão teórica e técnica.

⁷¹ RATNER, Stephen R. Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility. *Yale Law Journal*, n. 111, p. 443, dez. 2011. (disponível na plataforma *LexisNexis*, acesso realizado em março de 2013).

⁷² Neste sentido, a teoria do “reconhecimento” de neo-hegelianos como HONNETH e, entre nós, SAFATLE, parece ser de recomendável leitura. Na linha, tendo influenciado diretamente os posicionamentos aqui tomados: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2010. E SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁷³ Aliás, o próprio vínculo estatal já foi reconhecido, pela Corte Internacional de Justiça, inclusive, como um link jurídico derivado e impositivo da situação fática que decorre de um sentimento de *pertença* (*appartenance*, no original em Francês) a um povo, a uma nação. Esta concepção vem sido aprimorada desde o paradigmático *Arrêt Notthebohm*, COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 1953.

4.2. A Sociedade-Problema

Dizer que a concepção jurídica de sociedade *remonta ao Direito Romano*, assim, em termos genéricos, é a primeira tentativa a que se deve declinar frente ao pecado do generalismo.⁷⁴ Tendo em vista o papel eminentemente *comercial e empresarial* que as sociedades possuem em Direito, mesclar a polêmica romanista da personalidade de coletividades (a *societas* medieval, inclusive), é o primeiro problema que nos coloca a sociedade – ou o *conceito de sociedade*.

Se adotamos, porém, que sua origem é “moderna”, ou, quando muito, oriunda do nascimento do comércio na baixa idade média, já se percebe a natureza revolucionária deste conceito, uma vez que aportou ao Direito Privado a possibilidade de um regime de responsabilidades compartilhado, impensável em termos de Direito Romano.⁷⁵

Pensando modernamente, a sociedade nasce enquanto *sociedade de pessoas*.

Disso já se percebe que a introdução da *sociedade de capitais* somente agrava o problema da concepção das sociedades, tendo, inclusive, quem considere tal diferenciação mais brilhosa que consistente.⁷⁶

A polêmica se assevera com o também *moderno* surgimento da Companhia das Índias e sua muitas vezes apressada referência como a origem das *Sociedades Anônimas* – apressada porque, como é sabido, o modelo de gestão adotado, em termos de controle direto e indireto (administração) era totalmente vinculado à atuação “estatal” (lembrando que o Estado moderno também estava nascendo, à época) e aristocrática, em sentido estrito.⁷⁷

⁷⁴ ASCARELLI, no entanto, pontua que *desde o Direito Romano*, é notável uma “divisão” do Direito Privado, um mais precisamente regulado, mais “estrito”, por assim dizer, e outro mais versátil, aprimorado pela equidade: “assim, no direito romano clássico, o *jus civile* de um lado e o *jus honorarium* de outro lado, apresentam-se como distintos e contrapostos, às vezes até regulando, concorrentemente, idêntica matéria” (p. 13), mas pontua: “realmente, se retrocedermos na história do direito, fácil será constatar que o nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII em contraposição ao sistema econômico então mais geralmente difundido” (p. 22) in ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial...*

⁷⁵ VALLADÃO, Erasmo. *Ensaio sobre a sociedade em comum*. Capítulo 1. Tese de Livre-docência apresentada à Universidade de São Paulo, 2012.

⁷⁶ Cf. a interessante análise de Comparato sobre esta afirmação de VIVANTE em: COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 33.

⁷⁷ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A Companhia das Índias: uma sociedade anônima? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 25-37, jan./dez. 2010. Assim, parece render mais a tese de que a Companhia das Índias prevê, sim, as S/A's, mas que constitui o verdadeiro início das grandes parcerias público-privadas, ou das Sociedades de Economia Mista, enquanto que a origem das principais características que ainda se mantêm na S/A hodierna parecem retroceder, quando muito, às

De tal divisão, entre sociedades de pessoas e sociedade de capitais, parte-se a uma outra, também problemática e que também parece ignorar este aspecto “originário” da sociedade como elemento *típico* do Comércio e da Indústria: sociedade empresária e sociedade não-empresária.

Se bem é verdade que este tema tem tratativa bastante própria no Ordenamento tupiniquim, ele não constitui nenhuma novidade Internacional. O problema é, em verdade, que esta divisão estrita, mantida ainda no nosso Código Civil, de 2002 (art. 982⁷⁸), cria *classes* entre diferentes *atividades econômicas* (já que, pelo conceito geral de sociedade do art. 981, toda sociedade atua economicamente) com base em uma medida preconceituosa, arcaica e injustificada, e que permite a criação de *monstruosidades jurídicas*, como, por exemplo, a ideia de que dentro de um grupo societário composto por sociedades empresárias de capitais, se forme uma sociedade de pessoas, cuja atividade não será considerada empresária.

