

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM  
CURSO DE PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**ANDRÉ LUÍS LUENGO**

**ELEMENTOS TEÓRICOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA  
RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS: UMA  
RELEITURA DA TEORIA DO DELITO À LUZ DA  
MACROCRIMINALIDADE**

MARÍLIA  
2010

**ANDRÉ LUÍS LUENGO**

**ELEMENTOS TEÓRICOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA  
RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS: UMA  
RELEITURA DA TEORIA DO DELITO À LUZ DA  
MACROCRIMINALIDADE**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado

Orientador:  
Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA  
2010

Dedico:

à memória do meu saudoso Pai, o Mestre dos Mestres, Professor *André Luengo Lopes*, cujas palavras foram anãs, mas os exemplos gigantes;

às mulheres da minha vida: minha guerreira Mãe *Toninha* e minha amada Esposa *Cile*;

aos meus filhos *André* e *Guilherme*, motivo de todo esse esforço e luta.

## AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao professor e orientador Dr. Jairo José Gênova, não só pela contribuição na elaboração deste trabalho, mas em especial pela paciência com que sempre me atendeu. Agradeço também ao Professor José Gonzaga da Silva Neto, Mantenedor da REGES pelo apoio incondicional para a realização deste sonho e ainda aos colegas de trabalho da DIG e da DISE de Dracena, que souberam compreender e entender a minha necessidade de pesquisa e, por derradeiro, mas não menos importante, aos meus alunos do curso de Direito do CESD, pela paciência e pelas sugestões que em muito me auxiliaram.

## RESUMO

O tema responsabilidade penal da pessoa jurídica é questionado pelo Direito Penal moderno que sustenta a culpabilidade da conduta delituosa por meio da responsabilidade penal subjetiva. Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a previsão e problematização da responsabilização da pessoa jurídica por condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (§ 5º, do art. 173 e § 3º, do art. 225, CF). Essa fase do Direito Penal, voltada ao mundo globalizado, defende os direitos difusos, e no centro desta discussão, está a pessoa jurídica, como a maior infratora. A viabilidade para essa imputação está no instituto da responsabilidade penal do ente coletivo, problema enfrentado pelo dogmatismo mantenedor dos princípios da Teoria Geral do Direito Penal. Neste contexto, o presente trabalho se desenvolve a partir da crítica às concepções dogmáticas do Direito Penal moderno, objetivando gerar conhecimentos para superar as controvérsias jurídicas sobre o tema, por meio da interpretação dos seus fenômenos e da experiência, aliados à dinâmica da atual realidade social. A sociedade é dinâmica e o Direito Penal também se amolda a esse processo de contínua mutação dos valores sociais e culturais externados pela política criminal, criticando o modelo dogmático estabelecido pelo pensamento político dominador. Sendo o Direito Penal instrumento de coerção e intervenção do Estado, ele se conforma à sociedade a que serve, ainda que de uma forma mais humana e respeitadora dos direitos fundamentais, mas visando à transformação qualitativa dessa sociedade, preservando o Estado Democrático de Direito. Assim, presta maior eficácia de proteção à realidade social, em especial ao meio ambiente, às relações humanas, às relações de consumo e a outros direitos difusos, dando melhor qualidade de vida, paz e segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Pessoa jurídica. Responsabilidade penal. Teoria geral do delito.

## ABSTRACT

The subject about penal responsibility of juridical person is discussed by traditional Penal Law that supports the culpability of the disorderly conduct by subjective penal responsibility. With advent of Federal Constitution of 1988, there was a foresight and the problem about accountability of juridical person for conducts or activities harmful to the environment and against the financial and economic order and against popular economy (ART 173 § 5 e ART 225, § 3 CF). The phase of Penal Law, toward the globalized world, defends the diffuse rights, and in the main point of this discussion, it's the juridical person, as the great delinquent. The feasibility of this allocation is the institute of criminal liability of the collective entity, problem faced by the dogmatism maintainer of the principles of the General Theory of Law. In this context, this work develops the critique of dogmatic concepts of modern criminal law, aiming at generating knowledge to overcome any legal disputes on the subject, through interpretation of its phenomena and experience, coupled with the dynamics of current social reality. Society is dynamic and penal law also conforms to this process of continually change of social and cultural values externalized by criminal policy, criticizing the dogmatic model established by the dominant political thought. As the criminal law instrument of coercion and state intervention, it conforms to the society it serves, although in a more humane and respectful way of fundamental rights, but aiming at the qualitative transformation of society, preserving the democratic state. Thus, it provides more effective protection to social reality, particularly the environment, human relations, consumer relations and other diffuse rights, giving better quality of life, peace and certainty.

Keywords: Legal person. Criminal liability. General theory of crime.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – PESSOA .....	14
1.1 Origem da expressão pessoa para o direito .....	14
1.2 Sujeito de direitos e de obrigações .....	16
1.3 Pessoa física.....	17
1.4 Pessoa jurídica .....	19
1.4.1 Teoria da ficção .....	21
1.4.2 Teoria da realidade .....	24
1.4.3 Teoria da realidade técnica ou jurídica.....	25
1.4.4 Espécies de pessoas jurídicas .....	27
CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADES .....	29
2.1 O surgimento da responsabilidade e a sua punição .....	29
2.2 Responsabilidade civil e responsabilidade penal.....	32
2.3 Responsabilidade objetiva .....	36
2.4 Responsabilidade subjetiva .....	39
2.5 A historiola da responsabilidade penal da pessoa jurídica .....	40
2.6 As transformações da responsabilização do ente coletivo.....	44
CAPÍTULO 3 - TEORIA GERAL DO DELITO .....	49
3.1 As teorias do direito penal .....	50
3.2 A imputação objetiva como alternativa à responsabilização.....	57
3.3 Argumentações sobre a responsabilização .....	60
3.3.1 Conduta.....	62
3.3.2 Culpabilidade.....	65
3.3.3 Personalidade da pena .....	69
CAPÍTULO 4 – A MACROCRIMINALIDADE.....	72
4.1 Conceitos e características da macrocriminalidade .....	72
4.2 O inimigo no contexto penal .....	74
4.2.1 As velocidades do direito penal.....	76
4.2.2 As influências recebidas pelo direito penal .....	79
4.2.3 Críticas ao empirismo e racionalismo .....	83
4.3 O risco e a segurança na sociedade .....	85
4.3.1 A ilusão de segurança jurídica.....	91
4.3.2 A materialização dos tribunais quanto a responsabilização .....	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	103
REFERÊNCIAS .....	109

## INTRODUÇÃO

A sociedade muda em uma velocidade vertiginosa, transformando o homem hodierno como senhor e escravo desse seu avanço. Isso relembra a mitologia grega pela história do monstro Cronus, símbolo do tempo, que engolia as suas crias, pois temia que os seus filhos viessem a destroná-lo.

Depreende-se que ao mesmo tempo em que a modernidade dispensa ao homem benefícios, causa outros tantos malefícios.

A contraditória realidade na qual a criatura suplanta o criador deve ser submetida a uma releitura, fazendo-o por meio de uma reconstrução teórica da atual realidade, mas respeitando as necessidades do homem e a velocidade das mudanças.

Por ser voltada ao bem estar do ser humano, essa releitura cabe à ciência do Direito. Ela deve criar os meios eficazes para a essa proteção. No contexto de dispensar segurança à sociedade, incumbe ao direito penal, em parceria com a política criminal, criarem mecanismos aptos a efetivar a paz social.

Nesse ideário ressurge no Direito Penal um instituto controverso e que é objeto deste trabalho: a responsabilidade penal da pessoa jurídica. É controverso, pois a tendência individualista trazida ao mundo com a ruptura do Estado Absolutista, está enraizada no pensamento ocidental. Tal fato é constatado pela constitucionalização dos direitos fundamentais e também pela criação de princípios protegendo-os da ação do Estado.

O Direito Penal igualmente sofre a intervenção e passa a ser concebido como *ultima ratio*, consagrando-se nos princípios da culpabilidade, legalidade, individualização da pena etc, e busca proteger o indivíduo do autoritarismo da punição estatal. Esse é o motivo da expressão *societas delinquere non potest* consistente na proteção da empresa, bem como dos seus sócios, pois o ente coletivo se torna o principal elemento do sistema de produção. Por tal motivo é que, naquela época, as teorias penalistas sobre o delito e as suas respectivas penas eram construídas tendo como fundamentação a responsabilidade individual.

Paralelo a explosão das tendências do Direito Penal, acontece a Revolução Industrial, o que vem a demonstrar o potencial destrutivo das empresas. Os Direitos Humanos se tornam o ponto de violação pela adoção do sistema da mão de obra

produtiva. Ampliam-se dessa forma as suas proteções, em busca de zelar pela defesa dos direitos de segunda e de terceira geração.

O controle das violações aos preceitos fundamentais do homem por parte das empresas segue por meio das evoluções legislativas e doutrinárias, perceptíveis aos ramos do Direito, dentre eles o Direito Civil e Administrativo.

Mas a realidade demonstra que tais mecanismos de frenagem não conseguem conter o potencial ofensivo dos entes coletivos, pois são delitos que clamam por uma ação enérgica do Estado. Com isso, os entes morais se transformam em geradores de criminalidades muita das vezes catastróficas.

Para tentar controlar esse potencial delitivo os Estados passam a reconhecer a criminalidade do ente coletivo por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica e surge a expressão *societas delinquere potest*.

