



Universidade Federal de Uberlândia
Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis

Rafael Pelizzaro da Silveira

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica
Uma perspectiva sob a ótica da teoria do delito

Uberlândia-MG

2017

Rafael Pelizzaro da Silveira

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Uma perspectiva sob a ótica da teoria do delito

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito.

Orientadora: Dra. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia-MG

2017

Rafael Pelizzaro da Silveira

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Uma perspectiva sob a ótica da teoria do delito

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito
Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em direito.

Aprovado em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Dra. Beatriz Corrêa Camargo - UFU

Dra. Simone Silva Prudêncio – Orientadora

*Aos meus pais, pelo apoio incondicional
fornecido ao longo de toda uma vida.*

*A minha irmã, exemplo de perseverança e
dedicação.*

*A Dra. Simone, pelo fornecimento do mais
precioso dos bens: o conhecimento.*

*A Frederico e Lola, pelo amor puro e pela
companhia nas longas madrugadas de
estudo.*

RESUMO

O presente trabalho visa estudar o fenômeno da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para tanto, será abordado como o instituto evoluiu no decorrer da história dos sistemas jurídicos, desde a Grécia Antiga, assim como a evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta senda, será esmiuçada a incriminação dos entes coletivos nas diversas legislações nacionais da atualidade, sendo abarcados tanto os países que adotam um sistema escrito de positivação (*civil law*), como aqueles que se baseiam em uma cultura jurídica consuetudinária (*common law*).

Além da análise do direito alienígena, também será escrutinada a atual sistemática brasileira quanto ao tema. Se incluem neste tópico a visão constitucional, principalmente focada nos artigos 173 e 225 do Texto maior, e a visão ambiental, com a lei de crimes ambiental (lei nº 9.605/1995), sendo exposto os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Outro tema relevante investigado pela presente obra se refere as problemáticas dogmáticas acerca da responsabilização criminal das pessoas jurídicas. Assim, a capacidade de ação penal, de culpabilidade, e de sofrer uma sanção criminal serão profundamente estudadas, com a análise das diversas doutrinas existentes na evolução do direito penal, como as causais naturalistas, neokantistas, finalistas, normativistas e até mesmo as mais recentes formulações baseadas nas teorias dos sistemas sociais e na filosofia da linguagem.

Em face de todas as informações coletadas, serão expostos alguns comentários sobre os reflexos que a incriminação dos entes coletivos pode gerar no direito penal, como é o caso da ascensão do neopunitivismo, do uso simbólico do direito penal e até mesmo do fenômeno erosivo das ciências criminais e, diante disso, como a doutrina vem elaborando alternativas para combater tal degradação, entrando em cena o direito administrativo sancionador, o direito penal de duas velocidades e a teoria do direito de intervenção, o que permitirá a conclusão de que é necessário uma nova visão sobre todo o direito penal, adequando-o ao atual estágio de evolução social em que nos encontramos.

Palavras chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ordenamento jurídico brasileiro. Teoria do delito. Administrativização do direito penal. Sistema comunicativo de imputação delitiva.

ABSTRACT

This paper aims to study the phenomenon of criminal liability of legal persons. To do so, it will be discussed how the institute evolved throughout the history of legal systems, from Ancient Greece, as well as the evolution in the Brazilian legal system. In this way, the incrimination of collective bodies in the various national legislations of the present time will be scrutinized, both countries adopting a written system of civil law and those based on a common law culture.

Besides the analysis of alien law, the current Brazilian systematics will also be scrutinized on the subject. Included in this topic is the constitutional view, mainly focused on Articles 173 and 225 of the Larger Text, and the environmental vision, with the environmental crimes law (Law n°. 9605/1995). The main doctrinal and jurisprudential positions are presented.

Another relevant topic investigated by the present work refers to the dogmatic problematic about the criminal accountability of legal entities. Thus, the capacity for criminal prosecution, guilt, and criminal penalties will be studied in depth, with an analysis of the various doctrines that exist in the evolution of criminal law, such as naturalistic, neo-Kantian, finalist, normative, and even more recent Formulations based on theories of social systems and the philosophy of language.

In light of all the information collected, some comments will be made on the repercussions that incrimination of collective entities can generate in criminal law, such as the rise of neopunitivism, the symbolic use of criminal law and even the erosive phenomenon of the sciences Criminal law, and the theory of the right of intervention, which will allow the conclusion that a new law is necessary. View on all criminal law, adapting it to the current stage of social evolution in which we find ourselves.

Key words: Criminal liability of the legal entity. Brazilian legal system. Theory of crime. Administrativization of criminal law. Communicative system of delusional imputation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	12
2.1	Grécia antiga	12
2.2	Roma	13
2.3	Os povos germânicos.....	15
2.4	O Direito Canônico	16
2.5	O Direito penal comum	17
2.6	Período humanitário	18
2.7	A evolução da pessoa jurídica no direito brasileiro	19
3	A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO COMPARADO	22
3.1	Estados Unidos	22
3.2	Reino Unido	24
3.3	Alemanha	25
3.4	Itália	26
3.5	França	27
3.6	Espanha.....	31
3.7	Japão	33
3.8	China	33
3.9	Cuba	34
3.10	México	35
3.11	Argentina	36
4	A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	38
4.1	A visão constitucional	38

4.2	A visão ambiental	44
4.2.1	<i>O meio ambiente como bem jurídico penal</i>	45
4.2.2	<i>Os crimes ambientais e a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica</i>	48
4.2.3	<i>As penas cominadas à pessoa jurídica pela prática de crime ambiental</i>	54
4.2.4	<i>Da (in) possibilidade de aplicação de penas criminais as pessoas jurídicas de direito público.</i>	57
5	A (IN) CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	61
5.1	A ação causal	61
5.2	A ação final	63
5.3	A ação social	66
5.4	A ação negativa e as doutrinas baseadas na evitabilidade.	68
5.5	A ação pessoal.....	71
5.6	A ação significativa	73
5.7	A ação institucional.....	79
6	A (IN) CAPACIDADE DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA	84
6.1	Evolução do conceito tradicional de culpabilidade	85
6.1.1	<i>A culpabilidade psicológica</i>	85
6.1.2	<i>A culpabilidade psicológico-normativa (Normativa complexa)</i>	87
6.1.3	<i>A culpabilidade normativa (normativa pura, extrema ou estrita)</i>	91
6.2	Análise crítica do conceito tradicional de culpabilidade aplicado às pessoas jurídicas	93
6.3	Modelos alternativos de responsabilização criminal dos entes coletivos	96
6.3.1	<i>A culpabilidade pelo defeito de organização – A posição de Klaus Tiedemann</i>	100

6.3.2	<i>A culpabilidade pelo caráter da empresa – A posição de Ernst-Joachim Lampe</i>	102
6.3.3	<i>A culpabilidade pela defeituosa administração dos riscos – A posição de Gunther Heine</i>	104
6.3.4	<i>A culpabilidade analógica – A posição de Percy García Caveró</i>	106
6.3.5	<i>A culpabilidade construtivista – A posição de Carlos Gomez-Jara Díez</i>	107
7	AS FUNÇÕES DA PENA CRIMINAL NA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS	111
7.1	A pena como retribuição – As teorias absolutas	112
7.1.1	<i>Crítica às teorias absolutas da pena aplicadas as pessoas jurídicas ..</i>	114
7.2	A pena como prevenção – As teorias relativas	116
7.2.1	<i>A prevenção especial</i>	116
7.2.1.1	<i>A prevenção especial negativa</i>	117
7.2.1.2	<i>A prevenção especial positiva</i>	118
7.2.2	<i>A prevenção geral</i>	118
7.2.2.1	<i>A prevenção geral negativa</i>	119
7.2.2.2	<i>A prevenção geral positiva</i>	120
7.2.2.2.1	<i>As teorias modernas sobre a prevenção geral positiva</i>	120
7.2.2.2.1.1	<i>A posição de Winfried Hassemer</i>	121
7.2.2.2.1.2	<i>A posição de Claus Roxin</i>	121
7.2.2.2.1.3	<i>A posição de Gunther Jakobs</i>	123
7.2.3	<i>Crítica às teorias preventivas da pena aplicadas as pessoas jurídicas</i>	125
8	FENÔMENOS E EFEITOS RELACIONADOS À RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS ENTES COLETIVOS	130
8.1	O atual modelo social – A sociedade de Risco	130
8.2	O Direito Penal simbólico	134

8.3	A administrativização do direito penal	136
8.4	O Direito de Intervenção	142
8.5	O direito penal de duas velocidades	146
8.6	O direito administrativo sancionador	148
9	CONCLUSÃO	152
	REFERÊNCIAS.....	159

1 INTRODUÇÃO

O estudo científico do direito constitui uma tarefa hercúlea para aqueles que zelam pelo conhecimento e exige uma metodologia estruturada de pesquisa. Como qualquer outro ramo da ciência, uma análise jurídica necessita de métodos claros e objetos que auxiliem o intérprete na investigação de seu objeto de estudo.

No presente trabalho, o método predominantemente utilizado será o dedutivo hipotético. Como é sabido no âmbito filosófico, a dedução consiste em um processo de raciocínio que visa produzir juízos valorativos, ligados entre si por exigências formais. Em outras palavras, por tal método são levantadas várias premissas que levarão o cientista, após juízos valorativos, a concluir pela sua validade ou invalidade.

É claro que a predominância do método dedutivo não exclui por completo a incidência de um método indutivo. Mesmo o direito sendo constituído por um conjunto de proposições prescritivas, é inegável a importância do uso de diferentes métodos em seu estudo. Isso se dá pelo fato da amplitude da ciência jurídica, que alberga a análise de dados empíricos, o estudo da legislação positiva, a produção jurisprudencial e até mesmo a sistemática imutável do direito natural.

Logo, a despeito da preponderância do método dedutivo hipotético, haverá momentos em que o pensamento indutivo terá importância na investigação do objeto, que aqui se consagra na análise da prática delitiva das corporações sob um enfoque legal, jurisprudencial e doutrinário.

Embora seja alvo de debate ao longo da história do direito, a responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda gera diversas controvérsias. A criminalidade empresarial é uma grande ameaça a sociedade, que pode resultar em graves danos a bens jurídicos individuais e coletivos. No Brasil, isso pode ser atestado por meio de uma tragédia recente, de proporções colossais.

No dia 5 de novembro de 2015, na cidade de Mariana, localizada no estado de Minas Gerais, houve o rompimento da barragem de Fundão, administrada pela mineradora Samarco. Foram expelidos no sistema fluvial da região cerca de trinta e quatro milhões de metros cúbicos de lama contamina devido ao uso de químicos na exploração mineral.

A princípio, o aumento do volume do rio devastou inúmeras regiões próximas, nas quais se localizavam fazendas, pequenos vilarejos e até aglomerados urbanos. Um

dos exemplos foi no distrito de Bento Rodrigues, aonde, num total de 251 edificações, 207 foram soterradas.

O despejo da lama tóxica no rio interrompeu o sistema de abastecimento de água de várias cidades. Mais de duzentos e oitenta mil habitantes do município de Governador Valadares ficaram dependentes de caminhões pipa para conseguirem um mínimo de água potável para o consumo. Isso levou a população da região, principalmente os socialmente desfavorecidos, a viverem em condições sub-humanas, sem qualquer resquício de dignidade.

A lama também gerou a morte do sistema ecológico do rio doce. A sua fauna e flora foram completamente devastadas. A região era o santuário de mais de 80 espécies de peixes, sendo que 12 eram ameaçadas de extinção. Todos eles morreram asfixiados, devido a falta de oxigênio gerada pela presença da lama.

Em decorrência dessa mortalidade, todas as pessoas que dependiam da pesca como meio de subsistência foram afetadas. O prejuízo econômico e social é incalculável, sujeitando centenas de moradores ribeirinhos ao desemprego e abalando a própria cultura da região, com a extinção de uma importante profissão historicamente consagrada.

Como se não bastasse, vinte e uma pessoas tiveram suas vidas ceifadas pelo desastre. Há controvérsias quanto ao número de desaparecidos, mas de qualquer forma não se pode negar o grande atentado à vida que o acidente do rompimento da barragem ocasionou.

Em face de tais informações, não é difícil concluirmos que o dano causado por esta tragédia jamais poderá ser integralmente reparado. Calcula-se que se levarão décadas até que a situação gerada possa ser minimamente estabilizada, possibilitando as pessoas a volta ao seu antigo modo de vida.

Não resta dúvida de que a atividade empresarial pode gerar lesões gravíssimas aos bens jurídicos. Contudo, dogmaticamente falando, a responsabilização penal das pessoas jurídicas apresenta entraves científicos que impedem um correto juízo de imputação criminal, o que abre caminho ao surgimento de opiniões reprovadoras de tal responsabilidade.

Isso se dá porque o desenvolvimento científico do direito penal foi majoritariamente voltado para a responsabilidade individual. As doutrinas concernentes à ação, a culpabilidade e a pena são voltadas para os seres humanos, para os crimes cometidos entre as pessoas naturais.

Porém, com a ascensão da sociedade industrial e mais tarde com o modelo pós-moderno de organização, caracterizado pela sociedade de risco, o direito penal não pode ficar alheio a essa nova forma de criminalidade, onde as pessoas jurídicas se situam como sujeitos ativos por excelência na prática dos novos delitos, principalmente na seara econômica e ambiental.

O direito penal clássico não mais se mostra como uma alternativa viável para a fundamentação do sistema punitivo. É necessária uma imediata reconfiguração dos preceitos dogmáticos, adaptando-os ao atual estágio de convivência social. Caso isso não seja feito, alguns fenômenos, já existentes, podem se agravar.

Iniciaremos o nosso trabalho expondo uma evolução histórica do tema, abordando os principais sistemas incriminadores que deram fulcro a configuração contemporânea. Logo em seguida será realizado um estudo comparativo com a legislação alienígena. Isso possibilitará ao leitor uma visão geral sobre o assunto, uma primeira impressão sobre o tema.

Posteriormente, poderemos adentrar no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, a discussão se focará no direito positivo, com a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, principalmente a ambiental, conjugada com a posição de nossas Cortes de Justiça sobre a temática.

Com tais informações, já será possível realizarmos um aprofundamento voltado para a teoria do delito. A partir daqui entram em cena os grandes temas polêmicos do direito penal no atinente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, quais sejam a ação penal, a culpabilidade e a capacidade de sofrer uma sanção criminal.

Por fim, no último capítulo será demonstrado o reflexo da adoção da responsabilidade penal das corporações no âmbito do atual estágio evolutivo da sociedade, com um estudo detalhado dos fenômenos ascendentes no âmbito do moderno direito penal, com um viés crítico e focado nas mais novas doutrinas sobre o movimento expansionista da legislação penal.

Com essa pesquisa, o nosso desígnio não é esgotar todo o debate existente sobre o tema, até mesmo porque isso seria impossível nas singelas páginas deste trabalho. O intuito aqui é instigar o leitor a analisar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sobre diferentes pontos de vista, tendo por base algumas das principais teorias elaboradas pela doutrina nacional e estrangeira. Se, de alguma forma, esse trabalho agregar conhecimento ao leitor, de modo a beneficiá-lo, seja na academia ou na prática forense cotidiana, o nosso objetivo foi alcançado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O direito atual sofreu diversas influências dos mais variados sistemas jurídicos. É de praxe que antes de analisar-se o cerne da problemática, o cientista faça um apanhado histórico sobre a evolução do instituto, algo de mister importância, já que possibilita ao leitor compreender de onde surgiram os conceitos que são utilizados na atualidade.

Com o tema em questão, não poderia ser diferente. A análise da evolução histórica da responsabilidade penal da pessoa jurídica visa dar fundamento para entendermos diversas das atuais características dessas pessoas e, assim, debater sobre a possibilidade ou não de sua responsabilização penal.

Uma observação importante é que não podemos confundir a noção de pessoa jurídica contemporânea com aquelas que lhe foram atribuídas ao longo do tempo. O vocábulo *pessoa jurídica*, muitas vezes, se referirá a organizações rudimentares, como agrupamentos familiares, sociais e até mesmo políticos, sendo o termo *entes coletivos* o mais correto e, por consequência, *responsabilização coletiva*, e não responsabilização das pessoas jurídicas. O atual modelo de pessoa jurídica, o qual embasa a atividade das grandes empresas, como multinacionais e transnacionais, surgiu apenas na era pós-medieval, com o movimento das grandes navegações e as empresas coloniais, como as holandesas e as espanholas¹.

Assim, analisaremos os principais sistemas jurídicos que contribuíram para o atual modelo ocidental, partindo da Grécia antiga até chegarmos à era moderna, inclusive analisando, especificamente, como ocorreu tal evolução no território luso-brasileiro e também na era republicana brasileira.

2.1 Grécia antiga

A civilização grega foi uma das primeiras a desenvolver o pensamento científico de modo sistematizado. Ela se organizava por meio das cidades-estado, não havendo, naquela época, um sentimento geral de nacionalismo, como ocorreu após a queda do feudalismo. Dessa forma, a Grécia foi um grande polo de produção científica do mundo

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 386.

ocidental. No campo jurídico, não havia uma sistematização do ensino jurídico, mas sim escolas de retórica, dialética e filosofia².

Quanto às instituições, a comunidade grega se organiza com base em quatro órgãos básicos: o primeiro deles o Conselho, que examinava, preparava e controlava as leis; a assembleia, a qual cabia deliberar, decidir, eleger e julgar os cidadãos; os estrategos, os quais se ocupavam da guerra e da política e por fim os magistrados, cujas funções eram a instrução dos processos e o exercício de múnus municipais.

No tocante a responsabilização da pessoa jurídica, não havia ainda uma estruturação como a existente nos dias atuais. Os *Tiasos*, que eram organizações coletivas³ parecidas com o que hoje denominamos de sindicatos, tinham como objetivo a reunião de seus membros para discussões de âmbito religioso e eram responsabilizadas pelos seus delitos.

Devemos destacar que essa responsabilização coletiva era característica da primeira fase do direito penal grego. Com a evolução de sua sociedade, a responsabilidade penal passou cada vez mais a ter caráter individual, porém nunca se abandonou a punição coletiva em alguns casos, como a *atimia*, que era a expulsão coletiva da paz⁴.

2.2 Roma

No direito romano ocorreram grandes inovações no ramo jurídico, como a divisão entre *jus publicum (crimina)* e *jus civile (delicta)*⁵ e também o surgimento da noção de culpa e suas devidas gradações⁶. Assim como o direito grego, tivemos diversas fases jurídicas, as quais seguiam a organização política e social da época.

No início de sua organização, prevalecia o modelo patriarcal, no qual o patriarca possuía poderes praticamente ilimitados. Devido a tal configuração, prevalecia o direito consuetudinário, vigorando até a criação da famosa Lei das XII Tábuas, a partir de onde se inicia certa positivação do direito romano.

² LOPES, 2009, p. 20.

³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: de acordo com a lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28.

⁴ Ibidem, P. 29.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Losad, 1963. T. 5. p.686.

Com o enfraquecimento do modelo patriarcal, o denominado *jus publicum* fica cada vez mais forte. O Estado assume a responsabilidade de punir as infrações de ordem social que atacavam a *civitas*⁷, ocorrendo, dessa forma, a afirmação do caráter público e social do direito penal. O trabalho dos juristas e pretores era, inclusive, considerado uma honra, uma função pública, um serviço à comunidade. Essa ascensão pública do direito fortaleceu-se com a decadência dos costumes e posterior positividade das normas sociais. Porém, tal positivismo era de vertente eminentemente prática, visando à solução de problemas de forma objetiva, evitando abstrações.

No tocante a personalização jurídica dos entes coletivos, o direito romano representa, para a cultura jurídica ocidental, um grande avanço, como nos ensina Francisco Quintanilha Vêras Neto:

Existia também o conceito de pessoa jurídica (natural e jurídica), que mais tarde permitiu nova apropriação, favorecendo a criação da ficção jurídica do sujeito de direito, que introduziu a decodificação jurídica do espírito individualista europeu forjado a partir do século XVI.

Os romanos não possuíam um termo preciso para exprimir a noção de personalidade jurídica. A palavra latina *persona*, que originariamente quer dizer máscara, é utilizada nos textos com significação de homem em geral, tanto que se aplicam aos escravos, que não eram sujeitos de direito. Há duas categorias de pessoas: as físicas, ou naturais, e as jurídicas, seres abstratos, que a ordem jurídica considera sujeitos de direito⁸.

Nada obstante, mesmo com esse grande avanço nas teorias da personalidade e da pessoa jurídica, os romanos, de uma forma geral, rechaçavam a responsabilidade criminal dos entes coletivos⁹ por considerá-los apenas uma ficção, como já exposto, vigorando a máxima *societas delinquere non potest*.

Contudo, como expõe Shecaira, houve certa mitigação do brocardo acima exposto, de forma que em certas situações seria possível visualizar a responsabilização coletiva, como no caso da supressão de associações populares no ano de 54 a.C, sendo assim, aceita implicitamente a aplicação de penas criminais a entes jurídicos.

⁷ PRADO, 2013, p. 86.

⁸ WOLKMER, Antonio Carlos et al (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 7. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2012, p. 152.

⁹ SHECAIRA, 1998, p. 29.

2.3 Os povos germânicos

Optamos pela nomenclatura de povos germânicos, pois existiam diferentes formações sociais que integravam a Germânia, a exemplo dos visigodos, situados na península ibérica, o reino Longobardo, localizado da península itálica e o reino Franco da Gália. Entretanto, existiam entre tais povos traços comuns no tocante a sua estruturação jurídica e social, os quais abordaremos brevemente.

Neste momento também existia a diferença entre os delitos de alçada pública e os delitos privados. Os primeiros representavam uma ofensa a toda comunidade, sendo que qualquer pessoa poderia punir o culpado. Esse indivíduo perturbador da paz (*Fridr*) era alvo de punição por meios das organizações coletivas, denominadas de *Sippe*¹⁰ (Não serviam apenas para punição, como também para ajudar ao infrator, caso fosse seu componente).

Essa ruptura da paz e posterior punição por entidades coletivas caracterizava a vingança de sangue. Posteriormente, com a instalação da monarquia, tal modo de punição foi perdendo a sua efetividade, abrindo caminho para a *compositio*, uma forma de compensação em pecúnia do indivíduo, a qual constituía verdadeiro dever do infrator ou de sua *sippe*¹¹.

Outra característica importante é que, prevalecia, dentre os povos bárbaros (denominação romanística) a responsabilidade objetiva. Era praticamente desconhecida a noções de dolo ou de culpa, operando sob a máxima “O fato julga o homem”.

Mesmo com toda essa objetividade, os germânicos admitiam a responsabilização criminal das entidades coletivas. Ao contrário do que ocorria com os romanos, os entes coletivos, as *sippes*, muitas vezes eram responsabilizadas pelos atos de seus componentes. Isso se dava porque, ligados por laços sanguíneos, quando o seu membro infrator não era capaz de ressarcir o dano causado a vítima, surgia uma espécie de responsabilidade solidária, denominada de *Wergeld*¹², tornando todos responsáveis pela compensação pecuniária devida pelo delinquente.

¹⁰ WOLKMER, 2012, p. 247.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 26.

¹² SHECAIRA, 1998, p. 35.

2.4 O Direito Canônico

O reconhecimento do cristianismo como religião oficial do Império Romano pelo imperador Teodósio no ano de 379 d. C. impactou de forma determinante a configuração do direito naquele império. A ação estatal passou a ter forte caráter religioso, principalmente no âmbito da aplicação da pena¹³.

Fundado no *Corpus Iuris Canonici*, a jurisdição canônica dividia-se entre *ratione persona* e *ratione materiae*. A primeira estabelecia o julgamento dos religiosos por tribunais eclesiásticos, algo parecido com o nosso sistema de competência em razão da matéria. Já pelo segundo ditame, estabelecia-se a competência da igreja para o julgamento de delitos, mesmo de leigos, o que gerava uma espécie de competência universal.

Não podemos nos olvidar de comentar que foi aqui, com o fortalecimento do cristianismo, que surgiu um dos mais importantes princípios de nossa atualidade, aplicado tanto na seara penal como em nível até mesmo constitucional. A ideia de que o homem é visto sob a imagem e semelhança de Deus fez nascer a noção de dignidade, dando fulcro para a humanidade das penas.

Além das importantíssimas contribuições acima descritas, o direito canônico foi salutar importância para a teorização do instituto da pessoa jurídica, como nos leciona José Reinaldo de Lima Lopes:

A partir do direito canônico, os problemas de patrimônio comum, representação, responsabilidade tornaram-se novos. Serviram para uma primeira teoria da pessoa jurídica (corporação) que se desligava dos laços de família e dos laços de vassalagem, dentro ainda, certamente, de um universo simbólico medieval¹⁴.

Em decorrência disso, foi necessária uma melhor elaboração do conceito de corporação para distingui-la de seus membros. O Papa Inocêncio IV considerava a pessoa jurídica como uma pessoa ficta¹⁵, desprovida de alma e que, por derradeiro, não poderia sofrer sanções de cunho espiritual, como ser excomungada. Como consequência dessa ficção, a pessoa jurídica, segundo os canonistas, também era incapaz de praticar

¹³ BITENCOURT, 2000, p. 28.

¹⁴ LOPES 2009, p. 386.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

certos atos, como o cometimento de delitos, sendo estes atribuição exclusiva das pessoas naturais.

Portanto, mesmo levando-se em consideração o grande desenvolvimento da teoria da personalidade, a qual viria mais tarde a ser aperfeiçoada pelo grande civilista e ex-ministro de justiça alemão Friedrich Carl von Savigny, aqui também vigorava o cânone romano *delinquere non potest*, não sendo admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica.

2.5 O Direito penal comum

Sob a influência dos três grandes sistemas jurídicos anteriores (Direito Romano, Direito Germânico e Direito Canônico) o direito penal comum foi resultado de uma espécie de fusão¹⁶ entre tais sistemas, o que lhe deu caráter diversificado. Em suma, buscava-se uma releitura dos textos romanos sob a perspectiva do direito canônico e do direito local, adaptando os velhos ensinamentos a nova realidade social.

Para melhor entendermos a responsabilização de entes coletivos, devemos destacar duas correntes diferentes de análise que surgiram nesse período: A primeira representada pelos glosadores, sob influência direta do direito romano; a segunda relacionada aos pós-glosadores, os quais, além do direito romano, trabalhavam com enfoque no direito canônico.

Devido aos ensinamentos romanos, os glosadores desconheciam de um conceito de pessoa jurídica. No entanto, não repudiavam a figura da corporação, sendo que estas poderiam até mesmo delinquir. Não havia a distinção entre a *universitas* e as pessoas que a compunham, sendo que os atos destas eram atribuídos a vontade daquela. Logo, eram numerosas as punições aplicadas aos entes coletivos, como municípios e cidades.

Já os pós-glosadores tinham uma perspectiva diferente. Influenciados pela teoria da ficção de base canônica, admitiam a punição da pessoa jurídica. Um dos exemplos é Bartolo¹⁷, expondo que se a pessoa jurídica era uma ficção, ao mesmo tempo ela era uma realidade jurídica, capaz de querer e atuar. Uma importante inovação é que, diferentemente da punição de todos os membros do ente coletivo, a exemplo das *sippes* do direito germânico, aqui se desenvolveu instrumentos para a exclusão dos membros

¹⁶ PRADO, 2013, p. 93.

¹⁷ SHECAIRA, 1998, p. 32.

inocentes, ou seja, as associações eram punidas ou como autoras, ou como cúmplices dos infratores, sendo os inocentes liberados da responsabilização criminal.

2.6 Período humanitário

O direito penal, assim como os outros ramos da ciência jurídica, sofre grande alteração com a chegada da filosofia humanitária. Os ideais do iluminismo, catapultados pelo movimento da *Ilustração*, fizeram com que o homem transforma-se a sua visão de mundo, passando a ser muito mais racional e também reacionário, combatente assíduo de um direito dos privilégios, que oprimia as classes menos favorecidas para manter os ricos e poderosos no poder.

Dentre tantos filósofos e juristas, como John Howard (1725-1790) e Jeremias Bentham (1748-1832), um nome merece destaque devido a sua importância no campo penal. A sua obra trouxe inovações principiológicas e científicas de suma relevância para a aplicação do direito material e principalmente para a execução das penas. Estamos falando de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.

Mais conhecido como Cesare Beccaria, este grande filósofo iluminista, por meio de sua obra *Dos Delitos e das Penas*, trouxe grandes inovações ao direito penal. O princípio da pessoalidade das penas ganha força, vedando tratamentos infames ao condenado, tendo a sanção criminal um viés utilitarista, atribuindo ao castigo a finalidade de evitar que o infrator venha a delinquir novamente, e não torturá-lo pelo crime já praticado¹⁸. A individualização das penas à pessoa do delinquente também ganha destaque, adquirindo cada vez mais caráter pessoal.

Dentro de tantas inovações, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas não foi bem recebida pelos pensadores da época. Os ditames libertários da revolução francesa, conjuntamente com a nova ideologia de autodeterminação do indivíduo são contrários a responsabilização coletiva. Não há espaço para punições de entes fictícios ou representativos de um grupo, existe apenas a responsabilidade individual¹⁹.

Outro fator foi muito importante para o desleixo em relação à teorização de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica. A ordem política da época não se coadunava com as corporações, típicas da idade média, como bem explica Janini:

¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p.45.

¹⁹ GOMES, Marcelo Janini. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3136/A-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Na verdade, não foram razões jurídicas, mas necessariamente políticas que determinaram a desaparecimento da punibilidade das corporações, posto que estas perderam a importância e o poder que tinham na Idade Média. Esse esvaziamento da importância e de poder político que as *corporações* desfrutavam na Idade Média tornou *desnecessária a responsabilidade penal* destas. Essa negação de responsabilidade, segundo sustentava *Feuerbach*, de que mesmo coma deliberação unânime da corporação, seria impossível a responsabilidade penal, posto que, nesse caso, não estariam atuando de acordo com a finalidade da associação, mas com finalidade distinta do seu desiderato²⁰.

Assim, podemos perceber que no período humanitário, principalmente no tempo das grandes revoluções, a ciência não recebeu de braços abertos responsabilização criminal dos entes coletivos. É claro que posteriormente várias teorias surgiram, moldando a atual sistemática. O fortalecimento das nações, a intensificação das relações mercantis e a globalização tecnológica foram fatores que impulsionaram a ciência a produzir novos conhecimentos, os quais visavam adaptar o direito a nova realidade mundial. Se exitosa ou não, é o que veremos nos demais capítulos desta obra.

2.7 A evolução da pessoa jurídica no direito brasileiro

O território brasileiro, por muito tempo, não foi regido por um ordenamento jurídico. Isso porque, antes dos portugueses chegarem a costa leste das américas, esse imenso continente era habitado por comunidades arcaicas, cientificamente atrasadas em relação as potências europeias. Moravam aqui povos como os Maias, Astecas, Incas (América Central e América do Norte) e os Tupi-Guarani, Xingu, Cariri e Pano (América do Sul, especificamente no Brasil).

Nesse período, a consciência de grupo era muito mais forte do que a existente atualmente. Não havia uma personalidade de cunho individualista. Todas as ações dos integrantes dessas comunidades eram voltadas para a própria existência desta, de modo que eles chegavam, muitas vezes, até mesmo a se sacrificar em prol do bem comum. Devido a este *pensar* de forma coletiva, os povos indígenas brasileiros adotavam a responsabilização coletiva, como bem nos expõe Shecaira:

²⁰ GOMES, Marcelo Janini. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3136/A-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Na América do Sul, antes do descobrimento, chegou-se a adotar a responsabilidade coletiva entre os povos indígenas. A semelhança do direito penal arcaico e araucano, os índios venezuelanos tinham a teoria da participação coletiva da culpa. Da mesma forma pode-se observar com o índio brasileiro. Vários grupos se viram tangidos para os domínios da responsabilidade coletiva²¹.

Contudo, após a chegada dos lusitanos no território pátrio, passou-se a aplicar, de forma majoritária, as chamadas ordenações (Manuelinas, Afonsinas e Filipinas). É claro que não se extinguiu a organização dos povos indígenas, porém o ordenamento português é mais relevante se considerarmos a sua influência sobre o nosso sistema contemporâneo.

Acompanhando grande parte das potências europeias, o Brasil, tanto na era colonial, quanto na era imperial, não reconhecia a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Os códigos criminais do império (1830 e 1890) foram redigidos mediante forte atuação da doutrina iluminista, e como já dito alhures, a responsabilidade penal era de caráter estritamente pessoal, como expressa o artigo 25 do código criminal de 1890:

Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.
Parapho unico. Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso²².

Dessa forma, como podemos perceber, a incriminação recaía sobre cada um dos agentes e não sobre a pessoa jurídica em si. Com o advento da atual legislação, que é o código penal de 1940, o qual posteriormente veio a sofrer alterações, a responsabilidade penal continuou com seu caráter exclusivamente pessoal. A penalização desses entes coletivos somente tornou-se possível com o advento da constituição cidadã, no ano de 1988:

Assim, pensamos que até 1988 não se pode falar em responsabilidade da pessoa jurídica no direito brasileiro. Tal conclusão decorre não só de um estudo sistemático das normas penais em vigor no Brasil, mas da própria análise contextual do sistema de produção de bens aqui predominante, a partir da segunda metade do século XIX, o que consagrava o individualismo e as ideias libertárias trazidas ao mundo de forma mais enfática pela Revolução Francesa de 1789²³.

²¹ SHECAIRA, 1998, p. 37.

²² BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ.

²³ SHECAIRA, op. cit., p. 39.

Portanto, o advento de nossa atual Constituição mudou drasticamente o cenário jurídico em relação ao tema em comento. Depois de 1988, várias leis vieram para responsabilizar (penal ou administrativamente) a pessoa jurídica no âmbito nacional, como, por exemplo, a Lei 9.605/98, que trata sobre os crimes ambientais. Essa nova perspectiva adotada pelo legislador e jurisprudência será alvo de análise em capítulo específico de nossa obra.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO COMPARADO

Devido à grande diversidade cultural, baseada na enorme gama de povos que habitam o nosso planeta, cada Estado possui a sua perspectiva sobre a responsabilização criminal dos entes coletivos. Mesmo no mundo pós-globalizado, onde cada vez mais surge a noção de um direito internacional comum e a relativização do conceito de soberania²⁴, podemos perceber que, devido a evolução histórica, cada povo opta por tratar de maneira singular o tema em análise.

Alguns países, principalmente no continente europeu, irão adotar posições muito parecidas em relação à incriminação dos entes coletivos, o que ocorre devido às influências históricas comuns que sofreram, como é o caso da França e da Espanha, ambos adotando, de forma clara, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas. Dessa forma, optamos por analisar apenas os principais ordenamentos jurídicos, desde já deixando claro que o tema não se esgota em nosso estudo.

Portanto, dentro da cultura ocidental, analisaremos o sistema adotado pelos países onde vigora a doutrina dos precedentes, ou melhor dizendo, *common law* (Reino Unido e Estados Unidos), como também a posição assumida pelos países codificados, na vigência do *civil law* (A exemplo de Alemanha e Itália). Ainda, para rematarmos nossa pesquisa, dissertaremos sobre a responsabilização das pessoas jurídicas nas duas maiores potências asiáticas, Japão e China e também como os latino-americanos abordam o tema. Em suma, será propiciada ao leitor uma visão ampla sobre o assunto, abrindo o caminho para uma perspectiva crítica sobre o mote.

3.1 Estados Unidos

Devido à formação federal ter acontecido por meio do *federalismo centrípeto*²⁵, os estados norte americanos possuem grande autonomia em relação ao governo federal. Por derradeiro, cada estado possui ampla, mas não irrestrita, liberdade para legislar,

²⁴ BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A relativização da soberania em face à nova ordem internacional na pós-modernidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10149>. Acesso em: 17 mar. 2016.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252.

sendo que a posição sobre a responsabilidade criminal das corporações pode variar dentro do território da nação.

De uma forma geral, é amplamente admitida a responsabilização penal dos entes coletivos nos EUA. Para isso ocorrer, a jurisprudência exige a presença de certos requisitos, como o vínculo entre a empresa e o praticante do delito e também o exercício de função que não necessita trazer algum benefício para a economia da pessoa jurídica. Como nos expõe Shecaira:

O direito norte-americano admite que as infrações culposas sejam imputadas às empresas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido proveito com o fato delituoso. Além disso, a corporação também será responsável quando o fato criminoso for cometido a título de dolo e se praticado por um executivo de nível médio²⁶.

Completa o autor que lá, devido ao liberalismo econômico exacerbado, até mesmo os sindicatos são alvo de responsabilização criminal. Mas não é de hoje que a criminalidade da pessoa jurídica está ligada a fatores econômicos, sendo que a sua incriminação foi necessária, do ponto de vista da política criminal, para frear os delitos cometidos pela elite.

Já na década de 30 do século XX, um renomado sociólogo americano revolucionava os estudos dos delitos econômicos. Edwin Sutherland, grande criador da teoria da associação diferencial, influenciado pela sociologia do francês Gabriel Tarde²⁷, já em sua época estudava os denominados ‘*white-collar crimes*’. Estes crimes eram aqueles praticados por pessoas de elevada posição social, no exercício de suas funções. Aqui é clara a sua conexão com os crimes praticados pelas pessoas jurídicas, por exemplo, um alto executivo que, por meio de sua atividade econômica, polui e degrada o meio ambiente. Nesse caso, a responsabilização recairia tanto na pessoa do executivo, como na própria pessoa jurídica. Para tal constatação, Sutherland fez um estudo profundo sobre a criminalidade corporativa, como explícito no trecho a seguir:

Para expor sua tese quanto ao delito do colarinho-branco, Sutherland estudou as 70 principais corporações americanas por vários anos (dos anos 20 a 44) demonstrando que elas haviam sido processadas por infringirem diversas leis, especialmente aprovadas após a grande depressão de 29, quando já havia mecanismos específicos para o controle e distribuição de bens. Os atos

²⁶ SHECAIRA, 1998, p. 49.

²⁷ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 35-36.

nocivos à comunidade tinham sido praticados por todas as corporações e 91,7% eram reincidentes²⁸.

É lícito concluir então que a responsabilização das pessoas jurídicas pelos norte-americanos é um fenômeno histórico, o qual provém de mais de um século atrás. Como já dito, o liberalismo econômico adotado pela maior potência mundial credita muita liberdade a suas empresas, o que causa uma elevação na criminalidade. Por razões de política criminal e também pelo estabelecimento de precedentes, os entes coletivos são plenamente responsabilizados e condenados no âmbito criminal desta nação.

3.2 Reino Unido

Também se baseando no sistema de *common law*, os ingleses adotam uma posição parecida com a dos norte-americanos, admitindo a responsabilização criminal dos entes coletivos. Contudo, nem sempre foi assim, já que inspirados pela doutrina da ficção jurídica de cunho canonista, em tempos antigos eles não admitiam tal responsabilização. A pessoa jurídica era desprovida de existência real, constituía uma simples criação legal, estando impossibilitada de praticar atos que somente pessoas naturais poderiam fazê-lo, como o cometimento de delitos.

Alguns fatores foram decisivos para a mudança de postura, sendo que dois deles merecem a nossa atenção. No ano de 1879, uma grande inovação processual, o *Summary Jurisdiction Act*, criou a possibilidade de se processar as pessoas jurídicas, já que com a edição deste ato tornou-se possível processar os réus sem a sua presença pessoal, ou seja, a representação em juízo não mais necessitava da presença física do acusado.

Dez anos mais tarde, em 1889, por meio de intervenção legislativa, passou a vigorar o denominado *Interpretation Act*, cujo entendimento era que o termo pessoa também abarcava os entes coletivos²⁹. Dessa forma, as corporações passaram a sujeitar-se as penas criminais, pelo menos aquelas compatíveis com a sua natureza.

É claro que essa responsabilização ocorreu de maneira gradual. A princípio, as pessoas jurídicas eram punidas apenas por infrações mais leves (*misdemeanours*), sendo que apenas posteriormente também responderiam por infrações graves (*felonies*).

Atualmente, é ampla a responsabilização da pessoa jurídica no Reino Unido, principalmente após a adoção, no âmbito criminal, da teoria da identificação

²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.

²⁹ PRADO, 2013, p. 543.

(*identification theory*). Tal adoção ocorreu no ano de 1944 e por ela deve o juiz procurar a pessoa que pratica o ato e estabelecer a sua relação com a sociedade, tornando a ação daquela a própria ação desta. É o que nos expõe Regis Prado:

Tem-se, portanto, que a pessoa natural não fala, não atua para a sociedade; ela atua enquanto sociedade e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade. Ela é a personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele³⁰.

Como demonstrado, atualmente o sistema inglês admite a punição criminal dos entes coletivos. É claro que a pena clássica de privação de liberdade é restrita às pessoas naturais, o que não impede que se aplique outras modalidades de pena, como as pecuniárias, dissolução da sociedade, apreensão do material decorrente da prática criminosa e a limitação das atividades empresárias, esta última por tempo delimitado ou até o implemento de condição suspensiva, se não estar-se-ia caracterizada uma pena de caráter perpétuo.

3.3 Alemanha

A partir deste momento, abordaremos sistemas jurídicos bem diferentes dos dois expostos. Os países de cultura europeia não adotam o famoso *sistema de precedentes*, mas sim optam por um direito codificado, legislado, fruto da influência doutrinária do positivismo jurídico. Mesmo após a famosa *crise positivista*, ocorrida por consequência da segunda grande guerra e a ascensão das doutrinas constitucionalistas e neoconstitucionalistas, tais países não abandonaram o seu sistema. Assim, optamos por começar pela Alemanha que, além de possuir os maiores penalistas da contemporaneidade, como Roxin, Jakobs e Alexis, também foi o principal palco de mudanças no ramo do direito penal.

Na maior parte de sua história, os povos germânicos admitiam a responsabilidade criminal dos entes coletivos, sendo que as *sippes* podiam responder pelos atos cometidos pelos seus integrantes. Nada obstante, na era moderna os alemães mudaram abruptamente o seu posicionamento, optando por não mais incriminar as pessoas jurídicas.

³⁰ PRADO, 2013, p. 544.

Diversos fatores ocasionaram essa mudança de postura. Um deles foi a própria desnecessidade, do ponto de vista político criminal, da aplicação de penas criminais aos entes coletivos. As vertentes funcionalistas trabalham, atualmente (e não somente na doutrina alemã), com a noção da prevenção geral e especial positivas³¹, e com base nelas os autores que as defendem não conseguem conectar os objetivos de tais prevenções com a estrutura das pessoas jurídicas³². O estudo sobre as finalidades de penas e sua conexão com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas será feito em capítulo específico.

Além disso, na Alemanha existe uma subdivisão interessante: direito administrativo sancionador e direito penal incriminador. O primeiro, aplicável as pessoas jurídicas, possui penas de cunho administrativo, menos drásticas em relação às penas do segundo, estas aplicáveis as pessoas naturais que infringem a norma penal. Por isso, vários autores dizem que a aplicação de penas criminais as pessoas jurídicas constituiria uma verdadeira *administrativização do direito penal*. Tal fato será abordado, também, em momento oportuno.