Trata-se, por exemplo, da consideração de que uma *holding pura* em um grupo societário de caráter empresarial deve ser vista como *sociedade simples*, analisando-se atomisticamente cada “sociedade”, como se o próprio conceito *molecular* de “grupo”⁷⁹ não transformasse a existência *atômica* de cada sociedade.⁸⁰

Juntando-se tudo isso se tem o panorama geral da operação da “engenharia societária” das empresas, a qual se soma um último ponto, a verdadeira cereja do bolo da sociedade-problema: a questão da *personificação*.

Dizer que não há regra que relacione as demais divisões à personificação seria uma injustiça, visto que *toda sociedade empresária é uma pessoa jurídica*, o que leva, por força do caráter empresarial das sociedades de capital, a também afirmar que *toda sociedade de capital (S/A) também é pessoa jurídica* – a problematização, contudo, advém do fato de, na formação em grupo, não se exige de uma sociedade em comum, por exemplo, ainda que todos os sócios sejam S/A’s, o registro do qual decorra personificação.

grandes construtoras de malha ferroviária na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos do século XIX.

⁷⁸ Art. 982. *Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*

⁷⁹ A relação tem sua “valia”: no momento que um átomo integra uma molécula, o que significa, basicamente, um intercâmbio permanente de elétrons que confere estabilidade à junção, ele “perde” e “ganha” constantemente essa carga “sua” (seu elétron) para poder manter-se unido. Algo do tipo também ocorre com as sociedades em grupo, à diferença de que o papel decisório da *holding pura* é, muitas vezes, a fonte das decisões mais relevantes em termos empresariais, industriais, comerciais no contexto de um grupo de sociedades empresárias. Outro problema advém do papel que, muitas vezes, as holdings puras exercem no *Mercado de Capitais* e no de *Fusões e Aquisições*, que representam, *per se*, uma atividade cujo caráter empresarial é, aos olhos deste estudante, inegável – a partir do momento que atinge proporções estratégicas para o grupo que compra ou aliena.

⁸⁰ Para acompanhar a polêmica, cf: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/Holding.htm>>. e <http://www.bicharalaw.com.br/midia/artigo_holding_marcio.pdf>. Acessos em: 16 mar. 2013.

Visto que, porém, é inseparável a *atuação* desta *sociedade em comum* com a atuação *empresarial* de cada empresa do grupo, parece distante pensar que ela não constitui, *per se*, sujeito de direitos – e, questionamos, será mesmo que não constitui? Tem o registro o condão mágico de, pela formalidade cartorial, *inserir* um ente de importante atuação na economia no antes não explorado terreno dos direitos e das obrigações?

Para fechar o tópico, cite-se ainda a *diluição da sociedade*, que se dá, muitas vezes, por formações contratuais parassocietárias ou, até mesmo, por formações societárias.

O fenômeno do controle concentrado de nosso capital acionário – fenômeno cuja história não é, contudo, homogênea⁸¹ – vem se diluindo, de baixo para cima, muitas vezes pela desnaturação de sociedades (personificadas ou não), em razão de contratos não estritamente societários.

É o que ocorre com o contrato de *factoring*, com o contrato de *franquia*, com o contrato de *transferência de tecnologia*. Para além disso, porém, contratos associativos como, por exemplo, a *joint venture*, as vezes acabam por *ser a material* confecção de algumas *sociedades constituídas formalmente enquanto sociedades típicas*.⁸²

Tudo isso coloca em suspensão se o nossos atuais conceitos de sociedade, tanto o legal como o usualmente elaborado pela doutrina,⁸³ bastam para distanciar a aplicabilidade geral do Direito – que se direciona aos *sujeitos de direitos* – bem como para distanciar a discussão *contratual* ou *institucional*, ou ainda, *organizacional*, a uma primeira vista, própria e exclusiva à pessoa jurídica, *do conceito de sociedade, tout court*.

Tanto é assim que a polêmica *contratualismo X institucionalismo*, que se tem em torno do conceito de sociedade, é *demasiado* similar à polêmica entre *ficcionalismo X realismo* da pessoa jurídica – o que, a nosso ver, promove mais uma vez a tendência à conjugação de tais conceitos.

Seguindo nesta linha, porém, há, ainda, de ser enfrentado o conceito de empresa.

⁸¹ PARGENDLER, Mariana. Cinco mitos das sociedades anônimas no Brasil. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). *Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 865-883. No texto, a autora aponta que a ideia de uma perene concentração de capital na mão de algumas poucas famílias não procede na história das sociedades anônimas no Brasil, visto que, em períodos anteriores ao da legislação de 40 era, muitas vezes, difícil a determinação de um controlador.