Então, o aumento da criminalidade segue as tendências do desenvolvimento tanto da economia quanto da tecnologia, ambos advindos da mega inter-relação entre os países, apresentando um novo debate jurídico sobre as técnicas e abordagens de repressão adequadas a um novo modelo de delinqüência, assim como da prevenção e repressão da criminalidade coletiva ou macrocriminalidade.

É pacífico que a expansão das forças econômicas gera efeitos sobre os Estados, seja dentro de suas fronteiras, seja no aspecto mais amplo das suas relações.

O desenvolvimento da criminalidade coletiva e o aparecimento de novas categorias penais, somados aos modos de ações dos seus infratores, é um fenômeno preocupante para os países, o que clama pelo aparecimento de um aparato jurídico capaz de causar resistência eficaz às ações criminosas.

Nos dias atuais, tanto as ações isoladas quanto as coletivas são influenciadas pelos efeitos da mega inter-relação global. Por via de consequência, as condutas criminosas não conseguem ficar longe do raio de alcance e da influência deste fenômeno. Diante disso, o Direito Penal passa a lançar o seu manto sobre as forças econômicas como forma de se adaptar a essa nova realidade.

Essencialmente, essa inter-relação se apresenta como uma construção social mega ativa com a capacidade de transmutar em global qualquer ambiente cultural, econômico e informacional, que um dia tenha se originado como estrutura independente e distinta.

A percepção do que seja real, nos dias de hoje, não se deixa marcar pelos traços nacionais. A integração até então existente entre os Estados se transformou

drasticamente e se apresenta, no momento, como uma ligação que independe de fronteiras e nações, comportando-se como se o espaço geográfico e o tempo não existissem, ou melhor, como se a vinculação espaço-tempo fosse integral, mantendo-se em uma conexão que trabalha em tempo real. Resumindo, essa inter-relação é a demonstração do desenvolvimento em rede, com conexões simultâneas de dados que são operados por meio de sistemas de automatização, instatâneos. Disso decorre que, por certo, a criminalidade individual é entendida como um micro evento, ao oposto da criminalidade coletiva, que se apresenta como um evento basicamente econômico e capaz de causar grande desastre.

O micro infrator é avaliado individualmente, como uma pessoa marginalmente presente na sociedade, comumente inserido em crimes comuns, executados a todo o momento ao redor do globo, a saber, crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a honra etc. A criminalidade individual é concebida pela ocorrência de episódios de anti-socialidade, representando a delinqüência de pequeno porte.

Por outro lado, a criminalidade coletiva estabelece-se por meio de grupos de criminalidade, elegendo a lucratividade como a única finalidade. A criminalidade empresarial se dá por meio de diversas roupagens, dentre as quais se destaca o crime organizado, os crimes ambientais e os crimes econômicos.

Isso se constata pelo progresso da coletividade e a evolução das especialidades técnicas ocorridas nas últimas décadas. As várias mudanças de âmbito social alteraram também as relações jurídicas entre os seus entes.

A interação das forças econômicas e a velocidade com que os dados são transmitidos trazem uma mutação tanto na forma de se comunicar quanto na interpretação dos conceitos, o que provoca implicações na própria evolução da criminalidade moderna.

Como não existem fronteiras capazes de deter a ampliação, surge e se molda uma teia de delinqüência não apenas em âmbito nacional, mas também internacional, a qual passa a desrespeitar os limites, as legislações e os pactos em todas as suas esferas.

Perante o novo tipo de realidade, pode-se dizer que junto ao acontecimento da criminalidade coletiva, aparecem novas modalidades de delitos e novos modelos de agressão a direitos, que necessitam serem repelidas pelo Estado.

Na justa medida em que os infratores se transformam, bem como as formas de infração, o Estado precisa de mudanças com o intuito de combater o aumento da criminalidade, fazendo-o com a especificidade da criminalidade coletiva, cujo

crescimento nas últimas décadas anda a passos largos e lança mão de novos padrões de expressão e desempenho.

De tal modo, diante desse panorama, torna-se urgente entender que, se a idéia de soberania estatal se transformou, é necessário não perder de vista que a mesma transformação deve alcançar a seara penal.

Até porque a delinqüência coletiva deixou de possuir uma localidade específica, uma região delimitada, onde se fixa e governa. Se antes da década de 80 a marginalidade já possuía vários locais de atividade, atualmente está intensivamente em “local algum”. Longe do significado de “local” oferecido pela Ciência Jurídica, a atividade criminal coletiva diz respeito a uma delinqüência marcada pela ausência de lugar.

Assim, propõe-se um estudo da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil tendo como motivação a necessidade de conscientização da aplicação da legislação devidamente adequada, voltada e com caráter preventivo-retributivo-repressivo. Até porque, com o advento da Constituição Federal de 1988, sustenta-se que possa ter ocorrido no Brasil a consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica balizando suas afirmações no § 5.º, do art. 173 e no § 3.º, do art. 225 possa ter ocorrido no Brasil a consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica balizando suas afirmações no § 5.º, do art. 173<sup>1</sup> e no § 3.º, do art. 225<sup>2</sup>.

Pela leitura dos dispositivos, não se vislumbra essa previsão. No primeiro deles, há previsão da responsabilização à pessoa jurídica, mas não em termos penais. Já no segundo há essa previsão.

Contudo, para viabilizar o pensamento supra e combater a criminalidade coletiva torna-se imperioso reconhecer a implicação da existência jurídica do instituto da responsabilidade penal dos entes coletivos, tão criticado pelo dogmatismo

---

<sup>1</sup> **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 popular.

<sup>2</sup> **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 causados.

mantenedor dos princípios da Teoria Geral do Direito Penal, antes e pós Estado Democrático de Direito.

Sustenta-se que a responsabilização esbarra em uma série de obstáculos, inclusive em princípios constitucionais. Porém, para os trabalhos, serão úteis os conhecimentos dos conceitos e das definições gerados e percebidos pela ciência da criminologia. Essa ciência se mostra como um sustentáculo composto de saberes capazes de examinar o evento e as conseqüências da delinqüência, bem como o perfil do criminoso, o seu comportamento e a forma de coibi-los.

Outra investigação necessária e oportuna consiste em considerar a existência de uma relação dinâmica entre a sociedade moderna e o ente coletivo. Analisar a atual realidade e interpretar os seus fenômenos possibilita atribuir significados básicos à pesquisa.

Também se mostra válido e pertinente conceber a existência do dinamismo no método de interpretação que passa a analisar o tema numa ótica sintonizada com o atual contexto social, político, econômico etc. Nesse exercício de hermenêutica, a Política Criminal contribuiu sorvendo os anseios sociais.

Então, o presente trabalho busca explorar a natureza jurídica do ente pessoa, o instituto da responsabilização e a história imputativa dessa responsabilização à pessoa jurídica. Também procura analisar a teoria geral do delito no contexto crítico-dogmático e as adequações experimentadas pelo direito penal moderno ante a influência da política criminal, vista como instrumento do processo de conhecimento e da paz e da segurança jurídica na sociedade de risco.

A obra compreende três capítulos, os quais foram distribuídos em uma sequência lógica e dialética.

No primeiro deles, fez-se uma abordagem conceitual e originária da expressão pessoa e das suas mais conhecidas espécies.

No segundo capítulo, versou-se sobre a responsabilidade, o seu surgimento e a sua evolução ao longo da história até os dias atuais, destacando também as suas espécies e transformações, com ênfase na imputação ao ente coletivo.

No terceiro capítulo focou-se a teoria geral do delito, com análise dos seus elementos formadores e das principais teorias, bem como das influências recebidas no atual Estado Democrático de Direito e analisou-se a expressão macrocriminalidade, com os seus conceitos e características, além da materialização dos pretórios sobre o assunto.

Chega-se a conclusão que o ente coletivo há de ser responsabilizado por suas

atividades, mas a sua imputação fica condicionada às mudanças na teoria geral do delito.

Sob o aspecto científico a motivação existe em virtude da impossibilidade dos seres humanos sobreviverem sem a existência dos recursos disponibilizados pelo meio ambiente e com a ausência da ordem econômica equilibrada. Ao que parece não há instrumento mais eficaz para a cessação dos abusos do que a lei.

Em se tratando de uma ciência social, serão utilizados os métodos históricos e jurídicos. Ao optar pelo método histórico, os trabalhos buscarão os estudos sobre a responsabilidade da pessoa jurídica por meio das pesquisas doutrinárias, com análise da vontade e da culpabilidade, como os principais obstáculos à aplicação desse instituto.

O método jurídico será abordado por meio do estudo de bases principiológicas e das disposições constitucionais e infraconstitucionais, que versam sobre o assunto, assim como pesquisas jurisprudenciais dos pretórios que passaram a enfrentar a questão.

A pesquisa científica na área do direito, em específico do Direito Penal caldeado com o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, versa não só na perspicácia de esquadrihar e incrementar novos conhecimentos, mas concomitantemente empregar em debate temas contraditórios na investigação de consensos.

## **CAPÍTULO 1 – PESSOA**

O Direito regula a sociedade e esta é composta de pessoas. Por isso, no desenvolver dos trabalhos, é importante abordar a significação da expressão pessoa para o Direito, inclusive abordando a sua origem.

Na pesquisa é também imperioso a definição desta expressão, levada em conta acima dos princípios normativos, pois para compreender a noção de pessoa é necessário compreender o seu conteúdo valorativo e não apenas a imputação normativa Kelseniana.

Desta forma será analisado o surgimento da expressão, a sua sujeição ao direito e às espécies de pessoas de acordo com algumas das suas principais teorias.