Assim, devido à falta de reprovação ético-social das empresas, não seria possível aplicar as mesmas sanções de cunho penal. Vale lembrar que existem opiniões divergentes na doutrina alemã, como Jescheck³³, postulando que as penas de multa de cunho penal teriam sim eficácia contra a atividade ilícita das pessoas jurídicas, contudo essa posição é minoritária no universo doutrinário alemão.

3.4 Itália

Os italianos, assim como os alemães, também não admitem a responsabilização penal das corporações. Contudo, a principal repulsa não é de cunho dogmático penal, mas sim de força constitucional. Está expresso em sua Carta Política: Art. 27. I- La responsabilità penale è personale³⁴.

Por derradeiro, calcada no princípio da pessoalidade das penas, outrora defendido por Beccaria, a constituição italiana não possibilita que sejam aplicadas penas criminais aos entes coletivos. Completa a doutrina dizendo que se fosse possível,

³¹ PRADO, 2013, p. 123

³² SANTOS, Juarez Cirino dos, Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 280.

³³ SHECAIRA, 1998, p. 62

³⁴ “A responsabilidade penal é pessoal” (Tradução nossa).

ocorreria uma injustiça, já que se puniria inocentes, ou seja, também seriam agredidos pelas sanções os sócios ou componentes da pessoa jurídica que não concorreram para o cometimento do delito. Contudo, esse entendimento não se estende a aplicação de medidas de segurança, mesmo não havendo previsão legal no direito italiano.

Nada obstante, sua responsabilização na seara cível é plenamente possível. As empresas podem responder, de forma subsidiária, a penas pecuniárias sofridas pelos empregados ou diretores. Em suma, este é o entendimento do desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro Manoel Carpena Amorim³⁵: “Vigora o princípio da responsabilidade individual, admitindo-se subsidiariamente a responsabilidade pecuniária das pessoas coletivas, que se situa no âmbito civil”.

3.5 França

A nação francesa foi o cenário de importantes transformações no campo jurídico e social. Com a revolução francesa (1789-1799) vieram grandes mutações no cenário político. Os ditames da liberdade, igualdade e fraternidade conquistaram a maioria dos povos livres da terra, sendo a base de grande parte dos atuais sistemas jurídicos.

Após suas revoluções, a França foi o palco de um movimento muito forte no campo jurídico, o conhecido período codificador³⁶, o qual, de cunho positivista, foi a doutrina que possibilitou a edição dos grandes códigos europeus. O grande exemplo é o Código Civil Francês de 1804.

Não há dúvidas que os franceses zelem por uma legislação escrita. No tocante a responsabilização penal da pessoa jurídica não poderia ser diferente, havendo menção expressa no código penal sobre a sua possibilidade. Mas é importante ressaltar que nem sempre foi assim.

De uma maneira geral, os franceses sempre admitiram a responsabilização dos entes morais, contudo isso não se estendia a seara penal. O Código Penal de 1810 não a admitia, vigendo o brocardo do direito romano *societas delinquere non potest*. No

³⁵ AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p. 23-37, 2000.

³⁶ “Exsurge, por isso, o nascimento do fenômeno da codificação do direito que encontra sintonia com as bases do liberalismo, tendo por característica principal a adoção de um modelo sistemático, com forte influência da lógica cartesiana, o que impregnou as fontes do direito de estrutura científica. Destarte, a doutrina francesa revolucionária teve o mérito de unificar as fontes do direito, criar instrumentos para a construção de uma sistemática racional e adaptar os institutos à realidade da época”. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

entanto, devido a influência anglo-saxônica, a doutrina francesa passou a adotar uma postura mais pragmática, afastando-se da vertente dogmática de cunho alemão. Os valores da justiça e da efetividade tornaram-se nortes legislativos, sobressaindo em relação ao princípio da culpabilidade.

Como resultado desse novo posicionamento, no ano de 1994 entrou em vigor o atual Código Penal Francês, acabando definitivamente com qualquer embate doutrinário. Em vários artigos é admitida expressamente a responsabilização penal dos entes coletivos. Devido a sua extensão, nos ateremos nos principais. Assim, em seu artigo 121-2:

Artigo 121-2 (Lei nº 2000-647 de 10 de julho de 2000 art. 8 Diário oficial de 11 de julho de 2000). As pessoas jurídicas, com exceção do Estado, serão penalmente responsáveis pelas infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos ou representantes, conforme os artigos 121-4 a 121-7 e nos casos previstos pela lei ou regulamento. Porém, os entes territoriais e as suas agrupações somente serão responsáveis penalmente pelas infrações cometidas no exercício de atividades suscetíveis de serem objeto de convênios de delegação do serviço público. Sem prejuízo do que dispõe o parágrafo quarto do artigo 121-3, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não excluirá a das pessoas físicas autoras ou cúmplices dos mesmos fatos³⁷. (tradução nossa)³⁸.

Basicamente, este dispositivo traça as diretrizes principais para a caracterização da responsabilidade. Além de excluir a responsabilidade penal do Estado, ele estabelece dois requisitos básicos: a infração criminal deve ser praticada por um órgão ou representante legal e também por conta da pessoa jurídica. Em sua parte final ainda estabelece que a responsabilização do ente coletivo não exclui a incriminação das pessoas físicas autoras ou cúmplices dos mesmos delitos. Há quem diga³⁹ que tal responsabilidade é subsidiária, havendo a exigência da incriminação tanto da pessoa física como da pessoa jurídica.

Outro tópico importante é aquele relacionado com as penas impostas a pessoa jurídica no ordenamento francês. Seguindo sua tradição, o legislador criou um rol

³⁷ TAVARES, Juarez. **Código penal francês**. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016

³⁸ Artículo 121-2 (Ley nº 2000-647 de 10 de julio de 2000 art.8 Diario Oficial de 11 de julio de 2000). Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes, conforme a los artículos 121-4 a 121-7, y en los casos previstos por la ley o el reglamento. Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.

³⁹ PRADO, 2013, p. 548.

extremamente amplo de possibilidade de penas impostas a esses entes, sendo que maioria delas está prevista no artigo 131-39:

Artigo 131-39 (lei nº2001-504 de 12 de junho de 2001 art 14 Diário Oficial de 13 de junho de 2001). Quando a lei não prever para as pessoas jurídicas, os crimes e os delitos poderão ser sancionados com uma das várias das penas seguintes: 1º A dissolução, quando a pessoa jurídica tenha sido criada para cometer os fatos incriminados, ou quando se trata de um crime ou delito castigado para as pessoas físicas com uma pena de prisão igual ou superior a 3 anos, quando se tenha desviado de seu objeto social para cometer os fatos incriminados; 2º A proibição a título definitivo ou até um período de 5 anos de exercer direta ou indiretamente uma ou várias atividades profissionais ou sociais; 3º A submissão, por um período de até 5 anos, à vigilância judicial; 4º O fechamento definitivo por um período de até 5 anos dos estabelecimentos ou de um ou vários locais da empresa que tenham servido para cometer os fatos incriminados; 5º A exclusão da contratação pública a título definitivo ou por um período de até 5 anos; 6º A proibição a título definitivo ou por um período de até 5 anos de fazer ofertas públicas; 7º A proibição, por um período de até 5 anos de emitir outros cheques salvo os que permitam a retirada de fundos pelo sacador contra o sacado ou que estejam formados ou que utilizar cartões de pagamento; 8º O confisco da coisa que foi utilizada ou estava destinada a cometer a infração ou o produto da mesma; 9º A publicação da solução adotada e sua difusão através da imprensa escrita ou por qualquer meio de publicação audiovisual. As penas definidas nos parágrafos 1º e 3º anteriores não se aplicarão as pessoas jurídicas de direito público suscetíveis de responsabilidade penal. Não se aplicarão aos partidos ou agrupações políticas e nem aos sindicatos profissionais. A pena definida no parágrafo 1º não se aplicará as instituições representativas⁴⁰. (tradução nossa)⁴¹.

Não cabe a nós fazermos uma análise taxativa de cada uma das penas, algo que fugiria do intuito de nossa pesquisa. No entanto, é relevante sabermos quais são as

⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Código penal francês**. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁴¹ Artículo 131-39 (Ley nº 2001-504 de 12 de junio de 2001 art 14 Diario Oficial de 13 de junio de 2001) Cuando la ley lo prevea para las personas jurídicas, los crímenes o delitos podrán ser sancionados con una o varias de las penas siguientes: 1º La disolución, cuando la persona jurídica haya sido creada para cometer los hechos incriminados o, si se trata de un crimen o delito castigado para las personas físicas con una pena de prisión igual o superior a tres años, cuando se haya desviado de su objeto social para cometer los hechos incriminados; 2º La prohibición, a título definitivo o por un periodo de hasta cinco años, de ejercer directa o indirectamente una o varias actividades profesionales o sociales; 3º El sometimiento, por un periodo de hasta cinco años, a vigilancia judicial; 4º La clausura definitiva o por un periodo de hasta cinco años de los establecimientos o de uno o varios de los locales de la empresa que hayan servido para cometer los hechos incriminados; 5º La exclusión de la contratación pública a título definitivo o por un periodo de hasta cinco años; 6º La prohibición, a título definitivo o por un periodo de hasta cinco años, de hacer llamamiento público al ahorro; 7º La prohibición, por un periodo de hasta cinco años, de emitir otros cheques salvo los que permitan la retirada de fondos por el librador contra el librado o los que estén conformados, o de utilizar tarjetas de pago; 8º El comiso de la cosa que haya servido o estaba destinada a cometer la infracción o del producto de la misma; 9º La publicación de la resolución adoptada o su difusión a través de la prensa escrita o por cualquier medio de comunicación audiovisual. Las penas definidas en los apartados 1º y 3º anteriores no se aplicarán a las personas jurídicas de derecho público susceptibles de responsabilidad penal. No se aplicarán a los partidos o agrupaciones políticas ni a los sindicatos profesionales. La pena definida en el apartado 1º no se aplicará a las instituciones representativas del personal.

possibilidades de punições aplicáveis às empresas e sindicatos, por exemplo, no território francês, até mesmo para compararmos, posteriormente, com as sanções adotadas pelo legislador brasileiro. Vale salientar que, pelas penas impostas, é perceptível uma grande autonomia da punição em relação às pessoas físicas que a compõem, mesmo que não haja incriminação daquelas sem a destas.

Pela análise das penas infligidas, é cediço dizer que o Código Penal Francês baseia sua política criminal em relação às pessoas jurídicas exclusivamente na *retribuição e na intimidação*⁴², ou seja, aqui vigora apenas a prevenção negativa, geral e especial.

A prevenção geral negativa tem o intuito de intimidar as demais pessoas jurídicas, para que sintam-se constrangidas a não cometer delitos. Aqui podemos fazer a famosa crítica formulada a tantos anos pela eminente Hegel⁴³, o qual, ao atacar a teoria da coação psicológica de Feuerbach, dizia que ela era equivalente a amedrontar um cachorro com um bastão. Devido a isso, grande parte da doutrina critica a opção do legislador francês.

Já prevenção especial negativa tem o objetivo de retribuir o mal causado, ou seja, fazer com que a pessoa jurídica seja punida pelo mal feito a sociedade. Os mais modernos estudiosos⁴⁴ repudiam também essa prevenção, já que afrontaria o princípio da dignidade humana. Entretanto, a questão é justamente sabermos se a pessoa jurídica possui dignidade, não a humana, atributo exclusivo do *homo sapiens*, mas sim algum tipo derivado de dignidade, com um fundamento ético totalmente diferente.

Por causa dessas justificativas, podemos afirmar que o sistema punitivo francês não é tão dogmático quanto o alemão, mas nem tão pragmático quanto o americano. Por derradeiro, tem-se uma situação complicada, já que pela eficácia, admite-se a desvirtuação de alguns preceitos de suma importância para o direito penal:

O sistema sancionatório francês parece ter sido concebido com o objetivo de neutralizar o delinquente, enquanto os aspectos éticos da censura e o papel da culpabilidade foram relegados ao segundo plano.

(...) cumpre precisar que, embora a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja uma realidade de Direito positivo, a doutrina permanece em grande parte reticente quanto ao seu fundamento jurídico, aplicabilidade e eficácia-

⁴² PRADO, 2013, p. 549

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, P. 422.

⁴⁴ Dentre eles, podemos citar Claus Roxin que considera como fins da pena apenas a prevenção geral e especial positivas, as quais, conjuntamente com a culpabilidade, formam a categoria da responsabilidade.

sobretudo num sistema que se encontra ancorado no princípio da personalidade das penas, em termos constitucionais, e em sintonia com o *nullum crimen sine culpa*⁴⁵.

3.6 Espanha

O último país que iremos abordar no continente europeu é a Espanha. Até meados de 2010, o assunto relacionado à responsabilidade penal das pessoas jurídicas era controverso e causador de ampla discórdia, tanto na jurisprudência como também em sede doutrinária. Porém, com as alterações ocorridas no Código Penal Espanhol no ano supramencionado, tem-se postulado que a nova posição espanhola é favorável à responsabilização criminal de tais entes.

Dogmaticamente, no momento antecedente as reformas penais, a doutrina espanhola, fulcrada em preceitos político-criminais, era veementemente contrária a responsabilização criminal dos entes coletivos. Além disso, os mestres espanhóis dissertavam que a responsabilização de tais pessoas implicaria em uma clara violação do princípio da personalidade das penas e da própria culpabilidade⁴⁶.

Sendo desprovida de culpabilidade e de capacidade pessoal para sofrer a aplicação de punições criminais, a doutrina admitia que qualquer pena imposta teria configuração de medida de segurança. Tal fato contribuía para o fenômeno da administrativização do direito penal, já que tais medidas, fundadas na periculosidade do agente, possuem caráter administrativo.

Entendimento parecido se dava no campo jurisprudencial. Os magistrados castelhanos, calcados no princípio da responsabilidade individual, julgavam no sentido de que as pessoas jurídicas não poderiam responder criminalmente, algo exclusivo dos agentes físicos. Quem respondia eram as pessoas encarregadas da direção da pessoa jurídica, melhor dizendo, aqueles que possuíam “poder de decisão”.

Contudo, como Santiago Mir Puig nos demonstra⁴⁷, nos casos dos “delitos especiais próprios”, essa punição subsidiária das pessoas físicas não era capaz de fundamentar a aplicação de penas a elas. Foi necessária a importação da doutrina do “atuar por outro”, originária do direito alemão, pela qual a pessoa física que comete infrações em nome da pessoa jurídica irá responder por tais crimes.

⁴⁵ PRADO, 2013, p. 550-551.

⁴⁶ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 172.

⁴⁷ Ibidem, p. 174.

Como dito, a interpretação espanhola mudou drasticamente com as reformas penais em 2010. O Código Penal, datado do ano de 1995 foi parcialmente reformado pela *Ley Orgánica/2010*, a qual, no artigo 31 consagrou a responsabilidade criminal dos entes coletivos. Ela se dá por meio da aplicação do princípio da especialidade⁴⁸, pelo qual apenas se admite a responsabilidade das pessoas jurídicas por meio de mandamentos expressos, distribuídos ao longo da legislação penal.

No entanto, o modelo instituído por essa nova legislação é alvo de ferrenhas críticas, sendo que algumas delas merecem a nossa atenção. A primeira delas é que o código espanhol adota um sistema dúbio⁴⁹. Isso porque abraça tanto um sistema indireto, fundado na responsabilidade por atribuição, como um sistema direto, calcado em uma responsabilidade própria. É latente que fazendo isso o legislador causa um grande rombo dogmático, pois é inconcebível adotar dois sistemas diferentes para punir os mesmos tipos de infratores, em condições semelhantes.

Além disso, no âmbito objetivo, não é criado um sistema próprio para a responsabilização de tais entes. A legislação espanhola apenas institui a responsabilidade criminal, nua e crua, ela não desenvolve mecanismos próprios para a imputação penal dessas pessoas, concernentes a suas peculiaridades. Essa é a posição do eminente jurista brasileiro sobre o tema:

Tal como a lei ambiental brasileira (Lei 9605/1998), constata-se a não instituição de um verdadeiro subsistema penal devidamente estruturado para tal modelo de responsabilidade penal, diverso do tradicional, feito para as pessoas físicas, mas que com este último deve ser coexistente⁵⁰.

Por derradeiro, a própria imputação subjetiva do delito as pessoas jurídicas é afetada. Como atribuir dolo ou culpa para tais entes? Vale lembrar a máxima “Não é possível atribuir características antropomórficas para quem não as tem”. Existe previsão para a forma dolosa no artigo 10 do Código Penal Espanhol, o que não esconde o fato de a pena ser desprovida de dolo, caracterizando uma verdadeira responsabilidade penal pelo autor.

Em suma, a punição penal de tais pessoas é devido a critérios estritamente político-criminais. Não há uma fundamentação científica, melhor dizendo, dogmática, para a atribuição de delitos para os entes coletivos. Isso em decorrência da

⁴⁸ VALDÉS, Antonio Roma. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Rasche, 2012, p. 37.

⁴⁹ PRADO, 2013, p. 552.

⁵⁰ Ibidem, p. 554.

incompatibilidade da teoria do delito tradicional com a punição de tais pessoas, sendo que até hoje, mesmo as mais modernas teorias funcionalistas do delito, não foram capazes, de modo satisfatório, conciliar o instituto estudado com a ciência do direito penal. Dessa forma, como ocorre no Brasil, a jurisprudência tenta suprir tais lacunas, o que gera graves violações no campo principiológico.

3.7 Japão

Conhecida como a terra do sol nascente, o Japão não é alvo de muitas referências pelos estudiosos do direito. Isso porque, de maneira geral, a doutrina oriental é pouco estudada na América Latina, em decorrência da supremacia das doutrinas europeias. Algo muito grave, pois os japoneses são um exemplo de honra e disciplina, coisas que parecem perdidas em nossa sociedade e suas relações liquefeitas.

No tocante a responsabilização criminal das empresas, até o ano de 1932, devido a forte influência das doutrinas europeias, o Japão não punia criminalmente as corporações. Contudo, a partir do ano acima citado, passou a vigor em seu território o sistema Ryabatsu-Kitei⁵¹, pelo qual se aplicava sanções penais as pessoas jurídicas.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial e posterior submissão japonesa aos países vencedores, doutrinas americanas passaram a ser aplicadas e importadas pelos nipônicos e, nesta senda, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas se concretizou em seu ordenamento jurídico. A base da teoria adotada está em Gierke, possuindo suas origens no direito civil.

3.8 China

Devido a sua organização política, havia discussão se os chineses aceitavam ou não a responsabilização criminal dos entes coletivos. Mesmo possuindo zonas de livre comércio (as conhecidas *ZEE's*), a nação com a maior população do mundo é socialista. Como ocorria na antiga Iugoslávia, muitos defendiam que as empresas buscavam concretizar os interesses do próprio Estado, logo não poderia ser punidas criminalmente,

⁵¹ Araujo JUNIOR, João Marcelo de, SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

se não o *Jus Puniendi* estaria sendo exercido sobre a própria vontade estatal, algo inconcebível.

Contudo, a partir de 1988, com a edição de leis de crimes econômicos, passou-se a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Nessa nova visão, os doutos arguem no sentido de que a vontade das empresas não se mistura com a vontade estatal, por derradeiro, as pessoas jurídicas respondem pelos seus próprios atos. Assim, ultimamente, é admitida responsabilidade de tais entes no âmbito penal⁵².

3.9 Cuba

Um dos poucos países socialistas restantes no mundo, Cuba foi uma das primeiras nações da América Latina a adotar a responsabilização criminal dos entes coletivos, juntamente com o México. Apesar de ser um país socialista, não vigora aqui o entendimento que encontrávamos na China do século passado, de que a punição das empresas seria a punição do próprio Estado.

Os cubanos adotam o princípio *Societas Delinquere Potest*⁵³. Isso se dá pelo embasamento da pena adotado. Diferentemente da maioria dos países de direito codificado, a pena não é baseada na culpabilidade do agente, mas sim em sua periculosidade⁵⁴, seguindo a doutrina do positivismo sociológico de Enrico Ferri. Neste diapasão, toda pena imposta aos indivíduos é, na verdade, a aplicação de uma medida de segurança.

Não podemos deixar de expor uma crítica ao sistema cubano. Com a pena calcada exclusivamente da periculosidade, não temos um efetivo direito penal sancionador, mais sim um verdadeiro direito penal da medida de segurança, algo que já era atacado pelos opositores da doutrina do positivismo sociológico⁵⁵. Em tese, como a medida de segurança é aplicada a inimputáveis, seriam as pessoas jurídicas incapazes de sofrer a aplicação de pena criminal? Se a resposta for afirmativa, como poderíamos falar

⁵² SHECAIRA, 1998, p. 58-59.

⁵³ Araújo JUNIOR, 1999, p. 85

⁵⁴ SHECAIRA, op. cit., p. 59.

⁵⁵ Sobre o risco de um direito penal das medidas de segurança adverte Zaffaroni, ao comentar acerca da teoria de Stooss: “Em resumo, qualquer que seja a racionalização, as então batizadas *medidas de segurança* são penas sem os limites e as garantias das penas, e desde cedo essa característica foi advertida e denunciada através da precisa expressão *embuste das etiquetas*, porém acabaram sendo admitidas sem maiores questionamentos pela doutrina”. In: ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 97.

em responsabilidade criminal de tais entes? Realmente, a nossa vista, é um sistema que não se sustenta.

3.10 México

Como dito acima, o México também adota o princípio do *Societas Delinquere Potest*⁵⁶ e, por derradeiro, também admite a responsabilização criminal das pessoas morais (Denominação adotada na lei Fiscal Mexicana, originariamente chamada de *Código Fiscal de la Federación*). É importante salientar que o código penal mexicano estabelece alguns requisitos para a punição desses entes, assim como faz a jurisprudência brasileira. Disserta o artigo 11 do conjunto normativo:

Artigo 11 – Quando algum membro ou representante da pessoa jurídica, de uma sociedade, corporação ou empresa de qualquer classe, com exceção das instituições do Estado, cometer um delito com os meios que para tal objeto as próprias entidades o proporcionem, de modo que resulte no cometimento em nome ou com amparo na representação social ou em benefício dela, o juiz pode, nos casos especificados pela lei, decertar na sentença a suspensão da agrupação ou a sua dissolução, quando estime necessário para a segurança pública⁵⁷. (tradução nossa)⁵⁸.

Pela leitura, podemos identificar como requisitos da responsabilidade penal: utilização da sociedade para o cometimento do delito; crime cometido em nome ou com base na representação social; e, por fim, o beneficiamento da empresa com o produto do crime. Além disso, serão aplicadas as empresas a penas descritas no dispositivo, as quais, especificadas por lei, poderão ser de suspensão das atividades ou, em casos mais graves que envolvam questões de segurança pública, a dissolução da empresa ou corporação.

Dessa forma, sob uma ótica positivista, o ordenamento mexicano não nos oferece grandes problemas para identificar a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos. Porém, dogmaticamente falando, também existem falhas, já que o

⁵⁶ Araújo JUNIOR, 1999, p. 87.

⁵⁷ MÉXICO. **Código Penal Federal**. Cidade do México, Disponível em: <<http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-primero/titulo-primero/capitulo-i/#articulo-11>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

⁵⁸ Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

mesmo diploma refere-se a delito como ação ou omissão dolosa ou culposa (Artigo 8º) e define dolo e culpa de acordo com critérios ontológicos (Artigo 9º), de modo a serem atributos exclusivos das pessoas físicas, o que causa grande dificuldade no processo de imputação das pessoas jurídicas.

3.11 Argentina

Por fim, a última legislação alienígena objeto de nossa análise será a de nossa vizinha, a Argentina. Como exposto por Manoel Carpena Amorim⁵⁹, existe, no setor doutrinário, discussão acerca da possibilidade de incriminação, usando a nomenclatura do próprio código penal argentino, dos entes de existência ideal. É salutar analisarmos alguns artigos do diploma penal, para tirarmos nossas próprias conclusões. Iniciaremos pelo artigo 23, mais especificamente seu terceiro parágrafo:

Quando o autor ou os partícipes tenham atuado como mandatários de alguém ou como órgãos, membros ou administradores de uma pessoa de existência ideal, e o produto ou o proveito do delito tenham beneficiado o mandante ou a pessoa de existência ideal, a pena se pronunciará contra estes⁶⁰. (tradução nossa)⁶¹.

Este dispositivo dispõe no sentido de que a aplicação das penas criminais se estenderá tanto a pessoa física como a pessoa moral quando ambas se beneficiarem do produto do crime. Aplicando-se a pena também a pessoa jurídica, podemos dizer, com a devida vênia, que a princípio, o ordenamento argentino abre possibilidade para a responsabilização dos entes coletivos. Esse entendimento é reforçado quando, no artigo 304, no capítulo referente aos crimes contra a ordem econômica e financeira, o código lista uma gama de penas aplicáveis às pessoas jurídicas:

ARTIGO 304 – Quando os atos delitivos previstos no artigo precedente tiverem sido realizados em nome, ou com a intervenção, ou em benefício de uma pessoa de existência ideal, se imporá a entidade as seguintes sanções conjunta ou alternativamente:

1. Multa de dois (2) a dez (10) vezes o valor dos bens objetos do delito.

⁵⁹ AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, P.23-37, 2000.

⁶⁰ TAVARES, Juarez. **Código penal francês**. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_ar.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016

⁶¹ Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

2. Suspensão total ou parcial de atividades, que em nenhum caso poderá exceder a dez (10) anos.
3. Suspensão para participar em concurso ou em licitações estatais de obras ou serviços públicos ou em qualquer outra atividade vinculada com o Estado, que em nenhum caso poderá exceder a dez (10) anos.
4. Cancelamento da personalidade quando essa tenha sido criada somente para a prática de delitos, ou estes atos constituam a principal atividade da entidade.
5. Perda ou suspensão dos benefícios estatais que recebe.
6. Publicação do extrato da sentença condenatória a custa da pessoa jurídica.

Para graduar estas sanções os juízes levarão em consideração o descumprimento de regras e procedimentos internos, a omissão na vigilância sobre as atividades dos autores e dos partícipes, a extensão do dano causado, o montante de dinheiro auferido com a comissão do delito, o tamanho, a natureza e a capacidade econômica da pessoa jurídica.

Quando for indispensável manter a continuidade operativa da entidade, de uma obra ou de um serviço em particular, não serão aplicáveis as sanções previstas no inciso 2 e no inciso 4.

(Artigo incorporado pelo art. 5º da lei Nº 26.683 B.O 21/06/2011)⁶².
(Tradução nossa)⁶³.

Assim como os artigos 21 a 24 da lei de crimes ambientais brasileira (9.605/98), o Código Argentino estipula penas aplicáveis somente a pessoas coletivas, como: Cancelamento da personalidade, suspensão no direito a participar de processos de licitação; suspensão total ou parcial de atividades. Não há dúvida de que o direito positivo permite, assim como no Brasil, a responsabilização penal das pessoas jurídicas. O embate doutrinário argentino é, justamente, o objetivo principal de nossa pesquisa: Mesmo com fulcro na constituição e em normas infraconstitucionais, a dogmática penal é capaz de comportar, sem implodir seus preceitos, uma responsabilização criminal de entes morais? Buscaremos, na parte voltada ao estudo desse instituto na teoria do delito, responder a essa e outras questões.

⁶² TAVARES, Juarez. **Código penal francês**. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_ar.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016

⁶³ ARTICULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4. (Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

4 A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De uma maneira geral, existe, no ordenamento pátrio, a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por praticarem infrações criminais. Considera-se que tanto a doutrina como também a jurisprudência aceitam tal tipo de responsabilidade, atendendo-se certos requisitos estabelecidos pela doutrina e práxis forense.

Mesmo assim, não há unicidade de opinião. Por isso, é importante o estudo dos principais sistemas normativos que, de forma direta ou indireta, preveem ou possibilitam a incriminação dos entes morais. Os dois diplomas basilares são a Constituição Federal e a Lei nº 9.605/98, a qual trata dos crimes ambientais.

Portanto, exporemos os principais argumentos, favoráveis ou desfavoráveis, para a responsabilização penal dos entes jurídicos, neste momento sempre tendo em vista as previsões legais e a jurisprudência nacional. Começaremos pela análise constitucional do tema, já que a nossa Carta Maior é o instrumento jurídico que regula todos os demais sistemas presentes no direito pátrio.

4.1 A visão constitucional

É importante começarmos pela análise do texto constitucional por questões óbvias: a Magna Carta é base de todas as demais leis, sendo que nenhuma delas pode contrariar os mandamentos e os preceitos fundamentais daquela. Inclusive, a mais nova doutrina, nascida dos movimentos constitucionalistas e neoconstitucionalistas, dissertam sobre a força normativa da Constituição, a qual, pelos ensinamentos de Konrad Hesse⁶⁴, nos mostra que as normas constitucionais possuem força normativa, ou seja, elas incidem diretamente sobre todas as relações dos indivíduos que compõem o Estado.

Dessa forma, tudo o que está previsto na Constituição incide nas relações dos indivíduos, e, por consequência, na aplicação das diversas leis infraconstitucionais. É claro que não podemos nos esquecer das limitações a esta incidência. Como nos ensina José Afonso da Silva, a eficácia das normas constitucionais pode variar de acordo com a sua espécie⁶⁵.

⁶⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 143.

⁶⁵ Ibidem, p. 126

Quanto ao tema abordado, não poderia ser diferente. As leis infraconstitucionais, para serem válidas e eficazes, devem estar em consonância com o sistema constitucional. Dessa forma, devemos analisar se os institutos previstos na constituição permitem que haja uma responsabilização dos entes coletivos.

Em nossa Carta Maior a matéria não é tratada de maneira pormenorizada, o que exige do interprete um grande esforço hermenêutico. Dois artigos são salutares para o estudo do tema: o artigo 173, §5º, o qual trata da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito dos delitos financeiros; e o artigo 225, §3º, cujo cerne consiste em traçar a responsabilidade por crimes contra o meio ambiente de pessoas físicas e jurídicas.

O primeiro dispositivo dispõe:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular⁶⁶.

Em suma, o dispositivo estende a responsabilidade pelo cometimento de ilícitos contra a ordem econômica e financeira. Contudo, ele não especifica o tipo de responsabilidade, o que tem gerado grande discórdia. Basicamente, existem dois posicionamentos básicos sobre a interpretação deste artigo.

De um lado temos a posição da doutrina dos chamados *constitucionalistas*. Autores como Ribeiro Bastos, Gandra Martins e José Afonso da Silva⁶⁷ postulam que quando a constituição utilizou-se do termo responsabilidade o fez com o intuito de remetê-la a responsabilidade penal.

Temos também os antagonistas dessa teoria, os chamados *penalistas*⁶⁸. Fulcrados nas bases dogmáticas do direito penal clássico e também no princípio da pessoalidade das penas, presente no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal⁶⁹,

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016.

⁶⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 490.

dissertam que o termo “*punições compatíveis com a sua natureza*” exclui, sem resquícios de dúvida, a capacidade de sanção penal da pessoa jurídica. Assim, a responsabilidade aqui seria de cunho administrativo ou civil, mas nunca penal. Enaltecedora é a colaboração de Luiz Luisi:

Levantamento histórico da elaboração deste parágrafo noticia que o mesmo, na Comissão de Sistematização, tinha a seguinte redação: “a lei sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade criminal desta”. Este texto não mereceu a aprovação do Plenário da Constituinte. O texto aprovado refere que devem ser aplicadas a pessoa jurídica “punições compatíveis com a sua natureza”. Retirando a expressa e literal referência à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, é de evidência solar que o constituinte recusou-se a estabelecer a responsabilidade em causa⁷⁰.

Grande parte da doutrina segue essa linha de pensamento. O argumento utilizado é que se o legislador constitucional quisesse atribuir responsabilidade penal às empresas nos delitos contra a ordem econômica ou financeira, ele teria o feito expressamente. Além do mais, o uso do termo “*compatível com sua natureza*”, presente no artigo 173, §5º fundamentaria a posição dogmática de que a pessoa jurídica não é capaz de sofrer a aplicação de penas criminais. Cheias de glória são as palavras do ilustre professor Juarez Cirino dos Santos:

Curto e grosso: nenhum legislador aboliria o princípio da responsabilidade penal pessoal de modo tão camuflado ou hermético, como se a carta constitucional fosse uma carta enigmática decifrável por iluminados. Ao contrário, se o constituinte tivesse pretendido instituir exceções à regra da responsabilidade penal pessoal teria utilizado linguagem clara e inequívoca, como, por exemplo: “*A lei, sem prejuízo da responsabilidade penal individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade penal desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente*”. Mas essa não é a linguagem da norma constitucional⁷¹.

As mesmas dificuldades são encontradas na interpretação do parágrafo 3º, artigo 225 da Constituição Republicana de 1988. Dita o dispositivo em epígrafe:

⁷⁰ LUISI, Luiz. Nota sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34-35.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados⁷².

Novamente, temos o embate entre os *constitucionalistas/ambientalistas* e *penalistas*. Os primeiros⁷³ consideram que houve uma relativização do princípio da responsabilidade pessoal, avaliando que a redação do artigo 225, §3º é exemplificativa e, por derradeiro, não foi intenção do legislador fazer qualquer tipo de distinção. Por isso, essa doutrina defende que a responsabilidade penal e a administrativa podem ser aplicadas tanto aos entes morais como as pessoas físicas. É nesse sentido que discorre Nelson Roberto Bugalho:

Assim, quando a constituição do Brasil erigiu o ambiente à condição de bem jurídico e ainda estabeleceu as medidas positivas que devem ser tomadas pelo estado para garantir a integridade desse valor constitucional, evidenciou a função de consenso fundamental e a função de garantia e proteção. No tocante ao patrimônio florístico, a última função referida pode ser claramente identificada no texto constitucional quando é ordenado ao poder público “proteger a flora” (225§1º, VII), bem como ao assinalar que os autores das condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente deverão sofrer sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados⁷⁴.

Ainda completa o autor, explicando o que tal dispositivo acarreta na ciência penal:

Esses preceitos constitucionais se destinam a alargar a incidência do direito penal no sentido de convertê-lo num instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela é imposta para que haja uma justiça mais autêntica, atendendo as exigências de justiça material⁷⁵.

⁷² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷³ SAKAE, Lucia Reiko. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Cadernos de Pós-graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p.45-57, 2004.

⁷⁴ BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p.286-314, jan. 2007.

⁷⁵ Ibidem.

Por sua vez, os *penalistas*⁷⁶ destoam de tal posição. Para tanto, eles realizam uma análise exegética do dispositivo constitucional, o fragmentando em várias porções, as quais se atribuem significados distintos. Isso irá afetar diretamente o sistema de atribuição da responsabilidade, havendo forte discrepância conforme se altera a qualidade do sujeito.

Assim, quando o legislador usou dos termos “*condutas*” e “*atividades*”, diferenciou os sujeitos. As pessoas físicas realizam condutas, que podem ser incriminadas ou não. Já as pessoas jurídicas não são capazes de serem titulares de uma conduta, mas sim realizam atividade. Para fulcrar tal entendimento, na própria definição de empresário (que no senso comum é a própria empresa) expressa pelo artigo 966 do Código Civil, temos o termo atividade: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Ainda mais, na sequência, o artigo constitucional fala de “*pessoas físicas*” e “*pessoas jurídicas*” de forma separada, o que reforça o dito no parágrafo anterior. Considerando-se que a intenção do constituinte não fosse fazer tal diferenciação, ele usaria apenas o termo “*pessoa*”, abarcando tanto os entes coletivos como os singulares, ambos capazes de conduta e atividade, mas esse não foi o caminho escolhido.

Por fim, disserta-se que o legislador diferenciou as sanções “*penais*” e “*administrativas*”. Essa oposição apenas completa o exposto anteriormente. Destarte, as pessoas físicas, capazes de realizar condutas, sofrerão as devidas sanções penais; as pessoas jurídicas, entes que realizam atividades, ficaram sujeitas a aplicação de sanções administrativas.

Diante do analisado, respeitando nomes fortes na doutrina⁷⁷, reconhecemos que a Constituição não previu claramente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo duvidosa qualquer interpretação que o faça. Isso pode afetar o princípio da legalidade penal e, por conseguinte ameaçar o Estado Democrático de Direito. Para tanto, é necessário fazermos algumas reflexões.

⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

⁷⁷ “A responsabilidade penal da pessoa jurídica continua sendo tema polêmico e candente em direito penal, particularmente na doutrina brasileira. O legislador constituinte reavivou a discussão do assunto ao editar os dois dispositivos acima citados. Não obstante existirem opiniões contrárias- de juristas de nomeada-, a nosso juízo não há dúvida de que a constituição estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In: SHECAIRA, 1998, p. 114.

Com origem na Magna Carta do Rei João Sem Terra⁷⁸, porém naquela época com sentido mais processual do que penal, o princípio da legalidade é uma das bases para toda a construção da teoria penal advinda do movimento iluminista. Até os dias atuais, ele rege o exercício das ciências penais, possuindo grande caráter garantista, tutelando, da mais ampla forma, a liberdade dos indivíduos.

Um dos grandes papéis históricos desse princípio foi combater as escolas penais e as práticas penitenciárias do antigo regime⁷⁹, o que fez instituindo garantias aos indivíduos, de modo a defendê-los do arbítrio estatal. Por isso, desde a sua formulação inicial, ele serve para tutelar a liberdade e concretizar a justiça.

É clássica a expressão de Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, a qual diz, basicamente, que não a crime ou pena sem lei. Assim, toda sanção penal deve estar baseada por lei anterior ao cometimento do delito, sendo a mesma escrita e taxativa (“*Lex certa, scripta, praevia*”). Devido a estes postulados, podemos retirar do conteúdo do princípio da legalidade alguns subprincípios, sendo que nos interessa neste momento é o *princípio da determinação e da taxatividade*⁸⁰.

Pela determinação, impõe-se ao legislador a obrigação de descrever da forma mais exata possível o fato punível e consequentemente a pena. Podemos perceber que, por tal preceito, dispositivos que gerem dúvidas interpretativas em relação a sua incidência são repletos de ilegalidade e, por consequência, não podem ser fundamento para uma incriminação de cunho penal. É exatamente o que ocorre com o artigo 225 da Constituição Federal.

A composição de tal artigo não permite que seja atribuída responsabilidade penal as pessoas jurídicas de forma determinada, podendo-se sustentar que toda interpretação e lei infraconstitucional nesse sentido é de manifesta ilegalidade (Também, o que é ainda mais grave, de eivada inconstitucionalidade).

Tal premissa é reforçada pela *taxatividade* exigida para a lei penal. Por este mandamento, o julgador fica restrito ao sentido que a lei quis estabelecer. Assim, como o mandamento constitucional não é determinado, por consequência ele não poderá ser taxativo. O juiz não poderá se vincular ao texto constitucional para dar azo a

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 31.

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 76.

responsabilidade dos entes coletivos, conduta esta que pode ser interpretada como ilegal (e inconstitucional).

De uma maneira geral, esses são os principais argumentos utilizados para embasar ou rechaçar o embasamento constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Contudo, a discussão não se esgota na exegese da Magna Carta, já que a temática se estende a legislação infraconstitucional, cuja análise se dará a seguir.

4.2 A visão ambiental

É no ramo do direito ambiental que a questão sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica é mais emblemática. Dentro de nossa nova ordem constitucional, instituída pela Carta Política de 1988, o meio ambiente ecologicamente equilibrado ganha *status* de direito fundamental⁸¹, devido à adoção, entre outros fatores, da teoria do *antropocentrismo alargado*⁸². Por ela, o homem deixa de ser parte da natureza, constituindo-se na figura central desta⁸³. Também vale dizer que o é um dever de todos a proteção e preservação do mesmo, não apenas do Estado.

Atualmente, chega-se até mesmo a cogitar a passagem de um Estado Democrático de Direito para um Estado de Direito ambiental. Isso se dá pela grande relevância do bem ecológico para a humanidade. Os desmatamentos, as poluições de rios e mares, o derretimento das calotas polares são exemplos de degradações ambientais que constituem uma preocupação global, e já vem causando grandes impactos nas últimas décadas.

O tema é vasto e o seu escrutínio é demasiado longo. Por tal razão, nos ateremos a alguns pontos fundamentais que são mais relevantes para o debate que propomos. É

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais: Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 50, p.133-158, 2008.

⁸² No tocante às teorias de proteção do meio ambiente, existem três vertentes básicas: Teoria ecocêntrica absoluta, pelo qual o meio ambiente é considerado um fim em si mesmo, não necessitando de nenhuma ligação com o ser humano, podendo ser tutelado até mesmo em face da atividade humana; Teoria antropocêntrica absoluta, cujo ditame é que a proteção ecológica está intimamente ligada aos valores e interesses do homem, ou seja, para se proteger o meio ambiente, é condição que a ação lesiva também atinja o homem, sequer podendo-se considerar aqui o meio ambiente como bem jurídico-penal; Por fim, temos a teoria do antropocentrismo moderado ou relativo (Também conhecido como alargado), sendo que por ela o meio ambiente é visto de forma autônoma, contudo possui ligação com os interesses do homem. Como dito no texto, esta é a teoria adotada pelo legislador pátrio, presente tanto na Constituição da República em seu artigo 225, como também nas leis ordinárias, a exemplo da lei 6.938/81 (Política Nacional do meio ambiente) que em seu artigo 3º, inciso I define o que é meio ambiente.

⁸³ BIRNFELD, Dionísio. **O bem jurídico ambiental**. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2700088/o-bem-juridico-ambiental>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

importante analisarmos a evolução do meio ambiente como bem jurídico penal, a sua proteção ambiental e as leis que tratam sobre o assunto, principalmente a 9.605/98, cujo tema de enfoque são os crimes ambientais.

4.2.1 O meio ambiente como bem jurídico penal

A evolução da noção de bem jurídico é de mister relevância para compreendermos porque o legislador pátrio atribui proteção penal ao meio ambiente e, consequentemente, compreendermos a base das diversas leis infraconstitucionais sobre o tema. Assim, em uma breve síntese, descreveremos como, desde a era iluminista, os filósofos do direito penal trataram o tema do bem jurídico, até chegarmos à era moderna, com a proeminência das teorias de cunho constitucionalista.

Foi a partir do movimento iluminista que o direito penal, por meio da Escola Clássica, ganha certa cientificidade. Naqueles tempos, o bem jurídico não possui uma definição autônoma, mas sim coincidente com a noção de direito subjetivo, sendo o ilícito penal uma violação deste direito, na visão de Feuerbach. Nesta linha, Binding⁸⁴ vai além, dizendo que o bem jurídico é uma lesão ao direito subjetivo do próprio Estado, surgindo daí o *Jus Puniend*.

Já para Von Liszt, autor pertencente ao positivismo naturalista, o bem jurídico é uma limitação para o poder punitivo do Estado. Ele seria um interesse vital para o indivíduo ou para a comunidade e que seria a linha divisória entre o direito penal e a política criminal.