⁸² Quanto a este ponto, cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições...* p. 35: “[...] admitiu-se [nos EUA], ao contrário, sempre mais, que se a *joint venture corporation* é um tipo diferente de companhia, nem por isso se lhe devem aplicar as regras típicas de uma *partnership*, notadamente a responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais”.

⁸³ O Código Civil reza: *Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*

4.3. O Empreendimento problemático⁸⁴

Conforme dito acima, tratamos, aqui, não de qualquer *empresa*, mas tão-somente daquela que, em virtude do *tamanho do empreendimento* e de seu grau desenvolvido de *institucionalização*, decorrente dos próprios *arranjos societário-organizacionais*, tende a, sem a atuação de *efetivo* plano de *compliance*, se tornar meio para a execução de ilícitos criminais de difícil apuração.

Trata-se, portanto, daquilo que Comparato chamou de *Macroempresa*. Delimitar o que é a *macroempresa*, porém, já é um desafio – e ainda mais sabendo que o “modelo” de *macroempresa* a que usualmente se faz referência é o norte-americano e não o nosso, derivado, mais lentamente, da figura do empreendimento individual até a abertura de capital em tempos recentes da nossa realidade empresária.

Além de alguns outros pontos de cunho mais teórico sobre a definição da atividade empresarial, a diferença entre os *tipos empresariais*, micro, média e *macro-empresa*, traz desafios concretos na prática jurídica.

Se a empresa é a *ordenação*, sob a forma de uma atividade, de meios de produção com uma finalidade econômica, então o tamanho da empresa pode ser delimitado, de um modo primário, pela quantidade de meios de produção e pelo volume da atividade que envolve a *empresa*.

Uma concepção de tal forma materialista, porém, não pode se distanciar de uma necessária análise da *complexidade de gestão*, como um dos principais fatores para a diferença entre a empresa de médio porte e a *macroempresa*,⁸⁵ isso porque, é do nosso entendimento que, chegando a um certo ponto de *desenvolvimento orgânico*,⁸⁶ a empresa somente pode continuar crescendo se organizar sua gestão de modo a uma maior abertura à atuação de agentes externos nas atividades internas, sendo a abertura de capital em bolsa o exemplo mais evidente de uma tal abertura.

A abertura de capital, contudo, não implica uma necessária dispersão generalizada de capital,⁸⁷ e isso se tem visto claramente na experiência do Mercado

⁸⁴ Conforme dito acima, não dissertamos, aqui, sobre empresas *públicas*, mas, por outro lado, muitas das reflexões aqui elaboradas, inclusive para fins de responsabilização criminal, podem se estender a *sociedades de economia mista* e a *fundações* – estas últimas, por sinal, tendo sido há muito apontadas por COMPARATO como o verdadeiro molde da *Macro-empresa*.

⁸⁵ Há, certamente, empresas que possuem faturamento impressionante com uma gestão de baixo grau de desenvolvimento organizacional – setores muito restritos, por exemplo, de TI e que demandam pouca, mas super qualificada mão de obra, podem se encaixar aqui – mas são exceções que não costumam perdurar no mercado, sem uma posterior oferta de compra, por uma empresa maior.

⁸⁶ O desenvolvimento orgânico se dá quando a empresa investe, em si mesma, o fruto de suas produções; ou seja, o crescimento sustentado pelos lucros auferidos anteriormente, o uso de sua própria tecnologia, etc.

⁸⁷ O *free floating* do Novo Mercado, ou a quantidade de ações de companhias abertas que deve obrigatoriamente estar em circulação no Mercado aberto, é de, lembre-se, apenas 25%.

de Capitais brasileiro, de modo que uma outra forma de gerar uma maior abertura na *gestão empresarial* seria a efetivação do que já está previsto, legalmente, para o *poder de controle*, como no parágrafo único do art. 116 da LSA.

Este artigo, de cunho claramente *institucionalista*, corporifica a atuação do *controle* como verdadeiro órgão da companhia em que o *acionista controlador* – figura que pode ser composta por uma única pessoa física, por bloco de acionistas, por empresa controladora, enfim – apesar de possuir um *interesse* maior e direto na gestão em razão de ter assumido maior risco no investimento da empresa, prioriza a *empresa* em seu contexto social na gerência de seu poder fatídico de controle.⁸⁸

Aí, por empresa, passa-se a entender um todo novo significado, que é trazido, em grande parte, pelo texto legal em questão: a empresa não é só a ordenação dos meios de produção em uma finalidade econômica; esta é a empresa do ponto de vista dos “atos de comércio” empreendidos pelo “empresário individual”. Essa visão *limitada*, porém, esbarra na necessidade de abertura de *gestão* característica das grandes empresas.