### **1.1 Origem da expressão pessoa para o direito**

A pessoa, desde o surgimento do Direito, é sujeito de direito, ou seja, atua no cenário jurídico. Diferentemente, os animais e as coisas, os quais podem ser objetos de Direito, mas não são considerados sujeitos de Direito. Já de início se percebe que a origem do vocábulo é controvertida.

Segundo Ferrater Mora (2001, p. 2262) há discussão se os Gregos tiveram ou não uma ideia de pessoa enquanto personalidade humana. O entendimento é negativo. Muito embora eles não tenham elaborado a noção de pessoa como o Cristianismo, presume-se que eles tiveram uma intuição do homem como personalidade, transcendendo parte do cosmo ou membro da cidade-Estado.

No sistema grego dos conceitos, primeiro definiu-se o personagem representado pelo ator no teatro, para depois se conceituar pessoa. Na língua grega pessoa é *prósopon*, ou seja, provém do teatro, onde se identificavam os personagens pelas máscaras. *Prósopon* era a própria máscara, caracterizando assim vários personagens que os atores representavam no teatro.

Depois, os autores passaram a usar a palavra *hypóstasis* ao invés de *prósopon*. Porém, etimologicamente, *hypóstasis* ainda era interpretada como o que estava sob *hypó*, ou seja, a máscara. Por isso que no teatro, não era o ator quem se identificava,

mas sim o personagem que ele representava por meio da máscara.

A propósito, Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 138) conceitua que somente na língua latina ocorreu a distinção, ou seja, a origem da pessoa como sendo *persona*, do verbo *personare*, significando a máscara, a qual era utilizada pelos personagens do teatro, tudo visando ao papel do ator e a melhor emissão da voz, mas também para demonstrar a personalidade de cada um, isto é, a nossa forma social externa.

Para Oswaldo Giacoia Júnior (2006, p. 140) pessoa é o “ser racional considerado em sua individualidade própria e na qualidade ou condição de sujeito livre e agente moral”.

A expressão é também reconhecida como característica para designar o indivíduo com personalidade, pois parte-se da premissa que a todo direito corresponde um titular a exercê-lo. Então, pessoa é o ser capaz de direitos e deveres, isto é, todo ente humano é pessoa. Ela é natural por ser concebida de uma relação entre seres humanos (MIGLIARI JUNIOR, 2002, p. 36).

Como define Washington de Barros Monteiro (2000, p. 57), na acepção filosófica, pessoa é o ser que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Ela também é dotada com personalidade de organização ou coletividade, que visam à consecução de fins comuns.

Sílvio Rodrigues (1987, p. 38) afirma que o homem tem personalidade, ou seja, capacidade para ser titular de direitos. Adquire-a no nascimento com a vida e perde-a com a morte. O nosso Código Civil adotou a teoria concepcionista, definindo que o indivíduo possui personalidade a partir da concepção.

Porém, na história mundial nem sempre foi assim. No Cristianismo, baseado nas idéias do amor fraterno e da igualdade, o homem passa a ser considerado em sua subjetividade, pois ele deixa de ser objeto e passa a ser portador de valores. A partir desse período, o indivíduo passa a ter o seu valor como absoluto e exaltada a dignidade da pessoa humana, com a criação de organismos sociais aptos a permitir o desenvolvimento de sua personalidade, acima da vontade humana. Como assevera Julián Marías (2000, p. 111), “o cristianismo consiste na vida do homem como pessoa”.

Assim, não só as pessoas naturais atuam no cenário jurídico, mas também os entes sociais, as pessoas jurídicas. A esse respeito da atuação, estuda-se a sujeição advinda daqueles que participam dessa relação.

## 1.2 Sujeito de direitos e de obrigações

Deve haver uma diferenciação entre o conceito de pessoa e o de sujeito de direito. No ordenamento jurídico brasileiro existem mais sujeitos de direito do que pessoas, pois a atribuição deste conceito é em número determinado, enquanto que a de sujeito de direito é aplicável a todo e qualquer ente que seja titular de relação jurídica. Ser sujeito de direito é ser titular de uma situação jurídica.

A expressão sujeito de direito está desvinculada do conceito de pessoa, pois enquanto esta é *numerus clausus*, portanto só pode ser considerada pessoa quem assim seja reconhecido como tal no ordenamento jurídico, por sujeito de direito, há um número maior destas situações do que daquelas mencionadas pelo conceito de pessoa (BERNARDES, 2003).

Hoje, pode-se dizer que toda pessoa é sujeito de direito, mas o inverso não é verdadeiro. Há um equívoco em restringir a ideia de sujeito de direito à pessoa. A expressão sujeito de direito designa tudo aquilo que o direito entende ser capaz de titularizar direito e por via de consequência estar obrigado a alguma coisa. Na primeira ideia, apenas o indivíduo pode ser sujeito de direito, pois somente a ele é dada a capacidade da vontade consciente dos seus atos. Mas a sociedade humana que busca fins lícitos também é sujeito de direito.

Não se pode restringir o alcance do Direito afirmando que somente o homem individual, por atuar de forma consciente, é sujeito de direito e de obrigações. Assim agindo, exclui-se do contexto o homem desprovido de consciência (por idade ou doença) e também os entes coletivos.

É inegável a existência dos interesses reconhecidos e protegidos pelo Direito às pessoas sem consciência ou aos entes coletivos. Mesmo assim é certo que algumas regras de direito são endereçadas unicamente a indivíduos conscientes e sem alcance aos entes coletivos.

Assim, os sujeitos de direito podem ser elencados em: sujeito de direito humano (pessoa física/nascituro) e sujeito de direito inanimado (pessoas jurídicas/entidades despersonalizadas). O nosso Código Civil preve que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, ou seja, são sujeitos de direitos e de

obrigações.

Porém, anteriormente houve seres humanos que não eram sujeitos de direitos: os escravos e os estrangeiros. Novamente o Cristianismo suavizou e fez a evolução para a reconhecida sujeição de direitos aos escravos e, de forma semelhante, a evolução econômica possibilitou o mesmo acesso aos estrangeiros.

Giacioia (2006, p. 140) afirma que pessoa é:

ser humano considerado sujeito de direitos e obrigações, autônomo e responsável, portador de um valor absoluto denominado dignidade; nesse último sentido, pessoa indica a condição subjetiva e interior de todo ser racional que, no plano interativo das relações humanas, deve sempre ser considerado também fim em si mesmo, jamais unicamente meio para obtenção de outros fins – o que instituiu uma diferença fundamental em relação à coisa, definida como meio ou instrumento para a consecução de fins estranhos a ela. Essa diferenciação, paradigmaticamente formulada na filosofia crítica de Kant (1724-1804), persiste como elemento central das mais importantes propostas éticas do pensamento contemporâneo.

Desta forma, há maior existência de sujeitos de direito do que de pessoas, pois sujeito de direito alcança todo e qualquer ente passível de suporte em situação jurídica, seja ele pessoa ou não.

Quando o sujeito de direito não é ser humano, essa situação jurídica é definida por Hans Kelsen (2006, p. 199-200) como dupla, pois primeiro dirige-se ao sujeito direto e depois busca o ser humano, passível de cumprir a conduta prescrita na Lei. No caso do sujeito de direito ser a pessoa humana, essa atribuição acontece diretamente.

O fato é que os conceitos jurídicos, ante as suas particularidades, em que pese a grande abstração e generalidade, só podem ser interpretados de forma correta quando contextualizados com base nas suas historicidades, ou seja, deve-se levar em conta o momento no qual eles foram inseridos.

Por fim, é corolário e consequência lógica do direito, que aqueles que são sujeitos de direitos, são sujeitos de obrigações. A seguir o estudo da pessoa física.

### **1.3 Pessoa física**

A pessoa física ou pessoa natural é todo ser humano (homem ou mulher) desde o nascimento até a morte. É o ser humano dotado de sentidos e vulnerável às leis físicas. Dispõe o Código Civil que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Assim surge a idéia de capacidade.

Monteiro (2000, p.59) define que o conjunto dos poderes aptos a adquirirem direitos e exercê-los constitui a personalidade, os quais, quando concretizados num ente, formam a pessoa. Advém então a questão da capacidade, dividida em de direito e de fato. A capacidade é considerada como a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, exercendo pessoalmente ou através de outrem, os atos da vida civil.

A capacidade de direito ou também conhecida como de gozo, é nata ao ser humano. Não se permite que ele seja dela privado. Já a capacidade de fato ou conhecida como de exercício, é considerada como a aptidão para exercitar os direitos. O ser humano pode dela ser privado e para a sua efetivação alguns requisitos são necessários, tais como a idade, a saúde mental etc.

Kelsen (2006, p. 191) trouxe um importante questionamento sobre a pessoa física, asseverando que a então teoria tradicional identificava o conceito de pessoa com o de sujeito jurídico: “pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres”. Mas salientou que numa análise mais profunda, a própria pessoa física era uma construção artificial da ciência jurídica e, assim o sendo, não passava apenas de uma pessoa jurídica. Isto é, o conceito de pessoa resumido à condição de ser portador de direitos e deveres. Assim, não só os indivíduos são portadores de direitos e deveres, mas também outras entidades. Desta forma, conclui o autor (idem, p. 192).

[...] se é o indivíduo o portador dos direitos e deveres jurídicos considerados, fala-se de uma pessoa física; se são estas outras entidades as portadoras dos direitos e deveres jurídicos em questão, fala-se de pessoas jurídicas [...]