O movimento neokantista, calcado na teoria dos valores e nas ciências da cultura⁸⁵, postula que o bem jurídico é um valor cultural relevante, valorizado dentro de um complexo normativo. Podemos nos utilizar da crítica do próprio Greco, sendo que esse sistema considera o mundo real e o mundo cultural compartimentos incomunicáveis, o que afastaria o bem jurídico da realidade concreta e dificultaria a sua proteção.

Posteriormente, já na esfera mais atual da doutrina, surgiram as teorias sociológicas. Elas se dividem em duas vertentes básicas: As funcionalistas sistêmicas e as interacionistas simbólicas. As primeiras, defendidas por Hassemer e Mir Puig,

⁸⁴ PRADO, 2014, p. 34.

⁸⁵ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: <file:///C:/Users/rafael silveira/Downloads/Messages.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.

postulam que o bem jurídico deve ser extraído do contexto social e tutelado conforme a dinâmica dos próprios sistemas sociais⁸⁶.

Já o interacionismo simbólico tem uma noção levemente variada de bem jurídico. Para ele, o seu conceito deve ser extraído da interação social, ou seja, dos modos de relacionamento dos indivíduos. Também há uma relação com a teoria sistema de Luhmann, já que desse interacionismo entre os indivíduos surgirão bens a serem protegidos, e cabe ao direito, como subsistema regulador de todos os demais, fazê-lo⁸⁷.

Por fim, modernamente entende-se que prevalece a noção constitucional de bem jurídico. Em outras palavras, serão objeto de proteção jurídico penal aqueles valores, individuais ou coletivos, presentes, implícita ou explicitamente, no Texto Maior. Assim, na confecção dos tipos, as Normas Superiores devem ser observadas, como diz Luiz Regis Prado:

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal⁸⁸.

Dentro desta perspectiva constitucional, os bens jurídicos não podem ser vistos de maneira una, pois diversas são as suas tipologias, fruto da influência da própria evolução social e tecnológica da sociedade. Portanto, não é satisfatório apenas afirmar que o meio ambiente é um bem jurídico, sendo de salutar importância classificá-lo quanto à sua titularidade.

Basicamente, os bens jurídicos podem ser rotulados em individuais e supra-individuais⁸⁹ (Também chamados de metaindividuais, transindividuais ou universais). Com uma boa margem de certeza, podemos afirmar que o bem jurídico clássico é o individual. Isso decorre de própria origem, concomitante com o nascimento dos estudos dogmáticos e científicos do direito penal.

⁸⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. **Bien jurídico y sistema del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 63.

⁸⁷ PRADO, 2014, p. 43-44.

⁸⁸ Ibidem, p. 139.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais: Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 50, p.133-158, 2008.

A Escola Clássica veio combater o denominado “Direito metafísico do soberano”⁹⁰, característico do *Ancien Régime*. Para justar com o arbítrio estatal, os bens jurídicos tutelavam majoritariamente direitos e garantias individuais. Até hoje possuem certa proeminência no ramo penal, mas não são absolutos.

Os bens jurídicos metaindividuais ganharam grande relevância no sistema jurídico com o estabelecimento do Estado Social de Direito⁹¹. Eles podem ser de três espécies: Institucionais, os quais a tutela se dá por intermédio de pessoa jurídica de direito público; Coletivos, pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas; e por fim os difusos, que é onde se encaixa o bem jurídico ambiental.

Os bens jurídicos difusos são aqueles de titularidade indeterminada. Ao mesmo tempo em que pertence a todos os indivíduos da sociedade, eles não são privativos de ninguém, podendo ser exercidos tanto de forma individual, como também de forma coletiva⁹².

Tais tipos de bens remontam aos próprios fundamentos da revolução francesa. O mandamento da *fraternidade* embasou toda uma positivação de bens de interesse social. Aliás, dentro dos movimentos constitucionais, tais bens se ligam a terceira dimensão dos direitos fundamentais e a visão organicista de Estado. O próprio Bobbio já nos expunha a dificuldade de tutelas dos direitos de caráter social (Por consequência também os bens sociais, como os difusos) dizendo que eles eram os mais difíceis de serem protegidos⁹³.

Com base no exposto alhures, podemos afirmar que o meio ambiente é um bem jurídico penal, devido a sua grande importância para as sociedades, lembrando que o direito penal tutela apenas os bens mais importantes de uma nação (Princípio da fragmentariedade). Além disso, é um bem jurídico difuso, sendo de titularidade de todos os cidadãos e, por conseguinte, pode ser defendido de forma individual ou coletiva.

⁹⁰ ALBRECHT, Peter-alexis. **Criminologia: Uma fundamentação para o direito penal**. Curitiba: Lumen Juris, 2010, p. 95

⁹¹ Para maior esclarecimento sobre o tema: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, P. 81-89

⁹² GASTALDI, Suzana. **Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164>. Acesso em: 12 abr. 2016.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 60

4.2.2 *Os crimes ambientais e a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica*

Após a entrada em vigor da atual Constituição, muito já se discutia acerca da possibilidade de responsabilizar criminalmente os entes coletivos. Contudo, devido à falta de instrumentos normativos, esse embate se restringia ao âmbito doutrinário. Tal situação mudou no ano de 1998 com a edição da Lei nº 9.605/98, a qual trata dos crimes ambientais. Neste diploma normativo previu-se, de forma expressa, a responsabilidade penal dos entes morais.

Logo em seu artigo 3º a vigente lei deixa claro a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Expõe o diploma:

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

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato⁹⁴.

Algumas considerações sobre esse dispositivo são necessárias. Quanto aos pressupostos para se poder responsabilizar penalmente um ser ideal, eles se dividem em duas categorias: Requisitos explícitos, presentes na letra do artigo; requisitos implícitos, sendo que estes decorrem de uma leitura lógica e sistemática de todo o ordenamento jurídico. Começemos pelos explícitos.

O *caput* do artigo estabelece três requisitos básicos para a responsabilização de tais entes. O primeiro é que a decisão de cometer o ilícito deve partir de um representante legal da pessoa jurídica. Isso está baseado na própria causalidade, já que não haveria relação entre a *ação* e a *infração* se o crime for cometido por pessoa não ligada ao ente coletivo. Consequentemente, é exigido um vínculo entre a pessoa jurídica e a pessoa física praticante ou mandante do ato. Neste sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 41 DA 9.605/98. INCÊNDIO EM VEGETAÇÃO DE MANGUE. ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE. DECISÃO EM AÇÃO CAUTELAR NÃO VINCULA JUÍZO PENAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS. PRESENÇA DE DOLO NA CONDUTA DOS AGENTES. PENA

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 9605, de 1998. **Lei dos Crimes Ambientais**. Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

EXACERBADA. PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. 1. Decisão judicial liminar favorável a empresa proferida no cível que não repercuta no âmbito penal. 2. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Presença do dolo na conduta dos acusados. Ciência das imposições feitas pelo IBAMA, no que se refere à preservação das áreas de mangue em recuperação. 3. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Atos cometidos por seu representante legal em seu benefício. 4. Pena exasperada. Fixação em 2 anos e 11 meses de prestação de serviços à comunidade, para pessoa jurídica, consistente na execução de obras de recuperação de áreas degradadas; para o acusado pena privativa de liberdade fixada em 2 anos e 11 meses de reclusão, que deverá ser substituída tal qual estabelecido na sentença. 5. Multa que deverá corresponder a 170 dias-multa, a serem calculados, cada dia-multa, nos termos estipulados na sentença. 6. Apelação dos acusados parcialmente provida⁹⁵.

Como decorrência do requisito retromencionado, exige-se que tenha ocorrido deliberação no âmbito do ente coletivo, com o intuito de discorrer sobre a prática ilícita. É importante dizer que não são, como pode parecer se fizermos uma leitura superficial de tal requisito, apenas ações dolosas deliberadas. Alguma atividade de risco também pode ser alvo da responsabilização a título de culpa.

Por fim, é primordial que o fato seja praticado em benefício ou no interesse da sociedade. O ato criminoso deve visar algum tipo de benefício, seja ele econômico ou mesmo de ordem prática, como o despejo de poluentes em mananciais. Por isso, não é suficiente que um representante da pessoa jurídica pratique o ato, é necessário demonstrar que ele foi pensado de maneira a beneficiar o ente coletivo:

MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. LEI Nº 9.605/98. Ausência de normas disciplinadoras do processo penal na Lei nº 9.605/98. Não há ilegalidade, face o artigo 79 desse diploma, que prevê aplicação subsidiária do C.P.C. Pessoa jurídica, ré no processo penal, onde se lhe responsabiliza por crime ambiental. Em não tendo a infração sido cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de entidade (art. 3º da Lei 9605/98), mas tratando-se de acidente que em nada beneficiou a pessoa jurídica, não há justa causa para a ação penal. Ação penal trancada, por maioria de votos, em relação à Petrobrás. Mandado de segurança concedido⁹⁶.

⁹⁵ BRASIL, TRF-5 - ACR: 5003 RN 0003915-96.2003.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, Data de Julgamento: 19/08/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 03/09/2008 - Página: 489 - Nº: 170 - Ano: 2008.

⁹⁶ BRASIL, TRF-2 - MS: 7745 2001.02.01.046636-8, Relator: Desembargadora Federal VERA LTCIA LIMA, Data de Julgamento: 30/04/2002, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 21/10/2002 - Página: 182

Esses são os requisitos explícitos, também chamados de legais. Fernando Galvão⁹⁷ traz em sua obra mais quatro requisitos necessários para a incriminação dos entes coletivos: ação praticada com amparo no poder da pessoa jurídica; atuação na esfera das atividades da pessoa jurídica; que as atividades da pessoa jurídica se prestem a dissimular a sua verdadeira forma de intervenção; ser pessoa jurídica de direito privado.

Não basta apenas que o agente, representante da pessoa jurídica, pratique uma ação em benefício desta. É necessário que se utilize dos poderes e facilidades atribuídas por tal representação, de modo a catapultar a prática delituosa. Por derradeiro, os recursos da pessoa jurídica devem ser utilizados para o cometimento do crime.

O crime também deve ocorrer da esfera de atuação da pessoa jurídica. Assim, por este requisito, não é possível incriminar tais entes se o fato delituoso ocorrer fora do âmbito de abrangência de suas atividades. Aquilo que for alheio à prática econômica do ente moral somente poderá ser imputado a pessoa física que deu causa ao dano.

Em alguns casos pode parecer que a pessoa jurídica é responsabilizada por ações estranhas a sua atividade econômica. Neles, a responsabilização decorre de uma dissimulação, com o intuito de camuflar o verdadeiro objetivo da ação. Surge então o requisito da atividade dissimulada, o que a nosso entender não é bem um requisito, mas uma hipótese de extensão da responsabilidade, já que visa albergar fatos que *a priori* não teriam ligação com a atividade empresarial. Nas palavras do promotor:

É possível, no entanto, que a organização e as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica sirvam para dissimular a verdadeira forma de atuação da pessoa física e, consequentemente, o ataque ao bem jurídico. Nesse caso, as atividades da pessoa jurídica apresentam mera aparência de licitude, sendo que a sua verdadeira forma de intervenção é ilícita⁹⁸.

O autor ainda postula sobre a necessidade de o ente coletivo ser uma pessoa jurídica de direito privado. Esse requisito é alvo de grande divergência doutrinária, pois muitos consideram a possibilidade de também se incriminar entes coletivos de direito público. Devido à abrangência do assunto, o trataremos em capítulo específico.

Voltando ao dispositivo, o seu parágrafo único prevê uma situação peculiar. Ao estabelecer que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade da pessoa física autora, co-autora ou participe do mesmo fato, muitos arguíram que tal

⁹⁷ GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2003, p. 71-80.

⁹⁸ GALVÃO, 2003, p. 80.

mandamento seria ilegal, já que violaria o princípio do *non bis in idem*, ou seja, que haveria dupla punição pelo mesmo fato.

Essa violação decorre quando o sócio autor, por exemplo, seria punido duas vezes: Uma pela sua própria conduta, baseando uma responsabilidade pessoal; e outra com a punição da pessoa jurídica, que de forma direta ou indireta também o atingiria. É fácil perceber que este argumento não se sustenta, pois a pessoa do sócio e a figura da empresa não se misturam, sendo entes completamente distintos aos olhos do direito.

Aliás, essa previsão contida no parágrafo único do artigo em comento é o que dá azo, ao que na doutrina e da jurisprudência se chama de dupla imputação. Ao contrário dos casos de *bis in idem*, nos quais se pune o sujeito mais de uma vez pelo mesmo fato, na dupla imputação se pune mais de um sujeito pelo mesmo fato. Existia uma divergência jurisprudencial sobre o assunto, que iremos expor a seguir.

O Superior Tribunal de Justiça considerava que a dupla imputação era essencial para a punição da pessoa jurídica, já que a mesma nunca poderia agir de maneira desvinculada dos atos da pessoa física. Dessa forma, a imputação simultânea da pessoa jurídica e da pessoa física constituía uma verdadeira condição de procedibilidade do processo, como demonstrado na ementa:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA REJEITADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso especial provido⁹⁹.

A única hipótese admitida pela Colenda Corte onde não era necessária essa dupla imputação era quando a punibilidade da pessoa física estivesse prescrita. Dessa forma, por motivos óbvios, admitia-se a imposição de processo apenas em face do ente coletivo. No entanto, tal entendimento sofreu forte desgaste.

No ano de 2013, no julgamento do Recurso Extraordinário de número 548181 do Paraná, sob relatoria da ilustre ministra Rosa Weber, O STF estabeleceu entendimento

⁹⁹ BRASIL, STJ - REsp: 889528 SC 2006/0200330-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/04/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/06/2007 p. 303.

de que a pessoa jurídica pode ser denunciada de forma independente, não sendo a dupla imputação um requisito necessário:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido¹⁰⁰.

Tal interpretação possui fulcro constitucional. A nossa Carta Política não faz nenhum tipo de distinção ou exigência de uma *imputação condicionada* da pessoa jurídica, e a própria responsabilidade penal é de caráter pessoal, por consequência, também não admite nenhuma condicionante.

Assim, após a fixação desse entendimento pela nossa Corte Suprema, a jurisprudência não mais considera a dupla imputação um pressuposto necessário para a punição dos entes morais. Os tribunais entendem que as responsabilidades dos praticantes dos delitos são independentes e podem, sem qualquer óbice, ser alvo de processos diferenciados. É o que expressa recente julgado sobre o tema:

¹⁰⁰ BRASIL, STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DESTRUÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ART. 38 DA LEI 9.605/98. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE. APELO MINISTERIAL. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA NO POLO PASSIVO DA LIDE. AFASTAMENTO. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA A PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO NÃO APLICÁVEL. PRECEDENTES DO STF E STJ. MÉRITO. PRETENSÃO CONDENATÓRIA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL, OU DE OUTRAS PROVAS, ATESTANDO AS CARACTERÍSTICAS DA VEGETAÇÃO SUPRIMIDA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIR COM CERTEZA SE TRATAR A ÁREA DE BANHADO COM CARACTERÍSTICAS DE APP. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. I - "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação" (STF, RE 548181, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª T., j. 06/08/2013, p.30-10-2014). "Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte" (STJ, RMS 39.173/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015). II - Tratando-se de delito que tipifica a conduta de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção, a materialidade depende de prova técnica, que comprove de modo indene de dúvidas a qualidade e o estágio de regeneração em que se encontrava a vegetação, a fim de comprovar a ocorrência dos elementos do tipo penal. No caso dos autos, os elementos indiciários (Autos de infração Ambiental e embargo da obra) são omissos a respeito, de modo que não há prova elementar do delito, o que impõe reconhecer a atipicidade da conduta, com a absolvição da pessoa jurídica ré, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1385420-3 - Guarapuava - Rel.: Laertes Ferreira Gomes - Unânime - - J. 25.02.2016)¹⁰¹

Apesar desse posicionamento jurisprudencial e doutrinário¹⁰² amplamente favorável a responsabilização dos entes coletivos, a doutrina, principalmente a de cunho penal, não vê com “bons olhos” este artigo 3º da Lei nº 9.605/98. Mesmo ele estabelecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim como os seus requisitos e condições de procedibilidade, sua previsão não solucionou o problema da culpabilidade, da ação, e muitos outros.

¹⁰¹ BRASIL, TJ-PR - APL: 13854203 PR 1385420-3 (Acórdão), Relator: Laertes Ferreira Gomes, Data de Julgamento: 25/02/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1765 22/03/2016.

¹⁰² “O acolhimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei 9.605/98 mostra que houve atualizada percepção do papel das empresas no mundo contemporâneo. Nas últimas décadas a poluição, o desmatamento intensivo, a caça e a pesca predatória não são mais praticados em pequena escala. O crime ambiental é principalmente corporativo”. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, P. 834.

Por outra parte, a grande novidade de caráter geral dessa lei vem a ser o agasalho no artigo 3º da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quebrando-se, assim, o clássico axioma do *societas delinquere non potest*. Não obstante, em rigor, diante da configuração do ordenamento jurídico brasileiro- em especial do subsistema penal- e dos princípios constitucionais penais (v.g., princípio da personalidade das penas, da culpabilidade, da intervenção mínima) que o regem e que são reafirmados pela vigência daquele, fica extremamente difícil não admitir a inconstitucionalidade desse artigo, exemplo claro de responsabilidade penal *objetiva*¹⁰³.

Como demonstraremos em capítulos específicos, a simples previsão da lei é insuficiente, e a própria morfologia na pessoa jurídica não é compatível com o processo de imputação penal clássico, desde a prática da ação até chegar-se a aplicação da pena. Assim, os defensores de tal teoria baseiam-se quase que exclusivamente no critério do bem jurídico¹⁰⁴, o que é falho. Não olvidamos que o meio ambiente é um bem jurídico de suma importância, quicá o maior deles, mas punir com observância apenas neste fato é perigoso, e pode gerar consequências nefastas para o direito penal.

4.2.3 *As penas cominadas à pessoa jurídica pela prática de crime ambiental*

Além da previsão expressa da possibilidade de se responsabilizar os entes morais pelo cometimento de delitos, a Lei nº 9.605/98 ainda traz as penas a serem aplicadas a tais entes, com nítida inspiração no legislador francês. Podemos encontrá-las nos artigos 21 e seguintes:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (coma a análise da lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179-180.

¹⁰⁴ “O fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica vem a ser a efetiva proteção do direito à vida em todas as suas formas, pois é de fácil ilação que a sistemática ambiental se comunica com a tutela do direito à vida; dessarte, nada mais razoável de que o Poder Judiciário responsabilize penalmente seus principais infratores (as pessoas jurídicas) através de penas de multa, interdição temporária de direitos, suspensão de atividades, etc., tendo em vista a importância do bem juridicamente protegido”. In: FONSECA, Edson José da, A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito constitucional ambiental brasileiro. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). **Doutrinas Essenciais DIREITO AMBIENTAL**: Responsabilidade em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, P. 805.

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional¹⁰⁵.

Por razões óbvias, as pessoas jurídicas não são alvo de penas privativas de liberdade, sendo aplicadas sobre elas apenas as restritivas de direito, de multa e prestação de serviços à comunidade. Vale lembrar que boa parte da doutrina considera o que é aplicado as pessoas jurídicas não como penas, devido à ausência de capacidade de culpabilidade, mas sim medidas de segurança¹⁰⁶, baseadas na periculosidade das atividades exercidas pelas empresas.

A primeira pena a que a lei faz alusão é a de multa. Diferentemente das penas de prestações pecuniárias, as quais almejam ressarcir a vítima pelo dano, o valor pago como multa destina-se ao fundo penitenciário nacional, não contribuindo para a recuperação do meio ambiente degradado.

Além disso, o seu valor é irrisório¹⁰⁷, insuficiente quando se trata de criminalidade de grandes empresas. A própria lei reconhece isso, sendo que em seu artigo 75 existe previsão de uma pena administrativa, a qual pode alcançar o valor de R\$50.000.000,00 (Cinquenta milhões de reais).

Também são aplicadas a essas pessoas penas restritivas de direitos, como a suspensão de atividades em caso de desobediência de mandamentos legais ou regulamentares, interdição e a proibição de contratar com o poder público. Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 22 acima transcritos explicam de maneira clara no que consiste

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 9605, de 1998. **Lei dos Crimes Ambientais**. Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

¹⁰⁶ SHECAIRA, 1998, p. 104-105.

¹⁰⁷ MACHADO, 2014, p. 840.

cada uma dessas penas, por isso recomendamos a sua leitura. Mister lembrar-se que a pena de suspensão pode não ser temporária, o que não ocorre com a interdição, a qual precisa ter um prazo de duração¹⁰⁸.

A última pena prevista é a de prestação de serviços à comunidade, disciplinada no artigo 23 da lei. Em suma, ela visa a recuperação da área degradada, conjuntamente com políticas públicas e sociais de preservação do meio ambiente e de conscientização da comunidade, em clara sintonia com as disposições do Artigo 225 da Constituição Federal.

Para finalizarmos a exposição acerca das penas aplicáveis a pessoa jurídica, temos a abominável previsão do artigo 24. Basicamente, tal dispositivo diz que a pessoa jurídica sofrerá liquidação forçada se constituída ou utilizada com o intuito de cometer prática criminosa. Esse mandamento extingue a pessoa jurídica, ou seja, é uma verdadeira *pena de morte* aplicada aos entes morais e, por consequência, não pode ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Há tempos que o Brasil aboliu a pena de morte do direito interno, possuindo apenas uma exceção, prevista no inciso XLVII, alínea *a* do artigo 5º da Constituição da República, condizente com o estado de guerra declarada. Além disso, é vedado ao Brasil a adoção de qualquer pena capital, já que sendo signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o qual possui força supralegal, se comprometeu a não mais adotar essa espécie de pena¹⁰⁹.

Portanto, o artigo 24 é, sem resquício de dúvida, inconstitucional e contrário à postura política internacional seguida pelo Brasil. Seria mais sensato, a exemplo da lei francesa, que o legislador adotasse o critério da *administração judicial*¹¹⁰, possibilitando ao poder público interferir diretamente na pessoa jurídica, garantindo que ela não cometa mais crimes e aja dentro das regras prevista pelo ordenamento jurídico até que seja possível a sua restituição gerencial a pessoas privadas.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 841.

¹⁰⁹ Consagra o citado Pacto em seu artigo 4º, 3: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

¹¹⁰ PRADO, 2005, p. 189.

4.2.4 Da (in) possibilidade de aplicação de penas criminais as pessoas jurídicas de direito público.

Como dito alhures, uma das discussões mais polêmicas sobre o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é aquele concernente a possibilidade ou não de se aplicar as penas previstas na Lei nº 9.605/98 aos entes coletivos pertencentes à administração pública. O assunto é tão emblemático que não é possível identificar uma doutrina majoritária.

Praticamente, existem três posicionamentos: aceitar completamente e sem ressalvas a aplicação de todas as penas criminais as pessoas jurídicas de direito público; rechaçar completamente a aplicação de penas criminais; e por fim, temos a doutrina que postula que algumas das penas previstas na Lei nº 9.605/98 não são aplicáveis aos entes morais e outras o são. Nosso intuito é analisar cada uma delas.

Apoiados no Texto Maior, certos autores defendem que as pessoas jurídicas de direito público podem ser alvo de qualquer uma das penas previstas legalmente. Isso se dá porque a Constituição Federal, tanto no artigo 173 como no 225 não faz qualquer ressalva quanto a aplicabilidade das penas. Além disso, tratando-se de matéria penal, qualquer exceção deve ser prevista legalmente, respeitando-se assim o princípio da legalidade. Essa é a posição adotada por Paulo Affonso Leme Machado:

A administração pública direta como a Administração indireta podem ser responsabilizadas penalmente. A lei brasileira não colocou nenhuma exceção. Assim, a União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e as fundações de Direito Público, poderão ser incriminados penalmente¹¹¹.

Neste mesmo sentido, dispõe Luiz Regis Prado¹¹²: “O termo pessoa jurídica deve ser entendido em sentido lato; isso significa que, à exceção do Estado em si, qualquer pessoa jurídica de direito público ou de direito privado pode ser responsabilizada, mesmo porque a lei não faz distinção alguma”.

A doutrina ainda completa que a não responsabilização das pessoas jurídicas de direito público atentaria contra o princípio da eficiência dos órgãos administrativos¹¹³. Dessa forma, caso não punidas, as empresas públicas poderiam agir ao seu livre intento,

¹¹¹ MACHADO, 2014, p. 838.

¹¹² PRADO, 2005, p. 182

¹¹³ MACHADO, op. Cit., p. 839.

o que, por consequência, constituiria um desvio da finalidade, algo inaceitável na vigência do brocardo da *Supremacia do interesse público*.

Concluindo essa primeira perspectiva, Luiz Flávio Gomes também entende que não podemos fazer a distinção da natureza da pessoa jurídica para a aplicação da pena. Contudo, com nítida influência da doutrina alemã, não aplica o direito penal clássico, mas sim o direito sancionador, do qual já falamos no capítulo referente à responsabilização das pessoas jurídicas no direito comparado:

Não vemos motivo para excluir da responsabilização da pessoa jurídica de direito público que, com certa frequência, envolve-se em delitos ambientais. De qualquer modo, segundo nossa perspectiva, essa responsabilidade não seria "penal". Faz parte do que estamos chamando de Direito sancionador (ou judicial sancionador)¹¹⁴.

Diametralmente oposta a essa doutrina, temos a posição dos autores que rechaçam completamente a possibilidade dos entes públicos serem responsabilizados penalmente. Dentre os vários argumentos, prevalecem dois: de que a punição das pessoas jurídicas de direito público seria um fardo para a própria sociedade, já que, por exemplo, a pena de multa seria paga com a arrecadação de impostos dos contribuintes, algo inconcebível, pois estaríamos punindo de forma indireta pessoas inocentes; o Estado jamais poderia ser punido penalmente pois ele possui a exclusividade do exercício do *jus puniendi*, nunca podendo o exercer sobre si mesmo.

É nesse diapasão que nos ensina o grande professor da Universidade de São Paulo Sérgio Salomão Shecaira¹¹⁵, falando sobre a exclusão da responsabilidade penal dos entes morais de direito público: “A justificação mais precisa e mais sólida para fundar essa exclusão é, sem qualquer dúvida, a de tendo o Estado o Monopólio do direito de punir, não deve sancionar-se a si próprio, perspectiva exagerada que levaria a ideia às raias do absurdo”.

O autor ainda fala sobre a situação das autarquias e das “empresas paraestatais”¹¹⁶. As primeiras, sendo um órgão de descentralização administrativas¹¹⁷,

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **É possível falar-se em responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público nos crimes ambientais?** Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121926128/e-possivel-falar-se-em-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-de-direito-publico-nos-crimes-ambientais>>. Acesso em: 17 abr. 2016

¹¹⁵ SHECAIRA, 1998, p. 144.

¹¹⁶ Ibidem, p. 144-145.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 356

constituem um alongamento do próprio Estado e, por derradeiro, também são imunes a jurisdição penal, sob o mesmo argumento da não punição do próprio Estado.

Já as “paraestatais” podem, sem qualquer óbice, ser punidas na esfera penal. Isso se dá porque tais empresas, mesmo estando, de certa forma, ligadas a administração pública, não se confunde com ela. Tanto é que elas possuem personalidade jurídica de direito privado. Essa é a situação das sociedades de economia mista, das empresas públicas, das fundações instituídas pelo Poder Público e os “serviços sociais autônomos”.

Além de Shecaira, Fernando Galvão adota o mesmo posicionamento do professor da USP, inclusive no tocante as autarquias e as “paraestatais”. Contudo o autor vai além, dissertando que a responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público é incompatível com os próprios requisitos exigidos pela Lei nº 9.605/98:

No direito penal, a responsabilidade pressupõe a satisfação dos requisitos do artigo 3º da lei de crimes ambientais e, dentre eles há a necessidade de que o fato tenha sido praticado no *interesse e benefício* da pessoa jurídica. Não se pode conceber que a pessoa jurídica de direito público tenha interesse ou benefício com a prática de crime ambiental. Quando um fato delitivo é praticado por funcionário público ocorre desvio de finalidade do agente público que prejudica a própria administração. Neste caso, apenas o agente público deve responder criminalmente¹¹⁸.

Por fim, temos autores que defendem uma posição intermediária, excluindo as pessoas jurídicas de direito público da aplicação de alguns tipos de penas. Essa *Teoria Eclética* leva em consideração a natureza da pessoa jurídica de direito público, considerando inaplicável algumas das penas elencadas pela lei de crimes ambientais, ao mesmo tempo em que se baseia nas normas constitucionais, não excluindo totalmente a responsabilidade penal de tais entes. Dentre outros, postula nesse sentido Alaim Giovani Fortes Stefanello:

Realmente, não haveria como aplicar uma suspensão parcial ou total de atividades para a União ou para um município, por exemplo. Porém, ao mesmo tempo, negar que se possa aplicar uma pena de multa ou de recuperação de espaços públicos é recusar o que já está ocorrendo diariamente nas condenações cíveis aplicadas pelo Judiciário.

A alegação de que a multa geraria um mero remanejamento de créditos orçamentários – não se constituindo numa pena propriamente dita – também não prospera: ao remanejar estes recursos, o juiz estará decidindo em favor da reparação do dano ambiental, dando outro destino ao dinheiro do contribuinte.

¹¹⁸ GALVÃO, 2003, p. 77.

Logo, filiamo-nos à corrente de opinião que as pessoas jurídicas de direito público podem ser responsabilizadas penalmente, competindo ao Poder Judiciário, dentro do princípio da tripartição dos poderes e do princípio da proporcionalidade, analisar qual penalidade melhor se adequará ao caso concreto, para proteger o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹¹⁹.

Essas são as principais vertentes no tocante a responsabilização criminal das pessoas jurídicas de direito público. Realmente, parece inaplicável a responsabilização de entes públicos, pois, como dito, o Estado exerce o monopólio do direito de punir e não é lógico que ele o exerça sobre si mesmo.

O argumento de que a não punibilidade de tais entes geraria uma ineficácia da administração também é falho. Mesmo levando-se em consideração a adoção da Teoria orgânica¹²⁰, quem exerce a atividade delituosa de maneira direta são os agentes públicos e, estes sim que devem ser punidos, principalmente em decorrência do desvio de finalidade. Apesar das críticas, podemos enxergar que a punição dos agentes teria um aspecto de prevenção geral negativa, instigando aos demais funcionários da administração a não utilizarem-se das pessoas jurídicas para praticar delitos, sob pena de sofrerem as sanções criminais.

Por fim, as penas aplicadas aos entes morais refletiriam na própria sociedade. Os serviços públicos, sejam eles mantidos por taxa ou por preço público, são financiados pelos próprios cidadãos. Assim, qualquer penalidade que, de alguma forma, tenha alguma característica econômica, refletiria na própria sociedade, tendo esta que arcar com a execução das sanções impostas.

Desta forma, se já é difícil compreender a punibilidade dos entes coletivos de natureza privada, mais complicado é atribuí-la a pessoas jurídicas de direito público. O Estado, desde a concepção clássica, é o único apto a executar as medidas penais e seria uma verdadeira incoerência teórica aceitarmos que ele puna a si mesmo.

¹¹⁹ STEFANELLO, Alaim Giovanni Fontes. Reflexões acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p.19-29, dez. 2010.

¹²⁰ CARVALHO FILHO, 2015, p. 13.

5 A (IN) CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Como dito alhures, uma das questões mais polêmicas no tocante ao tema da responsabilização penal dos entes coletivos é sobre a sua capacidade de ação. Desde o fortalecimento do estudo científico, o direito penal teve sua aplicação voltada quase que exclusivamente para a pessoa humana, o que dificulta uma teorização da conduta delitiva dos entes morais.

Diante disso, argumenta-se que as pessoas jurídicas não seriam capazes do cometimento de delitos por não poderem realizar uma ação penal. Para entendermos a completude dessa questão, devemos analisar quais os pressupostos de uma ação penal e se eles podem ser aplicados às corporações.

Ademais, como será alvitado, existem inúmeras teorias sobre a ação penal. Restringir-nos-emos as principais, aquelas que são mais estudadas dentro dos cursos de graduação das faculdades de direito. Portanto, o assunto não se esgotará em nossa humilde análise, devendo o operador do jurídico sempre estar atento as novas teorias e estudos do campo dogmático.

5.1 A ação causal

Os movimentos científicos do século XIX causaram grandes alterações no modo de estudo dos postulados penais. Sob influência das ciências mecanicistas, a teoria da ação causal foi a responsável por dividir o conteúdo da ação em duas partes: a objetiva, constituída de um processo causal externo, baseado na relação entre causa e resultado; e a subjetiva, na qual inseria-se o conteúdo da vontade humana¹²¹.

Tal teoria, predominante na vigência do Tribunal do Reich e adotada em nosso país por grandes juristas, como Nelson Hungria e Aníbal Bruno¹²², possui duas vertentes básicas: o sistema Liszt-Beling, inserido no positivismo naturalista; e o sistema neokantiano, influenciado pelas ciências do espírito.

Pelo primeiro, a ação era eminentemente avalorada. Constituíam-se de movimentos corpóreos que causam modificação no mundo exterior¹²³, com três elementos básicos: vontade, movimento corporal e resultado. Não é difícil de

¹²¹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: Uma introdução à doutrina da ação finalista. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

¹²² TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, P. 27.

¹²³ PRADO, 2013, p. 330.

percebermos que o centro dessa teoria é a causalidade, não tendo importância o conteúdo da vontade, desde que a ação seja capaz de concretizar uma mudança no mundo exterior, ou seja, um resultado¹²⁴.

Já a vertente neokantista possui pressupostos axiológicos, ocorrendo o que se denomina de *valoração dos conceitos*¹²⁵. Por causa da incidência da filosofia, sociologia e de outras ciências humanas, o conceito de ação passa a conter características mais ligadas à pessoa natural.

Neste modelo neoclássico de fato punível, a ação ganha caráter normativo, constituindo-se em um comportamento humano voluntário¹²⁶. Defendido por Mezger, a ação passa a significar uma “conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior¹²⁷”. É nítido o caráter antropológico da ação penal, exclusivo de seres humanos capazes de exteriorizarem a sua vontade, produzindo um resultado naturalístico no mundo que os circunda.

Seja no modelo naturalista ou no modelo neokantista, o grande problema da ação causal e de sua aplicabilidade aos entes morais está em um dos seus elementos subjetivos, a vontade. Como visto, grande parte da doutrina¹²⁸ entende a vontade como atributo específico dos seres humanos, seres dotados de aparelho psicossomático. Assim pondera Bittencourt¹²⁹: “Com efeito, a *capacidade de ação* e de *culpabilidade* exige a presença de uma *vontade*, entendida como *faculdade psíquica* da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter”.

A própria exteriorização de tal vontade por movimentos corpóreos causa certa dúvida quando nos referimos aos entes morais. Mesmo ultrapassada a teoria da ficção jurídica de Savigny, as novas doutrinas que tentam explicar a existência da pessoa jurídica não se demonstram eficazes para serem aplicadas no agir causal. Seja na teoria da realidade objetiva de Otto Gierke ou na teoria da realidade técnica¹³⁰, adotada no

¹²⁴ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

¹²⁵ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: <file:///C:/Users/rafael silveira/Downloads/Messages.pdf>. Acesso em: 23 Mai. 2016.

¹²⁶ SANTOS, 2010, p. 84.

¹²⁷ PRADO, 2013, p. 331.

¹²⁸ BITENCOURT, 1999, p. 59.

¹²⁹ Ibidem, p. 60.

¹³⁰ “(...) a concepção da realidade técnica sublinha que a ideia da vontade comum não se coloca no plano filosófico, mas, simplesmente, no plano jurídico. Citando Jellinek, Richier afirma que os atos que emprestamos aos grupos são, em realidade, os atos da vontade dos indivíduos e juridicamente os atos da vontade da coletividade. Uma pessoa jurídica pode adquirir a sua personalidade quando seus interesses distintos são assumidos pela organização, de molde a possibilitar a formação de uma

artigo 45 de nosso Código Civil, a existência da pessoa jurídica não deixa de ser abstrata, não havendo como produzir movimentos corpóreos.

Diante disso, tarefa árdua é conceber a ação penal da pessoa jurídica dentro do modelo causal. Pela própria noção de delito adotada por tal sistema é inconcebível uma responsabilização dos entes fictícios, já que aqui a ação liga-se a culpabilidade, sendo está o vínculo subjetivo entre o agente e o fato. Nesse sentido que pondera René Ariel Dotti¹³¹: “A quase unanimidade de penalistas, independentemente de suas concepções acerca das teorias da ação, também repudia a hipótese da conduta ser atribuída à pessoa jurídica”.

5.2 A ação final

Visando superar as doutrinas da ação causal, entre as décadas de 20 e 30 do século XX começou a se disseminar, principalmente em solo alemão, a teoria finalista da ação¹³². O objetivo principal de tal teoria era combater o conceito de ação como simples sucessão de movimentos capazes de causar um resultado naturalístico¹³³ (modificação no mundo exterior).

A inovação de um conceito de ação liga-se a própria evolução da dogmática. No naturalismo, e até mesmo no sistema neokantista, a tipicidade (a qual alberga a ação) era livre de qualquer elemento psicológico. Tudo aquilo que se relacionava ao estado anímico do sujeito era englobado pela culpabilidade.

Já no sistema finalista de delito, o tipo penal passa a conter elementos subjetivos, já que o dolo e a culpa saem da culpabilidade para integrá-lo. Dessa forma, a ação não pode mais ser vista de forma mecânica, livre de fatores psicológicos, tendo agora a nítida diferenciação entre delitos dolosos e culposos, algo que não era feito pelo sistema causalista¹³⁴.

vontade coletiva”. In: SANCTS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10.

¹³¹ DOTTI, René Ariel, A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

¹³² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1. p. 123.

¹³³ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 4, n. 4, p.5-50, jan., 1996.

¹³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

O maior defensor da teoria em análise é o jurista e filósofo alemão Hans Welzel. Baseado principalmente em Aristóteles, São Tomás de Aquino e Hegel¹³⁵, o autor teutônico definia ação como o *exercício de uma atividade final*. Em suas palavras:

A ação humana é o exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir a sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim (...)¹³⁶.

Como atestado acima, a ação humana busca um resultado previamente estabelecido no *plano* do agente. Por meio do plano, o agente dirige a sua vontade para a concretização de determinado fim. Esse processo que relaciona o estado subjetivo do autor com o resultado no mundo real ocorre em duas fases¹³⁷: a primeira ligada ao mundo ideal, à esfera do pensamento; a segunda ligada ao mundo real, concreto.

A fase do mundo ideal está conectada a própria noção de *plano do autor*. Nela, segundo o próprio Welzel¹³⁸, estão presentes a antecipação do fim pelo autor, a seleção dos meios necessários para a sua realização e os efeitos, ou melhor dizendo, as consequências secundárias ocasionadas pela escolha dos meios empregados.

Na segunda fase desse processo de ação, está justamente a realização concreta da ação no mundo natural. É a efetivação do plano do autor. Como expõe Carrasquilla¹³⁹: “De acordo com o plano anterior, o autor põe em prática ou realiza a sua ação no mundo externo (tradução nossa)”¹⁴⁰. Se o plano não se realizar, ou seja, se o resultado da ação não for aquele pretendido pelo autor, tem-se a figura tentada do delito.

Em frente a isso, a teoria finalista constitui um grande avanço na dogmática penal, pois soluciona várias dissidências, como a figura tentada, a diferenciação entre dolo e culpa, etc. Tal é sua importância que ela foi amplamente adotada no Brasil por

¹³⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 406.

¹³⁶ WELZEL, 2015, p. 31

¹³⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26

¹³⁸ WELZEL, op. Cit. p. 32-33.

¹³⁹ CARRASQUILLA, Fernández. **Derecho Penal Fundamental**. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 298.

¹⁴⁰ “De acuerdo com el plan anterior, el autor lleva a cabo o realiza su acción en el mundo externo”.

meio da reforma do Código Penal de 1984¹⁴¹ e também é alvo de estudo pela maioria da doutrina.

Apesar de representar uma verdadeira revolução na ciência penal, a teoria finalista apresenta o mesmo entrave do causalismo: o conceito de conduta gira em torno da vontade. Antes de agir, o indivíduo prevê o resultado (Mundo das ideias) e busca concretizar o seu intento. É tarefa árdua, quiçá impossível, imaginar um ente coletivo capaz de tais performances em seu atuar. Nesse diapasão:

O conceito de ação como “atividade humana conscientemente dirigida a um fim”, vem sendo tranquilamente aceito pela doutrina brasileira, o que implica o *poder de decisão pessoal* entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, um atributo inerente às pessoas naturais¹⁴².

Alguns doutrinadores estendem a crítica ao próprio ontologismo da teoria finalista. A despeito do ontológico estar ligado ao conhecimento do ser, podendo existir tanto entes reais como ideais¹⁴³, certos autores, baseados no subjetivismo da ação, entendem que tal característica também constitui obstáculo para a conduta dos entes morais. É assim que nos ensina René Ariel Dotti, expondo a posição de Zaffaroni e Pierangeli¹⁴⁴:

Não se pode falar de uma vontade em sentido psicológico no ato da pessoa jurídica, o que exclui qualquer possibilidade de admitir a existência de uma conduta humana. A pessoa jurídica não pode ser autora de delito, porque não tem capacidade de conduta humana no seu sentido ôntico-ontológico.

Se a pessoa jurídica não é capaz de prever um resultado em seu plano e agir conforme este, não enxergamos como encaixar a sua ação no modelo final de fato punível, pois, por exemplo, a própria figura do delito tentado perderia sentido. O que se teria seria próximo a uma responsabilidade objetiva, sem dolo ou culpa, onde se puniria apenas com base no resultado, algo que a história nos mostrou ser muito perigoso, principalmente na esfera penal¹⁴⁵.

¹⁴¹ DOTTI, 2013, p. 407.

¹⁴² DOTTI, 2010, p. 169

¹⁴³ MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**. São Paulo, v. 0, P.1-11, jan. 2004.

¹⁴⁴ DOTTI, op. Cit. p. 169-170.

¹⁴⁵ PRADO, 2014, p. 41.

5.3 A ação social

A teoria da ação social é vista como uma forma de conciliação das teorias causal e final¹⁴⁶. Em face da problemática da causalidade cega da teoria naturalista e da dificuldade apresentada pela teoria finalista por basear-se de forma demasiada no carácter subjetivo da ação, representado pelo plano do autor, a teoria social da ação é uma forma de combinação e também de superação de preceitos. É neste sentido que expõe Francisco Muñoz Conde:

Para superar a polémica entre a teoria final e a teoria causal surgiu uma terceira teoria, a *teoría social da ação*, que chama a atenção sobre a relevância social do comportamento humano. Esta teoria pode ser aceita na medida em que só atendendo ao conteúdo da vontade do autor se pode determinar o sentido social da ação¹⁴⁷ (Tradução livre)¹⁴⁸.

Apesar de haverem várias teorias sociais da ação¹⁴⁹, cada uma com suas especificidades, de uma maneira geral, tal ação é vista como um *comportamento humano socialmente relevante*¹⁵⁰, aquele capaz de transcender a atuação do sujeito, atingindo, de forma prejudicial, terceiros.