Do ponto de vista dos *stakeholders*, a empresa é mais um *centro de operações sociais de criação, distribuição e controle de capital (capital econômico, capital intelectual, capital simbólico, entre outros)*. Essa visão mais ampla da empresa leva à compreensão, madura, de que a produção da atividade empresarial transcende a alocação de recursos produtivos, e isso é algo que todo empresário sabe: o cuidado com os encargos trabalhistas, o planejamento tributário, a tratativa com investidores institucionais, as negociações com os agentes estatais reguladores – tudo isso é atividade (macro)empresarial e, no entanto, não está contido no conceito mais estanque do Código Civil.

Assim como existe, portanto, toda uma regulação diversa, efeitos econômicos absolutamente diversos e uma ideia totalmente a parte de *gestão corporativa* conforme a empresa tenha *capital concentrado* e *acionista controlador* definido ou *capital disperso* e *controle* “instável”, porque definido por meio de pedidos públicos de procuração (espécie de controle acionário indireto) ou por controle gerencial ou externo (contratual ou por outro vínculo, ainda que pela emissão de uma ação com poderes especiais, como funcionou a *golden share* no famoso caso Caloi⁸⁹) – assim também deveriam existir (e essa será uma tendência, a nosso ver) diferentes conceitos de empresa conforme sua abertura, em termos operacionais e de gestão, à participação dos *stakeholders*, seja para criar *fidelização* (do trabalhador, do consumidor), seja para criar parcerias para a exploração de novos terrenos

⁸⁸ Exatamente, a nosso ver, é o *controle* que é órgão, e não o *acionista controlador*, visto que em casos de *controle externo* não faz sentido falar em *acionista controlador* e, ainda que dito artigo não vislumbre essa possibilidade, ela existe em nosso ramo empresarial.

⁸⁹ Desenvolvido o exemplo em SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário...*

econômicos seletos (tanto parcerias com o Estado, seja em termos de PPPs ou de acordos com agências reguladoras ou parcerias privadas, até com eventuais concorrentes, nos limites da lei antitruste, entre outros).

Exemplificando: uma empresa que possua funcionários ou representantes sindicais em seu conselho de administração deve receber um tratamento diferenciado em um litígio trabalhista; uma empresa que crie um *comitê de compliance* (art. 160 LSA) deve receber um olhar diferenciado em caso de suspeita de lavagem (voltaremos a este ponto infra); uma empresa em cujo planejamento tributário haja previsões de investimentos em cultura e educação planejados em conjunto com a própria comunidade que poderá usufruir de tais investimentos, merece, também, um olhar diferenciado em litígios com o Fisco.

E por *diferenciado* temos em mente a própria ideia da *manutenção da empresa*, mas vai além, e representa verdadeira tentativa de internalização dos princípios que regem a nossa Ordem Econômica, em termos constitucionais – a livre iniciativa, a propriedade privada e sua respectiva função social, a redução da desigualdade social e a busca pelo pleno emprego e demais paradigmas do art. 170 da Constituição Federal, porquanto a micro e média empresas podem ser intermédios de políticas públicas e jurídicas para a obtenção de tais objetivos, a *macroempresa* perpassa diretamente essa construção, em razão da sua própria sociabilidade; ela é um agente social poderoso.

Isso nos leva a concordar com a afirmação de que:

(...) quando é um indivíduo só que opera [a empresa], não chega a realizar-se ainda o conceito típico da sociologia: ‘a sociologia da empresa tem, no entanto, a ver com a empresa como forma institucional, na qual uma pluralidade de homens coopera, com o auxílio de um sistema de meios organizados para a satisfação das necessidades.⁹⁰

O outro lado da moeda, porém, é reconhecer na empresa, enquanto agente social poderoso, sua *plena capacidade para agir e ser responsabilizada por seus atos* – penalmente, inclusive, na mesma linha, Forgioni:

Os embates jurídicos sobre a noção de empresa deixam entrever que, em muitas situações, ela transforma-se em *centro de imputação* de direitos, deveres e obrigações, independentemente do empresário ou da sociedade empresária.⁹¹

O problema do atual modelo de responsabilização penal da empresa é, a nosso ver, que ele não foi criado para *empresas*, mas para *empresários e transfigurado*

⁹⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2, p. 235.

⁹¹ FORGIONI, Paula A. *O direito comercial brasileiro (...)*, p. 134.

para aquelas, sem, porém, que fossem feitas as adaptações necessárias e se criasse um modelo autônomo, coerente e justo de imputação *de empresas*.