Adiante ainda destaca que (idem, p. 194):

A chamada pessoa física não é portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (*Juristische Person*).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2009, p.116) sob o prisma Kelseniano a pessoa é uma construção realizada pela ciência do Direito, por meio da personificação das normas jurídicas que passam a lhe impor deveres e lhe conferir direitos.

Assim, a própria pessoa física é uma criação do Direito, como o é a pessoa jurídica, que a seguir será pesquisado.

## **1.4 Pessoa jurídica**

A pessoa possui capacidade jurídica. Mas pela sua pequenez, desde cedo ele percebe que é hipossuficiente para alcançar grandes empreendimentos e para tanto visualiza a necessidade de reunir esforços com outros homens, ganhando com isso a força.

A necessidade de conjugar esforços é tão incutida no homem que pode ser equiparada à necessidade dele viver em sociedade. Assim, o homem consegue sobrepujar as suas limitações e transcender a brevidade de sua vida. Sobre o assunto, Monteiro (2000, p. 99) ressalta que: “As forças assim aglutinadas não se somam, mas se multiplicam”.

A pessoa jurídica pode ser entendida como um expediente do direito visando simplificar certas relações entre os homens em sociedade e por isso ela não tem existência fora do direito. Ela tem por escopo legitimar certos sujeitos de direito a praticar atos jurídicos e assim sendo, a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõe, conforme já dispunha o Código Civil de 1916 (VENOSA, 2008, p. 230-231).

Entretanto, não é suficiente a aglomeração de pessoas para o seu surgimento. Deve haver um ajuste prévio de vontade dos seus membros, uma vinculação psíquico-subjetiva entre os entes criadores. Desta forma, ou seja, desse conjunto de vontades, nasce a vontade independente do ser coletivo e surge então a personificação do ente coletivo.

Roberto de Ruggiero (1957, p. 466) afirma que a pessoa jurídica é uma instrumentalidade social e destaca que:

[...] não é qualquer reunião de pessoas ou qualquer conjunto de bens ainda que destinados a um fim, mas uma reunião de indivíduos feita para dar vida a uma unidade orgânica, a uma entidade a que o Estado reconhece uma individualidade própria, diversa daquela das pessoas que compõem o corpo coletivo, que o administram ou às quais se destinam os bens. Quando as necessidades humanas, um fim de caráter permanente e durador que dificilmente se consiga com as forças e a atividade de um só indivíduo, levem várias pessoas a unir-se ou a cooperarem, ou levem alguém a destinar-lhe de modo permanente um complexo de bens, pode, com a intervenção do Estado,

dar-se origem a um novo sujeito de direitos que, tal como a pessoa física, se torna o eixo de uma série de relações jurídicas.

Desta forma o Direito confere à pessoa jurídica a personalização, viabilizando-a como um ser com direitos e obrigações, com capacidade jurídica semelhante à da pessoa natural. Quanto a essa personificação Orlando Gomes (2000, p. 185) destaca:

A realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente se permitisse pela soma, constante e interativa, de ações individuais. Surge, assim, a necessidade de personalizar o grupo.

A esse respeito Arthur Migliari Júnior (2002, p. 35) destaca que a pessoa jurídica tem o significado de ente autônomo e diverso daquele que a constituiu.

Mas mesmo que exista esta distinção, isso não significa a ausência de similitude entre o criador e a criatura, até porque há verossimilitude entre a pessoa física e a jurídica, pois ambas têm nascimento, registro, personalidade, capacidade, domicílio e morte. Já Yara Muller Leite (1968, p. 10) define que a pessoa jurídica é um gênero de pessoas, que, mesmo sem existência biológica, ocupa a órbita jurídica e goza dos direitos que a lei lhe confere.

Ocorre que no Século XX, a pessoa jurídica ganha projeção devido ao processo econômico e passa a se imiscuir até nos atos do cotidiano da vida privada. Porém, a legislação deixa de acompanhar a estrada palmilhada pela evolução dos entes coletivos, ficando distante das transformações e evoluções. Isso é preocupante, pois como afirma Venosa (2004, p. 255):

[...] se a pessoa jurídica é mola propulsora para a economia, também pode servir de instrumento para atos contrários à Moral e ao Direito. [...] seus danos são tão grandes ou até maiores que os crimes praticados por assaltantes à mão armada; são transgressões da lei que se mostram de forma indolor, mas que ocasionam, ou podem ocasionar, ruínas financeiras profundas na economia não só da pessoa jurídica como também do próprio Estado, que as têm como que sob manto protetor.

Aliás, o legislador deve se preocupar com os reflexos advindos dessas constantes evoluções, adequando os ordenamentos e desta forma evitando colapsos sociais e econômicos de toda uma Nação.

Os entes coletivos recebem denominações variadas, em especial: pessoa

jurídica, pessoa coletiva, pessoa moral, pessoa de existência ideal, pessoa mística, pessoa fictícia, pessoa abstrata, pessoa intelectual, universalidade de pessoa ou de bens.

Entretanto, a mais utilizada pela doutrina é pessoa jurídica, até pelo fato da sua existência ser obra do Direito (Jurídica) e acaba sendo a expressão mais adequada. A sua constituição se observa por três requisitos necessários: a vontade da pessoa física que irá criá-la, a obediência aos preceitos legais e o seu objetivo lícito.

É no momento subjetivo em que se estabelece o vínculo entre os seres humanos que se dá a criação do ente coletivo. Mesmo que as outras duas fases seguintes não se estabeleçam, a sociedade, ainda que ilegal ou irregular, já existe. Esse é o seu estado latente (VENOSA, 2008, p. 225).

O preenchimento do segundo requisito, qual seja, o cumprimento das previsões legais, possibilita que o ente possa usufruir civilmente de prerrogativas. Por fim, a sua finalidade há que ser lícita, de forma a permitir que o ente coletivo persista no seu ideário de criação.

A natureza da pessoa jurídica será adiante analisada, por meio de algumas teorias, dentre as mais conhecidas, que procuram justificar e esclarecer a sua existência.

#### 1.4.1 Teoria da ficção

Antes de adentrar na teoria da ficção, e como já anotado anteriormente, faz-se necessário frisar que a expressão sujeito de direito teve uma mudança conceitual, conquistada com a modernidade.

Os autores passaram a analisar essa sujeição de forma individualista, contextualizando que a pessoa, ou seja, o sujeito de direito, deve coincidir com a ideia de indivíduo, e apenas o indivíduo detém a capacidade de direito.

Isso trouxe um problema, pois se apenas o indivíduo detém a capacidade de direito, como então considerar as pessoas jurídicas? Por razões e questões pragmáticas, esse conflito não poderia ser esquecido, haja vista que, com os reflexos da Revolução Industrial e os avanços do Capitalismo, tornou-se necessário a conjugação de capitais e de esforços para a busca das atividades econômicas.

Para isso, houve o reconhecimento de uma organização jurídica diversa da esfera jurídica dos seus formadores. Desta forma, as situações imputadas às organizações deixam de atingir as esferas das pessoas que a constituíram, ou seja, as

peças jurídicas passam a ter capacidade jurídica diversa das peças que as criaram.

Então, partindo da premissa que somente o indivíduo possui capacidade de direito, como explicar essa capacidade dos entes coletivos? Eis o nascimento da teoria da ficção jurídica desenvolvida por Friedrich Karl Von Savigny, como proposta de justificar a existência da pessoa jurídica. A teoria supra tem raízes no Direito Romano e alicerça a expressão comum no meio jurídico de que *societas delinquere non potest*, pois a vontade da pessoa jurídica é fruto das pessoas naturais que as regulam, e por isso, os responsáveis pelas suas condutas, só podem ser as pessoas físicas (PIERANGELI, 1992, p. 56).

Os defensores dessa teoria sustentam que as pessoas jurídicas não teriam a ideia de vontade, própria e peculiar do ser humano, que é jungido da razão bio-psíquica, com capacidade e condições de expressá-la de forma autônoma. Desse modo, a existência do ente coletivo seria artificial ao direito e justificada como pessoa apenas e tão somente por meio de uma ficção legal ou de pura abstração.

Dessa forma, as pessoas jurídicas não têm a vontade de conduta, própria do ser humano. Para a doutrina de Prado (2002, p. 217), há o entendimento que, diferentemente do ser humano, a pessoa jurídica não é um ser livre, inteligente e sensível, mas, ao contrário, está despojada dessas características, sendo só um ser abstrato.

Para Kelsen (2006, p. 192), como já mencionado, tanto a pessoa física como a jurídica são construções artificiais da ciência jurídica:

Eis a definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem mas também outras entidades, tais como comunidades como as associações [...] são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como 'portador' de direitos e deveres jurídicos, não só o indivíduo mas também estas outras entidades [...]. Se é o indivíduo o portador dos direitos e deveres jurídicos considerados, fala-se de uma pessoa física; se são estas outras entidades as portadoras dos direitos e deveres jurídicos em questão, fala-se de pessoas jurídicas. Ao mesmo tempo contrapõe-se a pessoa física, como pessoa 'natural', à pessoa jurídica como pessoa 'artificial', quer dizer, como pessoa não 'real' mas construída pela ciência jurídica. Na verdade, têm-se feito tentativas para demonstrar que também a pessoa jurídica é uma pessoa 'real'. Mas estas tentativas são tanto mais baldadas quanto é certo que uma análise mais profunda revela que também a chamada pessoa física é uma construção artificial da ciência jurídica, que também ela apenas é uma pessoa 'jurídica'.