Alguns elementos são importantes para a compreensão deste modelo de ação. Em primeiro lugar, e aqui podemos notar a influência do finalismo, o comportamento humano socialmente relevante deve ser albergado pela pretensão do agente. Isso quer dizer que a ação deve estar inserida no plano do autor no momento de sua realização. Por isso se diz que a conduta praticada é dominada ou dominável pela vontade humana¹⁵¹.

Também é necessário que a ação cometida tenha relevância social. Tal relevância deve ser auferida mediante o caso concreto, de acordo com o dano causado. Clara é a influência causalista, já que o dano causado produz modificação no mundo

¹⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, P. 201

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

¹⁴⁸ “Para superar la polémica entre teoría final y teoría causal surgió una tercera teoría, la *teoría social de la acción*, que llama la atención sobre la relevância social del comportamiento humano. Esta teoría puede ser aceptada en la medida en que sólo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción”.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 404.

¹⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte geral. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 221.

¹⁵¹ SANTOS, 2010, p. 90.

exterior ao agente. A crítica feita por grande parte da doutrina é que o conceito de relevância social é inerente ao próprio tipo penal e não a ação em si¹⁵². Caso contrário, toda ação socialmente relevante seria típica, o que não é verdade.

Por isso, é imprescindível que a conduta cause perturbação na ordem social¹⁵³. Alguns comportamentos, mesmo sendo típicos, não serão alvo de punição pelo Estado por serem socialmente adequados. Apesar de ser uma teoria finalista com base em Welzel, a adequação social da conduta é amplamente aceita na seara da ação social¹⁵⁴, alvitando-se mais uma inter-relação entre os modelos dogmáticos de delito.

Sendo a teoria social da ação derivada das teorias causais e finais, a mesmas críticas permanecem em relação à capacidade de ação penal da pessoa jurídica. A vontade, entendida como o impulso para a realização de um fim socialmente relevante, também é inerente às pessoas naturais. A própria existência social e a compreensão do que é relevante é próprio da pessoa humana, como bem pondera Assis Toledo¹⁵⁵: “Poder-se-á, pois, dizer, parodiando o poeta, que, no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto só eles podem cometer crimes¹⁵⁶”.

Em decorrência disso, a pessoa jurídica não tem a capacidade de se situar no ambiente social e dirigir a sua conduta de acordo com as normas vigentes. Isso porque o comportamento é visto como uma “resposta do homem às exigências situacionais por meio da concretização da possibilidade de reação que lhe é ensejada pela sua liberdade¹⁵⁷”, conceito inaplicável aos entes morais. Nesta senda afirma Jescheck:

A exigência do comportamento ‘humano’ significa que para atuar em um sentido jurídico penal só podem ser levadas em consideração as exteriorizações da atividade do homem individual, e não os atos das pessoas coletivas¹⁵⁸ (Tradução nossa)¹⁵⁹.

A própria noção de ação social como conduta dominada ou dominável pela vontade humana é delicada, inacessível aos entes morais. Mesmo para aqueles que

¹⁵² Ibidem, p. 90.

¹⁵³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 404.

¹⁵⁴ CAPEZ, 2005, p. 129.

¹⁵⁵ TOLEDO, 1994, p. 91.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 104.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 104.

¹⁵⁸ JESCHECK, 1993, p. 201.

¹⁵⁹ “La exigencia del comportamiento “humano” significa que para la actuación en sentido jurídicopenal sólo pueden ser tomadas en consideración las exteriorizaciones de la actividad del hombre individual, y no los actos de las personas colectivas”.

defendem uma vontade própria da pessoa jurídica, como os autores da ação institucional, no momento da prática do ato criminoso a vontade que domina a ação é a do agente que a executa e não a vontade emanada do órgão coletivo.

Por tais pontos, assim como nas teorias analisadas anteriormente, também na doutrina social é precária a teorização de uma capacidade penal da pessoa jurídica. Como podemos atestar, todas as linhas de pensamento que se baseiam na vontade como um de seus elementos principais não são capazes de explicar uma eventual ação penal das corporações. As teorias mais atuais mudam o enfoque e os embasamentos teóricos da conduta, o que gera em certos autores a possibilidade de uma fundamentação acerca do tema. É o que veremos a seguir.

5.4 A ação negativa e as doutrinas baseadas na evitabilidade.

O modelo de ação negativo inverte as bases conceituais da conduta. Ao passo que as teorias vistas acima partem de um conceito positivo, baseado no agir comissivo do agente, o mesmo não ocorre com a ação negativa, cuja base está no não agir do autor. Definida como a *evitável não evitação de um resultado na posição de garantidor*, a ação ocorre quando o autor age quando não deveria agir, ou quando não age quando teria que agir. Este é o magistério de Juarez Cirino dos Santos:

Ação é a *evitável não evitação* do resultado na *posição de garantidor*, compreensível como *omissão da contradição mandada* pelo ordenamento jurídico, em que o autor realiza o que *não deve realizar* (ação), ou *não realiza* o que deve realizar (omissão de ação): um resultado é atribuível ao autor se o direito *ordena* sua evitação e o autor *não o evita*, embora *possa* evitá-lo¹⁶⁰.

Por tal conceito, o autor tem o dever de impedir a concretização do resultado, seja de forma comissiva ou omissiva, garantindo a preservação do bem jurídico. O homem tem uma posição centralizada em relação ao domínio do processo causal: quanto mais próximo de evitar o resultado, maior é o seu domínio e a sua posição de garantia, conseqüentemente sendo também acentuada a sua responsabilidade; quanto mais externo o fato é do agente, menor será o seu domínio sobre ele, enfraquecendo a sua responsabilidade¹⁶¹.

¹⁶⁰ SANTOS, 2010, p. 92-93.

¹⁶¹ BACIGALUPO, 2005, p. 222.

Esse conceito de ação possui algumas variantes, como a proposta por Behrendt¹⁶²: o autor defende uma posição psicanalítica do conceito negativo de ação, associando a evitável não evitação do resultado com a destrutividade humana. Para explicar sua teoria, o autor utiliza o aporte do aparelho psíquico formulado por Freud, dissertando que a destrutividade decorre de pulsões do *id*, as quais não são controladas pelo *superego*.

Seja qual for a vertente negativa do conceito de ação, a *evitabilidade* constitui a sua espinha dorsal. Como bem pondera Juarez Tavares¹⁶³, a evitabilidade não é um conceito objetivo, ela não se resume a um agir desvinculado de elementos internos do agente. Muito pelo contrário, a evitabilidade liga-se a motivação do autor, estando o resultado atrelado à decisão que ele toma no momento da ação ou omissão. Por essa visão, difícil seria enxergar uma possível conduta criminosa de entes morais.

No entanto, o movimento funcionalista e sua interpretação do direito rompem com alguns paradigmas dos antigos sistemas, o que enseja certa modificação na leitura sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No funcionalismo radical, Jakobs¹⁶⁴ utiliza o conceito de evitabilidade¹⁶⁵ como essência¹⁶⁶ de sua teoria da ação:

A ação é fruto de um resultado individualmente evitável. No dizer de Jakobs, *ipsis verbis*, “a ação é, portanto, a expressão de um sentido. Essa expressão de sentido consiste na causação individualmente evitável, isto é, dolosa ou individualmente culposa, de determinadas consequências; são individualmente evitáveis aquelas causações que não seriam produzidas se concorresse uma motivação dirigida a evitar as consequências”¹⁶⁷.

Sob influência da sociologia de Luhmann, o eminente jurista alemão utiliza da teoria dos sistemas sociais para explicar a ação delitiva. O mais importante não é o indivíduo considerado em sua singularidade, como as teorias acima vistas o fazem, mas sim a posição dele no sistema. Por meio da interação do sistema interno do agente com o sistema social é que se poderá verificar, com base na capacidade individual, se o autor poderia ter evitado o resultado. Nesse norte:

¹⁶² SANTOS, op. cit., p. 94.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 251.

¹⁶⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132-133.

¹⁶⁵ Apesar de fundamentar a sua teoria da ação no postulado da evitabilidade, a doutrina de Jakobs não se insere em um conceito negativo de ação. A teoria defendida pelo douto alemão é conhecida como Global, na qual se enxerga a ação como fenômeno total.

¹⁶⁶ PUIG, 2007, p. 159.

¹⁶⁷ PRADO, 2013, p. 341.

Ao contrário do que sugere o finalismo, na hora de combinar ser humano e curso causal por meio da imputação para obter a ação humana, isso não pode ser feito utilizando-se exclusivamente a antecipação psicológica individual de cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de que se conheça geralmente a existência de tais acontecimentos psicológicos individuais que produzem tal combinação: essa vinculação somente se obtém aplicando um esquema de interpretação, e a configuração determinante desse esquema deriva da construção da sociedade, e não de uma compreensão exclusivamente individual¹⁶⁸.

É com base nesta doutrina que Silvina Bacigalupo, brilhante professora de direito penal da Universidade Autónoma de Madrid, em uma das obras mais influentes sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, expõe como a ação penal de Jakobs pode ser utilizada para fundamentar a conduta delitiva dos entes coletivos.

Ao contrário do que ocorre nos modelos de ação baseados na vontade, o modelo funcionalista de Jakobs parte do sistema como um todo, situando o agente dentro de um meio social. Em outras palavras, não se parte do indivíduo para se determinar o sujeito, mas sim se determina o sujeito em função de seu sistema.

O sujeito não precisa ser formado necessariamente de psique e corpo. Ele pode possuir outros elementos constitutivos, que no caso das pessoas jurídicas seriam os estatutos e os órgãos. Os primeiros são o que conferem as pessoas jurídicas a capacidade de ação. Já os órgãos são os responsáveis pelo controle da conduta, com base neles se auferirá se a ação poderia ter sido evitada individualmente. Em palavras iluminadas:

Este modelo permite fundamentadamente falar de *diferentes sujetos de derecho penal*. Aquí no se parte sólo de un individuo para determinar lo que es un sujeto, sino que *se determina el sujeto en función de su propio sistema*. Las características del sistema que componen un sujeto de derecho penal, son las que determinan cómo se configura la <evitabilidad> de la producción del resultado y las que determinan la existencia de una acción relevante. La <evitabilidad personal> deberá se determinar en el caso de la persona jurídica de acuerdo con la capacidad que se reconocen a los órganos y sus estatutos¹⁶⁹ (Tradução livre)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 58.

¹⁶⁹ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 154.

¹⁷⁰ “Este modelo permite fundamentalmente hablar de *diferentes sujetos del derecho penal*. Aquí no se parte sólo de un individuo para determinar lo que es un sujeto, sino que *se determina el sujeto en función de su propio sistema*. Las características del sistema que componen al sujeto del derecho penal, son las que determinan cómo se configura la <evitabilidad> de la producción del resultado y las que determinan la existencia de una acción relevante. La <evitabilidad personal> se deberá determinar en el caso de una persona jurídica de acuerdo a las capacidades que se le reconocen al órgano en sus estatutos”.

Por isso, a autora defende, em consonância com os ensinamentos do professor teutônico, que o sujeito penal poderá ser formado por diferentes sistemas¹⁷¹. Sejam quais forem os seus elementos, psique e corpo ou estatutos e órgãos, ambos são capazes de produzir um resultado penalmente relevante que poderia ser evitado pelo agente.

Pelo exposto, a autora espanhola entende que é plenamente possível a configuração de uma capacidade de conduta das pessoas jurídicas. Contudo adverte¹⁷², com base em Zugaldía, que para a legitimidade de uma responsabilidade penal dos entes coletivos é necessário ir além de uma reformulação do conceito de ação. Também é preciso reanalisar todos os pressupostos do direito penal e da legitimação da pena, levando-se em consideração novas formulações acerca da culpabilidade e das funções da sanção criminal.

5.5 A ação pessoal

A teoria personalista da ação, apesar de estar ligada a uma das mais novas vertentes dogmáticas do direito penal, possui suas bases na década de sessenta do século XX. Rudolphi e Arthut Kaufmann já entendiam que o agir humano era definido como uma objetivação da pessoa¹⁷³, um modo de expressão do ser.

Tal teoria foi trabalhada e aprimorada dentro do funcionalismo político criminal de Roxin. O autor alemão, com aporte nos ensinamentos sobre a estrutura do aparelho mental de Sigmund Freud, define a ação como *manifestação da personalidade*¹⁷⁴. Estaria englobado assim “tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação anímico-espiritual¹⁷⁵”. O mestre teutônico nos ensina:

Um conceito de ação ajustado a sua função se produz caso se entenda a ação como “manifestação da personalidade”, o que significa o seguinte: em primeiro lugar é ação tudo o que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação, e falta no caso de efeitos que partem unicamente da esfera corporal (“somática”) do homem, ou “do âmbito material, vital e animal do ser”, sem estar submetidos a um controle do “eu”, da instância condutora anímico-espiritual do ser humano¹⁷⁶ (Tradução livre)¹⁷⁷.

¹⁷¹ BACIGALUPO, 1998, p. 155.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ TAVARES, 2012, p. 252.

¹⁷⁴ PUIG, 2007, p. 159.

¹⁷⁵ TAVARES, op. cit. p. 252.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

¹⁷⁷ “Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede

Para entendermos melhor a ação pessoal, algumas palavras são necessárias acerca da estrutura mental do aparelho psíquico humano. Três são os seus componentes básicos: o *id*, o *superego* e o *ego*. O primeiro é o responsável pelos instintos humanos, ou seja, as pulsões primitivas baseadas nas necessidades mais básicas do homem (paixão, raiva, tristeza, angústia). É a fonte de energia psíquica ligada aos sentimentos, inerente ao ser humano e presente desde o nascimento.

O *superego* é justamente o “opositor” do *id*. Ele é o responsável pela moral, estabelecendo regras internas de conduta, as quais norteiam o agir. Tais regras são assimiladas pelo indivíduo durante a sua vida, podendo variar dependendo do meio social em que ele se encontra. Está ligado à consciência e a própria noção de certo e errado que cada um de nós possuímos.

Por fim, deste embate entre o *superego* e o *id* o indivíduo manifesta um comportamento, o *ego*. Ele pode ser visto também como um canalizador dos impulsos do *id*, aplicando-o de forma racional diante do caso concreto. Por isso se diz que aqui vigora o princípio da realidade.

Por conseguinte, com base nessa estrutura psíquica, não são considerado como ação os “fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do *ego* e, portanto, não dominados ou não domináveis pela vontade humana¹⁷⁸”, constituindo-se como conduta penal apenas as expressões que realmente constituem manifestação da personalidade.

Pela estrutura da ação apresentada, não é difícil concluirmos que o modelo pessoal não pode ser aplicado à criminalidade das pessoas jurídicas. Primeiramente porque quando se fala em *manifestação da personalidade* não se fala no sentido de personalidade jurídica, que é a capacidade de ser portador de direitos e obrigações, mas sim no viés interno dos seres, ou seja, das características anímico-espirituais dos indivíduos, algo que entes coletivos não possuem.

É fácil atestarmos a incapacidade de ação das pessoas jurídicas pela simples análise da estrutura do aparelho psíquico. É impossível falarmos em *id*, *ego* e *superego*

atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y so falta en caso de efectos que parten unicamente de la esfera corporal (“somática”) del hombre, o “del ámbito material, vital y animal del ser”, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”.

¹⁷⁸ SANTOS, 2010, p. 95.

de entes morais, pois a teoria freudiana é voltada exclusivamente para as pessoas naturais. Conclui Roxin, de forma inequívoca:

Tampouco são ações conforme o direito penal alemão os atos das pessoas jurídicas, pois, dado que lhes falta uma substancia psíquico-espiritual, não podem manifestar a si mesmas. Somente “órgãos” humanos podem atuar com eficiência para elas, pois então deve-se punir aqueles e não a pessoa jurídica¹⁷⁹ (Tradução livre)¹⁸⁰.

Portanto, a teoria pessoal da ação é claramente inaplicável às corporações. Como bem pondera Roxin, apenas as pessoas naturais são capazes de externar a sua personalidade, cabendo a elas sofrer sanções criminais, sendo insuficiente a teorização de que o órgão do ente coletivo seria capaz de cometer uma ação penal, devido à ausência de aparelho psíquico-espiritual.

5.6 A ação significativa

Devido as mudanças nas estruturas delitivas e na própria sociedade, a dogmática penal sempre busca adaptar os seus conceitos às novas demandas político criminais. Nesta senda, a ação significativa surge como uma das mais inovadoras teorias que visam explicar o agir humano.

Tal teoria não possui tantos adeptos como as doutrinas anteriormente abordadas, algo que podemos perceber facilmente pela análise bibliográfica. Na realidade brasileira é pequena a porcentagem de manuais que se dedicam a um estudo de maior aprofundamento sobre a ação significativa, existindo raríssimas obras que possuem o intuito de analisar o tema. Isso se dá até mesmo pela dificuldade que esta doutrina apresenta, com a sua densa carga filosófica e sociológica.

A despeito disso, tentaremos expor os seus principais fundamentos, com base em autores nacionais e estrangeiros. O primeiro dado relevante é que a ação significativa se baseia na filosofia da linguagem de Wittgenstein¹⁸¹ e na doutrina da ação comunicativa

¹⁷⁹ ROXIN, 1997, p. 258-259.

¹⁸⁰ “Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo “órganos” humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica”.

¹⁸¹ PÉREZ, Carlos Martínez-buján. **A concepção significativa de ação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

de Habermas¹⁸². Essa doutrina visa explicar o comportamento do indivíduo levando-se em consideração a sua posição dentro do sistema social.

Desta forma, a ação não é composta somente por elementos internos. Muito pelo contrário, aqui ganha enorme relevância o meio no qual o sujeito ativo está inserido. Não basta que o agente cometa um delito com vontade e consciência e consequentemente transgrida a norma, é mister que tal conduta seja concebida como socialmente reprovável por meio de um processo de inter-relacionamento dos indivíduos.

É exatamente por isso que se diz que a ação possui um significado¹⁸³. Ela não é apenas um processo interior do indivíduo que causa um resultado ou que visa causa-lo. Ela possui significado no mundo social. O indivíduo, por meio de sua interpretação das normas jurídicas, atua com fulcro em um sentido, atribuído por terceiros externos ao agir. Deste modo, existem diversas ações conforme se alterne a interpretação da norma. Assim nos expõe Vives Antón:

Pois a ação, como portadora de um sentido, é resultado de um *proceso de interpretación* conforme a *reglas*. Na base desse processo estão as ações definidas por um plano primitivo de ação. As ações de nível superior se constroem, não somente em virtude de *planos* de ação mais complexos que (o agente) tenha tido em efeito, como *también* em virtude de *interpretaciones* que um terceiro faz e *de acuerdo con las que (o agente) podría realizar a su acción*. Cada interpretação, até onde a imputação pode ser levada em conta, constitui uma nova ação¹⁸⁴ (Tradução livre)¹⁸⁵.

Uma leitura superficial nos induziria a concluir que tal modelo de ação excluiria os elementos subjetivos internos do agente, já que a conduta não passaria de um significado atribuído socialmente com base no interacionalismo existente entre os indivíduo e sociedade. Tal assertiva não merece prosperar.

Apesar de ocorrerem mudanças substanciais na concepção dos elementos subjetivos, a teoria da ação significativa não os exclui¹⁸⁶. O autor, ao agir, tem conhecimento da existência de uma regra e, a despeito disso, atua ocasionando uma

¹⁸² BUSATO, 2010, p. 146.

¹⁸³ PÉREZ, 2007, p. 10.

¹⁸⁴ ANTÓN, Vives. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 195.

¹⁸⁵ “Pues la acción, como portadora del *sentido*, es el resultado de un *proceso de interpretación* conforme a *reglas*. En la base de ese proceso se hallan las acciones definidas por un plan primitivo de acción. Las acciones de nivel superior se constituyen, no sólo en virtud de *planes* de acción más complejos que (el agente) haya tenido en efecto, sino *también* en virtud de *interpretaciones* que un tercero hace y *bajo las que (el agente) hubiera podido realizar su acción*. Cada interpretación, hasta donde la imputación pueda llevarse a cabo, constituye una nueva acción”.

¹⁸⁶ ANTÓN, 1996, p. 274.

lesão. Por isso, a ação possui tanto o aspecto interno, ligado ao indivíduo e ao seu estado interior, como o aspecto externo, que é o significado¹⁸⁷ que a sua conduta possui no meio social¹⁸⁸.

A respeito dessa concepção *interacionista* do conceito de ação, temos, em solo pátrio, a posição de Juarez Tavares, que adota o *agir comunicativo* como uma das bases de sua teoria do delito. Levando em consideração a teoria do internacionalismo simbólico¹⁸⁹ o autor também utiliza-se da noção de *significado social* da conduta:

Deste modo, a conduta não mais será vista sob o aspecto da relação meio e fim, não mais será mais uma conduta instrumental no sentido causal, nem, por seu turno, deverá adquirir relevância como ato estratégico em função de determinado efeito potencial, nem será extraída do exercício de direitos e o cumprimento de obrigações. À medida que a conduta passa a ser concebida dentro de um grupo, no qual os indivíduos, portanto, relacionam-se cooperativamente, seus elementos começam a se concretizar como instrumentos de comunicação e não como condições causais ou como o desempenho de papéis¹⁹⁰.

Tal internacionalismo constitui-se em um aprimoramento das doutrinas dos papéis sociais e da concepção fenomenológica da sociedade (fundada em papéis e anti-papéis). Não cabe neste trabalho fazermos uma análise pormenorizada de tais teorias. Nosso intuito é apenas ressaltar que o professor paranaense também atribui grande importância ao contexto no qual o indivíduo está inserido para definir a ação penalmente relevante.

O grande mérito dessa teoria é a inversão na construção dos elementos caracterizadores do fato típico. A teoria da ação não mais é um substrato de um sentido, mas sim um sentido de um substrato, o que é denominado de Giro Copérnico¹⁹¹. Essa assertiva pode parecer turva, mas é mais simples do que aparenta.

Basicamente, a teoria significativa da ação constrói seus fundamentos partindo da realidade, tendo como base a interpretação do processo comunicativo estabelecido entre o indivíduo e meio social no qual está inserido, contrariando as doutrinas clássicas, que visam adaptar o caso concreto a sua construção teórica. Em outras palavras, não mais a realidade deve adaptar-se ao conceito, mas sim este ser construindo

¹⁸⁷ PÉREZ, 2007, p. 48 e ss.

¹⁸⁸ Contudo, deve-se ressaltar que os elementos subjetivos não compõem o tipo penal. Isso porque, dentro da estrutura significativa de delito de Vives Anton, o dolo e a imprudência integram a denominada pretensão da ilicitude.

¹⁸⁹ TAVARES, 2012, p. 191-196.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 193.

¹⁹¹ PRADO, 2013, p. 343.

partindo-se daquela, mais precisamente da interpretação das regras sociais que circundam o agente¹⁹². Por isso, é solar a influência da política criminal na teoria delitiva da ação significativa, como nos expõe Busato:

O significado da ação, produto da comunicação, corresponde à linguagem escolhida. Havendo a pretensão de que o Direito Penal corresponda a um modelo de Estado Social e democrático de Direito como é reconhecido unanimemente na doutrina, a linguagem pela qual o Estado deve comunicar-se com o indivíduo, selecionando fatos que considera típicos e antijurídicos, deve guardar correspondência com um sistema normativo pleno de garantias individuais¹⁹³.

Desta forma, os estudos político criminais são de suma relevância para a construção de conceitos, já que é a partir da realidade criminológica que o direito penal estabelecerá formas de punição e de prevenção, mantendo a ordem social e efetivando o ideal máximo de justiça¹⁹⁴, em consonância com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

Com base no exposto acima, a teoria da ação significativa é um forte instrumento para aqueles que são favoráveis à responsabilização penal das pessoas jurídicas. A superação do ontologismo finalista, a adoção de um conceito de dolo normativo e a interpretação da ação com fulcro nas exigências político criminais, propicia uma coerente responsabilização dos entes coletivos.

O ontologismo, com suas estruturas lógico-objetivas e pré-determinadas¹⁹⁵, engessa a aplicação do direito penal. A teoria significativa, quando parte do caso concreto, entendendo a ação como uma percepção resultante da interação entre o sujeito e o objeto, supera a antiga concepção ontológica¹⁹⁶, de modo a flexibilizar a construção de conceitos, o que, por consequência, permite uma fundamentação penal da ação delitiva das corporações.

¹⁹² A doutrina significativa possui dois pressupostos básicos: a ação e a norma. A doutrina da ação deixa o viés cartesiano típico da doutrina finalista, pelo qual a ação era vista de um modo composto (a junção de um fato natural e um fato mental) e passa a ser entendida como uma interpretação das regras sociais, que por sua vez amparam as normas jurídicas. Assim, a ação perde o seu caráter antológico e pré-jurídico, deixando de ser um substrato, e passa a ser um resultado da interpretação da relação entre indivíduo e objeto e, portanto, um sentido.

¹⁹³ BUSATO, 2010, p. 160

¹⁹⁴ Ibidem, p. 197.

¹⁹⁵ MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 0, p.1-11, jan. 2004.

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: Uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/teoria-da-acao-significativa/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

A concepção do dolo puramente normativo também constitui um grande avanço quando se fala em responsabilidade penal de entes morais. Essa concepção não é exclusiva dos autores que adotam um conceito significativo de ação, sendo que muitas vertentes funcionalistas¹⁹⁷ defendem tal tipo de dolo. Contudo, neste momento, nos utilizaremos do entendimento do professor da Universidade de Valência, Vives Antón:

O que o autor sabe não é, pois, o que representou, o que calculou, o que previu: para saber se esses processos tenham ocorrido em sua mente teríamos que ter um acesso a ela do qual não dispomos. Somente podemos analisar manifestações externas; porém, através dessas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (As técnicas que dominava, assim, o que podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação.

Parcialmente, pois, o que o autor sabe, assim determinado, se une ao querer que também se expressa na ação. Pois o querer que dá lugar a responsabilidade não é- não pode, ao menos em Direito Penal, ser – nenhuma classe de sentimento. Uma responsabilidade que se fundamenta basicamente nos sentimentos, como uma responsabilidade cujo fundamento essencial fosse os desejos, implicaria em uma – inadmissível – Direito penal da vontade. Então <o querer, se não pode ser uma espécie de desejo, deve ser a própria atuação>. O querer reside na ação. Nela se expressa um comportamento de atuar – uma intenção.

Entendendo o elemento (elemento volitivo) do dolo, não naturalisticamente, como um processo psicológico, mas normativamente, como um compromisso de atuar, se esclarece o seu conceito e começa a tomar um sentido no paradoxo os critérios que usamos para identifica-lo¹⁹⁸ (Tradução livre)¹⁹⁹.

Essa perspectiva acima apresentada é essencial para a imputação penal dos entes coletivos. Não mais os aspectos psicológicos, internos ao ser, são basilares para a construção de um conceito de dolo. A impossibilidade da aferição prática da vontade do agente fez com que a doutrina reconstruísse o dolo sob uma perspectiva normativa,

¹⁹⁷ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quantier Latin, 2010, p. 281.

¹⁹⁸ ANTÓN, 1996, p. 237-238.

¹⁹⁹ “Lo que el autor sabe no es, pues, lo que se há representado, lo que ha calculado, lo que há previsto: para conocer si esos procesos han ocurrido en su mente habríamos de tener un acceso a ella del que no disponemos. Sólo podemos analizar manifestaciones externas; pero, a través de esas manifestaciones externas podemos averiguar el bagaje de conocimientos del autor (Las técnicas que dominaba, así, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción.

Parcialmente, pues, lo que el autor sabe, así determinados, se une al querer que también se expresa en la acción. Pues el querer que da lugar a la responsabilidad no es, - no puede, al menos en Derecho Penal, ser- ninguna clase de sentimiento. Una responsabilidad que descansara basicamente en los sentimientos, como una responsabilidad cuyo fundamento esencial fuesen los deseos, implicaría un – inadmisibile- Derecho Penal del ánimo.

Entonces <el querer, si no es una especie del desear, debe ser el actuar mismo>. El querer reside em la acción. En ella se expresa un compromiso de actuar – una intención-.

Entendiendo el <elemento volitivo> del dolo, no natulalisticamente, como un proceso psicológico, sino normativamente, como un compromiso de actuar, se esclarece su concepto y comienzan a cobrar um sentido no paradójico los criterios que usamos para identificarlo”.

dando maior importância para o significado da ação do que para o que o autor tentou lograr com a sua conduta.

Em suma, a interpretação da ação e seu significado em face de um processo calcado no interacionalismo simbólico são preponderantes em face do que o autor visou alcançar com a prática delituosa. Desta forma, no âmbito dos delitos cometidos por pessoas jurídicas, o que fundamenta a capacidade de dolo não são os aspectos internos, como a vontade (claramente inexistente em entes ideais), mas sim o intento da corporação com a prática criminosa. Vale lembrar que não se exclui os aspectos subjetivos da conduta, o que se propõe é uma releitura deles, levando-se em consideração as características peculiares do sujeito, algo que é consequência do próprio processo de interação.

Por fim, como exposto, a política criminal é de grande relevância na construção dos conceitos da teoria do delito sob uma perspectiva significativa. Não há dúvidas que em nossa sociedade pós-industrial as pessoas jurídicas são grandes transgressoras das normas penais, muitas vezes ocasionando danos gravíssimos aos bens jurídicos.

Frente a isso, cabe ao direito penal oferecer respostas a essa nova modalidade delitiva, adaptando e reconstruindo os seus conceitos, de modo a embasar a conduta de pessoas jurídicas. Diante de todo o exposto, a doutrina da ação significativa talvez seja a melhor fundamentação penal para os crimes cometidos pelos entes coletivos. Em palavras iluminadas:

Se ação é a expressão de um sentido que pode ser atribuído sob forma dolosa a uma vontade, através do reconhecimento de um desvalor de ação procedente de indicadores objetivos externos, não há nenhum impedimento a que a pessoa jurídica possa ser dogmaticamente reconhecida como autora de crime, independentemente de que haja um coautor, nem mesmo um partícipe que seja pessoa física.

Importa ainda destacar que não se supõe aqui ingenuamente que a pessoa jurídica vá realizar a conduta física que pode, sendo o caso de uma exigência do tipo, ser realizada por pessoa física. O que acontece, é que as pessoas físicas eventualmente executoras, podem ser somente pessoas fungíveis na engrenagem da empresa, que atuam completamente sem culpabilidade. Neste caso, não lhes compete qualquer classe de responsabilidade penal, nem como autores, nem como partícipes, e há que se reconhecer uma hipótese de domínio da vontade, que constitui, na leitura de Roxin, um fundamento para a autoria mediata²⁰⁰.

²⁰⁰ BUSATO, Paulo César. **Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: Uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/tag/teoria-da-acao-significativa/>>. Acesso em: 05 jul. 2016

5.7 A ação institucional

Por fim, abordaremos a teoria da ação institucional. Optamos por estudá-la por último pois, ao contrário das teorias acima analisadas, a ação institucional é exclusivamente aplicada aos entes coletivos, não servindo de base para fundamentar a conduta penal de pessoas físicas. Tal teoria possui grande aceitação no universo jurisprudencial brasileiro, sendo que ela é adotada pelo nosso Superior Tribunal de Justiça para legitimar o agir criminal das corporações.

Klaus Tiedemann, jurista alemão e grande estudioso do direito penal econômico, é considerado como um dos maiores defensores da teoria institucional da ação penal da pessoa jurídica²⁰¹. Em seu artigo *responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado* podemos identificar três argumentos básicos que visam fulcrar a conduta delitiva dos entes morais.

O primeiro deles é derivado do direito civil, mais especificamente da teoria dos contratos. Diz o autor teutônico que se uma empresa é capaz de contratar, sendo então sujeito de direitos e obrigações na ordem civil, então ela também possui capacidade de cometer delitos e, por consequência, de sofrer aplicação de sanções criminais. Tal fato, com origem em doutrinas anglo-saxãs, comprova a capacidade do ente moral de agir de maneira antijurídica. Assim explica o douto²⁰²:

Um primeiro ponto dogmático importante para a discussão sobre a admissão de penas criminais contra as corporações aparece coletado pelas doutrinas inglesa, holandesa e norte americana. Se a pessoa moral pode concluir um contrato, por exemplo, de compra e venda, é ela que é o sujeito das obrigações que se originam destes contratos e é ela quem pode violar essas obrigações. Isso quer dizer que a pessoa moral pode atuar de maneira antijurídica (Tradução livre)²⁰³.

O segundo ponto, também advindo de doutrinas anglo-saxãs, está atrelado a concepções empíricas. Principalmente na seara dos delitos imprudentes e omissivos, o

²⁰¹ SANTOS, Juez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

²⁰² TIEDEMANN, Klaus, **Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado**, in GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

²⁰³ “Un primer punto dogmático importante para la discusión sobre la admisión de penas criminales contra las agrupaciones aparece recogido por las doctrinas inglesa, holandesa y norteamericana. Si la persona moral puede concluir un contrato, por ejemplo, de compraventa, es ella quien es sujeto de obligaciones que se originan de estos contratos y es ella quien puede violar esas obligaciones. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera antijurídica”.

mais importante não é se o ente agiu ou não, mas sim o que se esperava que o mesmo fizesse diante do caso concreto. Como exhibe Tiedemann²⁰⁴ “(...) aqui, não é, ou não totalmente é, a ação física que conta, mas sim a violação das medidas e expectativas normativas o que importa para imputar um resultado nocivo a um autor (Tradução nossa)²⁰⁵”. Logo, o ponto central para a imputação reside na expectativa normativa gerada e não satisfeita por causa de um comportamento ou pela ausência deste.

Por fim, busca-se fundamentar a vontade dos entes morais. Como visto, este elemento subjetivo é o grande entrave que as teorias causais, finalistas e sociais apresentam que impede uma fundamentação delitiva das práticas corporativas.

Assim, consideram os autores que a pessoa jurídica possui vontade própria, diferente da vontade de seus componentes (pessoas naturais). Tal vontade é derivada das decisões de órgãos e conselhos, os quais, por meio da articulação dos intentos de seus membros, exprimem uma espécie de *vontade coletiva*. Em suma, a ação destes órgãos se resume a própria ação do ente moral, como nos demonstra Kist:

A pessoa jurídica assim, manifesta-se através do órgão, sua representação física. Também assim se manifesta, dizendo que o órgão são os centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa coletiva. Esta é a relação entre um órgão e o ente em que se integra, sendo a verdadeira identificação e, assim, agindo o órgão é a própria pessoa que age²⁰⁶.

Os defensores de uma teoria institucional postulam que a pessoa jurídica possui vontade e é capaz de exteriorizá-la através de seus componentes, como disserta Shecaira, com fulcro na doutrina de Roger Merle e André Vitú²⁰⁷. Por essa vontade própria ser diferente da vontade das pessoas físicas que a compõem, no âmbito da ação institucional vigora a dupla imputação.

Como já explicado em capítulos anteriores, a dupla imputação consiste em se punir dois ou mais agentes pelo mesmo crime. Ela é característica da teoria institucional porque sendo a vontade das pessoas físicas e das pessoas jurídicas distintas, não há que

²⁰⁴ TIEDEMANN, op. cit p. 37.

²⁰⁵ “ (...) aquí, no es, o no totalmente, la acción física la que cuenta, sino que es la violación de las medidas y expectativas normativas la que importa para imputar un resultado nocivo a un autor”.

²⁰⁶ KIST, Ataides. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Leme: Editora Direito, 1999, p. 87-88

²⁰⁷ “Sobre o assunto, a doutrina francesa assim se expressa: a pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade, porquanto nasce e vive do encontro de vontades individuais de seus membros. A vontade coletiva que a anima não é um mito e caracteriza-se, em cada etapa importante de sua vida, pela reunião, pela deliberação e pelo voto da assembleia geral dos seus membros ou dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes tanto quanto a vontade individual”. In: SHECAIRA, 1998, p. 95.

se falar em *bis in idem*, pois não se pune o mesmo agente duas vezes pelo mesmo fato, mas sim dois ou mais agentes pelo mesmo fato. Em melhores certames:

Esse novo esquema, com duas vias de imputação em face do ato delitivo protagonizado por um ente coletivo, pode ser denominado sistema de “dupla imputação” por encarar a pessoa jurídica como unidade independente da pessoa humana. Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma “ação institucional”²⁰⁸.

Apesar de toda essa fundamentação, podemos identificar algumas problemáticas graves em relação a teoria institucional. Elas giram em torno da construção dos elementos típicos subjetivos da conduta: o dolo e a culpa. Todo crime exige uma imputação subjetiva, e, como demonstraremos, a vontade pragmática das pessoas jurídicas não é capaz de atender a tal requisito.

Em primeiro lugar, muito difícil é se falar em dolo das pessoas jurídicas²⁰⁹. Como demonstrado pela teoria do delito, o dolo possui dois elementos básicos: o volitivo e o cognoscitivo. Pelo primeiro, o agente, no momento da conduta, deve possuir vontade, baseada no conhecimento atual das circunstâncias, de cometer a ação descrita no tipo legal. Tal vontade deve ser incondicionada e capaz de influenciar um acontecimento real²¹⁰.

Já pelo elemento cognoscitivo se resume ao conhecimento real das circunstâncias de fato que rodeiam o agente. São tanto as circunstâncias presentes como também as futuras, aquelas que decorrem do desenvolver do processo causal. Assim, no momento da prática delituosa, o autor deve possuir o intelecto do que sua ação irá e poderá causar no mundo fático.

Com base nisso, a doutrina entende que a vontade pragmática da pessoa jurídica não é capaz de fundamentar uma concepção tradicional de dolo, justamente pela falta dos elementos cognitivos e volitivos, o que se estende a incapacidade dos entes morais de cometerem erro de tipo, sendo este a equivocada análise de algum elemento que integra o tipo penal, constituindo-se em fator excludente de dolo. Esse é o magistério do professor sulista:

²⁰⁸ Ibidem, p. 95.

²⁰⁹ Estamos falando aqui do dolo de origem finalista, o qual é utilizado pela maioria dos autores adeptos da teoria da ação institucional.

²¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 127

Primeiro, a chamada *vontade coletiva* da pessoa jurídica é *incapaz de dolo*, como *vontade consciente de realizar um crime*: se vontade é a energia psíquica individual produtora da *ação típica*, e *consciência* é direção inteligente daquela energia psíquica individual, então esses componentes não podem existir no vazio psíquico da impessoal *vontade coletiva* da pessoa jurídica. Em correlação com a incapacidade de dolo, a *vontade coletiva* da pessoa jurídica é, igualmente, incapaz de *erro de tipo*, fenômeno psíquico *negativo do dolo*, como defeito de representação de elementos ou circunstâncias objetivas do tipo legal²¹¹.

Não podemos esquecer que não é unânime a posição doutrinária excludente do dolo das pessoas jurídicas. Alguns autores, de vertente funcionalista, partem de um conceito de dolo normativo, já exposto quando abordamos a teoria da ação significativa. Por ele, afasta-se o elemento volitivo e apenas se admite a existência de um elemento cognoscitivo, já que a pessoa jurídica é capaz de orientar as suas atividades, evitando resultados ou até mesmo assumindo o risco de produzi-los. Neste sentido é a lição do professor mineiro Fábio Guedes de Paula Machado:

Descaracterizada a subjetividade do tipo já tão criticada e alvo de intranquilidades doutrinárias e jurisprudenciais, à pessoa jurídica impõe-se a reconstrução funcionalista para a formatação de um dolo puramente normativo.

Neste dolo de pretendida construção, o elemento volitivo é afastado, permanecendo o elemento cognitivo, agora sob o entendimento que o conhecimento de impedir o resultado danoso ao bem jurídico difuso é implícito à pessoa jurídica em face até mesmo das atividades que esta realiza, e a não tomada de posição em relação a sua não ocorrência equivale a afirmar a aceitação do risco, ou de implementá-lo se já existente, de causar o dano²¹².

Mesmo diante de tal fundamentação, tal concepção de dolo é atinente das teorias pós-finalistas, principalmente as de vertente funcionalista, não sendo objeto da linha de pensamento ora analisada, já que a grande maioria da doutrina da ação institucional ainda entende essencial à constituição do dolo tanto o elemento volitivo como o elemento cognoscitivo.

Em sequência, também argui-se que as empresas não são capazes de cometer crimes a título de culpa, sendo tal fator decorrente da estrutura de tal elemento subjetivo. O crime culposos é, juntamente com os delitos omissivos impróprios, constituído por um tipo aberto. Isso quer dizer que é necessário fazer-se uma

²¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 272.

²¹² MACHADO, 2010, p. 281.

complementação da conduta diante do caso concreto, baseada no ditame do *cuidado objetivamente devido*²¹³.

Em melhores termos: na ação culposa o agente, via de regra, comete uma ação com objetivos lícitos, gerando um resultado ilícito (naturalístico). No momento da ação, o que definirá se a pessoa deverá ser responsabilizada penalmente é como ele a pratica, se o faz com cautela ou descuido. Caso não observe o *cuidado objetivamente devido*, se a ação praticada gerar um resultado penalmente relevante, o agente irá ser responsabilizado.

O grande problema de aplicação desta estrutura de crime a atividade das pessoas morais é que o conceito de *cuidado objetivamente devido* tem como base a capacidade individual do homem. Independentemente do critério adotado²¹⁴, não há como medirmos a capacidade da pessoa jurídica e, por consequência, se ela seria capaz de agir de outra maneira diante do caso concreto, evitando a ocorrência do resultado ilícito²¹⁵. Isso porque quem age fisicamente são as pessoas naturais e somente elas poderiam observar, diante das circunstâncias e com certa *previsibilidade*, como evitar um resultado danoso a um bem jurídico.

Por tais entraves dogmáticos, é nebuloso o posicionamento por uma responsabilização dos entes morais com base da teoria da ação institucional. A nosso ver tal teoria cai no mesmo erro das teorias causais, finais e sociais: basear a ação da pessoa jurídica na vontade.

²¹³ WELZEL, 2015, p. 61-62.

²¹⁴ Quanto aos critérios para a constatação de que o agente agiu de acordo com o cuidado objetivamente devido, existem três posições consagradas no âmbito doutrinário. A primeira é a relativa ao critério da *generalização*, pelo qual as diferenças de capacidade entre os indivíduos são tratadas no âmbito da culpabilidade. Neste critério, percebemos que existe uma média de ação, ou seja, um referencial fixo de aferição de capacidade, o que gera certa injustiça, já que se exigirá menos de pessoas com habilidade especiais e aprimoradas e mais de pessoas com dificuldades, como portadores de deficiência. Por sua vez, o critério da *individualização* faz a análise da capacidade individual de maneira mais singularizada, levando em consideração as diferenças entre os indivíduos. Assim exige um cuidado objetivo maior de pessoas com habilidades especiais, como motoristas profissionais no trânsito, e exige menos de pessoas pouco habilidosas, como um idoso na direção de veículo automotor. Por fim, visando coadunar os dois preceitos acima vistos, Roxin propõe um critério misto, exigindo mais de quem pode mais (critério da *individualização*) e exigindo mais de quem pode menos (critério da *generalização*). Justifica o autor que se a pessoa possui habilidades especiais ela deve emprega-las em eu agir e, quando não possui sequer um mínimo de destreza em suas ações e não consiga se orientar de acordo com as exigências do tipo de injusto, tal deficiência será um problema de culpabilidade e não de tipo (De acordo com o *poder agir de outra maneira*, um dos elementos da concepção moderna de culpabilidade).