Em que, porém, consistiriam tais adaptações?

A resposta que pretendemos apresentar está no que chamamos de *efusão* de conceitos: enquanto o sujeito da ação criminalmente relevante será a *empresa* (termo que preferimos a *pessoa jurídica*), a imputação deve levar em consideração as peculiaridades de sua constituição enquanto *pessoa jurídica e sociedade*.

5. O Empreendimento solucionador – a (e) fusão de conceitos

O foco no conceito de *empresa*, remodelado como acima, é, a nosso ver, a chave para uma coerente implementação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas em nosso Ordenamento, que conta, hoje, apenas com uma ineficaz previsão para Crimes Ambientais.

Assim, basicamente, é *necessário* ir além tanto da noção *pessoalizada* de empresa, presente em nosso Código Civil, quanto da noção de *empresa enquanto feixe de contratos*, da tradição do *Law and Economics*, pelas mãos de Coase.⁹²

Isso porque há uma limitação *política e econômica* na teoria da *firm* nos termos da nova economia institucional. Politicamente, é preciso dizer que “por trás dos gráficos e do uso da teoria [econômica] neoclássica (que, diga-se de passagem, está longe de ser unânime no pensamento econômico, quanto mais no direito) está uma série de pautas políticas do tipo neoliberal do Partido Republicano norte americano”.⁹³

Do ponto de vista *econômico*, a abordagem dos *custos de transação* parece dar, de sobremodo, valor às operações de caráter *contratual*; ou seja, a empresa seria a realização internalizada dos processos que ficariam mais custosos em transações junto ao mercado; o problema, porém, é que essa abordagem “afasta”, demasiadamente, direitos de caráter *não contratual* na análise da empresa, como por exemplo, os direitos de propriedade sobre os bens de produção, os direitos de propriedade imaterial sobre patentes e marcas, etc.⁹⁴

Por isso que a responsabilização *criminal* da empresa deve partir, antes do dado econômico (que servirá para delimitar a extensão das penas) e da influência política

⁹² Referimo-nos ao clássico texto de COASE, Ronald. *The nature of the firm*. In: AAVV. *The nature of the firm: origins, evolution and development*. London: Oxford Press, 1991.

⁹³ ARRUDA DE ANDRADE, José Maria. *Economicização do direito concorrencial e positivismo jurídico: entre teoria da decisão e das provas*. 2012. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 89.

⁹⁴ Crítica apontada por FORGIONI, Paula Andrea. *Direito comercial brasileiro...* cit., p. 135 e ss.

(que servirá para delimitar a extensão dos tipos a ela aplicáveis), do próprio *constructo social* que ela é e representa.

Não por outra razão, um dos modelos já existentes e a que mais se aproxima do intuito por nós traçado é o da Lei chilena de n. 20.393/2009,⁹⁵ a qual prevê, basicamente, que será imputado à empresa o delito cometido, em seu favor, por “dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere **consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión**” (art. 2º - negrito nosso).

Também, na falta do cumprimento de tais deveres de supervisão, se o crime é cometido pelos subordinados das pessoas supra-elencadas, há responsabilização penal da pessoa moral (parágrafo único, art. 2º).

Depois, define a lei, minuciosamente, o que são tais deveres de *direção e supervisão* e apresenta, nada mais nada menos, que um *plano geral de compliance*, que inclui não apenas um código efetivo de condutas, mas também um direcionamento ético geral, um sistema interno de controle e aplicação de sanções, um sistema interno de delação (*whistleblowing*) e um sistema de diálogo externo de *controle* da licitude das operações e eventual delação pública (*notitia criminis*) de ilícitos ocorridos no seio da empresa.

Muito diferentemente da responsabilização por ricochete, que temos aqui, a *imputação* da pessoa jurídica se dá, no Chile, não *especificamente* da conduta típica levada a cabo, de modo individual ou coletivo, por acionistas, administradores ou funcionários – mas da falta do *dever de cuidado* que acarretou na ocorrência deste ilícito sem reação *interna* por parte da empresa.

Tomemos como exemplo um caso de *lavagem de dinheiro*.

Pensando que tal *lavagem* tenha sido fruto de uma decisão de *acionista controlador* e mediada pelo *conselho de administração* (que contactou instituição financeira no exterior) para ser executada pelo *diretor comercial* de determinada companhia aberta, com o auxílio de 3 funcionários cientes da questão (que realizaram a remessa dos ativos).

A chance de nenhum deles ter cometido uma ação típica nuclear é alta;⁹⁶ a de não serem rastreados, altíssima (e quanto mais alto na cadeia corporativa, maior a chance do não rastreamento).