Essa teoria surgiu no final do século XVIII e prega que a pessoa jurídica, por ter existência fictícia ou de pura abstração, não é capaz de cometer delitos, isto é, carece

de vontade própria. Assim, somente o homem natural é ser livre, dono da sua razão de vontade e conseqüentemente capaz de ser responsabilizado pelas suas condutas. Quanto à pessoa jurídica, é despreendida desses atributos e, por ser uma criação artificial da lei, não possui vontade e, por conseguinte, não tem culpabilidade.

Então, pela teoria da ficção a pessoa jurídica não pratica condutas dolosas devido a falta de vontade e nem culposas, visto que o dever objetivo de cuidado é atribuído apenas àqueles que gozam de consciência para atuar.

Como afirma Galvão (2003, p. 34), somente por ficção há possibilidade de se estabelecer personalidade jurídica à pessoa jurídica, concebendo que a sua vontade e o seu poder de ação sejam semelhantes ao da pessoa física. Desta forma, essa teoria não possibilita fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica e desta maneira, não tem utilidade pública, pois se a pessoa jurídica existe para auferir benefícios, concomitantemente deve também estar apta a responder por sua conduta, ou seja, deve possuir obrigações. Este ser fictício, defendido por essa teoria, é, portanto, obra do direito positivo.

Em meados do Século XIX, Monteiro (2000, p. 103) destaca que essa teoria passa a receber sérias críticas e perde o seu prestígio, em especial pelo fato da própria personalidade do Estado, ou seja, de como o Estado pode ser sujeito de direito, isto é, quem são os responsáveis pela sua investidura de capacidade. Indo mais longe, pode-se dizer que até o próprio Direito é uma ficção, porque emanado desse mesmo Estado.

Clóvis Beviláqua (1980, p. 116) afirma que:

[...] se a lei é que exige essa ficção em pessoa, sendo a lei a expressão da soberania do Estado, segue-se que a lei é a emanação, a consequência de uma ficção. Por outro lado, ou o Estado tinha uma existência real antes de se reconhecer como pessoa, e não é possível considerar fingida a sua personificação, ou não tinha existência real e não podia dotar-se com atributos jurídicos.

Da mesma forma, Silvio Rodrigues (1987, p. 69) não aceita essa teoria, pois a adotando se estaria entendendo o Estado também como uma ficção. Mas, já os defensores da teoria da ficção, creditam a necessidade primária e fundamental do Estado como um ser de existência natural (VENOSA, 2004, p. 259). Contudo, embora os demais entes coletivos tenham existência fictícia, o Estado, diferentemente, tem uma existência real. Assim se orientam os defensores dessa teoria.

Há outros argumentos para os defensores das demais teorias, conforme adiante

será analisado.

#### 1.4.2 Teoria da realidade

A teoria da realidade ou orgânica, desenvolvida por Otto Von Gierke é diametralmente oposta à da ficção. Defende que a pessoa coletiva é de identidade indiscutível, distinta do indivíduo que a formou e possui personalidade dotada de vontade própria, com capacidade de agir e conseqüentemente capacidade para praticar ilícitos penais.

Isso importa em estabelecer a existência da pessoa jurídica e reconhecê-la como sujeito de direito, um ser especial e real, com personalidade jurídica conferida pela ordem jurídica estatal, com independência das pessoas físicas que a compõem (DINIZ, 1989, p. 113-114).

Segundo essa teoria, a pessoa moral é um ser real e um ente independente das pessoas que a criaram, sendo por isso sujeito de direitos e deveres, e passível de responsabilização administrativa, civil e penal. A sua vontade é diversa e separada da vontade dos seus membros. As pessoas jurídicas são corpos sociais, que o direito não cria, mas se limita a declarar existente.

Conforme escreve Sérgio Salomão Shecaira (1998, p. 87) a pessoa jurídica tem capacidade de querer e de agir, se expressando através dos seus órgãos, da mesma forma que os seres humanos se valem das suas cabeças e dos seus membros para executar as suas ações. É inegável que a pessoa jurídica é um verdadeiro ente social que eclodiu da realidade concreta e não pode ser desconsiderado pela realidade jurídica.

Mestre *apud* Luiz Régis Prado (2002, p. 218) destaca a pessoa jurídica como uma realidade permanente e completa, exercendo de forma livre e consciente as características da personalidade.

Beviláqua (1980, p. 129) afirma que:

[...] se forma um corpo social dotado de interesses jurídicos próprios, o qual, do mesmo modo que o indivíduo, deve ser juridicamente, reconhecido como existindo realmente, como dotado de atividade, e não como um ser fictício.

A crítica a essa teoria se subsumiu exatamente no que tange à vontade própria da pessoa jurídica. Vejamos a afirmação de Monteiro (2000, p. 104):

A vontade é peculiar aos homens; como fenômeno humano, não pode existir num ente coletivo. Como observa Ferrara, é navegar a plenas velas no mar da fantasia aludir à vontade de um ente coletivo. Cai assim por terra toda a construção jurídica arquitetada pela teoria orgânica.

A esse respeito Vicente Ráo (1999, p. 727-728) traça um paralelo com o caráter orgânico do ser humano. A pessoa jurídica teria tanta independência com a vida dos seus membros, como a vida do homem é independente da vida de suas células. Nesse contexto, a vontade estaria jungida ao caráter complexivo, distinta da vontade dos seus membros.

Essa vontade, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 305), estaria subsumida na própria vontade do ordenamento jurídico criador da entidade social, sendo a mesma vontade da pessoa natural quando é considerada como sujeito de direito.

Houve algumas adequações a essa teoria, surgindo uma nova, conforme se verá adiante.

### 1.4.3 Teoria da realidade técnica ou jurídica

Essa teoria surgiu por meio de adequações das duas anteriormente citadas. Essa posição antagônica do estudo da teoria da ficção e da realidade é defendida por Monteiro (2000, p. 105-106) à qual ele chama de realidade técnica ou jurídica. Ele entende que por meio desta nova teoria há a verdadeira essência jurídica da pessoa jurídica.

Nela, há o reconhecimento da verdade eclética em cada uma das teorias anteriormente mencionadas. Retira-se a idéia que a pessoa jurídica é uma abstração (ficção) e somente a pessoa física é realidade (realidade), isto sob o ponto de vista físico e natural. Ainda nessa análise o professor ensina que em sendo a ciência o estudo dos fenômenos, constata-se que a própria definição da expressão sujeitos de direitos deriva de critérios jurídicos e não naturais.

Assim, nada obsta que a ciência jurídica conceda a outros entes que não as pessoas, a realização de interesses humanos, dotando-as de personalidades. Com isso a personalidade jurídica dispensada à pessoa jurídica, indubitavelmente não é a do campo da realidade física, mas sim de uma realidade jurídica, ideal.

Ferrara *apud* Venosa (2004, p. 261) defende que a personalidade jurídica não

deve ser traduzida sob o prisma do individual ou do coletivo, ou seja, sem análise de ser fato ou ficção. Deve ser analisada apenas sob a ótica de que é categoria jurídica, criada pelo Direito. Até porque a pessoa jurídica não é vista e nem tocada, é meramente abstração, como ocorre com vários outros institutos jurídicos, diferentemente dos seres humanos.

Ráo *apud* Galvão (2003, p. 36-37) salienta que a teoria da realidade jurídica é construção dos franceses e fornece o melhor entendimento para explicar a existência da pessoa jurídica. Através dessa teoria a pessoa jurídica possui existência real, mas diferentemente da pessoa física. Ela é apenas uma realidade técnica, jurídica, nunca uma realidade ontológica, naturalística. Salienta ser inegável a existência das pessoas jurídicas no cenário jurídico, como é o caso do Estado. Partindo da idéia que o fim do ordenamento jurídico é regular a vida dos seres humanos na sociedade, tem-se que o Direito busca o homem como sujeito de direitos.

Contudo, da mesma forma que se criam verdadeiros institutos jurídicos em prol dos seres humanos, viabilizando assim dar-lhes maior força para alcançar os objetivos almejados, não se pode negar a criação das pessoas jurídicas para a consecução dos mesmos fins.

Venosa (2008, p. 230) afirma que a pessoa jurídica é uma realidade técnica e assevera:

Para nosso direito positivo, a pessoa jurídica tem realidade objetiva, porque assim está estabelecido na lei. Diz o art. 45 do Código Civil que ‘começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado’ com a inscrição do ato constitutivo no registro competente, e o art. 20 do antigo diploma legal rezava que ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’. E o art. 21 enunciava as hipóteses em que ‘termina a existência da pessoa jurídica’. Para nosso direito, portanto, a pessoa jurídica é uma criação técnica.

Desta forma, na atualidade prepondera o entendimento que a pessoa jurídica não é ficção, mas um ente social verdadeiro, dotado de realidade concreta, embora diferente da pessoa natural ou física.

As espécies desses entes coletivos serão a seguir analisadas.

#### 1.4.4 Espécies de pessoas jurídicas

A divisão das pessoas jurídicas vem estabelecida no Código Civil pátrio e são de direito público, interno ou externo e de direito privado.

As pessoas de direito público interno ou externo não são os entes objetos deste estudo. As pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. As pessoas regidas pelo direito internacional público são as organizações internacionais ONU, OEA etc.

Pessoas de direito público interno são: União; Estados, o Distrito Federal e os Territórios; Municípios; autarquias, inclusive as associações públicas; e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

As autarquias são entidades administrativas autônomas, criadas por lei específica para executar atividades típicas da Administração Pública, mas que requeiram gestão tanto administrativa como financeira descentralizada visando a um melhor desempenho. Quanto aos requisitos para a sua constituição, conservam alguns semelhantes ao ente privado. O diferencial digno de nota se percebe quanto à vontade criadora.