²¹⁵ SANTOS, 2010, p. 273.

6 A (IN) CAPACIDADE DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Como visto, a incriminação dos entes coletivos traz grandes debates para a esfera dogmática. No capítulo anterior analisamos o primeiro elemento do conceito de crime²¹⁶, a questão relativa a ação penalmente relevante, abordando as suas diversas teorias e analisando se elas poderiam ser aplicadas aos entes morais.

Se a conduta praticada for considerada como típica, a próximo passo, de acordo com a doutrina majoritária²¹⁷, é analisar se o fato é eivado de ilicitude. Tal fundamento possui uma aplicação lógica: Não serão ilícitas as ações que estiverem em conformidade com o direito, ou seja, aquelas praticadas em consonância com o ordenamento jurídico visto como um todo²¹⁸.

Melhor dizendo, a análise da antijuridicidade de um fato é um processo de enquadramento: Se a ação cometida for albergada por alguma das causas justificantes (Legais ou supralegais), o fato não será considerado como crime, já que o agente agiu de acordo com o direito positivo; se a ação não for justificada por alguma dessas causas, o elemento da antijuridicidade estará preenchido, passando-se então para a análise da culpabilidade.

Por isso optamos em não contemplar a questão da antijuridicidade devido a sua estrutura, e também pelo fato de não ser alvo das grandes discussões doutrinárias que visamos abordar no presente trabalho. Ademais, existe vertentes que consideram as causas de justificação como pertencentes a própria tipicidade, como a *teoria dos elementos negativos do tipo*²¹⁹, o que realça o seu caráter valorativo da ação penal. Assim, partiremos para a próxima grande contenda sobre a possibilidade de cometimento de crimes pelas corporações, atinente a sua capacidade de culpabilidade.

Em um primeiro momento, apresentaremos a evolução do conceito tradicional de culpabilidade. Partindo-se da teoria psicológica, passando pela teoria normativa complexa e finalizando com a teoria normativa pura (Teoria finalista). Isso é importante para podermos compreender como se estabeleceram os fundamentos dogmáticos da atual concepção de culpabilidade e assim entendermos o porquê das críticas doutrinárias acerca do tema.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

²¹⁷ WELZEL, 2015, p. 57.

²¹⁸ PRADO, 2013, p. 432.

²¹⁹ SANTOS, 2010, p. 213-214.

Em seguida, com a fixação dos principais bases teóricas, passaremos para uma apreciação crítica do conceito de culpabilidade aplicado as pessoas jurídicas. O principal intento é constatar se a dogmática tradicional é capaz de fundamentar, de maneira satisfatória, a capacidade de culpabilidade dos entes morais.

Iremos além. Também dissertaremos sobre as mais novas concepções acerca do tema. Veremos a dicotomia entre os sistemas da heteroresponsabilidade e da autoresponsabilidade, assim como também as construções dos mais renomados autores sobre o tema, desde a concepção calcada na *defeituosa organização* de Klaus Tiedmann até as mais novas construções com fulcro na teoria do discurso, como o modelo construtivista construído pelo professor espanhol Cárlos Gomez-Jara Díez.

6.1 Evolução do conceito tradicional de culpabilidade

Como já exposto, a análise da evolução do conceito de culpabilidade é de suma importância para compreendermos como se estabeleceram as bases teóricas da doutrina finalista. É importante salientar que o termo evolução deve ser interpretado com parcimônia. Isso porque, mesmo com o advento de novas doutrinas, muitos autores ainda defendem conceitos tidos como “ultrapassados” pela maioria dos doutos. Assim exposto, com tal investigação será possível compreendermos o porquê das críticas da doutrina acerca da aplicação da doutrina finalista a culpabilidade dos entes morais.

6.1.1 A culpabilidade psicológica

Como vimos anteriormente, o século XIX foi um período de franca expansão das ciências naturais, principalmente da física mecanicista. Se por um lado, a influência de tais ciências fez com que a ação fosse concebida de uma maneira extremamente naturalística, como movimento corpóreo que causa modificação no mundo exterior, na qual o conteúdo da vontade era irrelevante, por outro se criou a necessidade de caracterizar os aspectos subjetivos específicos do fato punível, não albergados pela ação.

Por conseguinte, os autores do modelo clássico de fato punível situaram tudo aquilo que era ligado ao conteúdo da vontade, inerente ao agente, dentro da estrutura da culpabilidade. É importante salientar, com base no exposto, que o sistema causalista

dividia a vontade do agente: a sua realização era pertencente ao tipo, enquanto o seu conteúdo integrava a culpabilidade. Neste norte:

De acordo com a teoria causal da ação, o resultado é fruto de um movimento muscular dominado pela força psíquica que o impele. Seriam, então, dois elementos diversos e que distintamente devem ser analisados: o elemento exterior, causador do resultado, em virtude do qual a ação é juridicamente relevante; e o elemento interior, que torna a ação atribuível a alguém. É a separação total entre a realização da vontade e o conteúdo da vontade²²⁰.

Por isso, no momento da ação, é insignificante qual era o intento do agente, já que tão-só é necessário que ele aja com vontade, sendo irrelevante o conteúdo da mesma. Apenas posteriormente, já na análise da culpabilidade, é que tal conteúdo será levado em consideração, conectando a ação efetuada com um juízo de responsabilização. Em outras palavras, constituindo-se a culpabilidade em um *vínculo psicológico entre o sujeito e o fato*²²¹, ela será o liame entre a ação penalmente relevante e a reprovação, esta última baseada nos aspectos subjetivos do autor.

A concepção psicológica, elaborada por Karl Binding e posteriormente aperfeiçoada por Von Liszt²²², é formada por dois elementos²²³: a imputabilidade e o vínculo subjetivo existente entre o sujeito ativo e o fato, que pode ser dar tanto na forma dolosa quanto na modalidade culposa.

A imputabilidade, aqui concebida como a capacidade que o sujeito ativo de uma conduta criminal possui de ser culpável²²⁴, é considerada como pressuposto fundamental da culpabilidade²²⁵. Em outros termos, somente após analisar se o agente poderá ser imputado que se verificará a existência do liame subjetivo entre ele e o fato. Essa capacidade de culpabilidade toma por base as condições psicológicas do autor, sendo que deve compreender o valor do fato, estando excluídas ou reduzidas as situações de imperfeição ou de defecção (doença mental)²²⁶.

O outro elemento é o vínculo subjetivo existente entre o fato e o autor, que pode ser manifestado tanto a título de dolo ou culpa. O primeiro consistia na vontade (A qual não se confunde com a vontade objetiva presente no tipo) e consciência de cometer o

²²⁰ REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 123.

²²¹ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 177.

²²² MACHADO, 2010, p. 45.

²²³ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 437-438.

²²⁴ BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 318.

²²⁵ REALE JUNIOR, 2000, p. 124.

²²⁶ SANTOS, 2010, p. 275.

delito no momento de sua execução. Vale ressaltar que aqui o tínhamos o conhecido *dolo normativo*, o qual albergava, como um de seus elementos, a consciência da ilicitude²²⁷.

Por sua vez, a culpa baseia-se na não previsibilidade do resultado pelo autor, quando era possível fazê-lo, e, ao não abster-se da prática da ação, gera um resultado típico, seja por imprudência, imperícia ou negligência²²⁸. Aqui temos a primeira grande falha da doutrina psicológica: se o delito culposo era aquele cometido quando o autor, podendo prever um resultado, não se abstém da prática da conduta e gera uma lesão, a noção de culpa inconsciente²²⁹ perde totalmente a sua relevância jurídica: “Ante esta comprovação, a culpa inconsciente ficou fora da teoria psicológica da culpabilidade e fez com que alguns autores afirmassem que a culpa inconsciente não dava lugar a delitos, e sim a outra classe de injustos (administrativos, etc.)²³⁰”.

Além disso, a teoria da culpabilidade psicológica demonstrou-se insuficiente para fundamentar outros conceitos da teoria do delito, como os crimes omissivos e as próprias causas de exculpação²³¹. Tal doutrina se encontra superada, contudo consiste em uma importante fase histórica da evolução da matéria em comento.

6.1.2 A culpabilidade psicológico-normativa (Normativa complexa)

A teoria normativa complexa da culpabilidade possui seus maiores defensores no sistema neokantista de delito. Aqui o direito é visto como uma ciência da cultura, sendo instalado um juízo de valoração jurídica, o que ocasionou a busca de uma fundamentação normativa para as diferentes categorias sistemáticas²³².

²²⁷ MASSON, 2011, p. 438.

²²⁸ Segundo a mais nova doutrina, a imprudência consiste na prática de uma ação arriscada ou perigosa, com viés omissivo (*culpa in faciendo* ou *in committendo*). Já a imperícia é a falta de conhecimento ou capacidade técnica para a execução de determinada atividade (Não se confunde com erro profissional). Por fim, a negligência (*culpa in ommittendo*) é a displicência no momento da ação, ocorre quando o autor, podendo tomar os cuidados necessários, não o faz. Para maior esclarecimento vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, P. 226.

²²⁹ “A culpa inconsciente, (...), ocorre quando não só não se deseja o resultado lesivo, como também não se prevê, sequer, sua possibilidade: não há a representação do perigo”. In: PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, P. 240.

²³⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 494.

²³¹ Neste sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, P. 275; BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 319; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 469.

²³² GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: <file:///C:/Users/rafael silveira/Downloads/Messages.pdf>. Acesso em: 07 Jul. 2016.

Essa mudança de sustentação teórica, dando azo à preponderância das ciências da cultura sobre as ciências da natureza, ocasionou transformações nos elementos categoriais da teoria do delito. Nesta ocasião, principalmente a ilicitude e a culpabilidade sofrem forte incidência de carga normativa²³³.

Devido a essa nova formulação dos conceitos penais, a culpabilidade sofre algumas mudanças notáveis. Contudo, vale dizer que não existe apenas uma teoria da culpabilidade, sendo que a sua formulação variará de acordo com os diversos autores, tendo em comum este novo caráter normativo.

É exatamente por isso que, para compreendermos de forma satisfatória a concepção normativa pós-positivista, é necessário que analisemos os principais doutrinadores da época, de forma singularizada. Assim, elegemos as principais autoridades sobre o tema²³⁴: Reinhard Von Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e por fim o ilustre Edmund Mezger.

No ano de 1907, Frank repensa o conceito de culpabilidade. Partindo do modelo clássico de delito, o douto alemão insere na estrutura da culpabilidade um elemento normativo: a reprovabilidade. O autor seria reprovável na medida em que não se coibiu da realização da conduta quando deveria fazê-lo. Assim dispõe Miguel Reale Junior:

Em FRANK, a culpabilidade é um conceito composto de elementos heterogêneos: a imputabilidade (normalidade psíquica), o vínculo psicológico (dolo e culpa) e ainda a normalidade das circunstâncias que obriga o agente a omitir a ação (reprovabilidade).

Sob tal enfoque, a excepcional ocorrência de circunstâncias anormais exclui a culpabilidade, pois, inserido em tal situação, não podia o agente se comportar em conformidade com o direito, sendo exemplo disso o que sucede no estado de necessidade²³⁵.

Portanto, para o professor teutônico, a culpabilidade, com fundamento na reprovabilidade do agente, consiste basicamente em um juízo de valor²³⁶ do fato em que o autor atuou, levando-se em consideração as circunstâncias concretas presentes no momento da conduta.

Goldschmidt desenvolve o pensamento de Frank, e fundamenta sua teoria com base em dois preceitos: norma de direito e norma dever²³⁷. A primeira consiste em

²³³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: Prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

²³⁴ PRADO, 2013, p. 469.

²³⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 180

²³⁶ PRADO, op. cit., p. 470.

²³⁷ REALE JÚNIOR, op. cit., p. 181.

mandamentos imperativos destinados aos indivíduos, os quais devem atuar em conformidade com tais regras, devendo conformar-se com o direito e nunca contrariá-lo (norma dever).

A ação do agente, pautada pela noção de norma de dever, possui íntima relação com a inexigibilidade de outra conduta: o agente será reprovado na medida em que poderia agir de outro modo diante das circunstâncias, mas será exculpado quando não seria justo cobrar-lhe uma ação de acordo com a norma de dever, tendo por base a situação em que se encontra²³⁸ (Por exemplo, quando a norma de dever exigir um sacrifício maior do que a lesão geraria).

Essa noção de inexigibilidade de outra conduta é aprimorada na doutrina de Freudenthal, ganhando maior autonomia. Baseado em uma valoração ético-social, a culpabilidade para tal autor consiste na reprovação do agente “por ter agido contra o direito, quando poderia não o ter feito”²³⁹. A exigibilidade é catapultada do âmbito da justificação para a exculpação e ganha posição central no sistema de culpabilidade. Nesse diapasão:

Nota-se, pois, que surge a exigibilidade como elemento normativo autônomo da culpabilidade, comum, inclusive ao dolo e a culpa, e relacionada com a conduta adequada à norma. Este elemento é construído sobre o livre arbítrio e sua capacidade de autodeterminação conforme o sentido²⁴⁰.

Assim, com base na opção que o agente possui no momento da ação delituosa, a reprovação da conduta irá recair quase que exclusivamente sobre a exigibilidade de conduta adversa, esta fulcrada na consciência popular, aproximada ao ordenamento jurídico pela normativização dos conceitos²⁴¹. Caso não seja possível exigir uma ação conforme os ditames legais, impossível também seria a imputação de crime a determinada pessoa, já que ela não possui poder de decisão no momento da ocorrência do fato.

Por fim, temos a doutrina de Edmund Mezger, considerada como o ápice da teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Para ele, a culpabilidade era entendida como “situação fática e um juízo axiológico sobre ela versado”²⁴². O interessante aqui é que o juízo de culpabilidade passa a recair sobre o autor e não sobre o fato. É justamente

²³⁸ SANTOS, 2010, p. 276.

²³⁹ REALE JÚNIOR, 2000, p. 135

²⁴⁰ MACHADO, 2010, p. 63.

²⁴¹ REALE JÚNIOR, 2004, p. 183.

²⁴² PRADO, 2013, p. 470.

por isso que a personalidade do agente, o seu caráter e a sua vida social ganham grande importância para a imputação criminal. Consagra-se a denominada *culpabilidade pela condução de vida*²⁴³.

Esse modelo gerou uma séria consequência para aplicação do direito penal, já que a teoria de Mezger foi utilizada para basear diversas leis de caráter racista durante a vigência do nacional-socialismo alemão²⁴⁴. A culpabilidade baseada no autor ampliou o arbítrio estatal, permitindo intervenções desmensuradas na esfera íntima dos indivíduos.

De um modo geral, o modelo de culpabilidade psicológico-normativa mantém as estruturas da culpabilidade psicológica, aderindo a ela elementos de índole normativa: o dolo e a culpa continuam sendo integrados a culpabilidade, contudo, não mais se confundem com ela. Aqui tais elementos são bem delimitados, de modo a propiciar uma nítida conceituação de seus predicados. Vale lembrar que o dolo ainda é normativo, albergando o elemento da consciência da ilicitude.

A questão da imputabilidade também sofre mudança substancial. Não mais ela é vista como um pressuposto fundamental da culpabilidade, a exemplo do que se tinha na teoria psicológica. Aqui, assim como ocorre com o dolo e a culpa, ela nada mais é do que um dos elementos da culpabilidade.

Além disso, como já expusemos acima, insere-se um elemento normativo no seio da culpabilidade, que poderá variar conforme o autor a ser seguido. Mas, de um modo geral, tal elemento normativo se resume a *exigibilidade de conduta diversa*²⁴⁵, cuja verificação dependerá das circunstâncias ambientais presentes no momento da ação.

Tal sistema neoclássico de culpabilidade também foi alvo de críticas pela doutrina. Apesar das mudanças, este novo modelo manteve as principais estruturas da doutrina causal-naturalista. O que se buscou foi apenas uma reinterpretação dos conceitos sob um viés normativo²⁴⁶. Por isso, surgiu a necessidade de um novo pensamento penal, capaz de solucionar as falhas das doutrinas acima expostas, emergindo a teoria finalista do fato punível.

²⁴³ BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 318.

²⁴⁴ MACHADO, 2010, p. 65.

²⁴⁵ MASSON, 2011, p. 438.

²⁴⁶ PUIG, 2007, p. 414.

6.1.3 A culpabilidade normativa (normativa pura, extrema ou estrita)

O sistema causalista de delito sofreu forte derrocada após o advento da segunda guerra mundial. Emerge, principalmente no cenário alemão, a teoria finalista da ação, cujo intuito consistia em combater os preceitos das doutrinas anteriores²⁴⁷, estabelecendo novas bases dogmáticas para as categorias do delito.

Assim como ocorreu na teoria da ação, a culpabilidade também sofre fortes transformações em seus elementos, perdendo grande carga de subjetividade e adquirindo fortes bases ontológicas e normativas²⁴⁸. O grande autor desta escola, como já exposto por nós, foi o professor e jurista alemão Hans Welzel, o qual definia a culpabilidade como:

Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor podia adotar no lugar da resolução de vontade *antijurídica* – tanto se esta se dirige à realização dolosa do tipo como se não se aplica a direção final mínima exigida – uma resolução de vontade *conforme a norma*. Toda culpabilidade é, pois, culpabilidade de vontade. Apenas aquilo que depende da vontade do homem pode ser-lhe reprovado como culpável²⁴⁹.

A reprovabilidade da doutrina finalista tem como base o livre arbítrio²⁵⁰. O homem, no momento da ação, possui uma escolha: agir de modo lícito ou transgredir a norma, efetivando uma lesão a algum bem jurídico. Desse modo, a vontade do agente está amparada pela liberdade que possui de reger-se conforme os fins pretendidos.

Além disso, a culpabilidade finalista perde grande carga de subjetividade se comparada a doutrina psicológico-normativa. Não mais o dolo e a culpa a integram. Tais elementos são transferidos para o tipo. Contudo, no tocante ao dolo uma observação é de suma importância.

O dolo finalista deixa de ser normativo. Nesta nova corrente doutrinária, ascende a figura do denominado *dolo natural*. Isso ocorre porque o elemento normativo do dolo, que é a consciência da ilicitude, permanece no âmbito da culpabilidade, com uma leve diferença, já que a consciência passa a ser *potencial*²⁵¹. Assim, o dolo finalista é

²⁴⁷ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 4, n. 4, p.5-50, Jan, 1996.

²⁴⁸ MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 0, p.1-11, jan. 2004.

²⁴⁹ WELZEL, 2015, p. 110.

²⁵⁰ Ibidem, p. 117.

²⁵¹ MASSON, 2011, p. 475.

composto somente pelos elementos consciência e vontade (intelectivo e volitivo) e, pela ausência de características normativas, é chamado de *natural*²⁵².

É exatamente por essa nova configuração que a culpabilidade finalista é conhecida como *normativa pura*, já que os antigos elementos subjetivos agora pertencem a figura da tipicidade. Por isso, a culpabilidade aqui é composta por três caracteres: a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é, basicamente, a capacidade de culpabilidade. Ela não é vista como pressuposto de culpabilidade ou como seu mero elemento, como faziam as doutrinas anteriores, mas sim como condição central de reprovabilidade²⁵³. Além disso, ela também é formada por dois elementos, o volitivo e o intelectivo.

Por tais elementos, o autor deve possuir capacidade de compreender a ilicitude do fato (intelectivo) e, com base nisso, atuar conforme tal compreensão, ou seja, determinar a sua vontade de acordo com a sua cognição (volitivo)²⁵⁴. Essa doutrina possui aporte no artigo 26 de nosso Código Penal²⁵⁵.

O segundo componente da culpabilidade finalista é o potencial conhecimento da ilicitude. Como exposto alhures, a consciência da ilicitude finalista não mais é real, com ocorria no sistema neokantista, mas sim potencial²⁵⁶. Deste modo o autor deve conhecer ou pelo menos ter condições de saber que a prática de sua conduta é contrária aos preceitos do ordenamento jurídico²⁵⁷.

Por fim, o último elemento deste modelo de culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa. Sendo um integrante valorativo da culpabilidade normativa pura, por tal elemento o autor somente poderá ser reprovado se ele pudesse ter atuado de forma diversa, ou seja, se tivesse condições de agir conforme os ditames legais, de forma lícita. Dessa maneira, estão isentas de culpabilidade as ações das quais o autor não teria nenhuma espécie de controle sobre o desenrolar dos fatos.

²⁵² MASSON, 2011, p. 441.

²⁵³ PUIG, 2007, p. 415

²⁵⁴ PRADO, 2013, P. 479

²⁵⁵ “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

²⁵⁶ “Além disso, o finalismo penal transforma a consciência da ilicitude, então real, em potencial. Não mais reclama o efetivo conhecimento do agente acerca do caráter ilícito do fato típico cometido. É suficiente tenha ele a possibilidade, a potencialidade de compreender o caráter ilícito do fato”. In: MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 475.

²⁵⁷ PRADO, 2013, p. 484.

Essas são as bases dogmáticas do atual conceito de culpabilidade, tendo-se por referência a maioria dos doutrinadores brasileiros. Com fulcro no exposto, passaremos a análise da aplicação de tais preceitos a figuras dos entes ideais, ressaltando as principais críticas sobre tal concepção aplicadas às pessoas jurídicas.

6.2 Análise crítica do conceito tradicional de culpabilidade aplicado às pessoas jurídicas

Vimos então que o conceito tradicional de culpabilidade sofreu grandes transformações no decorrer do desenvolvimento dogmático da teoria do delito. Desde a concepção psicológica é fácil notarmos a base antropológica da formulação dos conceitos, sendo eles construídos com fulcro nas características humanas.

Nesse sentido, tanto a doutrina causal-naturalista quanto a neokanstista falhariam em fundamentar um agir culpável de pessoas jurídicas. É latente a ausência de aparelho psíquico em empresas e, por consequência, muito difícil seria embasar um vínculo psicológico entre um autor moral e um fato criminoso.

Tais doutrinas, por este e outros problemas apresentados, sucumbiram diante da teoria finalista de fato punível. A partir de 1930²⁵⁸, ano em que Welzel publicou importante estudo sobre a sua doutrina, a teoria final da ação, juntamente com uma concepção normativa pura de culpabilidade, ganharam grande destaque no cenário penal mundial. A partir de então, a culpabilidade de entes coletivos deve ser visualizada sobre um enfoque totalmente diferente.

A crítica a respeito de uma culpabilidade finalista incidente sobre as pessoas jurídicas gira em torno dos elementos integrantes do conceito normativo puro de fato culpável. Uma eventual fundamentação deverá, de maneira pormenorizada, adequar-se e orientar-se pelos ditames da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da inexigibilidade de conduta diversa. Somente com a observância de tais preceitos será possível falar-se em uma culpabilidade normativa finalista de pessoas jurídicas.

A imputabilidade, como dito alhures, é a capacidade de culpabilidade. O sujeito, para ser considerado como autor de crime e passível de punição, deve possuir um mínimo de capacidade cognitiva. O primeiro grande entrave da aplicação da doutrina da

²⁵⁸ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 4, n. 4, p.5-50, Jan, 1996.

culpabilidade finalista às pessoas jurídicas reside aqui: a ausência de aparelho psíquico em entes morais impossibilita a concretização de uma capacidade de culpabilidade.

Todos os critérios para a aferição de tal capacidade foram construídos com fundamento em características humanas: o sistema biológico leva em consideração a existência ou não de doença mental²⁵⁹, impossível de ser aplicado em entes morais; o sistema psicológico toma por base as condições psicológicas do agente, também inaplicável às pessoas jurídicas devido a ausência de aparelho psíquico em tais entes²⁶⁰; o sistema misto ou biopsicológico é fruto da combinação dos dois sistemas anteriormente expostos, apresentando os mesmos problemas quando falamos em imputabilidade de empresas²⁶¹.

Com base nisso, a imputabilidade penal exige que o autor aja de maneira consciente no instante da prática criminosa. Tal consciência é inata a seres humanos, pois é atinente ao aparelho psíquico:

A consciência é essencialmente um “dar-se conta”. Eu tenho consciência de que vejo, penso, mas não tenho consciência da mesma forma direta e essencial do que os demais veem, pensam ou sentem; por isso se diz que a consciência é um dar-se conta interior; imediato e incomunicável²⁶² (Tradução livre)²⁶³.

Assim, a ausência de aparelho psíquico nas pessoas jurídicas levaria a um eterno estado de inconsciência, impedindo que ela seja considerada culpável na prática de um delito. É nesta senda que forte doutrina postula pela ausência de capacidade de culpabilidade nos entes morais:

Em primeiro lugar, a pessoa jurídica não tem *capacidade penal* (ou *capacidade de culpabilidade*), porque os requisitos de *maturidade* e de *sanidade mental* que fundamentam a *capacidade penal* de seres humanos são inaplicáveis à *entidade incorpórea* da pessoa jurídica, com sua *vontade coletiva* ou *pragmática* produzida em reuniões, deliberações e votos: a

²⁵⁹ PRADO, 2013, p. 479.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Existem outros sistemas que visam explicar a imputabilidade, como o jurídico, o cronológico, o sociológico, mas eles não são tão abordados pela doutrina como os expostos no texto. Para maior aprofundamento vide: ECHANDÍA, Reyes. **Imputabilidad**. 5. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997, p. 67-70.

²⁶² ECHANDÍA, Reyes. **Imputabilidad**. 5. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997, p. 62.

²⁶³ “La consciencia es esencialmente un “darse cuenta”. Yo tengo consciencia de que veo, pienso, pero no tengo consciencia en la misma forma directa y esencial de que los demás vean, piensan o sientan; por eso se dice que la consciencia es un darse cuenta interior; inmediato e incomunicable”.

capacidade penal não pode ser suprida pelo *registro* do contrato social da pessoa jurídica na Junta Comercial, por exemplo²⁶⁴.

Nesta mesma linha se posiciona Cezar Roberto Bitencourt²⁶⁵. Diz o renomado autor que a capacidade de culpabilidade possui dois momentos básicos, o cognoscitivo e o volitivo (Como exposto em linhas anteriores), os quais permitem o autor compreender o fato e agir conforme tal compreensão. Tais fatores somente podem ser constatados com a análise das condições de normalidade e de maturidade psíquicas, unicamente possível em seres humanos²⁶⁶. Por isso, Bitencourt também considera a pessoa jurídica como sujeito inimputável penalmente.

Também é problemática a aplicação do *potencial conhecimento da ilicitude* (ou do injusto) às pessoas jurídicas. Esse segundo elemento da culpabilidade tem por base a capacidade que o autor possui de compreender que a sua conduta é contrária aos ditames do ordenamento jurídico. Esse conhecimento da ilicitude também exige a existência de um aparelho psíquico²⁶⁷ capaz de perceber as circunstâncias externas ao fato e analisar se a ação cometida é ou não disforme ao ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar então que a pessoa jurídica não é capaz de formular uma consciência da ilicitude, já que “a *psique coletiva* formadora da *vontade pragmática* das reuniões, deliberações e votos é uma *ficção incorpórea* sem existência real, incapaz de representar a natureza proibida do tipo de injusto”²⁶⁸.

Por fim, no tocante ao último elemento da culpabilidade finalista, também há entraves dogmáticos que dificultam a responsabilização penal dos entes coletivos. Mesmo que alguns autores considerem que tal elemento é passível de incidência nos entes morais²⁶⁹, a situação fica complicada ao tratarmos acerca das causas de

²⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação subjetiva/Coordenação Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti- 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 276-277.

²⁶⁵ BITENCOURT, 2014, p. 39-41.

²⁶⁶ “‘Maturidade’ e ‘alterações psíquicas’ são atributos exclusivos da *pessoa natural*, e, por consequência, impossível serem trasladados para a *pessoa fictícia*”. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 40.

²⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação subjetiva/Coordenação Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti- 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 277.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ “Por fim, o terceiro elemento da culpabilidade, que é a ‘*exigibilidade de obediência ao direito*’. Embora esse elemento, em tese, possa ser exigido da pessoa jurídica, esbarra no caráter *sequencial dos demais*, uma vez que a *exigibilidade de obediência ao direito* pressupõe tratar-se de *agente imputável* e de estar configurada a *potencial consciência da ilicitude*, que, como já referido, é impossível no caso da pessoa jurídica”. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

exculpação. Isso se dá porque tais causas, sendo fatores excludentes de dirigibilidade normativa, levam em consideração características psíquicas, como a livre determinação de vontade, o instinto de conservação e pressões psicológicas²⁷⁰, inaplicáveis aos entes fictícios. Este é o magistério de Juarez Cirino dos Santos:

Enfim, as *situações de exculpação*, fundadas na *anormalidade* das circunstâncias do fato, que realizam a ideia de *inexigibilidade de comportamento diverso* – o traço característico do conceito *normativo* de culpabilidade –, são inaplicáveis a pessoa jurídica: a *psique coletiva* portadora de *vontade pragmática* é *imune* ou *insensível* a pressões ou perturbações emocionais excludentes ou redutores de *dirigibilidade normativa* (Como se denomina, hoje, a *capacidade de agir conforme ao direito*), próprias das *situações de exculpação legais* (coação irresistível, obediência hierárquica, excesso intensivo ou extensivo de legítima defesa real ou putativa), ou *supralegais* (fato de consciência, provocação de situação de legítima defesa, desobediência civil e, especialmente, conflito de deveres)²⁷¹.

Por todo o exposto, mesmo considerando válida a emanção de vontade das pessoas jurídicas com base em decisões de seus órgãos ou conselhos, a doutrina tradicional da culpabilidade mostra-se insuficiente para fundamentar uma possível culpabilidade dos entes morais. Assim como ocorre com as doutrinas da ação baseadas na vontade (causal, social e final), as vertentes finalistas do conceito de culpabilidade foram construídas e desenvolvidas com fulcro no agir criminoso de seres humanos, não levando em consideração peculiaridades atinentes as empresas.

É claro que a doutrina, percebendo tal insuficiência dogmática, desenvolveu outros modelos teóricos com o objetivo de fundamentar a responsabilização criminal das pessoas jurídicas. É importante salientar que o tema em epígrafe é vasto, e uma análise extensa das diversas teorias extravasaria ao objetivo de nossa pesquisa. Sendo assim, nos ateremos as formulações principais existentes na bibliografia estrangeira e nacional.

6.3 Modelos alternativos de responsabilização criminal dos entes coletivos

Neste ponto já é luminescente que a doutrina tradicional é incapaz de fundamentar a culpabilidade dos entes coletivos. As pessoas jurídicas, apesar de

²⁷⁰ SANTOS, 2010, p. 321.

²⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação subjetiva/Coordenação Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti- 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 278.

também serem consideradas como sujeitos aos olhos do ordenamento jurídico, possuem características próprias e diante disso não podem ser tratadas da mesma maneira que as pessoas naturais.

Devido a tal fato, diversas são as teorias que visam explicar a culpabilidade das empresas, seja de forma direta ou derivada. Para compreendermos de maneira efetiva tais doutrinas, é necessário nos desvincular das bases tradicionais da responsabilidade penal e entendermos o sistema punitivo sob uma perspectiva diferente.

Assim, de uma forma geral, as teorias que objetivam fundamentar a culpabilidade dos entes morais são inaplicáveis aos delitos cometidos por pessoas naturais. Elas podem ser divididas em dois grupos: de um lado estão situados os sistemas de responsabilização penal por fato alheio (*responsabilidad penal por atribución del hecho de outro*²⁷²), também conhecidos como heterorresponsabilidade (*heteroresponsabilidad*²⁷³); por outro viés temos os modelos de responsabilidade por fato próprio (*responsabilidad por hecho propio*²⁷⁴), denominado também de autorresponsabilidade (*autoresponsabilidad*²⁷⁵).

Os sistemas de responsabilização penal por fato alheio, como o próprio nome indica, são aqueles que a punição da pessoa jurídica é fundamentada em ato cometido por outra pessoa, como um representante legal. De origem anglo-saxã (*alther ego theory*²⁷⁶), neste modelo existe uma verdadeira transferência de responsabilidade, imputando a pessoa jurídica ato praticado por pessoa física:

O primeiro grupo de sistemas, os de heterorresponsabilidade, partem da comissão de um fato delitivo realizado por uma pessoa física, considerando

²⁷² CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016

²⁷³ PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p.219-263, nov. 2013. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiijdnx2ZfTAhVLhZAKHRwrB_YQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.usc.es%2Frevistas%2Findex.php%2Fepc%2Farticle%2Fdownload%2F1395%2F1667&usg=AFQjCNF9KQdVRYfUaQR05gnAU6h6sLGcbA&sig2=H8CVyWhew26wU1La-JRw3Q. Acesso em: 10 ago. 2016.

²⁷⁴ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, Chile, n. 16, p.55-74, nov. 2012.. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016

²⁷⁵ PASAMAR, op. Cit.

²⁷⁶ CAVERO, op. Cit.

que tal fato será imputável ou atribuível a uma pessoa jurídica quando se deem determinados requisitos de caráter formal ou material²⁷⁷ (Tradução livre)²⁷⁸.

A problemática central de tal modelo é definir quais são as pessoas físicas capazes de atuar de maneira a imputar penalmente as pessoas jurídicas. Em melhores certames, é preciso definir quando a pessoa jurídica irá responder por atos praticados por pessoas naturais, que espécie de vínculos que fundamentam está responsabilidade e até mesmo os limites de punição imposta aos entes coletivos.

Com o intento de delimitar tal atribuição de responsabilidade, duas teorias se destacam: a teoria da função e a teoria do interesse²⁷⁹. Pela primeira a pessoa jurídica somente irá responder criminalmente pelos atos praticados por representantes ou órgãos que atuem com fulcro na atribuição de poderes de representação e de administração. São exemplos as ações praticadas por diretores e por representantes de empresas.

Por sua vez, a teoria do interesse define que deverão ser imputadas às pessoas jurídicas as ações realizadas por pessoas naturais com interesse ou em benefício da sociedade empresarial. Deste modo, as condutas que não contribuam para a sociedade ou que não lhe tragam nenhuma espécie de ganho não servem para incriminar a empresa, devendo ser responsabilizada somente a pessoa natural que cometeu a ação.

Este modelo de heterorresponsabilidade (vicarial ou por transferência) apresenta alguns entraves dogmáticos. Em primeiro lugar ameaça o princípio da personalidade das penas, já que estende os atos da pessoa natural às pessoas jurídicas. Ademais, também argui-se que o mesmo é fundado em um sistema de responsabilidade objetiva, já que ausente os elementos subjetivos da ação da pessoa jurídica. Cheias de luz são as palavras de Miguel Pasamar:

O modelo anglo-saxão de “*vicarious liability*” adoece de graves defeitos por ser contrário principalmente a proibição de responsabilidade penal por atos

²⁷⁷ MUÑOZ, Alfonso Galán. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autoresponsabilidad. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 15, p.171-217, nov. 2011. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2011.29480>. Disponível em: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29480/31255>. Acesso em: 10 ago. 2016.

²⁷⁸ “El primer grupo de sistemas, los de heterorresponsabilidad, parten de la comisión de un hecho delictivo realizado por una persona física, considerando que dicho hecho será imputable o atribuible a una persona jurídica cuando se den determinados requisitos de carácter formal o material”.

²⁷⁹ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

alheios e ao princípio da pessoalidade das penas e implicaria, ademais, em uma responsabilidade objetiva (que resulta em injustiça quando o direito e o empregado tenham infringido os programas de cumprimento ou suas ações são contrárias a política corporativa). Nada obstante, poderia ser considerado constitucionalmente admissível se se parte que as pessoas jurídicas não são titulares de “direitos fundamentais” ou, ao menos, não dos mesmos que as pessoas físicas, de modo que tudo aquilo certamente questionável nesse âmbito (princípio da culpabilidade, *non bis in idem*, presunção de inocência, etc.) simplesmente se evaporaria do panorama da discussão ou ao menos poderia relaxar-se o estrito garantismo penal no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica sem aparente diminuição de direitos²⁸⁰ (tradução livre)²⁸¹.

Em face desses argumentos, árdua é a tarefa de se conceber um sistema de heterorresponsabilização sem o cerceamento de alguns direitos fundamentais, como o da igualdade de tratamento, e, por consequência, sem que se atente contra os postulados de um Estado democrático de direito. Por tais emblemas é que a doutrina argumenta no sentido de defesa de um modelo de responsabilização singularizado, tratando a pessoa jurídica como ente independente da pessoa natural. É o que analisaremos a seguir.

A autorresponsabilidade, também conhecida como responsabilidade por fato próprio, é um sistema pelo qual a pessoa jurídica é imputada diretamente, ou seja, a ação cometida é atribuída à empresa, e não a uma pessoa natural e depois transladada para o ente coletivo. A pessoa jurídica liga-se diretamente ao fato delitivo, não necessitando de nenhum intermédio para que se justifique a sua responsabilidade e, por consequência, a sua culpabilidade.

Essa teoria, baseada na culpabilidade da empresa, parte de um sistema hermético, fechado. A justificação da punição empresarial é atrelada a própria pessoa

²⁸⁰ PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p.219-263, nov. 2013. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiijdnx2ZfTAhVLhZAKHRwrB_YQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.usc.es%2Frevistas%2Findex.php%2Fepc%2Farticle%2Fdownload%2F1395%2F1667&usg=AFQjCNF9KQdVRYfUaQR05gnAU6h6sLGcbA&sig2=H8CVyWhew26wU1La-JRw3Q. Acesso em: 10 ago. 2016.

²⁸¹ “El modelo anglosajón de “*vicarious liability*” adolece de graves defectos por ser contrario principalmente a la prohibición de la responsabilidad penal por hechos ajenos y al principio de personalidad de las penas e implica, además, una responsabilidad objetiva (que deviene en injusticia cuando el directivo o empleado han infringido los programas de cumplimiento o sus actuaciones son contrarias a la política corporativa). Sin embargo, podría ser considerado constitucionalmente admisible si se parte de que las personas jurídicas no son titulares de “derechos fundamentales” o, al menos, no de los mismos que las personas físicas, de modo que todo aquello ciertamente cuestionable en este ámbito (principio de culpabilidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, etc.) simplemente se evaporaría del panorama de la discusión o al menos podría relajarse el estricto garantismo penal en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica sin aparente merma de derechos”.

jurídica, sendo que aqui a responsabilidade é autônoma e originária²⁸² pois é fruto de uma conexão causal direta entre o delito e a entidade empresarial.

Devido a ampla gama de construções doutrinárias acerca dos modelos de autorresponsabilidade, não é possível tratarmos todos eles de forma unitária porque cada um possui suas características próprias e fundamentos diferentes. Assim, abordaremos em tópicos singularizados as posições dos mais renomados autores sobre a discussão em epígrafe, de forma a propiciar ao leitor uma visão geral sobre a culpabilidade das corporações.

6.3.1 A culpabilidade pelo defeito de organização – A posição de Klaus Tiedemann

O autor teutônico e especialista em direito penal econômico Klaus Tiedemann é um dos mais renomados juristas acerca do tema na atualidade. Em primeiro lugar, o autor reconhece a impossibilidade de se aplicar aos entes fictícios o conceito de culpabilidade como reprovação moral, pois este somente é passível de incidência em pessoas naturais²⁸³.

Mesmo que as empresas não sejam objeto de culpabilidade como reprovação moral, adverte o douto que isso não impede que elas sejam destinatárias de normas jurídicas de caráter ético²⁸⁴. É aqui que ascende a noção de culpa própria do ente coletivo, pois ele pode ser transgressor de regras positivas e ter seu comportamento interpretado como eticamente desaprovado e contrário aos preceitos do ordenamento jurídico.

Tal transgressão da norma jurídica seria decorrente de um defeito de organização empresarial. A pessoa jurídica, por falta de um correto funcionamento e por um eventual desdém em seus poderes de vigilância em face de seus componentes, é alvo de responsabilização criminal com base na omissão em tomar as medidas necessárias para

²⁸² GJURANOVIC, Andrés Ortúzar. Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley No. 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.195-257, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29506>. Disponível em: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29506/31287>. Acesso em: 10 ago. 2016.

²⁸³ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

²⁸⁴ Ibidem, p. 40.

a prevenção da prática delituosa e também pela ausência de instalação de medidas de segurança com o intuito de extirpar o comportamento delitivo corporativo²⁸⁵.

Uma das consequências de tal assertiva é que não há responsabilidade penal da pessoa jurídica se o crime cometido é decorrente de manifesta infração dos deveres de organização por parte da pessoa natural²⁸⁶, pois o ente coletivo atuou de forma eticamente correta, tomando as medidas necessárias para a prevenção da ação lesadora de bem jurídico.

Portanto, a ação cometida pela pessoa natural é imputada como ação própria do ente coletivo, pois ele não tomou as iniciativas necessárias para a prevenção do delito. A doutrina de Tiedemann se utiliza de fundamentos parecidos com os da conhecida *actio libera in causa*²⁸⁷, já que antecede a culpabilidade para o momento anterior a prática delituosa, com fulcro na má organização e conduta omissiva da empresa. Em melhores palavras: “Na realidade não se sanciona pelo ato individual, mas sim pela falta de cuidado em um momento anterior que tivesse permitido evitar o fato delitivo” (Tradução livre)²⁸⁸²⁸⁹.

Apesar de constituir um importante pensamento dentro da dogmática penal, o modelo de culpabilidade empresarial fulcrado no defeito organizacional possui algumas controvérsias. A princípio, argui-se que tal modelo constitui um sistema de responsabilidade por fato cometido por outrem²⁹⁰, pois a responsabilização pela omissão da empresa e de seus órgãos em evitar o delito configuraria uma espécie de modelo de transferência de responsabilidade penal. Mas, como bem pondera Caverio, tal crítica não logra êxito, pois mesmo que o modelo proposto por Tiedemann tenha muitos traços de heterorresponsabilidade, ele não chega a misturar as responsabilidades da pessoa natural e da pessoa jurídica, não se podendo confundir o modo de organização da empresa com as decisões de seus órgãos de supervisão:

²⁸⁵ BACIGALUPO, 1998, p. 171.

²⁸⁶ PARDO, Vicente José Martinez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Valência, n. 26, p.61-78, jan. 2011.

²⁸⁷ “O conceito de *actio libera in causa* pressupõe capacidade de culpabilidade na ação precedente, em que o autor se coloca em estado de incapacidade, com intenção de realizar (dolo) ou sendo previsível a possibilidade de realizar (imprudência) fato típico posterior determinado”. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 292-293.

²⁸⁸ “en realidad no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo”.

²⁸⁹ BACIGALUPO, 1998, p. 172.