⁹⁵ Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20393&idVersion=2009-12-02>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

⁹⁶ No caso da atual lei brasileira: Lei n. 12.683, art. 1º (caput): Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

No nosso caso hipotético, fica muito difícil delimitar a autoria ou coautoria de diversos agentes de modo a respeitar a individualização de conduta e pena, sendo mais provável que os entremeios da dogmática penal levem a inúmeras ações que tenham o aspecto de *participação* com o resultado de uma *ação completa* ou a complicada adaptação do *domínio do fato por domínio da organização*, que *subsume* as condutas dos hierarquicamente inferiores na dos hierarquicamente superiores.

Nenhuma das duas parece ser a resposta adequada. Começando pela última, cria-se um clima de potencial irresponsabilidade do funcionário e elevação exponencial dos riscos de quaisquer negócios de porte (porque a lavagem pode ser feita por meio de qualquer atividade lícita intermitente) o que os torna menos atrativos *a priori*.

A primeira, porém, de imputar “individualmente” a cada um uma conduta parcial (com aspectos de participação), significa, muito mais, uma *responsabilidade grupal*, imputada de modo genérico ao corpo de pessoas responsável, com uma *posterior* divisão de “culpa” e de “penas”, com base na *influência*, no *tipo subjetivo*, na *culpa* (stricto sensu), etc. e na qual, certamente, os piores assessorados (funcionários) tendem a ficar com maior responsabilidade.

Em ambos os casos, porém, cria-se – ainda – um clima de geral de não-responsabilização pelo descumprimento dos deveres de *gestão* que cabem a demais *stakeholders* e *acionistas* (que tenham tais poderes), levando em consideração a situação de *agência*, ou seja, a atuação intermediada (muitas vezes) destes por representantes seus, seja no *conselho* seja na *diretoria* ou em demais órgãos (os de *controle interno*, inclusive).

Esta é, na verdade, a ponte entre as condutas individuais e a responsabilidade da empresa: não é nem a condição de *empresa* em sentido estrito, nem a *capacidade pessoal-jurídica*; é uma questão de *falha de controle*, ou seja, uma questão *societária*.

Se compreendermos – como fazemos aqui – o *controle de uma companhia* como verdadeira *estrutura dinâmica* de uma *sociedade*, abstraindo este órgão⁹⁷ do simulacro do *acionista controlador*, fica possível enxergar que mesmo pessoas sem *poder de controle*, no sentido clássico, ainda podem exercer *poderes de controle*, seja por meio de *direitos de minoria*, seja por meio de puro e simples controle legal, fiscal, ético ou moral da atividade empresarial.

⁹⁷ Para fortalecer a ideia de que o controle é órgão da companhia (e que os órgãos devem ser vistos de maneira abstrata, e não como personificações), pense-se na *alienação de controle* que, apesar de não ser a *alienação da companhia*, muito se assemelha a uma verdadeira “venda da empresa”, porque, justamente, está-se alienando um órgão da mesma. Isso fica evidente quando esta alienação é efetivo contrato que envolve transmissão de ações de controle, mas, mesmo menos evidente, não é menos verdadeiro quando uma companhia que é controlada externamente. Pensemos, por exemplo, em controle contratual por uma fornecedora imprescindível para a atividade da contratante, que se torna controlada; na mudança do *contrato de fornecimento* em questão (digamos que outra parte se sub-rogue no lugar da fornecedora), também não haveria *transmissão de controle*, ainda que não haja uma efetiva *alienação*?

A limitação do controle se dá pelos aspectos *organizacionais*, desenhados, sobretudo, pelo estatuto/contrato social e pelas decisões de caráter operacional tomadas no seio da *burocracia* da empresa – a recíproca, contudo, é verdadeira, os entraves *organizacionais* e seus excessos são mediados pelos poderes que coexistem e ora cooperam ora se embatem no seio da própria companhia e que constituem o *ensemble* do *controle*.

Assim, quando um administrador “veda” o direcionamento dos negócios em um sentido por entender ser tal direcionamento ilegal, ele atua no *controle*, ainda que de encontro com as determinações do *controlador*.

Conclui-se, portanto, que o *controle* surge, a par do *estatuto social*,⁹⁸ como instrumento *organizativo*⁹⁹ da própria sociedade; mas enquanto o *controle* é uma estrutura mutável de acordo com forças que operam no próprio cotidiano da *empresa* conforme a *gestão*, o estatuto possui um papel *estrutural em sentido forte*, e pretende colocar veias gerais, diretrizes e parâmetros mais estáveis – tanto o é que decorre sua *positividade*, em contraste com a *perene (neg)atividade* do *controle* – ou sua *estrutura dinâmica*.¹⁰⁰

Por isso, quando uma operação ilegal, como uma operação de lavagem, passa ao largo de todos os demais atuantes no *controle* é a este, como órgão social, que se reporta e como *falha sua* ou, por assim dizer, como *ação sua, a ele imputável*.