Diferentemente da pessoa jurídica de direito privado, a vontade do ente público inicia-se em razão de um suporte histórico, gerado pela necessidade soberana da sociedade a que pertence, como uma verdadeira demonstração de criação constitucional ou de tratado internacional (VENOSA, 2008, p. 225).

As pessoas de direito privado são, conforme dispõe o Código Civil brasileiro: as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; e os partidos políticos (*idem, idem, idem*). Elas se originam da vontade individual e sua finalidade visa ao interesse privado, voltado aos seus criadores ou a uma parte da sociedade.

As associações são formadas por entidades coletivas sem finalidade propriamente financeira. As sociedades têm finalidade lucrativa, formada pelos bens e interesses dos seus sócios que podem livremente deliberar sobre a sua finalidade. As fundações são formadas pela instituição de um patrimônio, cuja finalidade é estabelecida por seu instituidor e não há fim lucrativo. E por fim, as organizações religiosas e os partidos políticos, como garantias constitucionais.

A existência do ente coletivo significa ter o sistema jurídico lhe atribuído

personalidade pelo seu registro. Essa capacidade é conglobante a todo o cenário do direito, legitimando o ente a exercer todos os seus direitos, não só patrimonial, mas a ter um nome, um domicílio etc, enfim, passa a existir de direito.

Estabelecida a identidade do ente coletivo, resta partir para analisar o instituto da responsabilidade e suas variantes.

## **CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADES**

No presente capítulo dedicado às responsabilidades é primordial destacar o significado da expressão responsabilidade, os seus tipos e as suas espécies.

A importância do capítulo se revela na significação de devermos responder por nossas condutas e atividades, e, conseqüentemente, de cumprirmos com as nossas obrigações.

Já o contexto penal, civil, administrativo, tributário, fiscal, etc, é apenas quanto ao enfoque das terminações ontológicas.

O trabalho também irá adentrar no comentário da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que é tratado no mundo de forma complexa devido ao importante papel que os entes coletivos passaram a ocupar na sociedade moderna.

No capítulo serão abordados aspectos das transformações dessa responsabilização do ente coletivo, os conflitos e as evoluções ocorridas.

### **2.1 O surgimento da responsabilidade e a sua punição**

O termo responsabilidade, no dicionário jurídico, está definido como: obrigação a responder pelas próprias ações e pressupõe que as mesmas se apoiam em razões ou motivos. Ele também aparece em discussões sobre determinismo e livre-arbítrio, pois muitos defendem que se não há livre-arbítrio não pode haver responsabilidade individual e, conseqüentemente, também não pode haver nem ética, nem punição.

Há também definições partindo do surgimento dessa expressão, originária do latim *responsabilis*, de *respondere*, significando estar em condições de responder pelos atos praticados, de justificar as razões das próprias ações (GREGÓRIO, 2008).

Plácido e Silva (1993, p. 124-125) define responsabilidade como o dever jurídico da pessoa, que em virtude de contrato, de fato ou omissão, recebe a imputação como forma de satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais impostas.

Desta forma, cumprir com as suas obrigações tem o condão de receber a

punição previamente estipulada para a sua conduta. Inclusive, quanto a punição é salutar frisar que a sua origem demonstra que na verdade a mesma se tratava de uma vingança. Por isso que as etapas da justiça punitiva são divididas em: vingança divina, privada e pública.

Na primeira delas, o direito penal sofre a influência divina-mística. Os próprios sacerdotes aplicavam o castigo através de penas severas e desumanas. Já na fase da vingança privada, quando praticado um delito, a vítima ou a sua família estava autorizada a reagir, que poderia alcançar tanto a pessoa do infrator como os seus familiares. Além disso, não havia uma correspondência lógica entre a ação e a reação. Nessa fase, devido à evolução da sociedade e visando ao controle da reação, surge o Talião, limitando-a. Também surge a composição, consistente em poder o infrator comprar a sua liberdade, pagando o mal praticado, o que hoje se assemelha com a indenização do Direito Civil e a multa do Direito Penal. A última fase, vingança pública, busca prestar estabilidade às relações sociais com aplicação de penas severas e cruéis.

Assim, na primeira época, o crime era considerado um atentado contra os deuses e a pena era a forma de externar a cólera divina. Na segunda época, o crime era uma agressão de uma tribo contra a outra e a pena uma vingança de sangue. E na terceira época, o crime era uma transgressão da ordem jurídica fixada pelo poder do Estado e a pena era a reação do próprio Estado contra a vontade do indivíduo.

Isso importa em registrar que nos povos primitivos a pena possuía um caráter vingativo e não visava a apenas uma pessoa determinada, mas incidia sobre um grupo social do qual fazia parte o autor da infração, independentemente da individual responsabilidade.

Não havia a concepção individualista do ser humano. O indivíduo fazia parte de um grupo e era considerado membro de uma coletividade. Nesse contexto, a única forma de responsabilizá-lo era através da responsabilidade coletiva.

Ocorre que com a dinâmica social, essa medida se tornou inócua e passou a existir a responsabilidade individual. Disto decorre que havia então uma responsabilização coletiva, em que pese não haver qualquer preocupação com a autoria e a conseqüente imposição de uma pena condizente com a infração praticada e direcionada única e exclusivamente ao seu autor. Com isso é possível destacar que havia dois períodos alusivos à responsabilização de forma coletiva, como sendo: antes e depois do século XVIII.

Foucault (2007, p. 83-84) define esse período como taxonomia das espécies, de maneira que a cada infração particular e a cada indivíduo punível possa ser margem de arbítrio e atingir uma lei geral.

É oportuno também destacar o que o professor Sampaio (2006) alerta sobre a característica do sistema penal moderno, formado pela noção da liberdade como fundamento da responsabilidade, a qual vem a estabelecer-se como requisito para a punição e fica jungida a certas condições mentais, que por sua vez são percebidas pela sua forma negativa, ou seja, nos casos de exclusão da penalidade.

Para buscar tais situações, a doutrina jurídica encontra dificuldades em identificar os elementos subjetivos mentais aptos a caracterizar o que seja vontade livre.

Ao fazê-lo o jurista busca na história dados aptos a decifrar o livre arbítrio e deste modo destaca que antes do século XII a noção de lesão jurídica se subsumia a uma relação binária. Depois, além desse dano interindividual passa a existir a ideia de que a lesão atinge também o soberano e a sua lei.

Isso importa em destacar que a ideia do dano se substitui pela de infração. Esta passa de lesão ao indivíduo para um ataque direcionado e contra a ordem estabelecida, surgindo assim na seara jurídica as penas.

Contudo, para a infração galgar a força necessária, essa noção de lesão à lei se alia à ideia concomitante de pecado. Surge então a conceituação religiosa de culpa, inter-relacionada com o livre-arbítrio. A ideia do livre-arbítrio é tipicamente um conceito cristão jungido à escolha entre uma coisa boa e outra má.

Assim, a primitiva liberdade como fundamento da responsabilidade conhecida na antiguidade se resumia à qualidade do seu agir. Agora, a liberdade-responsabilidade passa a ser considerada como livre-arbítrio da vontade, deixando de ser uma virtude pública e se torna em um predicado do indivíduo autônomo. Deste modo a liberdade de um homem é adquirida ao preço da de outro.

No século XVIII, a ideia de pecado e infração se rompe. O pecado permanece adstrito à lei religiosa e infração à lei civil. Isso importa, segundo destaca o autor, que antes de existir a lei não há infração, pois é por meio da lei que a sociedade escolhe o que lhe é útil. Então, a violação da lei civil deve vir acompanhada de uma reparação do mal causado à sociedade.

Já no século XIX a legislação penal desvia-se da teorização, pois deixa a utilidade social e procura se ajustar ao indivíduo. Assim, a penalidade passa a zelar mais para o controle dos indivíduos e menos à defesa geral da sociedade. Mais que isto,

pondera Sampaio (2006), a penalidade se convola na busca de controlar não só o que faz o indivíduo, mas o que ele pode vir a fazer. Nasce, assim, a noção da periculosidade.

Kant *apud* Sampaio (2006) atribuiu a visibilidade da situação de responsabilizar, pois conforme a sua fundamentação na obra *Metafísica dos Costumes*, a doutrina kantiana destaca que a vontade humana está adstrita às leis da natureza, o que não inviabiliza a vontade livre como fundamento da responsabilidade. A liberdade, como corolário de ação, demonstra que a sua delimitação é exatamente a possibilidade de ação dos outros. Então, a responsabilidade consiste em imputá-la a alguém para evitar que a sua vontade não destrua a do outro.

Em sua conclusão, Sampaio (2006) destaca o inegável crescimento da sociedade moderna, tanto em termos quantitativos e qualitativos, o que demonstra as possibilidades de ações bem mais complexas em termos científicos e tecnológicos, gerando uma debilidade ao dogmatismo para controlar os conflitos ora apresentados aos sistemas jurídicos. Apresenta a frase: “julgar o futuro com os horizontes do passado torna-se cada vez mais difícil”.

Desta forma, para definir a responsabilidade são lançados aos critérios dogmáticos temas de imensuráveis complexidades.

No contexto desta pesquisa, a responsabilização da pessoa jurídica se aparenta em um tribuloso tema na busca da solução desse dilema, tanto no que concerne aos preceitos estabelecidos na própria dogmática jurídica ou mesmo na ciência do empirismo, e até em se considerando os valores discernidos pela política criminal.