²⁹⁰ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Este questionamento pressupõe, porém, que seja possível reduzir a forma de organização da pessoa jurídica completamente à decisão de um órgão de controle de supervisão, o que parece pouco plausível, ao menos, em organizações com certo grau de complexidade. Por esta razão, não parece razoável qualificar, em geral, a culpabilidade por defeito de organização de atribuição pelo fato de outrem²⁹¹ (Tradução Livre)²⁹².

Em suma, mesmo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica dependa da ação de uma pessoa física, existindo certa conexão entre os agentes, o modelo proposto por Tiedemann é um exemplo claro de autorresponsabilidade e constituiu um grande avanço em prol da criminalização de corporações e demais entes morais.

6.3.2 *A culpabilidade pelo caráter da empresa – A posição de Ernst-Joachim Lampe*

Prosseguindo com as construções baseadas na forma de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas, passemos a análise da teoria de Lampe. Também conhecida como *teoria do injusto do sistema*, tal doutrina muda o embasamento teórico da conduta, abandonando a ideia de autor individual e partindo da noção de estruturas sistêmicas de injusto²⁹³.

O ponto de partida para a imputação de um delito é focado em sistemas de injusto, que nada mais são do que sistemas sociais. Tais sistemas constituem-se por relações organizadas por indivíduos que, de maneira coordenada, atuam como se fossem um único organismo. Mesmo que ele possua uma dimensão individual, característica de cada componente, ao mesmo tempo o organismo também apresenta uma dimensão sistêmica²⁹⁴, titular de responsabilidade própria.

Em face disso, a pessoa jurídica é vista como um sistema autônomo, mais especificamente um *sistema de injusto constituído* (Devido a sua composição por diversos integrantes), e sua responsabilidade é derivada do potencial criminal inerente

²⁹¹ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

²⁹² “Este cuestionamento presupone, sin embargo, que sea posible reconducir la forma de organización de la persona jurídica completamente a la decisión de un órgano de control de supervisión, lo que parece poco plausible, al menos, en organizaciones con cierto grado de complejidad. Por esta razón, no parece razonable calificar, en general, a la culpabilidad por defecto de organización como un modelo de atribución de hecho de otro”.

²⁹³ BACIGALUPO, 1998, p. 183.

²⁹⁴ Ibidem, p. 185.

as suas atividades (de acordo com a doutrina espanhola, incluem-se nos *sistemas potencialmente criminales*²⁹⁵).

Esse sistema de injusto ao qual pertence a pessoa jurídica é integrado por quatro elementos básicos: estrutura de organização deficiente, a qual não permite o controle correto dos perigos resultantes da atividade empresarial; considerável potencial de risco derivado do próprio funcionamento da indústria, como riscos ambientais; erosão do conceito individual de responsabilidade penal, incapaz de fundamentar a criminalidade dos entes coletivos; por fim uma filosofia criminógena, pela qual a pessoa jurídica expõe seus membros e ela mesma a ambientes propícios para o cometimento de delitos²⁹⁶.

De maneira simplista, o cerne da teoria da culpabilidade baseada em sistemas de injusto está no último elemento acima citado, a filosofia criminógena da empresa. É com base neste conceito que fala-se em *responsabilidade pelo caráter*, posto que o estímulo para o cometimento de delitos é visto como uma forma de “mal caráter”, uma atitude que merece ser reprovada juridicamente e, portanto, culpável. Neste sentido:

Já que o injusto de uma filosofia empresarial criminógena se encontra no âmbito ético-social, também se encontra neste âmbito a *culpabilidade do management* (como parte do sistema, não como expressão de personalidade!). A culpabilidade de um autor consiste em ter permitido a realização do injusto. *A culpabilidade da empresa ou de seu management* consiste em ter criado ou ter mantido (cultivado) tal filosofia. A culpabilidade é sempre a expressão de um mau caráter. O mesmo ocorre com a culpabilidade da empresa: é consequência de um mau caráter empresarial. Portanto, deve responder por esse caráter²⁹⁷ (Tradução livre)²⁹⁸.

A teoria de Lampe é inovadora no sentido de tentar estabelecer um novo modelo de interpretação da sociedade e, por derradeiro, uma nova proposta de leitura jurídica dos comportamentos individuais e corporativos. No entanto, tal formulação apresenta alguns pontos seriamente criticáveis.

²⁹⁵ BACIGALUPO, 1998, p. 184.

²⁹⁶ Ibidem, p. 186.

²⁹⁷ Ibidem, p. 190.

²⁹⁸ “Ya que el injusto de una filosofía empresarial criminógena se encuentra en el ámbito ético-social, también se encuentra en ese ámbito la *culpabilidad del management* (como parte del sistema, no como expresión de personalidad!). La culpabilidad de un autor consiste en haber permitido la realización del injusto. La *culpabilidad de la empresa o de su management* consiste en haber creado o en haber mantenido (cultivado) tal filosofía. La culpabilidad es siempre la expresión de un mal carácter. Lo mismo ocurre con la culpabilidad de la empresa: Es consecuencia de un mal carácter empresarial. Por lo tanto, debe responder por ese carácter”.

Em primeiro lugar, ela não se enquadra plenamente no modelo de autorresponsabilidade. Mesmo que a culpabilidade seja atribuída com fulcro na filosofia criminógena cultivada pela empresa, no momento da prática do crime a opção entre agir e abster-se ainda repousa sobre a pessoa natural, de modo a perseverar uma conexão entre as responsabilidades individuais e institucionais e, conseqüentemente, características de heterorresponsabilidade²⁹⁹.

Ainda, a noção de culpabilidade pelo caráter mostra-se inadmissível em um estado democrático de direito. Isso porque tal modelo se afasta do *direito penal do fato* e constitui em uma verdadeira construção de *direito penal do autor*, esta última tão cara a antiga Escola de Kiel, fundadora do nacional socialismo alemão e justamente por isso amplamente repudiada pelo direito penal moderno³⁰⁰. Apesar disso, a teoria de Lampe merece toda atenção e não deixa de constituir uma importante proposta para a responsabilização criminal dos entes coletivos.

6.3.3 A culpabilidade pela defeituosa administração dos riscos – A posição de Gunther Heine

Também conhecida como *Teoria do domínio da organização funcional-sistêmico defeituoso*³⁰¹, a doutrina de Heine é uma forte vertente funcionalista da responsabilização penal da pessoa jurídica. O autor alemão teve como objetivo buscar uma fundamentação penal própria dos entes coletivos, levando em consideração as suas características peculiares.

Para tanto, Heine parte do pressuposto de que o direito penal clássico é inapto para fulcrar o agir delitivo das corporações, isso devido ao fato de que a dogmática sempre buscou construir os seus elementos com base na pessoa natural, estabelecendo um modelo de responsabilidade individual.

Nessa senda, completa o autor que nem mesmo os modelos de culpabilidade adaptados, que busquem um denominador comum entre as pessoas naturais e os entes

²⁹⁹ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ MACHADO, 2010, p. 280.

coletivos, são capazes construir um sistema de responsabilidade. Qualquer teoria que almeje comparar seres antropológicos e entes morais estaria fadada ao fracasso³⁰².

Logo, para uma correta aplicação do direito penal, a ruptura teórica entre a responsabilidade penal individual e a responsabilidade coletiva é substancial. É por isso que a doutrina elaborada pelo autor teutônico é claramente um modelo de autorresponsabilidade. Assim como a teoria do domínio do fato aplica-se às pessoas naturais, a culpabilidade pela defeituosa administração dos riscos é uma construção unicamente aplicável a responsabilidade das corporações.

Com base em postulados da teoria da imputação objetiva, Heine afirma que a imputação penal das pessoas jurídicas se deve ao fato da elevação de riscos na realização das atividades empresarias. Por uma administração defeituosa, o ente coletivo não aproveita a possibilidade de tomar atitudes para evitar a realização do delito, tampouco realiza medidas para inverter o resultado da ação criminosa³⁰³.

Aqui o resultado possui importância majorada. Como consequência dos postulados de sua teoria, o liame entre o autor e o resultado não mais se dá por meio de uma causalidade estrita, muito menos por vínculos psicológicos. A elevação do risco, em regra, somente poderá ser constatada com a lesão ao bem jurídico, tornando o resultado uma *condição objetiva de sanção*³⁰⁴.

Contudo, para não caracterizar uma responsabilidade estritamente objetiva, a doutrina da culpabilidade pela condução da atividade empresarial não refuta os elementos subjetivos clássicos da ação, como o dolo ou a culpa. Ela propõe uma releitura desses elementos. O que vale não é o conhecimento real de tais elementos, mas sim a sua determinação em função de considerações sociais.

Apesar de ser uma grande construção funcionalista da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a tese elaborada por Heine não é livre de críticas. A má administração dos riscos afasta-se da culpabilidade pelo fato, já que o mais relevante é como o ente moral coordena as suas atividades e não a postura do agente no momento da prática do crime. É diante disso que certa doutrina, assim como ocorre na teoria de Lampe, afirma que o modelo de Heine aproxima-se de um sistema de direito penal do autor³⁰⁵.

³⁰² BACIGALUPO, 1998, p. 179.

³⁰³ Ibidem, p. 180.

³⁰⁴ Ibidem, p. 180.

³⁰⁵ “Está claro que lo que se busca es desvincular la culpabilidad empresarial de una decisión concreta tomada por una persona natural en determinado momento, pero, al darle a la dimensión temporal un

6.3.4 *A culpabilidade analógica – A posição de Percy García Caveró*

Doutor em direito pela universidade de Navarra, Percy García Caveró expõe um conceito interessante de culpabilidade aplicável às pessoas jurídicas. Para iniciar a sua construção teórica, o autor postula que é necessário entendermos as regras de direito penal como normas de sanção e não como normas de conduta.

Esse entendimento possibilita que a aplicação de sanção seja vista não como um instrumento de prevenção de delitos, mas sim como uma maneira de restabelecimento da vigência da norma. Por esse viés, irrelevante é a natureza do ser, se pessoa natural ou jurídica, já que o fim da punição tem base na própria norma violada³⁰⁶.

Ademais, o autor crê que é necessário estabelecer uma correlação entre a pessoa natural e a pessoa jurídica, utilizando de certa analogia. Por isso o conceito de culpabilidade analógica exige que se justifiquem nos entes morais dois elementos presentes nos seres humanos que são cruciais para a responsabilização penal: a individualidade e a sociabilidade³⁰⁷.

A individualidade é necessária para se respeitar o princípio da personalidade das penas e, por derradeiro, delimitar a imputabilidade penal. Nas pessoas jurídicas esse elemento é constatado diante da complexidade organizativa, pela qual é possível diferenciar os interesses da empresa dos intentos de sócios ou representantes.

Por sua vez, a sociabilidade encontra-se no objeto social da pessoa jurídica. No exercício de suas atividades, o ente moral possui as mesmas faculdades e capacidades de negociação do que uma pessoa natural. Além disso, ele também possui papel social relevante e, mesmo não sendo titular de alguns direitos políticos, é considerado como um cidadão, sendo assim um sujeito responsável. Nas palavras do douto:

carácter constitutivo de la culpabilidad empresarial, se desmarca de la culpabilidad por el hecho y entra en el ámbito de la tan cuestionada culpabilidad de autor”. In: CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em:

<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016

³⁰⁶ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em:

<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

³⁰⁷ Ibidem.

É titular igualmente do status de cidadão, o que outorga as suas ações um sentido jurídico específico e justifica uma resposta social concreta (isto “é, responsabilidade). A ausência de direitos políticos atribuídos a pessoa jurídica não pode questionar em absoluto a atribuição do status de cidadão, pois se se aprecia detidamente a política, poderá constatar-se com facilidade o papel relevante que tem as empresas nas campanhas eleitorais e nas decisões de governo³⁰⁸ (tradução livre)³⁰⁹.

Cavero ainda defende que é necessário estabelecer os limites de imputação do injusto para a pessoa jurídica. Argui que não é preciso que uma pessoa física realize um injusto de resultado para que o ente coletivo seja considerado culpável³¹⁰, o que fortalece sua doutrina como um sistema de autorresponsabilidade. A pessoa jurídica é um ser autônomo e a sua culpabilidade não está vinculada a decisão de seus órgãos ou representantes.

6.3.5 *A culpabilidade construtivista – A posição de Carlos Gomez-Jara Díez*

Advogado e professor na Universidade Autónoma de Madri, Gomez-Jara é um dos autores de mais alto prestígio internacional quando se trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A sua doutrina, baseada na teoria do discurso e também em conceitos funcionalistas, é uma das teorias mais complexas sobre a culpabilidade dos entes coletivos. Por isso, nos focaremos nos pontos centrais de seus ensinamentos, expondo uma visão panorâmica sobre a questão.

Com grande aporte no filósofo alemão Niklas Luhmann, o professor espanhol monta toda a sua estrutura do delito empresarial com base na teoria dos sistemas. A sociedade é formada por diversos conglomerados, cada um deles desempenhando uma função específica. Mesmo que exista a influência de uns sobre outros, cada sistema é

³⁰⁸ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

³⁰⁹ “Es titular igualmente del statau de ciudadano, lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (esto es, responsabilidad). La ausencia de derechos políticos atribuidos a la persona jurídica no puede cuestionar en lo absoluto la atribución del status de ciudadano, pues si se aprecia detenidamente la política, podrá constatarse con facilidad el papel relevante que tienen las empresas em las compañías electorales y en las decisiones de gobierno”.

³¹⁰ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 10 ago. 2016.

autopoiético, possuindo a denominada “*autoreferencialidad*”, que é a capacidade de reproduzir-se a partir de seus próprios produtos³¹¹.

Em face dessa aptidão autopoiética de reproduzir-se é que se fundamenta a responsabilidade penal. Vale salientar que não importa o conteúdo de tal reprodução, mas sim a capacidade de o fazê-lo. Explicita o autor: o ser humano é um sistema psíquico, que se reproduz com base na consciência; a empresa é sistema social organizativo que se reproduz com bases nas decisões; o direito é um sistema funcional, tendo a sua reprodução base nas comunicações jurídicas³¹².

Por isso mesmo o indivíduo nunca irá se confundir com a empresa. Na concepção construtivista operativa³¹³ o ser humano é visto como uma estrutura interna do sistema empresarial, não se mesclando com ele devido a diferença das exteriorizações objetivas que cada um emana. Melhor dizendo, a pessoa natural expõe um comportamento no processo comunicativo diferente do que o apresentado pela pessoa jurídica, o que torna cada sujeito autônomo dentro da interação social. É neste norte que ensina Gjuranovic³¹⁴: “Por esse esquema, a empresa adquire uma autonomia que permite que o mesmo sujeito *empresa* se autodetermine (como sistema) com especial precedência dos sujeitos ou indivíduos que a compõem” (Tradução livre)³¹⁵.

Fulcrada em sua autonomia, a empresa constrói a sua própria *cultura empresarial*. Por meio dela a pessoa jurídica irá basear o seu processo comunicativo, exteriorizando ações concatenadas com o seu *código de organização*. Estes conceitos são imprescindíveis para a delimitação da responsabilidade penal. Somente poderão ser imputadas às pessoas jurídicas as ações que sejam resultado da aplicação desta cultura empresarial, caso contrário a responsabilidade cairá no indivíduo praticante da conduta³¹⁶.

³¹¹ DÍEZ, Cárlos Gomez-jara. El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial. In: DÍEZ, Cárlos Gomez-jara (Ed.). **Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial**: Propuestas globales comtemporáneas. 6. ed. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 100.

³¹² Ibidem, p. 101.

³¹³ Ibidem, p. 99.

³¹⁴ GJURANOVIC, Andrés Ortúzar. Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley No. 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.195-257, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29506>.

³¹⁵ “Bajo ese esquema, la empresa adquire una autonomía que permite a la postre que el mismo sujeto *empresa* se autodetermine (como sistema) con especial prescindencia de los sujetos o individuos que la componen”.

³¹⁶ “(...) una empresa que se organiza dentro de lo que es posible determinar una ‘cultura corporativa conforme a derecho’, no podría ser castigada penalmente, por ejemplo, por un derrame de residuos tóxicos, pues dichos actos operaron fuera de la organización conforme a derecho de la que goza la empresa o, dicho de otra manera, no son consecuencia de una organización de disconformidad con el

Prossegue o douto afirmando que a tal culpabilidade empresarial deve ser concebida como um *equivalente funcional* da culpabilidade individual. Assim como a culpabilidade tradicional deve atender a três pilares, também o deve a culpabilidade empresarial, sendo eles: fidelidade ao direito, como condição para vigência da norma; sinalagma básico do direito penal; por fim, a capacidade de questionar a vigência da norma.

A fidelidade ao direito é um elemento nascido na era pós-industrial. Com o desmantelamento das relações sociais e ascensão de modelos corporativos de interação, o Estado ficou incapacitado de gerir certos riscos. A hipercomplexidade das relações sociais fez com que as pessoas jurídicas passassem a desempenhar um papel de crucial importância para a vida social, muitas vezes exercendo funções que antes eram atribuídas ao poder central.

Em virtude de tais fatores, os entes coletivos se tornaram destinatários de normas jurídicas, o que por consequência lhes atribuiu o *status* de cidadão. Essa ascensão do cidadão corporativo e posterior institucionalização da *cultura empresarial de fidelidade ao direito* fundamenta a responsabilidade de tais entes, já que todo cidadão é considerado como um sujeito responsável pelos seus próprios atos, o que abre azo para uma *manifestação de culpabilidade jurídico-penal empresarial*³¹⁷.

Como cidadão, a pessoa jurídica possui os mesmos direitos que um ser humano, dentre eles a liberdade. Como ser livre, o ente moral pode se organizar da maneira que melhor atenda aos seus objetivos, porém deve responder pelos atos infracionais cometidos. Reside aqui o segundo elemento da culpabilidade construtivista, expressado pelo sinalagma básico do direito penal empresarial: o atrito entre liberdade e responsabilidade pelos atos praticados. Expõe com maestria o autor³¹⁸:

O nascimento do papel do cidadão corporativo fiel ao direito leva ao reconhecimento de um mínimo de igualdade às empresas. Nesse ponto radica o *segundo equivalente* funcional que, desta maneira, consiste no estabelecimento do sinalagma fundamental do direito penal (empresarial):

derecho: sólo podrían ser ‘atribuibles’ al sujeto que efectivamente las causó”. In: GJURANOVIC, Andrés Ortúzar. Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley No. 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?. *Revista de Estudios de La Justicia*, [s.l.], n. 16, p.195-257, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29506>.

³¹⁷ DÍEZ, 2006, p. 126.

³¹⁸ DÍEZ, Carlos Gómez-jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40.

liberdade de auto-organização (empresarial) vs. Responsabilidade pelas consequências (da atividade empresarial)³¹⁹.

Como cidadão, aos entes fictícios também é garantido o direito de intervir nos assuntos públicos. Pela liberdade de expressão, as pessoas jurídicas tem acesso amplo e irrestrito ao debate democrático, o que fundamenta o terceiro requisito da culpabilidade empresarial, que é a capacidade de questionar a vigência da norma. Mesmo não podendo votar, as corporações participam do processo de criação e de definição de normas sociais³²⁰, sendo indiscutível a sua importância para a evolução da comunidade.

Como demonstrado, o modelo de Gómez-Jara é, sem ressaio de dúvidas, uma forma de autorresponsabilidade empresarial. A concepção da pessoa jurídica como um sistema autopoiético, com grande atuação social, juntamente com a visão funcional dos elementos dogmáticos do delito fazem com que a doutrina do professor espanhol seja uma das teses mais coerentes sobre a responsabilização criminal dos entes morais. É claro que apenas expomos uma fração ínfima de sua teoria, contudo é incontestável o brilhantismo do douto da universidade de Madri.

³¹⁹ DÍEZ, 2015, p. 40.

³²⁰ DÍEZ, 2006, p. 127.

7 AS FUNÇÕES DA PENA CRIMINAL NA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Até o presente momento, nos ativemos a análise das categorias básicas do conceito de delito aplicados a criminalidade das pessoas jurídicas. Vimos as diversas teorias da ação e da culpabilidade que visam fundamentar o agir delitivo dos entes morais e, ao mesmo tempo, demonstramos a insuficiência da dogmática tradicional para explicar tal fenômeno.

Entraremos em outra grande questão acerca do tema: a função da pena criminal aplicada nos crimes cometidos por empresas e corporações. Não basta que o direito penal construa modelos teóricos capazes de fundamentar o delito cometido por entes morais, também é necessário que a aplicação da pena tenha um sentido, melhor dizendo, que possua funções específicas que refletirão sobre o sujeito penalizado e também que desempenhe um papel social, seja para a manutenção da paz ou para outros objetivos estabelecidos por políticas criminais.

Tais funções estão intimamente ligadas ao modelo de Estado de direito adotado pela sociedade. Dependendo de como é a organização da estrutura de poder e de que maneira ela reflete os valores sociais, as funções da pena serão variáveis. É fácil atestarmos tal fator quando analisamos a pena de morte: muitos países a repudiam, com fulcro no desenvolvimento dos direitos humanos; porém, algumas nações, baseadas em políticas internas de segurança, são amplamente favoráveis a aplicação da pena capital. É neste sentido que expõe Cezar Roberto Bitencourt:

Convém registrar que uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta uma de culpabilidade. Destaca-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio direito penal –, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica³²¹.

Podemos perceber então que a função da pena é análoga a própria função do direito penal: a proteção de bens jurídicos³²². Contudo, a palavra função também possui

³²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269-270.

³²² ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

outro sentido, já exposto alhures, que é o efeito que a pena visa causar sobre o indivíduo ou a sociedade, e é aqui que iremos concentrar a nossa análise.

Assim, o objetivo principal deste capítulo é a apreciação dos efeitos da pena criminal sobre as pessoas jurídicas. Para tanto, abordaremos as principais teorias sobre os fins da pena, partindo das teses retributivas até chegarmos as modernas construções de prevenção de integração, fortemente adotadas pelas doutrinas alemãs e espanholas.

7.1 A pena como retribuição – As teorias absolutas

A noção de pena como retribuição é antiga na sociedade e extravasa a área do próprio direito penal. Antes de o Estado se consolidar como órgão de pacificação social, os conflitos entre os indivíduos eram resolvidos pela força bruta. As penas, se assim podemos chamá-las, eram impostas pelas próprias vítimas e, como tal, inegável era o seu caráter de retribuição. Este era o período conhecido como *vingança privada*³²³.

Contudo, apesar do caráter retributivo, essas sanções não eram impostas pelo Estado, já que a solução de conflitos por meio de um poder central somente consolidou-se com o advento da jurisdição. A partir desse momento o Estado passou a ser o único e exclusivo detentor do *jus puniend*.

O exercício desse direito de punir, para ser legítimo, exigia fundamentação teórica convincente. Surgem então as teorias absolutas dos fins da pena, que apesar de terem seu ápice no Estado Absolutista, onde era forte a influência da religião³²⁴, possui diversos adeptos nos dias atuais. A despeito de existirem posicionamentos específicos, de uma forma geral todas elas enxergam a sanção como uma forma de retribuição pelo mal causado pelo delito, buscando a justiça por imposição de um castigo ao criminoso – *punitur quia peccatum est*³²⁵.

Talvez o maior expoente da doutrina absoluta se encontre em Kant. Mundialmente conhecido como um dos maiores filósofos de todos os tempos, o autor prussiano defendia que a pena não poderia ser vista sob um viés utilitarista³²⁶, como

³²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 29.

³²⁴ PUIG, 2007, p. 58-59.

³²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte geral - culpabilidade e teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

³²⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 40.

postulado por Cesare Beccaria³²⁷, pois se assim o fizéssemos trataríamos o homem como meio, algo veementemente combatido por Kant, que entendia o indivíduo sempre como um *fim em si mesmo*.

O eminente filósofo entendia a pena como uma punição ao culpado. O autor, ao perpetrar o delito, ocasionou um mal, o qual deve ser combatido na mesma proporção da lesão gerada. A pena é um castigo pela prática do crime. É até por essa razão que Kant era favorável a aplicação da pena capital, já que ela impunha o mesmo sofrimento causado pela ação criminosa³²⁸. Nesta mesma linha temos o posicionamento de Hegel:

A teoria de Hegel tem ponto de contato com a visão kantiana da pena, quanto ao caráter retributivo, mas desta se diferencia por ter uma fundamentação jurídica, enquanto para Kant a fundamentação é ética. A reafirmação da vigência do direito está relacionada com a intensidade da negação deste Direito e determinará a intensidade da pena que o afirmará³²⁹.

Portanto, em Hegel a pena é a negação do delito, que por sua vez é a negação do direito³³⁰. O indivíduo, ao infringir a norma, atenta contra o estado democrático, o que por consequência ofende a vontade geral da população. Para combater tal comportamento, a pena emerge como a reafirmação da vontade popular e como resposta jurídica ao crime, ela é a *negação da negação do direito*³³¹. Hegel, assim como Kant, também era um defensor da pena de morte³³².

³²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 18.

³²⁸ CAMARGO, 2002, p. 40.

³²⁹ Ibidem, p. 41

³³⁰ SANTOS, 2010, p. 422.

³³¹ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: Uma fundamentação para o direito penal**. Curitiba: Lumen Juris, 2010, p. 64.

³³² “Os dois maiores filósofos da época, Kant e Hegel – um antes, outro depois da revolução francesa –, defendem uma rigorosa teoria retributiva da pena e chegam à conclusão de que a pena de morte é até mesmo um dever. Kant – partindo da concepção retributiva da pena, segundo a qual a função da pena não é prevenir os delitos, mas simplesmente fazer justiça, ou seja, fazer com que haja uma perfeita correspondência entre o crime e o castigo (trata-se da justiça como igualdade, daquela espécie de igualdade que os antigos chamavam de “igualdade corretiva”) – afirma que o dever da pena de morte cabe ao Estado e é um imperativo categórico, não um imperativo hipotético, fundado na relação meio-fim. Cito diretamente o texto, selecionando a frase mais significativa: “Se ele matou, *deve morrer*. Não há nenhum sucedâneo, nenhuma comutação de pena que possa satisfazer a justiça. Não há nenhuma *comparação* possível entre uma vida, ainda que penosa, e a morte; e, por conseguinte, nenhuma outra compensação entre o delito e a punição, salvo a morte juridicamente infligida ao criminoso, mas despojada de toda maldade que poderia, na pessoa de quem a padece, revoltar a humanidade”. Hegel vai além. Depois de ter refutado o argumento contratualista de Beccaria, negando que o Estado possa nascer de um contrato, afirma que o delinquente não só deve ser punido com uma pena correspondente ao crime cometido, mas tem o direito de ser punido com a morte, já que somente a punição o resgata e é somente através dela que ele é reconhecido como um ser racional (aliás, ele é “honrado”, diz Hegel). Num adendo, porém, ele tem a lealdade de reconhecer que a obra de Beccaria teve, pelo menos, o efeito de reduzir o número de condenações à morte”. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 151-152.

Outro estudioso que também defendeu a concepção retribucionista de pena foi Francesco Carrara. Este grande escritor italiano entendia o delito como um ente jurídico, uma infração à ordem vigente. Melhor dizendo, o crime consistia em uma *violação do direito como exigência racional*³³³, e a pena, por consequência, visa retribuir juridicamente o crime com fulcro na norma infringida.

De um modo geral, toda a Escola clássica (a qual tinha como autores, dentre outros, Beccaria, Carrara, Rossi, Filangieri, Feuerbach) adotava um conceito retributivo de pena, não moral no sentido de Kant, mas sim jurídico, como negação do crime, com base na violação da norma.

Com o advento do Estado democrático de direito, a grande evolução da teoria dos direitos fundamentais e principalmente a mudança de perspectiva sob a ótica dogmática, a pena como retribuição já não mais figura no centro da ciência jurídico-criminal. Porém, é incontestável a influência das teorias absolutas no direito penal moderno, como nos expõe Alamiro Neto:

Atualmente, sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, não parece ser razoável a aceitação de uma perspectiva exclusivamente retributiva da pena, uma vez que sua racionalidade é abstrata, no sentido de realizar um ideal de justiça ou de recompor o Direito enquanto sistema normativo abalado. Isso não leva a crer que a visão retributiva não traga benefícios para um sistema penal moderno. Sua vinculação estrita ao princípio da proporcionalidade entre crime e pena é, sem dúvida, uma conquista essencial para a limitação do poder de punir do Estado (justiça distributiva)³³⁴.

7.1.1 Crítica às teorias absolutas da pena aplicadas as pessoas jurídicas

Mesmo que se aceite a retribuição como uma função válida da pena, a situação se complica quando trasladamos o sujeito ativo de uma pessoa física para um ente coletivo. Como já demosmos em capítulos pretéritos, a pessoa jurídica não pode ser tratada da mesma forma que uma pessoa natural, o que inviabiliza a aplicação de certos institutos penais clássicos. Quando entendemos a pena como retribuição no sentido kantiano, realmente é clara a sua inaplicabilidade aos entes morais.

Isso porque, como exposto, a retribuição moral pressupõe que o apenado seja suscetível de sofrimento. O sujeito é castigado pelo cometimento do delito e deve penar com o mesmo mal que causou. Como o ente coletivo é um sujeito abstrato, sem

³³³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

³³⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quantier Latin, 2009, p. 214.

aparelho psíquico, é impossível falarmos em sofrimento no sentido moral. Claras são as palavras de Juarez Cirino dos Santos:

Primeiro, a *reprovação* de culpabilidade medida pela pena retributiva do crime não pode incidir sobre a *vontade coletiva ou pragmática* da pessoa jurídica, porque a psique *impessoal e incorpórea* da pessoa jurídica é incapaz de *sofrimento* ou de *arrependimento*, estados afetivos exclusivos do ser humano pressupostos na função de retribuição penal³³⁵.

Por essa visão, a retribuição não teria efeito algum sobre o ente moral. A imposição de um mal equivalente ao gerado pelo cometimento do delito teria repercussão apenas sobre as pessoas físicas componentes do ser coletivo, o que constitui uma séria lesão ao princípio da personalidade das penas, já que a sanção extravasaria à pessoa do condenado.

Porém, o desenvolvimento da dogmática penal trouxe novas formulações e alterou o modo de interpretação do direito penal. Desde a escola clássica a retribuição não mais é vista como uma resposta moral ao delito, mas sim como uma reação jurídica a prática da ação criminosa. Além disso, as novas teorias comunicativas possibilitaram que o ente moral seja reconhecido como sujeito responsável, com vontade própria e capaz de ser culpável, independentemente da ação das pessoas físicas que o integram.

É nesta senda que atualmente, no cenário penal empresarial, surge a teoria da *retribuição comunicativa* da pena³³⁶. Amplamente ligada com a doutrina da culpabilidade construtivista, apresentada no capítulo anterior, a retribuição comunicativa é aquela que visa contribuir para o restabelecimento comunicativo da norma. A pena constitui-se em uma resposta ao delito e possui como intento reforçar a fidelidade ao direito, tanto por parte do condenado como da sociedade (temos aqui certa ligação com a prevenção geral).

Portanto, a possibilidade de considerarmos a retribuição como uma função válida da pena nos crimes cometidos por pessoas jurídicas variará de acordo com o posicionamento científico adotado. Se nos ativermos à visão moral, realmente impossível considerarmos a retribuição como válida na criminalidade das empresas. Contudo, essa doutrina encontra-se ultrapassada. As recentes formulações, tanto da função da pena como das estruturas da pessoa jurídica, abrem azo para novas

³³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281.

³³⁶ Díez, 2006, p. 130.

interpretações penais, fundamentando de forma coerente o fim retributivo da pena sobre os entes coletivos.

7.2 A pena como prevenção – As teorias relativas

Ao contrário da concepção de pena como retribuição do mal causado pelo delito, as teorias relativas tem aporte em um viés utilitarista da sanção criminal. O indivíduo não mais sofre coerção com base em um ideal ético ou jurídico de justiça, mas é punido tendo-se em consideração os efeitos sociais que tal fato acarreta. Essa nova perspectiva é resultado da própria mudança de modelo estatal.

Com a ascensão de um *Estado social de direito*³³⁷, a ciência penal começou a preocupar-se com os reflexos sociais de sua aplicação. A pena passou a constituir um meio de prevenção de delitos, cada vez mais recorrentes com o avanço econômico e o processo de industrialização³³⁸. Por ela, visa-se a prevenção de delitos futuros, de modo a reduzir os índices de criminalidade, por sua vez possibilitando a estabilização das relações sociais.

Como veremos, diversas são as concepções acerca das teorias preventivas. De um lado temos a prevenção especial, que concentra a finalidade da pena no próprio criminoso, seja cerceando o mesmo da vida social (prevenção especial negativa) ou incentivando a sua readaptação no seio comunitário (prevenção especial positiva).

Por outro viés, existem as teorias da prevenção geral. Estas visam fundamentar os seus preceitos levando em consideração os reflexos sociais do delito. Assim, têm como objetivo intimidar os demais cidadãos a não cometerem crimes (prevenção geral negativa) ou aumentar a confiança das pessoas no ordenamento jurídico, incentivando uma conduta de fidelidade ao direito (prevenção geral positiva).

7.2.1 A prevenção especial

Como dito, a função preventiva especial da pena é aquela que concentra os objetivos da sanção criminal no sujeito ativo do crime. Aqui, os efeitos sociais da

³³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 203.

³³⁸ CAMARGO, 2002, p. 45.

aplicação da norma penal não são relevantes, pois, nesta teoria, o indivíduo criminoso é o principal alvo da sanção.

As teorias preventivas especiais têm fonte na Escola Positiva de Direito Penal. Visando combater o retribucionismo da Escola Clássica³³⁹, os autores pertencentes a essa vertente metodológica centraram os seus estudos na figura do criminoso, tentando explicar o agir delitivo com fulcro em investigações empíricas da realidade³⁴⁰. Seus principais autores foram: Cesare Lombroso (Positivismo antropológico), Enrico Ferri (Positivismo sociológico) e Rafael Garófalo (Positivismo Jurídico).

Seja por fatores biológicos, sociais ou até mesmo psicológicos, o delito teve sua explicação fundada quase que exclusivamente na pessoa do infrator. Com isso, até mesmo por uma consequência lógica, a pena criminal também foi embasada, tanto a sua necessidade como os seus efeitos, para a pessoa do delinquente.

É claro que nos dias atuais a fundamentação científica da prevenção especial ganhou novos contornos, mais adequados ao estágio evolutivo que nossa sociedade se encontra, sendo sua aplicação resultado da economia de mercado. O novo sistema de *Estado expansivo*³⁴¹ fez com que a grande massa inapta para o mercado tecnológico fosse controlada pelo sistema penal, de maneira a estabilizar a infraestrutura interna. Por isso, a neutralização e a ressocialização dos condenados possuem articulação com o sistema econômico adotado pelas nações.

7.2.1.1 A prevenção especial negativa

A vertente negativa da prevenção especial tem seu núcleo na questão da neutralização. Por ela, visa-se retirar o condenado do convívio social para que não possa praticar novos delitos³⁴². O sujeito ativo do crime é visto como um ser inabilitado para integrar a comunidade e, por consequência, deve ser segregado para que os demais não sofram com as suas ações perigosas.

Nesta concepção o direito é visto como um instrumento direto de combate ao crime, sempre visando a proteção de bens jurídicos³⁴³. O intuito da aplicação da norma

³³⁹ CAMARGO, 2002, p. 59.

³⁴⁰ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 22.

³⁴¹ ALBRECHT, 2010, p. 67.

³⁴² SANTOS, 2010, p. 424.

³⁴³ PUIG, 2007, p. 68.

jurídica é confrontar diretamente as ações daqueles que praticam delitos, de modo a neutralizá-las e impedir que o comportamento criminoso se propague no âmbito social.

7.2.1.2 A prevenção especial positiva

Por seu turno, a prevenção especial positiva almeja a ressocialização do criminoso. Ao cometer o delito, o indivíduo demonstra a sua deficiência em compreender a vigência das normas e, neste caminho, é necessário ensinar-lhe como conviver pacificamente entre seus pares, respeitando os preceitos jurídicos democraticamente instituídos.

Aqui se realiza uma genuína *ortopedia moral*³⁴⁴ no sujeito. A aplicação da sanção almeja “reanimar um interesse útil e virtuoso, cujo enfraquecimento é provado pelo crime”³⁴⁵. Busca-se uma verdadeira recuperação do agente delitivo, o qual, corrompido pela efetuação do crime, deve ser reensinado em como se portar dentro de uma comunidade. Se feito de forma correta, este processo irá evitar novos delitos, não porque o sujeito está segregado do meio social, mas sim pela extirpação do comportamento juridicamente desvalorado, o que é feito com a remodelagem moral do indivíduo.

7.2.2 A prevenção geral

Ao contrário das doutrinas retribucionista e preventivas especiais analisadas anteriormente, as quais, sob um viés ontológico, interpretam o crime como um fenômeno isolado, sendo o criminoso uma espécie de doença ou pecado³⁴⁶, a teoria preventiva geral aborda a temática do delito sob uma perspectiva mais abrangente, tendo como objeto toda a sociedade em que se inserem os atores da prática lesante de bem jurídico.

Parte tal teoria dos efeitos sociais que a aplicação da pena causará. Não mais o foco reside na figura do infrator. A prevenção de futuros delitos está centrada em como a imposição da sanção criminal irá influenciar os demais componentes da comunidade a não praticarem um fato típico, como bem expõe o eterno professor Chaves Camargo:

³⁴⁴ SANTOS, 2010, p. 424.

³⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 89.

³⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 221.

A prevenção geral se apresenta como um sistema baseado em razões sociais e político-jurídicas, abandonando as razões éticas e metafísicas, mantendo um âmbito de liberdade, por não dirigir-se diretamente ao indivíduo, mas à coletividade, no que é o comum de todos os sujeitos³⁴⁷.

Portanto, a prevenção geral está intimamente ligada com a política criminal, pois o centro de toda a construção doutrinária gira em torno das causas e efeitos sociais da aplicação de penas. Essa teoria também se subdivide em *prevenção geral negativa* e *prevenção geral positiva*, como veremos a seguir.

7.2.2.1 A prevenção geral negativa

A perspectiva negativa da prevenção geral não é atual. Feuerbach, um dos grandes autores da escola clássica, formulou no final do século XVIII a teoria da coação psicológica³⁴⁸. Por ela, explica-se que a imposição de pena à pessoa do condenado gera, nos demais indivíduos da sociedade, um sentimento de medo. Os destinatários das normas penais são, desta forma, coagidos psicologicamente a não praticarem delitos. Hegel traçou diversas críticas a esta concepção, pois acreditava que a sua aplicação “não tratava o homem como ser ‘dotado de honra e liberdade’, mas como um cão ameaçado com um bastão”³⁴⁹.

Nos dias de hoje a fundamentação da prevenção geral negativa em muito se assemelha a doutrina elaborada por Feuerbach. A sanção penal reflete na sociedade como *intimidação*³⁵⁰, fazendo com que os demais indivíduos respeitem a norma penal com fulcro na imposição de um mal. A lógica é básica: é melhor sofrer o desprazer do não satisfeito impulso para o fato criminoso do que aquele imposto pela pena criminal³⁵¹.

³⁴⁷ CAMARGO, 2002, p. 48

³⁴⁸ SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **O discurso do rigor penal está superado pela realidade**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/6231-O-discurso-do-rigor-penal-esta-superado-pela-realidade>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

³⁴⁹ SANTOS, 2010, p. 422.

³⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte Geral/Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

³⁵¹ ALBRECHT, 2010, p. 68.

7.2.2.2 A prevenção geral positiva

A seu turno, a prevenção geral positiva também busca prevenir crimes futuros, atuando na sociedade sob um panorama amplo. Contudo, ao contrário da prevenção geral negativa, aqui se almeja uma conscientização da população como um todo, não pela via intimidativa, mas sim pela reafirmação da validade do ordenamento jurídico com a imposição de penas a aqueles que o violam.

Santiago Mir Puig, professor da universidade de Barcelona, citando o grande catedrático da universidade de Bonn, Armin Kauffman, nos expõe as três principais funções da vertente positiva da prevenção geral³⁵²: *função informativa*, cujo objetivo é informar os cidadãos o que se deve e o que não se deve fazer; uma segunda função relativa a *confiança*, no sentido de reforçar a credibilidade do ordenamento jurídico; por último, uma função de *imposição*, cujo intento é fortalecer o respeito que os indivíduos possuem pelas leis positivas.

A teoria em epígrafe é uma das que mais geram controvérsias no atual debate jurídico. Longe de ser uníssona, a prevenção geral positiva apresenta inúmeras formulações, variando de acordo com o autor adotado. Contudo, todas elas consideram “que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa”³⁵³. Essa construção exerce grande influência nas modernas doutrinas penais, como veremos a seguir.

7.2.2.2.1 As teorias modernas sobre a prevenção geral positiva

Como dito anteriormente, existem diversas teorias que visam explicar a noção de prevenção geral positiva como efeito da aplicação da pena. Tal fato é facilmente perceptível na vertente funcionalista do direito penal. Cada autor, ao elaborar seu sistema de delito, leva em consideração bases filosóficas ou sociológicas singulares, o que reflete também na teoria da função da pena criminal. Assim, nosso intuito é analisar, de forma sucinta, as principais posições na contemporaneidade.

³⁵² PUIG, 2007, p. 64-65.

³⁵³ PRADO, 2013, p. 628.

7.2.2.2.1.1 *A posição de Winfried Hassemer*

O penalista alemão é ferrenho crítico das teorias retribucionista e de prevenção especial negativa. Com base no brocardo romano “*nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”, que basicamente diz “nenhum homem razoável pune em razão dos pecados do passado, mas para que no futuro não mais se peque”, o autor teutônico reconhece a importância de se construir a função da pena para uma direção futura³⁵⁴, ou seja, nos moldes preventivos.

Hassemer possui grande aporte nas ciências sociais. A pena serve tanto para assegurar as próprias normas como para conscientizar os indivíduos de sua necessidade. Melhor dizendo, a aplicação da sanção criminal demonstra a sociedade que o direito penal é necessário para construir uma melhor convivência³⁵⁵.

Contudo, alerta o douto que a aplicação da pena não pode ser excessivamente gravosa e sempre deve respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Nos dias atuais, em que o “O direito penal e a pena são promovidos à posição de portadores da esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos”³⁵⁶ o fim preventivo incidiria sobre todos os indivíduos (criminosos condenados e criminosos potenciais), o que de certa forma alarga demasiadamente o âmbito de incidência do direito penal, legitimando o denominado *direito penal máximo*, algo muito perigoso em um Estado Democrático de Direito³⁵⁷.

7.2.2.2.1.2 *A posição de Claus Roxin*

Roxin se apresenta como um dos grandes defensores da tese de prevenção geral no tocante as funções da pena criminal. Como foi dito no capítulo anterior, alguns modelos de culpabilidade, de base funcionalista, possuem grande articulação com a teoria da pena e, por isso, a sua análise deve ser feita de maneira conjunta.

³⁵⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 82.

³⁵⁵ CAMARGO, 2002, p. 53.

³⁵⁶ HASSEMER, 2007, p. 83

³⁵⁷ “(...) o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, consequentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade”. In: FERRAJOLI, 2002, p. 221.