Em verdade, se a brecha da concretização do crime por meio da *falha de controle* se dá pela *sociedade*, a imputação, enquanto atribuição de responsabilidade, somente é possível porque a *empresa* é reconhecida, em razão da sua *capacidade social* para gerir, administrar, produzir e transformar capital por meio de um grupo organizado de pessoas, como *pessoa jurídica ela própria*.

Para descer ainda mais nos meandros da *imputação*,¹⁰¹ pensando em termos de *imputação objetiva*, é a partir da *empresa* que se têm os *riscos* criados no seio da atividade econômica e que abrem porta para a criação de *riscos proibidos* ou para o *aumento do risco permitido até tornar-se proibido*, de modo que a convivência e a

⁹⁸ Lembrando que Sociedades Anônimas têm estatutos e não *contratos sociais*.

⁹⁹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*...

¹⁰⁰ A *estrutura* não precisa ser estática, imutável e *a priori*, assim como o *equilíbrio*, ela pode ser estática ou dinâmica e se contrapõe ao *evento* que, da mesma forma, pode se dar de maneira concreta ou abstrata, dinâmica ou estática.

¹⁰¹ Outro aspecto necessário à imputação se desenvolve na medida da *culpa*, vez que a *pena segue a medida da culpa*. Assim, é a partir de trabalhos de JAKOBS que este tipo de pesquisa vem sendo feita, com um viés verdadeiramente LUHMANNIANO, neste sentido: JAKOBS, Günther. Punibilidad de lãs Personas Jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo em derecho penal: libro homenaje AL profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 325-347. Sobre a mais específica abordagem LUHMANNIANA da questão, DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad ee penal de la empresa*. Madrid/Barcelona: Marceal Pons, 2005. Para este último, a empresa constitui verdadeiro microsistema social de comunicações operacionalmente enclausurado e aberto cognitivamente para normas de direito público, empresarial e penal.

manutenção de tais riscos é, justamente, imputada à empresa cujo *controle*¹⁰² falhou em observar os deveres necessários para evitar esse *aumento de risco* e/ou criação de *risco proibido*, tudo isso, porém, constando no reconhecimento social e formal da capacidade da empresa para responder, publicamente, por essa falha – e é aqui que a *pessoa jurídica* entra em cena para *responder*, penalmente, pelos seus atos.

Ou seja, a efusão de conceitos é exatamente isso – o olhar complexo, verdadeiramente *poliédrico*, dos aspectos *jurídicos* que envolvem a constituição real de uma empresa de porte e que podem levar à sua incriminação, quais sejam: a sua constituição enquanto sociedade complexa, com alto nível de regras internas que, ao mesmo tempo, são e modificam o *controle* e que possui reconhecimento social de sua atuação enquanto *player* não somente de mercado, mas da própria vida social, donde decorre sua plena *personalidade jurídica*.

Com este *olhar complexo*, pode-se propor uma efetiva metodologia para a incriminação de empresas, por atos a elas imputados, pelo recorte do *risco*.

Frise-se que inúmeros outros aspectos, sobretudo de criminologia e de política criminal, precisam ainda ser observados para uma real incriminação *justa* e *eficiente*, e não apenas a criação de um “escudo” para o empresário corrupto; cremos, porém, que as bases para essas posteriores reflexões (e para as dogmáticas, também), passam pela reflexão civilista e societária que tentamos aqui elaborar.

Por fim, quanto à incriminação de empresas, tem-se a seguinte conclusão:

- para uma real imputação de empresas é imprescindível a criação de um modelo de imputação autônomo que considere o modo como a **sociedade** interage com a **empresa** enquanto **agente social**, ou seja, a interação com sua **personalidade jurídica**, tida, aqui, menos como sujeito perambulante de direitos e mais como “**res capaz**”, bem como os meandros de sua **organização** interna e as diversas possibilidades do uso do **poder de controle** e dos meios de sua limitação, o que chamamos, efetivamente, de **controle** e que é o principal constituinte de uma **sociedade complexa**; afasta-se, assim, a transposição de uma imputação pessoal pela criação de uma imputação institucional.

¹⁰² Uma vez encarada a (macro)empresa como a sociedade institucional cuja personalidade é reconhecida em razão da organização social (*lato e stricto sensu*), não faz tanto sentido a separação entre *controle societário* e *controle empresarial*.