Mas, não é intenção deste trabalho desvelar a polêmica, mas como dantes por muitos já estudados, contribuir para a tomada de consciência. Então a pesquisa continua com este condão, analisando a responsabilidade civil e a penal.

## **2.2 Responsabilidade civil e responsabilidade penal**

Não se pode olvidar que em essência o ilícito penal não se diferencia do civil. Não há separação ontológica entre ambos, cabendo ao legislador, através da oportunidade e com base nos valores vigentes, verificar qual das ofensas é a mais grave e atentatória aos interesses sociais, para então classificá-la como criminal.

O ato ilícito penal vem tipificado pelo Direito Penal. Isto importa em dizer que só pratica ilícito penal, com a conseqüente responsabilidade penal, aquele que viola a

previsão penal específica em virtude da lesão que pratica ser considerada contrária ao interesse social. Quanto ao ilícito civil, ele não possui uma tipificação *numerus clausus*, como no ilícito penal.

Pelo fato do Direito Penal regular a liberdade dos cidadãos, há a necessidade de haver a expressa previsão legal daquilo que será determinado pelo Estado como proibido, conforme consta no inciso XXXIX, do art. 5.º, da Constituição Federal e no art. 1.º, do Código Penal, há adoção do princípio da legalidade ou da reserva legal.

Este é o diferencial entre o que é reprovável socialmente e o que é tipo penal incriminador. Pois o Estado intervém o mínimo possível nas relações e quando o faz sempre pauta-se à proteção dos bens que sejam vitais e necessários à manutenção da sociedade.

Na lição de Copetti (2000, p. 87) o Direito Penal como violento instrumento normativo da regulação social, deve ser utilizado minimamente. Primeiro deve ser dado ênfase a todos os métodos extrapenais de solução dos conflitos, para, em último caso, quando não mais houver alternativas disponíveis, valer-se da repressão político-jurídica.

A diferença entre o ilícito civil e o penal é a meramente formal, ou seja, a estabelecida pela escolha do criador da lei de quais figuras são as penais e quanto às demais, aplicar as sanções civis, administrativas, tributárias etc.

Franco (2007, p. 46-47) define que o Direito Penal constitui uma das espécies do sistema de controle social formal. Porém, não são quaisquer atividades que fogem aos padrões societários que serão consideradas ilícitos penais, mas apenas aquelas que o Estado, observando a legalidade, as definiu como tal, ou seja, há um conjunto normativo previamente estabelecido.

Desta forma, o direito de punir do Estado não é uma atividade desenfreada, baseada apenas nos critérios de utilidade social, mas algo que se submete a um diligente controle das garantias materiais e formais.

Embora exista a distinção, não há impedimento para aplicar a sanção penal ao autor do ilícito penal e concomitantemente a imposição a este mesmo infrator de sanções civis, administrativas, tributárias etc.

Batista (2007, p. 45) destaca que para uma conduta ser caracterizada como ilícita, basta a sua oposição a uma norma jurídica. Esta oposição estipula uma relação, chamando-a de relação de imputação. Esclarece que o segundo termo dessa relação é a sanção correspondente e salienta que quando essa sanção é uma pena, o ilícito é chamado crime. Assim, conclui que o ilícito é penal apenas por uma decisão política –

ato legislativo – que o vincula a uma pena.

Ocorre que o Direito Penal é forjado na responsabilidade vinculada e adota o princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal. A punição, quando do ilícito penal, fica adstrita apenas à pessoa que realizou a conduta (ação ou omissão).

Esta previsão consta do inciso XLV, do art. 5.º, da Constituição Federal, conhecida também como princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena ou personalidade.

Nucci (2008, p. 71) invoca esse mesmo dispositivo da Lei Maior e destaca que em matéria penal, a responsabilização jamais deve ultrapassar a pessoa do delinquente, impedindo desta forma que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime paguem pelo que não fizeram ou sequer contribuíram para que fosse realizado.

Greco (2008, p. 79), por seu turno, também destaca essa mesma normatividade. Contudo, salienta que já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social. Explica que o princípio constitucional quer dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada.

Antolisei *apud* Franco (2007, p. 61) corrobora o fato da responsabilidade penal ser pessoal, pois há uma exigência que ela se radique numa plataforma psicológica, de modo que o fato possa pertencer ao próprio eu do autor.

Zaffaroni e Batista (2006, p. 245) consideram que não se pode imputar a responsabilidade pela mera causação do resultado. Salientam que imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor, equivale a rebaixar o autor à condição de coisa causante.

Por seu turno, Mirabete (2008, p. 30) reforça e acrescenta que a lei penal, para poder ser legítima e alcançar os ilícitos penais, deve ser imperativa, geral, impessoal e exclusiva, regulando apenas fatos futuros e explica:

É imperativa porque a violação do preceito primário acarreta a pena. É geral por estar destinada a todos, mesmo aos inimputáveis, sujeitos à medida de segurança. É impessoal por não se referir a pessoas determinadas e exclusiva porque somente ela pode definir crimes e cominar sanções e, por fim, se aplica apenas a fatos futuros, não alcançando os pretéritos, a não ser quando aplicada em benefício do agente criminoso.

Para o jurista austro-americano Kelsen (2006, p. 128), o Direito é um conjunto de normas, com a imposição de uma ordem coativa. As normas apresentam na sua

estrutura sanções. A partir do momento que uma norma prescreve uma sanção a determinado comportamento, ele será considerado um delito. O seu oposto, ou seja, o comportamento que evita a sanção é considerado um dever jurídico.

Desta forma, o Estado é um conjunto de normas prescrevendo sanções de forma organizada. Assim, essa imputação se trata da responsabilidade por conduta própria, ou seja, o delito é normalmente a conduta daquele indivíduo contra o qual é dirigido o ato coercitivo que funciona de sanção.

De outro lado, no contexto da responsabilidade civil, fica claro que o seu escopo é garantir e dar segurança ao desenvolvimento dos atos jurídicos. A função reguladora tem como sustentáculo a obrigação de reparar o prejuízo causado e gerar segurança e paz social (STOCO, 1997, p. 50).

A esse respeito, Ribeiro (2004, p. 21) afirma que:

[...] tem-se na responsabilidade civil a situação jurídica infligida a alguém, que lhe é imputável em razão do comportamento ou da atividade própria, de outrem, ou ainda de coisa sujeita à sua vigilância, que atinja a esfera jurídica de terceiro, violando-lhe direitos juridicamente tutelados e passíveis de recomposição ou reparação.

No nosso ordenamento também há a implicação da responsabilidade civil. Esta responsabilização eclodiu a partir do fato de que a reação individual foi deixada de lado e o Estado passou a cuidar dessa situação (RODRIGUES, 1999, p. 06).

Porém, para a sua consecução o sistema probatório reservou a regra de que a prova incumbe ao autor, mas há exceções em alguns casos. Diferentemente, na seara penal, a responsabilidade é pessoal e intransferível. O fato é que a responsabilidade civil nasce pura e simplesmente com a prática do ato ilícito, senão vejamos o que consta no Código Civil (BRASIL, 2008, p. 166) vigente:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

...

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os

direitos de outrem.

Deste modo, acaso se considere a teoria da ficção como a que define a natureza jurídica dos entes coletivos, persistirá também a dificuldade em se conceber a possibilidade de atribuir a responsabilidade civil às pessoas jurídicas, pois como não há vontade, igualmente não poderá existir a responsabilidade que é o seu corolário.

Galvão (2003, p. 58), então questiona como se admitir que a pessoa jurídica possa ser capaz de auferir benefícios com a atividade ilícita, sem arcar com o ônus decorrente dos danos em seu nome causados? E responde que:

Diante da necessidade concreta de corrigir-se a iniquidade, só restou conceber uma responsabilidade indireta, pela atuação dos representantes da pessoa jurídica, presumindo-se a culpa da pessoa jurídica. Nesse sentido, a responsabilidade da pessoa jurídica há de ser sempre indireta, ou seja, por fato de outrem.

Ocorre que na seara penal, a responsabilidade é diferente, pois além da prática da conduta proibida pela Lei, deve haver a subsunção aos demais critérios, quais sejam: fato típico, antijurídico e culpável.

A esse assunto Gomes (1998, p. 19-20) destaca que a responsabilidade penal tem como fundamento a responsabilidade moral, o que significa exigir do autor da conduta a prévia capacidade de entender e ter a vontade de agir.

Decorre que, para a responsabilização, deve haver algo mais do que a simples vinculação da conduta com o resultado, pois a missão da responsabilização penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena (BATISTA, 2007, p. 104-116).

O tema responsabilidade tem as suas espécies conforme a perspectiva analisada e quanto ao seu fundamento temos a responsabilidade objetiva e a subjetiva.

### **2.3 Responsabilidade objetiva**

Para comentar a responsabilidade objetiva, faz-se imperioso registrar que vige no sistema penal pátrio o Código Penal no qual a regra é a sua expressa vedação. Ao optar pelo princípio da culpabilidade, a responsabilização penal somente pode ser imputada ao agente que, com a sua conduta, agiu de forma dolosa ou culposa.

Assim, não basta para a responsabilização penal apenas a ocorrência do fato ou do resultado. Deve haver a existência na conduta do dolo ou da culpa. Na doutrina jurídica brasileira, com especificidade na seara penal, a imputação acontece por meio da constatação do nexos causal existente entre a ação desencadeada e o resultado produzido (nos delitos que demandam a criação do dano).