Para o autor teutônico a culpabilidade não mais é vista como *fundamento* da pena e passa a constituir-se em seu *limite*. Por derradeiro, ela deixa de ser uma categoria autônoma do conceito de delito e, juntamente com a necessidade preventiva de punição, forma a conhecida *responsabilidade*³⁵⁸. Nesse sistema, jamais se pode impor uma pena, por razões de prevenção, superior à culpabilidade³⁵⁹, em respeito ao princípio da imputação subjetiva, caso contrário se estaria admitindo um sistema de responsabilidade objetiva, veementemente vedado em âmbito penal.

Apesar de adotar uma *tese dialética unificadora*, que leva em consideração tanto a prevenção especial como a prevenção geral, Roxin atribui grande destaque a esta última. Segundo ele, a prevenção geral possui duas vantagens fundamentais frente à prevenção especial: em primeiro lugar é possível demonstrar, sem compromisso, que mesmo na ausência de reincidência não se deve renunciar totalmente a aplicação da pena, pois a infração da norma sem consequência incentivaria os demais indivíduos a imitarem o comportamento criminoso³⁶⁰.

Ademais, outra vantagem que pode ser constatada pelo princípio da prevenção geral é que ele não se baseia em prognósticos de perigosidade genéricos e imprecisos, como faz a prevenção especial³⁶¹. Aqui é possível embasar a aplicação da pena em disposições exatas, com fulcro no dever do cidadão em motivar-se pela norma no momento de realização de suas condutas.

Além dessas vantagens sobre a teoria da prevenção especial, o professor destaca três funções específicas atinentes à prevenção geral positiva: aprendizagem, confiança e pacificação. Nas palavras do douto:

Em realidade, na prevenção geral positiva se pode distinguir, por sua vez, três fins e efeitos distintos, mas bem entrelaçados: o efeito de aprendizagem, motivado sociopedagogicamente; o “exercício na confiança no direito que se origina na população pela atividade da justiça penal; o efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o direito se aplica; e, finalmente, o efeito de pacificação que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, sobre a transgressão da lei e considera solucionado o conflito com o autor³⁶² (Tradução livre)³⁶³.

³⁵⁸ ROXIN, 1997, p. 792.

³⁵⁹ CAMARGO, 2002, p. 54.

³⁶⁰ ROXIN, op. cit. p. 92.

³⁶¹ Ibidem, p. 92.

³⁶² Ibidem, p. 91.

³⁶³ “En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se

Aliada a esses efeitos, a prevenção geral ganha uma nova denominação no cenário penal atual, conhecida como *prevenção de integração*³⁶⁴ ou *prevenção geral integradora*³⁶⁵. Apesar da nova rotulação, tal conceito não passa de uma perspectiva atual da prevenção geral positiva, fulcrada na função integradora e saneadora da sociedade, estimulando o contato entre os indivíduos (integração) o que gera, por consequência, uma melhor articulação sobre os problemas sociais e, por fim, a paz social (saneamento de conflitos).

Assim, com base em um modelo *output*³⁶⁶ de culpabilidade, a prevenção geral positiva tem grande importância na teoria de Roxin, chegando ao ponto de afirmar que a pena somente pode ter como fim a prevenção³⁶⁷. A influência desse autor reflete em grande parcela da doutrina atual, sendo nítida a sua adoção por parte dos cientistas penais brasileiros.

7.2.2.2.1.3 *A posição de Gunther Jakobs*

Para finalizarmos a análise sobre as teorias modernas acerca da prevenção geral positiva, veremos os preceitos baseados no funcionalismo radical de Jakobs. Como dito em momento pretérito, o professor teutônico embasa a sua teoria na sociologia de Niklas Luhmann e constrói o seu modelo delitivo com base na teoria dos sistemas.

Nesta vertente funcionalista, o direito é visto como um sistema de pacificação social. A função do ordenamento jurídico reside na proteção da própria vigência da norma e não dos bens jurídicos, como a doutrina majoritária postula. Isso decorre da própria visão da sociedade que o autor teutônico possui.

Os indivíduos, em seu processo comunicativo, formam uma sociedade complexa. Para reduzi-la, cria-se um sistema de expectativas³⁶⁸, onde as pessoas esperam certo comportamento de alguém e agem de acordo com ele. Contudo, tais expectativas podem ou não se concretizar e, em caso negativo, o direito deve responder

tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor”.

³⁶⁴ ALBRECHT, 2010, p. 70.

³⁶⁵ BACIGALUPO, 1998, p. 196.

³⁶⁶ MACHADO, 2010, p. 127.

³⁶⁷ NETTO, 2009, p. 240.

³⁶⁸ JAKOBS, Gunther. **Sobre lá normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Civitas, 2003, p. 49-50.

à altura, com o intuito de harmonizar as relações sociais desestabilizadas pela quebra de expectativa. Neste diapasão são os ensinamentos de Eduardo Montealegre Lynett:

Na teoria dos sistemas, as sociedades modernas se caracterizam por sua complexidade, porque se trata de um mundo onde tudo é possível, onde tudo pode ocorrer. Precisamente, para facilitar a orientação do homem no mundo devem-se criar mecanismos que permitam a redução da complexidade, e um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que caracteriza de uma determinada maneira (v.g., como um Estado de Direito). Nesta tarefa de redução da complexidade há uma estrutura muito importante que é a expectativa. Para favorecer a orientação social, criam-se expectativas, no sentido de que eu posso esperar algo de alguém e, por sua vez, essa pessoa pode esperar algo de mim. Entretanto, como seu nome o indica, é um conceito contingente, porque se se trata de “um esperar algo de alguém”, isto pode acontecer ou não. É dizer que a expectativa pode ser defraudada e, portanto, o sistema deve criar mecanismos para reagir frente a essas defraudações³⁶⁹.

Os mecanismos que o autor comenta na passagem acima são as sanções. A imposição de pena tem o objetivo de combater a violação das expectativas normativas. Como expresso alhures, a aplicação da sanção não tem por fundamento a proteção dos bens jurídicos, mas sim a própria norma. A punição nunca poderá recompor um bem jurídico que foi violado³⁷⁰, contudo é capaz de reestabelecer a confiança geral no ordenamento positivo.

Tal confiança geral é fundada na prevenção geral positiva. Partindo de uma releitura da teoria filosófica de Hegel³⁷¹, Jakobs defende que a finalidade da pena é restabelecer a vigência da norma, negando a atuação disforme do sujeito criminoso. Em outras palavras, a sanção criminal não se constitui em uma coação, mas apenas em uma resposta jurídica ao ataque feito pelo autor contra o ordenamento positivo ao violar o preceito legal³⁷².

O catedrático germânico eleva a prevenção geral, baseada no restabelecimento da confiança no ordenamento jurídico, ao ponto central da sua teoria da pena. O autor vai além ao dizer que é a necessidade ou não de pena, ou seja, o fim preventivo da

³⁶⁹ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Gunther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-14.

³⁷⁰ JAKOBS, Gunther. **O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?** In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48

³⁷¹ LYNETT, op. cit., 2005, p. 12

³⁷² “(...) la pena ha de ser algo más que coacción, que infligir dolor: debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones”. In: JAKOBS, Gunther. **Sobre lá normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Civitas, 2003, p. 49-50

sanção criminal, que irá determinar o próprio conteúdo da culpabilidade. Expliquemos melhor.

Assim como faz Roxin, Jakobs também adota um sistema *output* de culpabilidade. Para o douto, o conceito de fato culpável não pode ser baseado em características ontológicas e estruturas lógico-objetivas, como o faz a doutrina finalista, mas apenas em mandamentos normativos estabelecidos pela necessidade de prevenção. Mesmo sendo discípulo de Welzel, Jakobs foi um grande crítico da teoria finalista, expondo várias falhas de tal teoria nos problemas cotidianos³⁷³.

Nessa linha, a culpabilidade para Jakobs se constitui na “responsabilidade por um déficit de motivação jurídica dominante num comportamento antijurídico”³⁷⁴. O sujeito é culpável por não se orientar de acordo com a vontade jurídica majoritária imposta pelas normas penais, o que abala a confiança no ordenamento jurídico pela sociedade. A própria medida de culpabilidade é feita de forma ampla, já que não se parte do sujeito, mas sim da “fidelidade necessária dos demais cidadãos para a estabilização da confiança do ordenamento”³⁷⁵. Portanto, é luminescente o diálogo entre a teoria da culpabilidade e a teoria da pena, uma articulada em função da outra.

É inegável a importância da teoria da prevenção geral positiva no modelo funcionalista de fato punível proposto por Jakobs. O douto chega a afirmar que todos os elementos componentes do delito devem ser formulados segundo os fins e as funções do direito penal³⁷⁶, os quais, em última ordem, são expressos pela aplicação da pena criminal. Tal doutrina exerce grande influência no cenário penal mundial, sendo adotada por grande parte da doutrina alemã e espanhola e, ainda com certa resistência, pelos juristas brasileiros.

7.2.3 Crítica às teorias preventivas da pena aplicadas as pessoas jurídicas

Passemos agora a análise da aplicação dos postulados expostos acima à criminalidade dos entes coletivos. Em primeiro lugar, é necessário, para que possamos falar em teoria preventiva da pena nos crimes cometidos por pessoas jurídicas, partir do pressuposto que o ente moral é um ser autônomo, dotado de existência própria e responsabilidade independente em relação aos seus componentes.

³⁷³ LYNETT, 2005, p. 17

³⁷⁴ MACHADO, 2010, p. 153.

³⁷⁵ Ibidem, p. 153.

³⁷⁶ LYNETT, 2005, p. 11.

Como veremos, em todas as teorias preventivas da pena, existem posições favoráveis e contrárias a sua incidência nos delitos cometidos por entes coletivos. É correto afirmarmos que não existe uma posição dominante, ainda mais em face das diversas vertentes metodológicas adotadas pelos cientistas jurídicos. Dito isto, vamos em frente.

Iniciemos o nosso estudo pela prevenção especial negativa, a qual, como já exposto, é aquela que busca a punição com fulcro na neutralização do criminoso, retirando-o do convívio social. Esta exclusão é feita por meio do encarceramento do indivíduo e consequente privação de liberdade, obstando que o condenado interaja com os demais integrantes da comunidade.

Sendo um ser inanimado e incorpóreo, é difícil aplicar essa teoria às pessoas jurídicas. Não há como cercear a liberdade de locomoção de um ser imóvel, não sendo a empresa passível de encarceramento³⁷⁷. Uma completa neutralização, como a que se faz nos moldes do direito penal individual, somente poderia ser feita com o encerramento das atividades empresárias, de modo a não permitir que ela tenha qualquer tipo de interação social. Isso seria análogo à aplicação da pena de morte, algo que já demonstramos ser um absurdo dentro de um Estado democrático³⁷⁸.

Contudo, assim como a pena de prisão se constitui em uma neutralização temporária, pelo menos naqueles países que não adotam a prisão perpétua, existe uma pena, aplicável aos entes morais, que atende a esse pressuposto da prevenção especial negativa, que é a suspensão de atividades. Caso aplicada, tal pena retira o ente moral do convívio social, neutralizando as ações que agredem o bem jurídico. Em nosso ordenamento, temos a previsão da aplicação da suspensão de atividades no artigo 22 da Lei nº 9.605 de 1998, a qual trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por cometimento de crime ambiental.

Portanto, no tocante à prevenção especial negativa, é possível identificarmos os seus efeitos em alguns tipos de sanções. Porém, mesmo quando se trata de responsabilidade de pessoas físicas, tal teoria já está em crescente desuso. Isso porque a neutralização, baseada na perigosidade daqueles que cometem ilícitos penais, sofreu forte derrocada em face da ascensão do Estado Democrático de direito³⁷⁹, o qual zela

³⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281.

³⁷⁸ Vide capítulo 4, Item 4.2.3.

³⁷⁹ CAMARGO, 2002, p. 61-62.

pela dignidade humana e busca sempre dar um maior aporte para os seus integrantes, inclusive aqueles condenados por crimes.

Por consequência, a pena não mais deve buscar a exclusão do sujeito da esfera social, mas sim readaptá-lo para que possa viver pacificamente com os seus pares. Nesta trilha, surgem as teorias preventivas especiais positivas, as quais visam a ressocialização do condenado. A princípio, como expõe João Marcelo de Araujo Junior, a doutrina tradicional nega esse efeito ressocializador em entes morais, pois a execução penal não teria meios de proporcionar a reintegração de tais entes ao convívio social harmônico³⁸⁰. A ressocialização do infrator, que já é uma ilusão quando tratamos de pessoas físicas, seria impossível nos casos de crimes cometido por corporações³⁸¹.

Nada obstante, pondera o mesmo autor que essa visão está ultrapassada, devendo o direito penal moderno se adaptar as novas situações sociais. A aplicação da pena tem o intuito de reforçar a confiança no direito na perspectiva do ente e, sendo assim, pouco importa se é pessoa física ou pessoa jurídica³⁸². O relevante então é a capacidade de motivação pela norma, que é restaurada com a aplicação da sanção. Neste diapasão, existem posições afirmando que a pessoa jurídica não pode ser motivável, já que a ameaça imposta pelo direito somente pode ser sentida pelos administradores e diretores, ou seja, aquelas pessoas físicas que atuam em nome da sociedade³⁸³. Como é observável, não há consenso doutrinário.

No tocante a prevenção geral, as opiniões também são divididas. Em relação a prevenção geral negativa, defende-se que as pessoas coletivas não podem ser intimidadas pois “as penas não exerceriam sobre elas nenhum efeito inibidor, por não possuírem consciência sobre a qual o temor da sanção pudesses atuar”³⁸⁴. Até mesmo para as teorias que consideram válida a *vontade psíquica coletiva* a prevenção geral

³⁸⁰ ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de, SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST- Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina, in GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, P. 93.

³⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281.

³⁸² JUNIOR, op. Cit. P. 94.

³⁸³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A crise do direito penal**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/358/crise no direito penal_Machado.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/358/crise_no_direito_penal_Machado.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 03 ago. 2016.

³⁸⁴ JUNIOR, op. Cit., p. 93.

negativa não teria efeitos, pois o caráter interpessoal do ente moral não é passível de intimidação³⁸⁵.

Devido a todos esses problemas é que a doutrina e também as novas concepções sistêmicas do direito penal se concentram no preceito da prevenção geral positiva. É neste conceito que estão surgindo as novas teses dogmáticas acerca da teoria da pena e, em relação aos delitos cometidos pelas pessoas jurídicas, não poderia ser diferente.

A pena, como o ilustre Roxin afirma³⁸⁶, pode ter intensos efeitos preventivos nos delitos praticados pelas empresas. Nos dias atuais, onde as maiores ameaças aos bens jurídicos são originadas pela ação de grandes conglomerados de corporações, a punição se mostra essencial tanto para corrigir as atividades de tais entes como também demonstrar a eficiência da ordem jurídica na proteção da comunidade.

Na visão de Gómez-Jara Díez, a imposição da pena se deve a necessidade de restabelecer comunicativamente a vigência da norma. Ao cometer o ilícito, a pessoa jurídica cria uma falha no processo comunicativo e, para restabelecer o princípio da fidelidade ao direito, à sanção se faz imprescindível. Neste sentido, não há diferença alguma entre o campo do direito penal individual e do direito penal empresarial³⁸⁷.

Além disso, a punição do ente coletivo com o objetivo de restabelecer a fidelidade ao ordenamento jurídico reforça a tese de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas. Essa prevenção geral positiva é calcada na liberdade de livre organização que, por sua vez, eleva as corporações ao patamar de sujeitos penalmente responsáveis. Deste modo, a pena estimula a criação e a manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade o direito³⁸⁸.

Vale lembrar que esta teorização da prevenção geral positiva é pertencente ao modelo construtivista de responsabilidade penal empresarial. Aqui, assim como ocorre nas teorias funcionalistas de Roxin e Jakobs, a grande articulação entre a culpabilidade e a necessidade preventiva de pena. Algumas palavras se fazem necessárias.

Como exposto no capítulo anterior, a *fidelidade ao direito* é um dos pilares que compõem a culpabilidade empresarial construtivista operativa³⁸⁹. Tal fidelidade também condiciona a aplicação da pena, não se restringindo a um simples fator de reprovação. Em melhores certames, ao mesmo tempo em que a transgressão da *fidelidade ao direito*

³⁸⁵ SANTOS, 2010, p. 281.

³⁸⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

³⁸⁷ DíEZ, 2006, p. 131-132.

³⁸⁸ Ibidem, p. 133.

³⁸⁹ Ibidem, p. 126.

estabelece a culpabilidade do sujeito, ela também motiva a aplicação da pena, tentando restabelecer tal fidelidade e incentivando a estabilização do processo comunicativo alterado pelo cometimento do delito. Estamos diante de um claro modelo *output* de responsabilização penal empresarial.

A despeito dessa posição, alguns autores não identificam a prevenção geral positiva como componente da função da pena imposta as pessoas jurídicas. De um lado, existem aqueles que alegam não ser possível a existência da vertente positiva da prevenção geral sem a vertente negativa, sendo a intimidação do criminoso um pressuposto para o reforço dos valores comunitários ou a estabilização das expectativas normativas³⁹⁰. Por outro viés, alguns autores postulam a incongruência dos modelos *output* de culpabilidade, o que, por consequência, reflete na prevenção geral positiva, expondo a ineficácia social da pena na criminalidade das empresas:

(...) não existe um desenvolvimento alternativo da teoria jurídica do delito que se possa considerar satisfatória ainda que se compartilhe uma construção da culpabilidade orientada a categorias normativas e sociais e que a pena cumpra uma finalidade de prevenção geral positiva. Não se pode repudiar que a ordem social vigente que defende a pena é um mundo construído entre pessoas físicas³⁹¹ (Tradução livre)³⁹².

Assim, também na prevenção geral positiva há posicionamentos nos mais diversos sentidos. Mesmo que se entenda necessário a incriminação das empresas por prática de crime, é inegável as dificuldades dogmáticas sobre o tema. Existe um embate entra necessidade de punição e fundamentação científica, o que gera grande carga de insegurança jurídica e incertezas metodológicas. As novas vertentes penais tentam fundamentar coerentemente o agir criminoso dos entes morais, mas, como visto, em sede doutrinária reina a discórdia.

³⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281.

³⁹¹ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoó. ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.) **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 363.

³⁹² “(...) no existe un desarrollo alternativo de la teoría jurídica del delito que se pueda considerar satisfactorio aunque se comparta una construcción de la culpabilidad orientada a categorías normativas e sociales y que la pena cumple una finalidad de prevención general positiva. No se puede olvidar que el orden social vigente que defiende la pena es un mundo construido entre personas físicas”.

8 FENÔMENOS E EFEITOS RELACIONADOS À RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS ENTES COLETIVOS

Chegamos ao ponto culminante de nosso trabalho, o qual consiste na análise da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face ao atual estágio evolutivo da sociedade. O nosso intuito neste capítulo é instigar o leitor a refletir sobre a seguinte assertiva: Será que o direito penal pode sancionar satisfatoriamente os entes coletivos, sem deturbar o que conhecemos por Estado Democrático de Direito?

Para tanto, é necessário abordar a ciência criminal de forma crítica e mais ampla do que fizemos nos capítulos pretéritos. Aqui os grandes debates sobre as categorias do delito saem de cena, dando espaço para temas com viés mais ligado a política criminal e as estruturas sociais.

Antes de qualquer coisa, para compreendermos os fenômenos incidentes sobre o direito penal, precisamos traçar algumas características básicas da sociedade atual. A globalização, juntamente com o avanço tecnológico e dos meios de comunicação, trouxeram grandes mudanças nas relações entre os seres jurídicos e, consequentemente, tornou a atuação do direito penal muito mais ampla, o que incide diretamente na questão da punibilidade das empresas. É o que veremos a seguir, de forma mais detalhada.

8.1 O atual modelo social – A sociedade de Risco

Apesar de ser alvo de estudo de vários filósofos, como Anthony Giddens e Niklas Luhmann, o conceito de *sociedade de risco* ganhou destaque no cenário científico pela figura de Ulrich Beck. O sociólogo teutônico inova o pensamento acerca das estruturas sociais, reconhecendo uma nova estrutura para a sociedade contemporânea.

Segundo o douto, vige hoje o que se denomina de *modernidade reflexiva*. A reflexividade é um fator que altera o modo de relacionamento entre os indivíduos, já que as práticas sociais “são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre essas mesmas práticas, alterando assim a própria constituição de seu caráter”³⁹³. Isso ocasiona uma constante mutação no âmbito social, tornando o processo comunicativo volátil e dinâmico. Essa nova realidade é decorrente

³⁹³ AMARAL, Cláudio de Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 84.

de um processo histórico evolutivo, sendo necessário apresentarmos alguns de seus aspectos.

O moderno sistema comunitário em que nos encontramos é decorrência de inúmeros acontecimentos sociais, científicos e tecnológicos, os quais transformaram a estrutura orgânica nos últimos séculos. Dentre tais marcos, o mais significativo foi a Revolução Industrial³⁹⁴.

A grande inovação tecnológica desta revolução ocasionou um crescimento exponencial na produção de mercadorias, de modo a também propiciar um aumento na circulação de capitais, com grande geração de riqueza. Como consequência, essa enorme gama de relações sociais estabelecidas constitui um fator de produção de riscos, cuja concretização pode culminar em lesões.

Esses riscos nada mais são do que possíveis situações futuras que podem prejudicar a harmonia e a paz social. O temor por uma eventual ameaça gera nos cidadãos um sentimento de insegurança³⁹⁵, independentemente se ela irá se concretizar ou não. A simples existência *per se* do risco é suficiente para alterar a realidade social, deturbando o convívio pacífico, transformando segurança em insegurança.

Além disso, não houve uma distribuição proporcional entre a geração de riscos, distribuição de riquezas e suporte de consequências³⁹⁶. Melhor dizendo, os maiores produtores de ações perigosas são os que mais obtêm vantagens econômicas e ao mesmo tempo os que menos são atingidos pelas ameaças de suas condutas. Os riscos e, por consequência, a eventual lesão são muito mais gravosos para as camadas hipossuficientes da sociedade. É diante disso que surgiu a necessidade de remodelação da estrutura Estatal, com o intuito de oferecer maior segurança e fortalecer a confiança no ordenamento jurídico por parte da população menos favorecida.

O problema é que este novo modelo social impõe grandes dificuldades para a ciência jurídica. No ramo penal, que é o nosso objeto de estudo, a tensão começa na atribuição de responsabilidade. A sociedade de risco elevou, de forma considerável, o número de delitos de perigo abstrato³⁹⁷, sendo que neles a individualização das condutas criminosas é uma tarefa hercúlea, influenciando a própria questão da culpabilidade. É o que nos ensina Luciano Anderson de Souza:

³⁹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quantier Latin, 2007, p. 107.

³⁹⁵ Ibidem, p. 108.

³⁹⁶ AMARAL, 2007, p. 76.

³⁹⁷ HASSEMER, 2007, p. 198.

Assoma-se a esta sensação a dificuldade para se estabelecer a responsabilidade pelos riscos quer a pessoas individuais, quer a pessoas coletivas. Os riscos estão difundidos e diluídos nas linhas de produção industrial e no encandeamento de atividades intelectivas que se sucedem na realização de uma nova ideologia produtiva caracterizada pela especialização cada vez mais profunda a respeito de um determinado elo destas cadeias por onde o risco se espalha, visto que, ocorrido um dano efetivo a certo bem jurídico, resta dificultoso, quando não impossível, individuar as condutas dos envolvidos, para além de ser muito penosa a demonstração da culpabilidade de cada qual³⁹⁸.

Frente a tais fatos, o direito penal clássico se mostra insuficiente para atuar na sociedade de risco. Isso porque nos delitos de perigo abstrato o dano ao bem jurídico pode até mesmo não ocorrer, o que inviabiliza uma punição nos moldes tradicionais. Não há como atribuir responsabilidade, para pessoas naturais ou jurídicas, com fulcro em um direito penal repressivo, o qual atua somente após a efetivação da lesão.

Nasce então a tese funcionalista de um *direito penal de segurança*. Neste novo modelo de punição a aplicação da lei penal ganha um viés preventivo, diferente daquela atinente a função da pena criminal, no sentido de estabelecer que a reação estatal deve ocorrer antes da efetivação do dano.

Principalmente pela influência do direito ambiental na área dos delitos praticados contra a fauna e a flora, o direito penal de segurança possui, como um dos seus pilares fundantes, o *princípio da precaução*. Por este, impõe-se um gerenciamento dos riscos, de modo a coibir ações nas quais o resultado seja incerto ou que nele possua possibilidade de geração de danos.

A precaução atua no sentido de impedir que o dano se materialize³⁹⁹, exaltando o aspecto preventivo no combate aos riscos. Tanto na área ambiental como também nos delitos contra a ordem econômica ou até mesmo nos crimes de terrorismo⁴⁰⁰, o novo direito penal antecipa a punibilidade para um momento pretérito da concretização do dano. Um exemplo claro é a doutrina do direito penal do inimigo, pelo qual pessoas que ameaçam o Poder Central (*inimigos*) são punidas de forma diferente dos chamados *cidadãos*⁴⁰¹.

³⁹⁸ SOUZA, 2007, p. 108-109

³⁹⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. **O direito como instrumento de proteção ao meio ambiente na era da precaução ambiental**. Disponível em: <<http://dirittodellavoro.bancario.medica.diritto.it/docs/28579-o-direito-como-instrumento-de-prote-o-ao-meio-ambiente-na-era-da-precau-o-ambiental>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴⁰⁰ ALBRECHT, 2010, p. 97.

⁴⁰¹ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

Todas essas novas formas de atuação do direito penal caracterizam um processo *expansivo*. Além da existência dos riscos, atualmente se discute a ascensão de novos bens jurídicos, o que também é visto como um fator atinente a modernização do direito penal. Neste sentido expõe Silva Sánchez:

As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência – e, em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresse; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. Entre outros fatores⁴⁰².

Um exemplo desse crescimento no número de bens jurídicos é a emersão dos denominados bens jurídicos difusos. A grande preocupação da sociedade contemporânea reside na tutela de valores supra ou meta individuais, isso porque o potencial lesivo nestes bens é muito mais grave e causa um prejuízo social muito maior do que os ataques a bens jurídicos individuais⁴⁰³. Assim, é imperativo que o direito penal se rearticule para abarca-los.

Para efetivar tal proteção, é necessária a criação de normas jurídico-penais, já que o direito punitivista possui como uma de suas bases o princípio da legalidade. Com isso ocorre o fenômeno conhecido como *inflação legislativa*, pelo qual existe um grande acréscimo de normas sancionatórias. O grande problema, como postulado pelas correntes abolicionistas, reducionistas e até mesmo garantistas, é que, ao mesmo tempo em que essa expansão demonstra a incapacidade do direito penal clássico em atuar na pós-modernidade, ela também oferece um grande risco as garantias fundamentais dos cidadãos, nem sempre respeitadas pelo legislador. Assim expõe Eduardo Diniz Neto:

Essa nova realidade do “risco” tem levado ao fenômeno da “inflação punitiva”, como a mais relevante e, segundo os críticos do expansionismo, intolerável consequência de suas peculiaridades no âmbito do direito penal. E

⁴⁰² SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33-34.

⁴⁰³ DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p.202-220, ago. 2010.

intolerável porque se evidencia a incapacidade do direito penal clássico para solucionar os problemas decorrentes dessa proliferação legislativa indiscriminada, levando, por outro lado, à necessidade de mudanças no sistema que, ao menos aparentemente, poderiam ferir preceitos garantísticos irrenunciáveis dos cidadãos⁴⁰⁴.

Diante de tais fatos, devemos refletir sobre a criminalidade das empresas. Sem sombra de dúvida, as corporações são grandes causadoras de lesões a bens jurídicos de suma importância, como o meio ambiente. Contudo, a sua punição não pode ser derivada simplesmente de um processo expansivo do direito penal. É necessário que haja uma reconstrução dos preceitos dogmáticos.

A simples adoção de um *direito penal de segurança* para justificar a punição aplicada às corporações é insuficiente. Como viemos afirmando ao longo deste trabalho, também é necessária um embasamento científico eficaz para que não se desvirtue os princípios básicos desse ramo jurídico. Caso isso não seja feito, alguns fenômenos graves podem se concretizar.

É nessa senda que o *direito penal simbólico* ganha destaque. Em uma sociedade de risco, onde a punição torna-se uma grande ferramenta para manter a segurança social, torna-se muito fraca a linha que divide uma política criminal eficaz de uma legislação simbólica. No caso das pessoas jurídicas isso não é diferente: se não existir um equilíbrio entre a produção normativa e a ciência criminal, a punição dos entes morais resultará em um grave atentado aos postulados epistemológicos do direito penal.

8.2 O Direito Penal simbólico

Como visto, o movimento expansionista do direito penal, catapultado pelo sentimento de insegurança do cidadão⁴⁰⁵ frente aos riscos produzidos pela sociedade pós-moderna faz com que a produção legislativa de tipos penais, e por consequência a aplicação de sanções, ocorra de forma discricionária, excluída de qualquer aporte científico ou político criminal. Por isso que se usa a denominação *legislação simbólica*, pois ela é somente um artifício usado para camuflar os problemas de segurança pública, não possuindo nenhum efeito real sobre a criminalidade.

⁴⁰⁴ DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p.202-220, ago. 2010.

⁴⁰⁵ ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?recon_id=214>. Acesso em: 28 ago. 2016.

Não podemos confundir o uso simbólico do direito penal com a sua *função* simbólica. Enquanto o primeiro é um fator degradante do Estado Democrático de direito, a função simbólica é algo inerente a ciência criminal. Como estudado alhures, a aplicação de sanções penais almeja um objetivo, que pode variar com a tese adotada (retribucionista ou preventiva), evidenciando a função da punição. Juntamente com isso, a aplicação da pena deixa clarividente a reação estatal frente ao ataque de um bem jurídico e assim o próprio direito penal é visto como um símbolo de proteção das pessoas, uma espécie de paladino da justiça. Assim, alguns autores nem sempre utilizarão o termo *direito penal simbólico* de forma pejorativa⁴⁰⁶.

A despeito dessa ressalva, a maioria da doutrina aborda tal fenômeno como uma consequência grave da pós-modernidade. O crescimento desordenado de delitos levou ao que se denomina de *neocriminalização*. A cada dia, frente diversificadas ameaças penais, cria-se novos tipos incriminadores, ocasionando o ressurgimento do punitivismo⁴⁰⁷.

Tal ressurgimento, ligado a uma aplicação desenfreada do direito penal, somente aumenta a sensação de insegurança social, já que o efeito psicológico da aplicação da pena é substituído pelo medo causado pelo alto crescimento da taxa de criminalidade⁴⁰⁸. Desta forma, a causa geradora do direito penal simbólico é, ao mesmo tempo, um de seus efeitos, configurando um círculo vicioso que tende a uma aplicação ilimitada do direito penal, desvirtuando-o completamente de seus pressupostos básicos.

Essa expansão desenfreada desemboca na desformalização do direito. A substituição da tipificação de delitos de perigo concreto para delitos de perigo abstrato, a troca da noção de causalidade por regras superficiais de imputação, o abandono da estrita vinculação legal dos tipos penais e criação de leis cada vez mais vagas, expressas nos tipos penais abertos, são consequências gravíssimas dessa desformalização, perdendo o direito penal a sua função de proteção de bens jurídicos e ressaltando o seu caráter eminentemente político.

Acontece que, quando se aplica o direito penal como simples instrumento político, com o intuito de atender os clamores sociais por um maior rigor estatal frente a criminalidade cada vez maior, se relega a segundo plano a causas estruturais dos

⁴⁰⁶ MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93-94.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 99-100.

⁴⁰⁸ MENTOR, Diogo. **Teoria do direito de intervenção**: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 73.

problemas sociais. Esse uso político do direito penal⁴⁰⁹ influencia diretamente em outros ramos da sociedade, agravando a desigualdade social, gerando pobreza e miséria⁴¹⁰.

Nesta senda, as *leis de emergência* criadas sobre o pretexto de combate ao crime, na realidade somente agravam a situação social. Por isso, ressalta-se a importância tanto dos estudos dogmáticos quanto das análises criminológicas, que devem estar em sintonia para que uma lei penal alcance o seu ideal máximo, que é a justiça⁴¹¹.

No caso da criminalidade empresarial, os mesmos argumentos são utilizados. A expansão dos delitos econômicos e ambientais leva o legislador a elaborar novos tipos penais para a proteção dos respectivos bens jurídicos. Contudo, sem o devido amparo doutrinário, essa imputação dirigida aos entes coletivos também é meramente simbólica, não tendo qualquer respaldo no princípio da lesividade.

Com isso, ocorre a mera *penalização formal*⁴¹² das pessoas jurídicas. Tal penalização é caracteristicamente um uso simbólico do direito penal, já que a introdução de novas normas desprovidas de pressupostos de responsabilização⁴¹³ não se amolda aos princípios basilares do direito penal, quais sejam o da culpabilidade e o da responsabilização subjetiva.

Dito tudo isso, podemos concluir que a incriminação das pessoas jurídicas em um estado que adota o chamado (de acordo com as escolas de Frankfurt e de Barcelona) direito penal clássico é claramente uma política simbólica, que destrói os postulados e garantias básicas do sistema penal, gerando um gravíssimo problema conhecido como *administrativização do direito penal*, cujas principais características analisaremos a seguir.

8.3 A administrativização do direito penal

Como visto alhures, o processo expansivo do direito penal é uma realidade do moderno sistema social. A sociedade de risco trouxe grandes impactos aos mais variados setores organizacionais, o que no direito não poderia ser diferente. O grande fluxo de relações sociais tornou muito mais difícil a individualização de condutas, o que impulsionou a fortes alterações jurídicas, com o intuito de tornar possível a

⁴⁰⁹ ALBRECHT, 2010, p. 109.

⁴¹⁰ MENTOR, 2016, p. 80.

⁴¹¹ PÉREZ, 2007, p. 15.

⁴¹² BITENCOURT, 2014, p. 46.

⁴¹³ BACIGALUPO, 1998, p. 151.

responsabilização dos indivíduos. Essa mudança de paradigma, com reflexo principalmente nas regras de causalidade, trouxe à tona um novo direito penal, com fortes alterações dogmáticas e principiológicas.

É justamente essas alterações que a doutrina costuma denominar de *administrativização do direito penal*. Entende-se que a ciência criminal atual rompeu com o dito direito penal clássico, trazendo mudanças que são consideradas, por grande parte dos doutos, como maléficas, já que a modificação de pressupostos causou uma imensa desvirtuação do direito penal, com a diminuição das fronteiras que o diferenciam do direito administrativo sancionador e do direito policial⁴¹⁴.

A primeira transformação visível é a mutação da própria finalidade do direito penal. Como é sabido, a maioria da doutrina entende que a função básica do sistema punitivo é assegurar a proteção de bens jurídicos⁴¹⁵. Assim, em tese, quando uma norma penal é criada, isso tem por objetivo a tutela de um valor de grande importância para a sociedade. Contudo, houve certa descaracterização de tal função.

Como dito, o direito penal nas atuais sociedades tem um uso eminentemente político. A função de proteção de bens jurídicos é relegada a um segundo plano, assumindo o direito penal o papel de regulador da realidade social. Isso é o que Schunemann denominou de *funcionalização do direito penal*⁴¹⁶. Por meio deste processo, as normas penais são utilizadas como simples instrumentos para a adequação social de condutas, perdendo o seu amparo nos valores sociais.

Neste norte, a política criminal evolui (Ou melhor dizendo, regrediu) para uma verdadeira política de segurança. A preocupação dos governantes passa a ser exclusivamente a manutenção da ordem social, o que ocorre a custas de sacrifícios impostos a população em geral. As normas perdem toda a sua noção de justiça, abandonando o mínimo ético e servindo apenas para a satisfação de necessidades políticas. Por consequência, o próprio Estado Democrático de Direito é corrompido, e, com o seu enfraquecimento, emerge o chamado *Estado de Polícia*, no qual mais vale a manutenção da ordem do que o respeito a direitos e garantias fundamentais⁴¹⁷.

O segundo problema do fenômeno de administrativização do direito penal recai sobre a legitimidade da pena em alguns tipos delitivos. No novo modelo há uma grande

⁴¹⁴ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 7, p.23-62, maio/ago. 2011.

⁴¹⁵ ROXIN, 2013, p. 16.

⁴¹⁶ SANCHEZ, op. Cit.

⁴¹⁷ ZAFFARONI, 2007, p. 175.

predominância dos chamados *delitos cumulativos* ou *delitos por acumulação*. Nestes a conduta do agente, se tomada de forma isolada, é inofensiva. Contudo, se analisada de uma maneira global, em conjunto com os atos de outros indivíduos, tais ações repetidas podem constituir séria ameaça a um bem jurídico.

A título de exemplo tomemos a atividade de uma pequena empresa que despeja seus dejetos industriais em um grande rio. Se considerada de maneira isolada, a poluição causada por tal empresa em pouco ameaçaria a fauna e a flora do sistema ecológico. Contudo, se várias empresas cometerem tal ilícito, o dano ambiental pode ser irreversível.

Assim, a imposição de sanção penal sofre uma grave crise de legitimação. O direito penal é regido pelo princípio da pessoalidade das penas, pelo qual o condenado deve responder nos limites daquilo que praticou. Logo, as ações de terceiros não deveriam ser relevantes no momento de aferição de sua responsabilidade. Por isso, considera-se que nos delitos cumulativos existe uma verdadeira responsabilização por fatos alheios, sendo a pena de caráter *ex injuria terti*, transgredindo um dos mandamentos básicos do direito penal que estabelece que a responsabilidade tenha caráter pessoal.

É importante salientar que não estamos postulando que as pessoas que praticam tais delitos não devem ser responsabilizadas. A norma penal nos delitos cumulativos atende a proteção de bens jurídicos, o que a tornaria legítima do ponto de vista de sua função. Contudo, aqui a sanção criminal não atenderia a um de seus requisitos básicos, que é a sua pessoalidade, sendo então muito mais coerente a imposição de uma sanção de cunho administrativo. Exatamente por isso que se considera que a proliferação dos delitos cumulativos contribui de maneira colossal para a administrativização do direito penal, com grande desvirtuamento da imposição de pena criminal.

Mas não é somente o princípio da pessoalidade das penas que é atingido pela administrativização do direito penal. A grande crítica da doutrina, com apogeu na Escola de Frankfurt, é que esse processo fulmina três dos maiores postulados de toda a ciência criminal: os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e principalmente da *ultima ratio*.

Pelo postulado da fragmentariedade o direito penal somente deve tutelar as ações ou omissões que sejam consideradas socialmente intoleráveis. Em outras palavras, as normas penais apenas devem proteger os bens jurídicos de maior relevância dentro de uma sociedade. Cristalinas são as palavras de Luiz Regis Prado:

Esse princípio impõe que o direito penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso que dizer que o direito penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada⁴¹⁸.

Portanto, na enormidade de bens jurídicos, o direito penal deve proteger somente aqueles mais importantes. Como expresso alhures, na sociedade de risco o direito penal está sendo utilizado preponderantemente com um viés político, com o intuito tanto de angariar votos por meio de criminalizações populistas quanto de promover uma verdadeira moldagem social, impondo o controle das condutas de certos segmentos comunitários. Logo, o direito penal de caráter administrativo ocasiona uma quebra do princípio da fragmentariedade, lesando uma importante garantia fundamental dos cidadãos.

Os outros dois princípios, o da subsidiariedade e o da *ultima ratio* são, de certa forma, correlatos. Pelo primeiro, o direito penal deve ser aplicado apenas se as demais formas de tutela prevista no ordenamento não se mostrarem suficientes e eficazes para a tutela dos bens jurídicos, o que acaba desembocando no mandamento da *ultima ratio*, já que por este o direito penal somente deve ser aplicado quando a tutela dos outros ramos jurídicos falhar.

Realmente a diferença entre tais princípios é ínfima. Podemos dizer que a subsidiariedade é mais próxima do critério do bem jurídico, já que está diretamente ligada a proteção de tais valores. Por sua vez, o princípio da *ultima ratio* possui um caráter de política social, devendo o direito penal atuar quando as demais formas de proteção se mostrarem insuficientes.

Tanto a proteção subsidiária dos bens jurídicos como a aplicação em *ultima ratio* do direito penal são albergados por um mandamento mais abrangente, o da intervenção mínima. O direito penal, dentro de um Estado democrático de direito, deve ser utilizado da maneira mais restrita possível, já que a sua intervenção na esfera dos indivíduos se dá de modo drástico e muitas vezes priva o cidadão de um de seus direitos fundamentais mais sagrados: o da liberdade.

Por isso, muitos autores defendem que o direito penal, para assegurar as garantias fundamentais dos indivíduos que compõem o Estado, deve ser interpretado e

⁴¹⁸ PRADO, 2014, p. 87.

aplicado sob um enfoque minimalista⁴¹⁹. Caso contrário, o Estado estaria rompendo as barreiras de proteção e se transformando em um verdadeiro leviatã, buscando somente a satisfação de interesses próprios e deixando de ser uma forma de assegurar a paz social.

Diante de tais assertivas, não é difícil concluirmos que o direito penal moderno não atende aos postulados da subsidiariedade e da *ultima ratio*. Nos dias atuais, as leis penais estão sendo utilizadas como um *remédio para todos os males*, perdendo o seu caráter subsidiário. Os governantes não se preocupam no investimento de políticas para o combate de problemas estruturais básicos, como a ineficiência da saúde pública e o crescente nível de desemprego, fatores que estimulam o crescimento da criminalidade.

A primeira alternativa do Estado está sendo a criação de normas penais sob o pretexto de repressão a ações juridicamente desaprovadas. O direito penal, que deveria ser empregado apenas como última alternativa (*ultima ratio*) é utilizado como primeiro instrumento de combate e repressão, se tornando a *prima ratio* da reação governista em face da criminalidade cada vez maior.

É de bom alvitre ressaltar que o assunto da administrativização do direito penal apresenta uma imensidade de pontos de análise e seu estudo pormenorizado fugiria a estrutura desta pesquisa. Contudo, em face dos argumentos expostos, podemos tirar algumas conclusões acerca do tema. Sem ressaibo de dúvida, o direito penal clássico, também conhecido na doutrina brasileira como direito penal da culpabilidade⁴²⁰, não é capaz de solucionar vários problemas de imputação decorrentes da ascensão da sociedade de risco.

Assim como ocorre na incriminação das pessoas jurídicas, não é possível que uma dogmática construída com fulcro em um modelo social do século passado seja capaz de solucionar os problemas das novas relações sociais. A alteração drástica do modo de interação entre os indivíduos e entre os próprios Estados torna o direito penal clássico inapropriado para o atual sistema social.

O grande problema é que, por certo conservadorismo, os cientistas do direito buscam uma adaptação da dogmática clássica com a nova estrutura comunitária. Como vimos acima, isso não é possível, já que as situações atuais de perigo chocam com as próprias bases estruturais de um modelo clássico de delito, causando severo rompimento com os princípios científicos do direito penal.

⁴¹⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: Uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 24 e ss.

⁴²⁰ BITENCOURT, 2014, p. 39.