5.1. Breve adendo sobre o criminal compliance

Assim como estipula a lei chilena de responsabilidade penal de pessoas jurídicas (bem como a espanhola e a estadunidense), a efetivação de um plano interno de compliance, que abarque a prevenção de delitos, meios de delação sem coação, meios de contato imediato com autoridades competentes, entre outros aspectos (organizacionais) afasta a imputação criminal.

A nosso ver, porém, mais que afastar a imputação, a efetivação de um plano de compliance demonstra a verdadeira atipicidade de qualquer conduta que venha a ser praticada pela empresa, por atos institucionais diversos (tanto os praticados por humanos, como os automáticos).

Isso porque afeta o que seria a tipicidade subjetiva dos delitos empresariais, visto que a empresa, como observada por nós aqui, não é capaz nem de dolo, nem de culpa, a atribuição “subjetiva” de responsabilidade a ela decorre da não valoração, interna, de valores e princípios éticos capazes de afastar a incidência de normas penais.

Ou seja, a empresa que não internaliza os valores ético-profissionais, de modo efetivo, não faz outro senão coadunar com os riscos que sua atividade “naturalmente” produz e que podem conduzir ao risco penalmente proibido.

Assim, porém, é também preciso dizer que uma empresa que institui plano interno de compliance visa mitigar tal risco por coadunar com o valor de proteção da norma penal – de forma que, caso ocorre um crime, ainda assim, dentro do contexto empresarial, deve-se passar à atribuição pessoal de responsabilidade penal das pessoas que autonomamente se organizaram para ignorar o plano geral de cumprimento ético da empresa.

Ficando, pois, afastada a incidência da norma penal por ausência de tipicidade (por mitigação subjetiva dos riscos), cria-se, inclusive, um incentivo de ordem econômica à implementação de planos de compliance – e este, afinal, é o verdadeiro intuito preventivo da norma penal (e não o que decorre da pena).

Por fim, falamos em comitê de compliance, pois, em termos societários, é imprescindível que tal órgão (que organiza e controla) tenha patamar assemelhado ao do conselho de administração, com membros deste, do board, do poder de controle acionário (caso haja), dos funcionários, dos credores e, sempre, é preciso que haja alguma participação de membros terceiros, isentos, e que tenham poder de relatar e delatar condutas ilícitas antes que esta reverbere em responsabilidade empresarial; é imprescindível um forte insider compliance officer que atue com elementos de um outsider compliance officer, ou, até mesmo, com um compliance officer 100% externo à empresa.

São Paulo, março de 2013.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina (Teses), 1999.

ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. São Paulo: UNESP, 2008.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A Companhia das Índias: uma sociedade anônima? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 25-37, jan./dez. 2010.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.

ARRUDA DE ANDRADE, José Maria. *Economicização do direito concorrencial e positivismo jurídico: entre teoria da decisão e das provas*. 2012. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. São Paulo: Zahar, 1999.

CANDIDO, Austréia Magalhães. Da pessoa jurídica no direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1.009-1.061, jan./dez. 2010.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado econômico*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

COASE, Ronald. The nature of the firm. In: AAVV. *The nature of the firm: origins, evolution and development*. London: Oxford Press, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Helena R. Lobo da; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um caso de aplicação de pena com fundamento no “princípio do ‘porque sim’”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 133, p. 7-9, dez. 2003.

DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid/Barcelona: Marceal Pons, 2005.

DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

FORGIONI, Paula A. *O direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2008. Tese (Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2010.

JAKOBS, Günther. Punibilidade de lãs personas Jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo em derecho penal: libro homenaje al professor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

NIETZSCHE, Friedrich. *La volonté de puissance*. Paris: Gallimard, 1995. Tome I. Collection *Tel*.

PAASIVIRTA, Esa. The European Union: from an aggregate of states to a legal person? apresentação proferida no *Hofstra Law & Policy Symposium*, 1997.

PARGENDLER, Mariana. Cinco mitos das sociedades anônimas no Brasil. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). *Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 865-883.

PELA, Juliana Krüeger. *As golden shares no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. 23. ed. rev. e atual. por, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RATNER, Stephen R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. *Yale Law Journal*, n. 111, 443, Dez. 2011.

RICOEUR, Paul. *Essaies d'herméneutique*. Paris: Seuil, 1986.

_____. Quem é o sujeito de direitos? In: *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SADDI, Jairo. Conflitos de interesse no mercado de capitais. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Sociedade anônima: 30 anos da lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2002.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

SIMÕES DA CONCEIÇÃO, Pedro Augusto. Hermenêutica jurídica: norma e compreensão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 2, p. 156-176.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

VALLADÃO, Erasmo. *Ensaio sobre a sociedade em comum*. 2012. Tese (Livre-docência) - Universidade de São Paulo. cap. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZIZEK, Slavoj. *Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.