Esse desvirtuamento principiológico, aliado a uma ineficácia científica, geram o que a doutrina denomina de *erosão do direito penal*⁴²¹. Tal processo se caracteriza principalmente pelo uso político deste ramo jurídico, visto como um instrumento estatal de controle social, o que, por consequência, fulmina os postulados básicos penais.

É claro que quando falamos de princípios não devemos encará-los como preceitos absolutos que não podem sofrer nenhuma espécie de mutação. Como a própria doutrina alemã postula, os princípios são mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, tendo-se por base as possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁴²². Porém, no âmbito penal, esses preceitos possuem força muito maior do que nos demais ramos jurídicos.

No direito penal os princípios devem ser respeitados. Isso porque eles representam muito mais do que simples direitos, constituindo-se em verdadeira garantia de realização da justiça. É por esta razão que o processo erosivo dos princípios deve ser combatido de maneira categórica, jamais podendo ser admitida uma flexibilização de tais postulados. Acima de tudo, os princípios penais são uma conquista do Estado Democrático de direito. O uso simbólico do direito penal não pode ser admitido e devemos repudiar o caráter administrativo crescente dentro da ciência criminal.

Tudo o que foi exposto acima se aplica perfeitamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Como dito alhures, a adoção de um conceito tradicional de delito impossibilita a incriminação dos entes morais, desvirtuando os preceitos básicos da ciência criminal e administrativizando toda a dogmática clássica. Com isso, respondemos parcialmente a questão imposta no início deste capítulo: o direito penal clássico não é capaz de estruturar um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica sem desvirtuar os preceitos básicos do Estado Democrático.

Como vem sendo defendido por nós, é urgente a releitura dos preceitos dogmáticos para concatenar o direito penal as novas realidades sociais. Contudo, para aqueles que se apegam a uma dogmática clássica, a doutrina elaborou teorias com intuito de adequar essas novas realidades sociais ao direito penal da culpabilidade, porém combatendo veementemente o processo de erosivo do direito penal.

Dentre estas teorias, três delas merecem um breve estudo. Em primeiro lugar, temos a doutrina do Direito de Intervenção, elaborada pelo professor Winfried

⁴²¹ ALBRECHT, 2010, p. 115.

⁴²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 85 e ss.

Hassemer com o fito de combate a criminalidade empresarial econômica. Na Espanha destaca-se a doutrina do professor Jesús-María Silva Sánchez acerca do Direito Penal de duas velocidades e, por fim, temos também o desenvolvimento, principalmente em solo alemão, do Direito Administrativo Sancionador. Vamos a elas.

8.4 O Direito de Intervenção

A Escola Penal de Frankfurt é um dos maiores expoentes críticos do processo de modernização do direito penal. Dentre os seus renomados autores, como Naucke e Prittwitz, destaca-se a figura de Winfried Hassemer. Combatente do processo de modernização do direito penal, o douto teutônico busca uma alternativa científica para as transformações sociais, sem que tal fato desnature as bases epistemológicas da ciência criminal.

Para entendermos essa nova proposta, antes de qualquer coisa é necessário que analisemos as bases argumentativas utilizadas pelo autor. Inicia o professor dissertando que a modernidade fez com que surgissem novos bens jurídicos, gerando a necessidade e tutela estatal de tais preceitos.

Essa necessidade impulsionou a uma expansão legislativa. A questão é que outros fatores foram desencadeados por esse crescimento de tipos penais. O princípio da proteção de bens jurídicos deixou de ser um critério negativo de punição para se tornar um conceito positivo de incriminação⁴²³. Isso significa que não mais se utiliza o bem jurídico penal como critério de exclusão de condutas irrelevantes, mas sim como meio de incriminar ações que sejam consideradas inadequadas em face do Poder Estatal.

Como consequência, o direito penal é aplicado de forma pedagógica. O legislador utiliza dos bens jurídicos para promover uma política criminal com o objetivo de moldar o comportamento dos cidadãos de forma a adequá-los aos interesses dos governantes. Assim, por meio de uma sensibilização social, se promove o controle populacional de condutas. Com fulcro em tal assertiva, Hassemer afirma que o direito penal se transformou em *soft law*, um mero instrumento de condução social⁴²⁴.

Tais fatores ampliam significativamente a área de abrangência do direito penal, ao mesmo tempo em que restringe o seu núcleo. Esse aumento provoca o que o autor

⁴²³ HASSEMER, 2007, p. 194.

⁴²⁴ HASSEMER, 2007, p. 196.

denomina de déficit de execução⁴²⁵: o Estado não é capaz de processar e reprimir o grande número de infrações penais; a um grande aumento na área obscura do direito penal, com o incremento de tipos penais abertos; as normas são aplicadas de maneira desproporcional e injusta, impondo-se severas penas a delitos de menor gravidade.

Por esses e outros motivos é que o mestre teutônico postula a ineficácia do direito penal em face das novas necessidades da sociedade moderna. Segundo o ilustre professor, o direito penal deve se ater a proteção do que ele denomina de núcleo duro, que são os bens jurídicos mais importantes dentro da sociedade (vida, integridade física, liberdade, propriedade⁴²⁶). Os novos bens jurídicos, por sua vez, requerem uma proteção especial, um ramo jurídico novo: o Direito de Intervenção. Nas palavras do ilustre professor⁴²⁷:

É de grande significado que se afasta do direito penal os problemas que nos tempos atuais foram nele introduzidos. Poder-se-ia aconselhar, quanto àqueles problemas da sociedade moderna, que provocaram a modernização do direito penal, de que fossem regulados em um direito de intervenção especial, o qual está situado entre o direito penal e o direito da contrariedade à ordem pública, entre o direito civil e o direito público, o qual dispõe, na verdade, de garantias e de regramentos processuais menos exigentes que o direito penal, mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo. Um direito de tal natureza “moderna” não seria somente menos grave normativamente, ele seria também, de fato, mais adequado para recepcionar os problemas especiais da sociedade moderna⁴²⁸.

Esse novo ramo do direito possui algumas características peculiares. Devido a dificuldade de individualização de condutas e conseqüentemente da delimitação de imputação na prática desses novos delitos, o direito de intervenção apresentaria regras processuais mais flexíveis, de modo a facilitar a persecução estatal. Por outro lado, com essa flexibilização de garantias processuais⁴²⁹, não seria possível a imposição de penas severas, como as penas privativas de liberdade.

Tal transformação atende ao postulado constitucional da proporcionalidade. Isso porque no caso da possibilidade de punições severas, assegura-se o indivíduo todo o rol de garantias processuais fundamentais a que ele tenha direito, ao passo que quando não

⁴²⁵ Ibidem, p. 201.

⁴²⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p.41-51, out./dez. 1994. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/228287602/Hassemer-Perspectivas-de-Uma-Moderna-Politica-Criminal>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁴²⁷ HASSEMER, op. Cit. P. 207.

⁴²⁸ Ibidem, p. 207.

⁴²⁹ MENTOR, 2016, p. 84.

há possibilidade de imposição de sanções drásticas, as garantias processuais sofrem ponderação em face dos princípios da efetividade processual e do princípio da proibição de proteção deficiente, promovendo uma tutela real dos bens jurídico-penais.

As regras do direito de intervenção seriam compostas por uma mistura de dispositivos provenientes dos mais variados ramos jurídicos. Diogo Mentor, em obra derivada de sua brilhante tese de mestrado⁴³⁰ exemplifica como se daria essa integração de normas: o direito de intervenção teria regras sancionatórias advindas do direito administrativo; do direito civil, principalmente na parte de responsabilidade civil; do direito do trabalho; do direito tributário; e do direito penal, no tocante principalmente ao que concerne a proteção dos bens jurídicos.

No entanto, a característica mais marcante do direito de intervenção seria a elaboração de um conjunto de normas de prevenção técnica⁴³¹. Tais normas nada mais seriam que resultados de investigações empíricas transmutadas para regras, com o intuito de prevenir lesões a bens jurídicos. Destarte, ao contrário do que acontece com o direito penal, um ramo jurídico de caráter majoritariamente repressivo, o direito de intervenção atuaria mais assiduamente na prevenção de lesões.

Essa prevenção se dá por variadas formas. A princípio, as decisões políticas devem ser claras e acessíveis a todos os cidadãos. Dessarte, existe maior transparência das decisões governamentais, o que possibilita a fiscalização efetiva por parte do cidadão, passando este último de simples objeto para ser tornar um verdadeiro fiscal do estado democrático de direito.

Também seria adequada a instauração de um novo perfil de polícia⁴³². Segundo o douto alemão, a polícia não mais pode ser vista sobre o único enfoque de prevenção de delitos e de controle de risco⁴³³. A atividade policial vai além. Com o aumento da delinquência, a polícia tem papel fundamental na promoção da ordem social e também na manutenção da integridade estatal, com o objetivo final de extirpar o sentimento de insegurança que vem assolando a sociedade moderna.

Outra característica marcante do direito de intervenção seria o controle e prevenção de riscos. Diante da rápida velocidade das relações entre os indivíduos, o

⁴³⁰ Ibidem, p. 88.

⁴³¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito - USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, P. 51 e ss.

⁴³² MENTOR, 2016, p. 87.

⁴³³ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p.273-274.

Estado deve gerir os riscos gerados pelas atividades de produção⁴³⁴. Principalmente na seara da responsabilidade pelo produto, é mais significativo o controle político de atividades potencialmente lesivas do que a reprovação de condutas lesivas ao bem jurídico. Como expresso alhures, é de muito mais valia a prevenção do que a repressão.

O direito de intervenção também se mostraria mais eficaz no combate a criminalidade empresarial. Isso se deve porque este ramo do ordenamento não exige a responsabilização pessoal do agente, já que aqui não vigora o princípio da pessoalidade, inerente a ciência penal. Ao mesmo tempo, é possível a imposição de penas pecuniárias severas em face dos crimes praticados pelas pessoas jurídicas. Neste sentido:

Nesse mesmo diapasão, outra característica que seria inviável de ser aplicada pela teoria clássica do direito penal, mas que foi incorporada ao direito de intervenção com o fito de proporcionar maior eficácia na tutela estatal é a dispensa da exigência de responsabilização pessoal, passando-se a admitirem-se responsabilidades coletivas, o que vai ao encontro da necessidade de incremento dos mecanismos de proteção e prevenção de ilícitos praticados por pessoas jurídicas⁴³⁵.

É por este motivo que parte da doutrina postula que o direito de intervenção seria uma alternativa viável a responsabilização dos entes coletivos, o que preservaria os princípios e garantias fundamentais do direito penal e promoveria uma maior eficácia na repressão da criminalidade empresarial.

O próprio Hassemer alude a essa função do direito de intervenção. Além de ser a forma mais indicada para a tutela do novo modelo social⁴³⁶, qual seja, a sociedade de risco, o direito de intervenção ainda cumpriria uma função de preservação do direito penal e do processo penal. Com a implantação do primeiro, nenhuma garantia processual necessitaria de relativização, nenhum princípio penal perderia força. Os ilícitos cometidos por pessoas jurídicas não restariam impunes, ao passo que o direito penal se manteria íntegro.

⁴³⁴ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 197.

⁴³⁵ MENTOR, 2016, p. 85.

⁴³⁶ “Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O direito penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal Formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal”. In: HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p.41-51, out./dez. 1994. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/228287602/Hassemer-Perspectivas-de-Uma-Moderna-Politica-Criminal>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

8.5 O direito penal de duas velocidades

Assim como Hassemer, Jesús-María Silva Sánchez reconhece que o advento da sociedade moderna influi significativamente na teoria do delito. No entanto, o autor espanhol opta por uma linha de pensamento distinta do duto germânico, a qual iremos analisar de maneira breve nesta obra.

Sánchez parte da premissa de que, ao contrário do que defendem os autores da Escola de Frankfurt, não é possível um retorno ao direito penal liberal⁴³⁷. Na realidade, esse direito jamais existiu, sendo que as referências ao mesmo são simples exercícios utópicos realizados pelos combatentes do processo de modernização da ciência penal. Isso porque no direito penal liberal assegura-se todas as garantias individuais dos indivíduos, devido a imposição de rigorosas sanções penais. Tal sistemática, perfeita do ponto de vista garantista, jamais vigorou na prática forense.

Além dessa afirmação, o professor castelhano não enxerga a expansão do direito penal como um fenômeno que deve ser combatido até as últimas consequências. A expansão seria um acontecimento normal devido a caracterização da sociedade pós-industrial. O grande problema não seria a inflação de normas-jurídico-penais, mas sim a proliferação de tipos que preveem a cominação de penas privativas de liberdade⁴³⁸.

A pena privativa de liberdade é a sanção de maior gravidade dentro de um Estado Democrático de Direito⁴³⁹ e, para que seja aplicada de maneira justa, os princípios e garantias do indivíduo devem ser respeitados, sem a possibilidade de nenhuma forma de flexibilização. Principalmente no âmbito processual, esse formalismo acarreta em uma rigidez que impede a efetiva proteção de bens jurídicos, estabelecendo-se o confronto direto entre as garantias individuais e o princípio da proibição de proteção deficiente.

Por isso que Silva Sánchez apenas considera maléfica a expansão do direito penal no caso dos delitos que preveem penas privativas de liberdade. Logo, a ascensão de novos bens jurídicos, tutelados por meio de penas alternativas, como multa ou prestação de serviços, é um fenômeno normal que o direito penal deve se adaptar.

⁴³⁷ SANCHEZ, 2013, p. 177.

⁴³⁸ Ibidem, p. 181.

⁴³⁹ Isso considerando as regras constitucionais em vigor no nosso país em tempos de paz, já que existe a possibilidade de imposição de pena de morte, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal de 1988.

Completa o douto que no atual modelo social tal expansão não pode ser barrada, pois o advento da sociedade pós-industrial trouxe alterações que não podem ser contidas⁴⁴⁰.

Inclusive, do ponto de vista criminológico, a oposição à modernização do direito penal resultaria em uma grave fonte de injustiça. A criminalização do direito penal clássico incide principalmente em ações contra o patrimônio, o que deixaria a margem do direito penal graves crimes econômicos e ecológicos. Isso geraria o que Silva Sánchez denomina de *direito penal de classes*⁴⁴¹, pois a maioria das pessoas que praticam os delitos contra o patrimônio são socialmente desfavorecidas, ao contrário daqueles sujeitos que cometem os conhecidos *White Collor crimes*, sendo estes pertencentes à alta sociedade. Tal fato apenas agravaria a desigualdade social, incentivando a impunidade dos economicamente poderosos.

Portanto, cabe ao direito penal responder a tais mutações sociais, de modo a desenvolver instrumentos dogmáticos que possibilitem a incriminação de novas condutas lesivas ou potencialmente perigosas para os bens jurídico-penais. Mas, ao mesmo tempo, deve-se preservar a imputação clássica nos casos de delitos que cominem penas privativas de liberdade.

Nesta senda, o professor espanhol propõe uma bifurcação do direito penal, sendo que cada uma das partes desta divisão ele denomina de *velocidade*. O direito penal de primeira velocidade seria aquele direito penal clássico, de viés garantista, no qual é possível a imposição de pesadas sanções privativas de liberdade e, por isso, todas as garantias materiais e processuais devem ser respeitadas, sem nenhuma possibilidade de flexibilização.

Por sua vez, o direito penal de segunda velocidade se aplicaria a essa nova face da sociedade, aos delitos surgidos com o fenômeno da pós-modernidade. Aqui a proposta de Silva Sánchez se aproxima do direito de intervenção, dado que também se admite um afrouxamento das garantias processuais desde que impossibilitada a aplicação de penas privativas de liberdade.

Contudo, a grande distinção entre o douto espanhol e a proposta de Hassemer é que a punição dessa nova criminalidade se mantém dentro do direito penal. A princípio, isso ocorre porque Silva Sanchez considera os novos bens jurídicos tão importantes quanto o chamado núcleo do direito penal. Logo, delitos econômicos são considerados tão gravosos quanto crimes contra a liberdade ou o patrimônio.

⁴⁴⁰ SANCHEZ, 2013, p. 185.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 187.

Além disso, mantendo-se a tutela desses novos bens jurídicos dentro do direito penal, mantém-se a função simbólico-comunicativa da aplicação de pena, ou seja, preserva-se a função de prevenção geral, já analisada no capítulo anterior, inerente a pena criminal. Sobre todos esses pontos, são nítidas as palavras do mestre castelhano:

Para resumir, pode ser dito que, à medida que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requeria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente - exatamente pelo que foi aludido - manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, à medida que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal. A ausência de penas "corporais" permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida o possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal⁴⁴².

Assim como o direito de intervenção, a teoria do direito penal de segunda velocidade também busca um fortalecimento dogmático do direito penal. Porém, essa bifurcação de um ramo científico pode se mostrar problemática devido ao fato de aplicação diferenciada do direito penal conforme o tipo de relação que se visa tutelar (Clássica ou pós-moderna). De qualquer forma, Silva Sánchez nos traz um interessante ponto de vista, que não merece passar despercebido.

8.6 O direito administrativo sancionador

Outra proposta interessante para o combate do processo de administrativização do direito penal seria aplicar a nova criminalidade normas sancionatórias de cunho administrativo, por meio do ramo da ciência jurídica conhecido como direito administrativo sancionador. Apesar de não ser muito conhecido em solo brasileiro, esse ramo jurídico possui ampla aplicabilidade em países europeus.

Na Alemanha, o direito administrativo sancionador ganhou força com o fim da segunda guerra mundial. O nacional-socialismo, com amparo no positivismo jurídico e na doutrina do direito penal do autor da escola de Kiel, utilizou-se do direito penal para justificar as atrocidades cometidas pelo *Reich*. Com isso, findo o conflito, a política criminal de penalização de condutas entrou em colapso, dando azo a ascensão do novo

⁴⁴² SANCHEZ, 2013, p. 191.

ramo jurídico. Principalmente na seara econômica, houve um grande movimento de descriminalização de condutas, diminuindo drasticamente o âmbito de aplicação do direito penal⁴⁴³.

Na Espanha o avanço do direito administrativo sancionador se deu de forma oposta ao que ocorreu em território germânico. Aqui esse ramo jurídico não prosperou devido a necessidade de combate do positivismo ditatorial, mas sim como uma forma de fortalecer o governo antidemocrático de Francisco Franco⁴⁴⁴. As sanções administrativas foram amplamente utilizadas para perseguir e sancionar ameaças ao regime, com grande flexibilização de garantias processuais e tratamento rígido nas sanções impostas aos cidadãos.

Por conta destas diferenças históricas, o desenvolvimento do ramo sancionatório do direito administrativo se deu de maneira disforme nos países europeus. Em razão disso, nos ateremos as suas características principais, de modo a propiciar ao ilustre leitor uma visão panorâmica sobre a questão.

Como o próprio nome sugere, o direito administrativo sancionador é o ramo jurídico, pertencente a seara administrativa, que visa sancionar condutas consideradas lesivas aos interesses da administração, com o fito de proteger tanto o Administrador como também os administrados. Para muitos, essa parte do direito se constitui em uma verdadeira *zona fronteira*⁴⁴⁵ entre o direito penal e o direito administrativo.

Diante de tal característica, surge a necessidade de se diferenciar um ilícito administrativo de um ilícito penal, emergindo duas teorias básicas acerca de tal tema: uma pregando que há uma diferença qualitativa entre tais infrações; e outra postulando que a distinção entre um injusto administrativo e um injusto penal seria meramente quantitativa.

A primeira teoria, conhecida como diferenciadora, tem aporte nos ensinamentos de James Goldschmidt e defende que existe uma diferença ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo⁴⁴⁶. Em melhores termos, os defensores desta doutrina argumentam que a infração penal possui um desvalor ético, ausente nos ilícitos

⁴⁴³ MENTOR, 2016, p. 102.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 102.

⁴⁴⁵ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p.147-207, jan./jun. 2012.

⁴⁴⁶ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p.147-207, jan./jun. 2012.

administrativos, pois estes últimos são simples normas reguladoras da atividade de administração, que buscam manter a estabilidade do Governo.

Já a segunda vertente, denominada de teoria unitária, prega que não há diferença qualitativa entre um ilícito penal e um ilícito administrativo, sendo ela apenas quantitativa. Assim, a distinção recairia sobre a pena, que no âmbito penal é mais drástica e possui maior efeito de intervenção na esfera do apenado. Tanto as infrações penais como as administrativas podem ou não ser eticamente valoradas.

Essa distinção entre injusto penal e injusto administrativo sancionador se tornou muito mais difícil com o processo expansivo do direito penal. Isso porque a proliferação de tipos penais de maneira desordenada fez com que o ilícito penal perdesse as suas características singulares, como já foi analisado quando dissertamos sobre o processo de administrativização do direito penal.

Assim, modernamente estaria caracterizada uma *zona cinzenta*⁴⁴⁷ entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Não haveria uma cientificidade na separação dos ilícitos, cabendo ao legislador optar entre a sanção penal e a sanção administrativa, já que ambas fazem parte do *ius puniendi* estatal. Em decorrência de tal fato, alguns autores postulam que o direito administrativo sancionador deve se valer dos princípios e garantias inerentes ao direito penal⁴⁴⁸.

Diante desta identidade substancial entre injusto administrativo e injusto penal (ambos pertencentes ao *ius puniendi* estatal), o Direito Administrativo Sancionador deve obedecer aos princípios da legalidade, da tipicidade, da irretroatividade das leis, salvo para beneficiar o réu, da proibição de analogia *malam partem*, bem como deve levar em consideração os elementos subjetivos do injusto e a culpabilidade. Em outras palavras, o Direito Administrativo Sancionador deve valer-se dos princípios e garantias inspiradores do Direito Penal.

Essa transposição de princípios visa assegurar os direitos e garantias básicos do cidadão de um Estado Democrático de Direito. Contudo, existe um revés. Ao se aplicar os princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, se perde justamente a efetividade que se busca com a aplicação da sanção administrativa, surgindo os mesmos entraves de imputação que ocorrem no moderno direito penal. Logo, para a

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito - USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, P. 66.

⁴⁴⁸ ZINI, op. cit.

consecução do princípio da proibição de proteção deficiente, o direito administrativo sancionador não pode ficar preso às *amarras dogmáticas*⁴⁴⁹ do direito penal.

Feita tais observações, pode-se perceber que o direito administrativo sancionador também se apresenta como uma proposta alternativa a punição da nova criminalidade, inserido aqui os delitos praticados por pessoas jurídicas. Principalmente por não estar preso aos princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena, o direito administrativo sancionador vem ganhado espaço para imputar praticas delitivas aos entes morais.

⁴⁴⁹ MENTOR, 2016, p. 113.

9 CONCLUSÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, como foi demonstrado nas páginas anteriores, constitui um dos temas mais controversos e emblemáticos de toda a teoria do delito. Justamente por tal fato é que o debate sobre a possibilidade de incriminação das empresas é vasto, e, ao mesmo tempo, rico, o que atrai todos aqueles que são apaixonados pela ciência criminal.

Devido a essa extensão, não é possível abordar neste trabalho todos os variados pontos de vista sobre a problemática em tela. O objetivo da pesquisa foi demonstrar, de uma maneira geral, quais são as principais questões levantadas pelos doutos e de que maneira os estudiosos buscam responde-las. A despeito disso, diante do material construído, é possível extrair-se algumas conclusões. Vamos a elas.

Em primeiro lugar, é cediço que as pessoas jurídicas sempre desempenharam um papel de suma importância na configuração social. Mesmo que nos tempos antigos as organizações coletivas se davam de maneira rudimentar, já era reconhecida a autonomia desses entes em face de seus membros, a exemplo das *sippes* dos povos germânicos.

A atual estrutura dos entes morais, como visto, nasceu no direito canônico e se consolidou com expansão mercantil do século XVI. Hoje, devido às novas doutrinas comunicativas e sistêmicas, a pessoa jurídica atingiu o *status* de cidadão, com ampla atuação no meio social, político e econômico, o que lhe alça a posição de sujeito de direito por excelência.

A despeito dessa nova visão, algumas legislações ainda se mostram relutantes em reconhecer a pessoa jurídica como uma pessoa socialmente ativa, de existência própria. Assim, países como Alemanha e Cuba ainda resistem a instituir a punição das empresas. Por outro lado, a maioria das legislações alienígenas aceita a imposição de sanções penais aos entes coletivos, o que demonstra um verdadeiro movimento mundial no sentido da adoção do brocardo *Societas Delinquere Potest*, o que pode ser percebido por recentes alterações legais, como ocorreu na Espanha com o advento da *Ley Orgánica/2010*.

No direito interno, a situação da responsabilidade penal da pessoa jurídica também gera desavenças. Os doutrinadores concentram as suas críticas em dois complexos normativos básicos: A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.605/1995, a qual prevê a responsabilidade penal pelo cometimento de crimes ambientais.

As normas constitucionais, especificamente os artigos 173 e 225, não são claras sobre a possibilidade de incriminar as corporações, dando azo a interpretações ambíguas. Pelo desvendado no capítulo 4, pode-se concluir que a Constituição Cidadã não previu de forma inequívoca a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para tê-lo feito, era necessária a forma expressa e pormenorizada, pois se trata de assunto penal. Por isso, no sentido constitucional-positivo não é fácil o embasamento teórico da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A legislação ambiental também apresenta suas falhas. A opção adotada pelo legislador, principalmente no *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.605 não foi a de melhor técnica. O dispositivo visa estabelecer uma conexão entre a pessoa física e a pessoa jurídica, o que não pode ser aceito dentro de um esquema democrático de direito penal, já que a exigência de um fato de conexão (denominado pela doutrina espanhola de *hecho de conexión*), desemboca em um sistema de heterorresponsabilidade, com a consequente suplantação do princípio da imputação individual. A pessoa jurídica, como dito, é um cidadão de direito, sendo que sua responsabilização não pode estar condicionada a ação de outros indivíduos, pessoas físicas ou não.

Partindo para a teoria do delito, a primeira grande questão dogmática abordada foi a teoria da ação penal. Vimos que o ente moral não pode ser equiparado ao ente natural, pois é impossível aplicar conceitos com bases antropomórficas a quem não os possui. Por derradeiro, as teorias finalistas e pré-finalistas mostram-se inaptas para fundamentar a conduta de entes coletivos, pois tomam por base características inatas aos seres humanos, como a vontade.

No mesmo erro incorre a teoria da ação institucional. Apesar de sua argumentação político criminal, tal teoria não inova, ela apenas tenta viabilizar a aplicação da teoria finalista às pessoas jurídicas. O próprio critério da dupla imputação, característico da ação institucional é falho: Como pode uma doutrina postular que a vontade coletiva (da pessoa jurídica) é independente da vontade individual dos membros físicos componentes da empresa e, ao mesmo tempo, exigir uma imputação conjunta dos agentes físicos e da pessoa jurídica, como requisito de imputabilidade penal? Em nossa humilde opinião, o próprio sistema instalado por tal teoria é contraditório, e, infelizmente, o nosso Superior Tribunal de Justiça seguiu por muito tempo essa linha de raciocínio.

Para uma correta fundamentação da ação das pessoas jurídicas é necessário uma funcionalização dos conceitos penais, algo que já está em andamento, como vimos na

posição de Silvina Bacigalupo. Partindo da doutrina de Jakobs, a professora nos propõe uma releitura interessante do conceito de ação baseado na *evitabilidade*. Porém, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

A nosso ver, a teoria que melhor fundamenta a conduta criminal das pessoas jurídicas é a doutrina da ação significativa. A noção de ação como um processo comunicativo estabelecido entre o sujeito e o objeto, ambos interpretados sob a égide da realidade social circundante, é amplamente favorável a fundamentação teórica da criminalidade das empresas.

O esquema significativo de ação permite que se aplique de maneira satisfatória os seus postulados tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas. Isso é essencial para a preservação do princípio da isonomia. Diferentemente do que ocorre com a culpabilidade, como veremos, a ação penalmente relevante deve ser a mesma para entes morais e para seres humanos porque o juízo se liga a um acontecimento determinado, não importando quem o produziu, e sendo assim é imperioso uma incidência equânime, em respeito aos princípios de um estado democrático de direito. Nisso a doutrina significativa não decepciona, sendo capaz de fundamentar coerentemente tanto o agir delitivo humano como o empresarial.

Depois das doutrinas da ação, passamos a análise da capacidade de culpabilidade dos entes morais, questão que, como exposto no capítulo 6, também é problemática dentro da teoria do delito. Isso se dá porque a culpabilidade mostra-se essencial para a teoria do crime, pois ela impede que se aplique a responsabilização objetiva, veementemente vedada em âmbito penal.

É nítido que o conceito tradicional de culpabilidade é insuficiente para fundamentar o agir delitivo das pessoas jurídicas. Desde a concepção psicológica de Karl Binding até mesmo as doutrinas normativas, a estruturação dos elementos e características do fato culpável sempre teve por base a ação humana, o que visa fundamentar somente um sistema de responsabilidade individual da pessoa física.

Como consequência, ficou clara a inaplicabilidade dos elementos da culpabilidade, hoje predominantemente finalista, aos entes morais. As noções de imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa não são passíveis de incidências sobre a criminalidade das corporações, devido a manifesta ausência de sistema psíquico.

Tal fator foi crucial para que a doutrina reconhecesse a necessidade de elaboração de um esquema próprio para a punição de empresas. Surgem então as teorias

acerca da heterorresponsabilidade e da autorresponsabilidade. A primeira vinculando a punição de pessoas físicas e jurídicas. Já a segunda fundamentando uma responsabilidade autônoma dos entes morais.

Expomos, de maneira sucinta, as principais posições sobre o tema. Desde Klaus Tiedmann, houve um grande esforço para que a pessoa jurídica ascendesse no meio penal como um ser independente, em consonância com o princípio da personalidade das penas e respeitando a sua posição como sujeito de direito.

Dentre todos os sistemas analisados, o que mais nos chama a atenção é o esquema elaborado pelo professor Gomez-Jara. A visão construtivista do direito, fulcrada na teoria comunicativa, assim como o reconhecimento da pessoa jurídica como cidadão ativo dentro de uma ordem democrática possibilita uma construção funcionalista coerente das categorias do delito, fundamentando de forma satisfatória a punição de grandes empresas.

Pode parecer que a construção de um modelo de culpabilidade diferente para pessoas jurídicas em relação as pessoas físicas seja algo incoerente com os princípios do direito penal. Tal assertiva não merece prosperar. Isso porque o juízo de culpabilidade recai sobre o sujeito e suas características específicas e, mesmo a pessoa jurídica sendo um sujeito de direito portador de cidadania como as pessoas físicas, a sua estrutura interna é diferente.

Tanto a pessoa física como a pessoa jurídica são sistemas autopoieticos com capacidade de reproduzir a si mesmos, mas a base destes sistemas é diferente, já que o ser humano possui uma estrutura psíquica e as corporações se baseiam em um sistema organizativo. Por isso, ambos os sujeitos de direito são culpáveis, mas os requisitos desse juízo de reprovação serão diferentes devido aos aspectos subjetivos de cada ente. Não há aqui nenhuma violação aos postulados democráticos, estando essa interpretação dogmática concatenada com os princípios de um direito penal garantista.

No capítulo 7 foi estudada a teoria da pena e sua incidência sobre as pessoas jurídicas. É patente a importância da função das penas criminais para o processo de imputação. São as sanções que expressam o objetivo do próprio direito penal, externando os intentos do Poder Central no exercício do *jus puniendi*. Portanto, a função da pena é de mister importância para a aplicação da sanção.

Em sistemas jurídicos que na maior parte de sua história vigorou o mandamento da *societas delinquere non potest*, é difícil adaptar a função da pena a esta nova modalidade de delito. Mesmo que atualmente haja uma tendência mundial em aceitar a

responsabilidade penal empresarial, existem grandes dificuldades doutrinárias para acompanhar a *práxis* adotada.

Assim como ocorre com as teorias da ação e da culpabilidade, a dificuldade em condicionar as funções da pena aos crimes corporativos está ligada ao próprio desenvolvimento da ciência penal. Tais funções sempre tiveram como objeto pessoas físicas, seres individualmente considerados e, devido a diferenças compositivas, difícil é o seu traslado para os entes morais.

É neste sentido que as teorias comunicativas despontam, novamente, como a possível solução de algumas questões emblemáticas. A visão da sociedade por meio de processos comunicativos, nos quais os sujeitos possuem o dever de fidelidade ao direito, a princípio, fundamenta a função da pena nos crimes cometidos por pessoas jurídicas, como vimos no modelo de Gomez-Jara.

A quebra de expectativa normativa também pode ocorrer por ação de entes morais, gerando a necessidade de imposição de pena para o reestabelecimento da confiança normativa. Além disso, a própria necessidade de pena fundamenta a culpabilidade, criando-se um sistema hermético, no qual a grande diálogo entre responsabilização e execução da pena.

Apesar de todos esses esforços, não podemos nos esquecer de que no Brasil tais teses não são adotadas pela maioria da doutrina e jurisprudência. Após a reforma do Código penal em 1984, o modelo brasileiro liga-se a teoria finalista, o que inviabiliza a adoção de preceitos funcionais. Para o fazer, uma verdadeira reforma penal seria necessária, de modo a propiciar a ascensão de teorias mais coerentes com a realidade social em que vivemos.

Diante disso, a teoria dos fins da pena, sob um viés finalista, não comporta uma fundamentação suficiente da criminalidade das pessoas jurídicas. O preceito do artigo 59 de nosso Código Penal, pelo qual o juiz deve levar em consideração tanto a reprovação como a prevenção do crime no momento de aplicação da sanção criminal, tem em vista apenas os delitos cometidos pelas pessoas físicas. Deste modo, a função da pena é descaracterizada se aplicarmos tais preceitos a criminalidade de empresas.

Pela investigação dos três polos fundamentais da teoria do delito (ação, culpabilidade e pena), podemos responder a indagação que norteou toda a pesquisa: O sistema tradicional de delito, ou seja, o modelo finalista adotado pela grande maioria dos doutos brasileiros, não é capaz de fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica sem o desvirtuamento do Estado Democrático de Direito. A manutenção de tal

estrutura gera sérios danos a ciência penal, o que foi exposto no ultimo capítulo desta obra.

Assim, no capítulo 8, buscamos expor os reflexos da manutenção de um sistema tradicional na criminalidade empresarial e também em outras áreas da modernidade penal. O uso simbólico do direito penal, desprovido de fundamentação científica, desemboca em um processo de administrativização, com a destruição de postulados básicos da epistemologia criminal e erosão de princípios e garantias fundamentais.

As transformações sociais, com a ascensão da sociedade de risco, sepultaram a doutrina tradicional do delito. A estrutura criminológica nascida nos meados de 1930 não pode ser aplicada de maneira coerente as relações hipercomplexas, o que já pode ser percebido pelos graves déficits de execução que o direito penal vem apresentando, como demonstrado pelo professor alemão Winfried Hassemer.

A doutrina, em face de tal incapacidade, buscou por alternativas científicas para as questões modernas, dentre elas a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. O direito de intervenção, o direito penal de segunda velocidade e o próprio direito administrativo sancionador se mostraram, a primeira vista, como alternativas interessantes para a punição dos entes morais.

Contudo, a nosso ver, essas teorias não convencem. Elas se mostram como *saídas fáceis* para o problema da imputação. Tirar a conduta das empresas do âmbito de proteção do direito penal como o faz as teorias de Hassemer e do direito administrativo sancionador não é uma solução inteligente, já que os danos causados pelas ações de pessoas jurídicas são muito mais gravosos que os delitos tradicionais, merecendo a tutela do direito penal.

Além disso, tal posição nega o reconhecimento da pessoa jurídica como cidadão de direito, o que não pode ser aceito, levando-se em consideração que os entes morais possuem ampla atuação social, econômica e política, e o fazem em nome próprio, como sistemas autopoieticos. Tanto os seres humanos como as corporações são pessoas de direito e qualquer interpretação em sentido contrário, além de incongruente, não condiz com a realidade social em que vivemos.

Por outro lado, não se pode admitir uma relativização de garantias penais dentro do próprio direito penal, como faz a doutrina do direito de Segunda Velocidade do professor espanhol Jesús-María Silva Sanchez. Concordar com tal afirmação seria uma grave ofensa a estrutura dogmática do direito penal e, por consequências, às próprias

bases fundantes do Estado Democrático de Direito. Essa posição se assemelha com o grotesco direito penal do inimigo, devendo ser combatida até as ultimas consequências.

Não há alternativa se não a elaboração de uma nova dogmática penal, capaz de fundamentar, de maneira igual e justa, os novos delitos, sejam eles praticados por pessoas naturais ou por pessoas jurídicas. O direito penal não pode ficar alheio as mutações sociais, pois nele se efetiva a tutela dos bens jurídicos mais importantes dentro de uma nação, constituindo-se em um verdadeiro manto protetivo dos valores individuais e coletivos.

Nas últimas décadas o movimento funcionalista já vem trabalhando novas vertentes dogmáticas para a fundamentação da criminalidade moderna. As doutrinas de Claus Roxin, Gunther Jakobs, Winfried Hassemer, Zaffaroni e tantos outros estão ganhando destaque no cenário mundial e no Brasil começam a ter uma significativa aderência por parte da academia.

No tocante a responsabilização penal da pessoa jurídica, o funcionalismo possui construções interessantes, como a de Silvina Bacigalupo. Contudo, pela pesquisa realizada, nos parece que o modelo de delito mais apropriado para fundamentar a criminalidade empresarial (e também o agir delitivo das pessoas físicas) encontra-se na teoria comunicativa, que influencia todos os componentes dogmáticos do crime.

Por isso, para uma correta imputação criminal das empresas, é imperioso uma releitura da dogmática penal a luz das diversas teorias sociais e penais da atualidade, principalmente a da ação comunicativa de Habermas, a da filosofia da linguagem de Wittgenstein, que juntas são a base do esquema significativo de delito elaborado pelo professor Vives Antón, e também das teorias sociológicas sistêmicas, com apogeu na figura de Niklas Luhmann. Somente assim poderemos erradicar as torpezas que rondam o direito penal, construindo um sistema principiológico garantista e justo, e, por consequência, mantendo a integridade do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: Uma fundamentação para o direito penal**. Curitiba: Lumen Juris, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- AMARAL, Cláudio de Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007
- AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p.23-37, 2000.
- ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=214>.
- ANTÓN, Vives. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado Del Derecho Penal, Tomo V**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, S.a, 1963.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BASUALTO, Héctor Hernández. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.75-98, 13 nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29498>
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- BIRNFELD, Dionísio. **O bem jurídico ambiental**. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2700088/o-bem-juridico-ambiental>>.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica**, in GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A relativização da soberania em face à nova ordem internacional na pós-modernidade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10149>.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p.286-314, jan. 2007.

BUSATO, Paulo César. **Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: Uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/teoria-da-acao-significativa>>.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRASQUILLA, Fernández. **Derecho Penal Fundamental**. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em:

<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/3127>
7. Acesso em: 10 ago. 2016

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DÍEZ, Carlos Gómez-jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

DÍEZ, Carlos Gomez-jara. El modelo constructivista de autoresponsabilidade penal empresarial. In: DÍEZ, Carlos Gomez-jara (Ed.). **Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial**: Propuestas globales comtemporáneas. 6. ed. Navarra: Aranzadi, 2006.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p.202-220, ago. 2010.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ECHANDÍA, Reyes. **Imputabilidad**. 5. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. **Bien jurídico y sistema del delito**: Un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Edson José da, **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito constitucional ambiental brasileiro**, in MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). **Doutrinas Essenciais DIREITO AMBIENTAL**: Responsabilidade em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2003.

GASTALDI, Suzana. **Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164>. Acesso em: 12 abr. 2016.

GJURANOVIC, Andrés Ortúzar. Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley No. 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber? **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.195-257, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29506>.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte geral - culpabilidade e teoria da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **É possível falar-se em responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público nos crimes ambientais?** Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121926128/e-possivel-falar-se-em-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-de-direito-publico-nos-crimes-ambientais>>.

GOMES, Marcelo Janini. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3136/A-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 09 mar. 2016

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito.** Disponível em: <[file:///C:/Users/rafael silveira/Downloads/Messages.pdf](file:///C:/Users/rafael%20silveira/Downloads/Messages.pdf)>.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal.** 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 4, n. 4, p.5-50, Jan, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p.41-51, out./dez. 1994.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **La responsabilidad por el producto en derecho penal.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther. **O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?** In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Gunther. **Sobre lá normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Gunther. **¿Punibilidad de las personas jurídicas?**. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: Parte general**. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JUNIOR, João Marcelo de Araujo, **SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST- Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina**, in GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 2013.

KIST, Ataides. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Leme: Editora Direito, 1999.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LUISI, Luiz, **Nota sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica**, in: **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação subjetiva/Coordenação Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti**- 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Gunther Jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A crise do direito penal**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/358/crise no direito penal_Machado.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/358/crise%20no%20direito%20penal_Machado.pdf?sequence=1)>.

MACHADO, Fabio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal Contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: Prescrição funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. **O direito como instrumento de proteção ao meio ambiente na era da precaução ambiental**. Disponível em:

<<http://dirittodellavoro.bancario.medica.diritto.it/docs/28579-o-direito-como-instrumento-de-prote-o-ao-meio-ambiente-na-era-da-precau-o-ambiental>>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELIÁ, Manuel Cancio. **O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal**. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENTOR, Diogo. **Teoria do direito de intervenção: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 0, p.1-11, jan. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUÑOZ, Alfonso Galán. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autoresponsabilidad. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 15, p.171-217, nov. 2011. Universidad de Chile.
<http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2011.29480>. Disponível em:
<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29480/31255>.
 Acesso em: 10 ago. 2016.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quantier Latin, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte Geral/Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito - USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PARDO, Vicente José Martinez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Valência, n. 26, p.61-78, jan. 2011.

PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p.219-263, nov. 2013. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiijdnx2ZfTAhVLhZAKHRwrB_YQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.usc.es%2Fvistas%2Findex.php%2Fepc%2Farticle%2Fdownload%2F1395%2F1667&usg=AFQjCNF9KQdVRYfUaQR05gnAU6h6sLGcbA&sig2=H8CVyWhew26wU1La-JRw3Q. Acesso em: 10 ago. 2016.

PÉREZ, Carlos Martínez-buján. **A concepção significativa de ação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais: Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 50, p.133-158, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança** (coma a análise da lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAKAE, Lucia Reiko. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Cadernos de Pós-graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p.45-57, 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoó. **¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?**. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro**

homenaje al profesor Gunther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoó. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 7, p.23-62, maio/ago. 2011.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANCTS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>.

SANTOS, Juarez Cirino dos, Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: De acordo com a lei 9.605/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **O discurso do rigor penal está superado pela realidade**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/6231-O-discurso-do-rigor-penal-esta-superado-pela-realidade>>.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quantier Latin, 2007.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fontes. Reflexões acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p.19-29, dez. 2010.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIEDEMANN, Klaus, **Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado**, in GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALDÉS, Antonio Roma. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Rasche, 2012.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: Uma introdução à doutrina da ação finalista. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos et al (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 7. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p.147-207, jan./jun. 2012.