Essa ligação de causa e efeito alicerça-se na ideia de paridade de condições. Contudo, mesmo assim demonstra erros em certos casos, a saber, nas circunstâncias em que existe mais de uma causa, não se sabendo com precisão a situação que verdadeiramente levou ao resultado é indispensável a utilização de outros parâmetros capazes de estabelecer a devida imputação do resultado ao agente que tenha causado o dano.

Isso demonstra que a ideia da equivalência deve lançar mão de diferentes padrões para amoldar-se e superar as suas carências. Há também a necessidade de comentar sobre uma outra teoria, a da imputação objetiva, a qual será objeto de análise em item posterior.

Essa imputação objetiva não é o mesmo que responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva tem o significado de alguém responder por um delito sem ter agido com o dolo ou a culpa. Contudo, ambas têm relação com a conduta do agente ante o risco proibido criado e o risco do resultado.

Ocorre que a imputação objetiva demonstra uma gama de parâmetros de correção, centralizada, por assim dizer, na tipicidade e em busca de aperfeiçoar a imputação ao autor do crime, no momento da verificação do nexos de causalidade.

Mas torna-se imperioso distinguir a responsabilização e a imputação penal de acordo com essa teoria, ante a possibilidade de equívocos. Imputar é conferir a uma pessoa a carga de um acontecimento. Significa a totalidade de exigências pessoais que reveste o autor dessa capacidade de modo que seja possível imputar-lhe, no âmbito jurídico, a execução de um delito, ou seja, a capacidade do agente em compreender a ilicitude do ato realizado.

De outro lado, a responsabilização penal significa impingir ao autor da conduta delituosa o encargo dos seus efeitos jurídicos, em virtude de sua ação culposa ou dolosa. Quanto ao que diz respeito à responsabilidade penal objetiva, repelida pela jurisprudência brasileira e pelos doutrinadores, o seu acolhimento consiste na capacidade de atribuir a imputação de uma infração a uma pessoa, independente dos elementos de culpa ou dolo, mas sim, puramente pela existência do dano e de seu fator

subjetivo. Isso é inadmissível em matéria penal.

Sendo assim, a imputação e a responsabilização penais são, na verdade, quase que categorias opostas e antagônicas. Por causa disso não existe a possibilidade de uma ser confundida com a outra.

Enfim, por meio da releitura do nexos de causalidade, além de todo embasamento dessa nova estrutura jurídica, que possui como base a teoria do risco, é admissível alcançar uma demarcação das fronteiras da imputação penal, atribuindo responsabilidade para aquele que realmente deu causa ao resultado.

Na lição de Gomes (1995, p. 247):

[...] quando alguém é punido sem ter atuado com dolo ou pelo menos com culpa, ou quando alguém é punido sem culpabilidade, sem ter podido, nas circunstâncias concretas do fato, ter atuado de modo diferente. Não basta, assim, para a existência da responsabilidade penal, a simples ocorrência de um 'fato' ou de um 'resultado' perturbador ou lesivo a bens jurídicos.

Desta forma, a responsabilidade penal objetiva pode ser considerada como a aplicação de uma sanção penal, independentemente de haver dolo ou culpa do autor da conduta, bastando a existência de uma causalidade material. Basta existir o nexos de causalidade material da conduta e do resultado, sem análise de qualquer elemento subjetivo, para haver a responsabilização.

Pela teoria finalista da ação ou da ação finalista, criada por Hans Welzel, a conduta humana sempre possui uma finalidade e, por isso, esta ação ou omissão é uma atividade humana e não simplesmente um comportamento causal. A ação não é apenas causal, mas um acontecimento finalista.

Questionam os finalistas que, enquanto a causalidade é cega, a finalidade é evidente. Desta forma a vontade deve estar dirigida a uma finalidade, não se concebendo a vontade de nada, pois a conduta acontece mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim (MIRABETE, 2005, p. 102-103).

Assim, a responsabilidade é definida como objetiva pelo fato da sua previsão não ser produto da aferição com base na capacidade e conhecimento do autor em concreto (subjetivismo), mas sim, de um critério geral e objetivo. Para a responsabilidade objetiva basta a existência do nexos causado e do dano.

Ocorre que o Direito, por ser dinâmico, sofre a ingerência da realidade cotidiana. O nosso diploma penal prevê o princípio da culpabilidade e também o

resultado provocado pela ação.

Por isso, há questões que devem ser solucionadas pela dogmática jurídico-penal, pois a teoria do crime há de se amoldar para buscar a reprovação penal a certas ações causadoras de resultados que trazem grandes significações sociais.

## 2.4 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva se baseia na conduta do agente que age com dolo ou culpa. Para que seja responsável e surja a obrigação, faz-se necessário que a conduta do agente tenha ocorrido por sua vontade.

Assim, deve haver esse elemento subjetivo do fato, consistente no dolo ou na culpa do agente que, somado ao elemento formal-objetivo da violação da norma jurídica, gera a relação de causalidade entre o dano e a conduta.

Beviláqua (1980, p. 272-273) vê sob dois pontos de vista a responsabilidade subjetiva. À primeira vista, o direito penal enxerga por trás do crime o criminoso. O considera um ser antissocial que necessita adaptar-se às condições de vida coletiva ou ser retirado momentaneamente desse meio.

Já o direito civil visualiza no ato ilícito não a pessoa do agente, mas sim a da vítima, aquele que sofreu a conduta. Vem então socorrê-la, restaurar-lhe o seu direito violado, equilibrando desta forma o prejuízo patrimonial advindo.

Por isso que no direito penal se deve estabelecer a imputabilidade e no direito civil basta a satisfação do vínculo de causalidade entre o agente e o prejuízo. Ocorre que a sociedade se torna a cada dia mais complexa e com essas evoluções a noção de culpa individual passou a trazer restrições inconvenientes.

Mas, sensível a essas necessidades práticas, a noção jurídica de culpa passou a se adequar a algumas opções políticas. Foram então construídas as noções de culpa *in eligendo*, considerada como a culpa presumida pela má escolha do empregado ou preposto; *in vigilando*, consubstanciada na falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem; e *in custodiando*, atinente à falta de atenção em relação a animal ou coisa que esteja sob os cuidados daquele que se pretende responsabilizar. Desta maneira, flexibilizou-se no tempo a noção jurídica da culpa (CAVALIERI FILHO, 2000, p.42).

Houve o estabelecimento de critérios da responsabilidade objetiva para o

estabelecimento da responsabilidade subjetiva. É a maneira prática encontrada pela doutrina para evitar situações que poderiam trazer a insegurança jurídica.

Porém, a implementação da responsabilidade deve ser analisada sob a ótica de sua aplicabilidade, ante as atividades perpetradas pela pessoa jurídica. Faz-se necessário o estudo desse ente.

## **2.5 A historiola da responsabilidade penal da pessoa jurídica**

Devido ao papel que a pessoa jurídica passou a ocupar na sociedade, iniciaram-se as colisões entre os interesses da liberdade econômica das pessoas jurídicas e os direitos fundamentais das pessoas físicas. Quanto mais a sociedade evoluiu e buscou aprimorar-se na modernidade, mais se deixou levar pelas práticas de atos atentatórios por parte dos entes coletivos. Ocorre que a própria vida em sociedade clama pela proteção dos direitos, equilibrando e harmonizando a convivência humana.

Claro que cada sociedade tem a sua época, a sua cultura e a sua moral. Por isso que os comportamentos sociais tendem a reiterar-se no meio social, valorando-se ou até, dependendo a época, se tornando reprováveis, pois as modificações históricas, econômicas, políticas e sociais causam esta influência.

Isso ocorre até porque a sociedade não é estática, e o direito também não deve sê-lo. Ambos são dinâmicos e sensíveis às mudanças de valores, e, assim, há a necessidade das constantes atualizações normativas, inclusive com a ruptura de dogmas, enfim, as mudanças são necessárias. Essa regulação dos membros da sociedade se dá através das regras emanadas do poder legítimo, que produz as normas a serem aplicadas.

Assim nasce o Estado. Por meio de um contrato social, as pessoas lhes entregam esse poder de controlá-los em troca da segurança e da paz social. Desse contratualismo nasce também uma ordem jurídica pertinente ao Estado Civil, com a preservação dos direitos naturais do cidadão, o que conforme Locke é imposto pelas ordenações construídas pelo soberano hobbesiano Leviatã. Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVII, escreveu a sua obra *O Leviatã*, fazendo uma apologia ao Estado forte, autoritário, ditatorial. Nela demonstra a preocupação com o ordenamento jurídico do Estado (HOBBS, 2003, p. 204). Ele contrariou Aristóteles quando afirmou que o homem não é um ser social, pois partiu da premissa que o homem é mal por natureza.

Segundo Hobbes, todo indivíduo coloca-se em primeiro plano e almeja o que é bom apenas para ele, ou seja, o ser humano é imutável no seu egoísmo e ambição. Isso acaba gerando o mal para o seu semelhante. Assim, essa falta de respeito espontâneo em reconhecer o respeito mútuo, ocasiona os constantes conflitos.

Para a resolução dessa celeuma, os homens acordam entre si uma sociedade civil. Por isso houve a necessidade de um mecanismo estatal apto a reprimi-los, garantindo a paz e a segurança entre todos.

Para garantir esse contrato, Hobbes reconhece no Estado essa força soberana e absoluta, acima da vontade dos seus súditos, evoluindo assim do estado natural. Como consequência, os indivíduos passam a ser livres apenas quando e naquilo que a lei civil entender como liberdade.

Na Idade Média, os senhores feudais ditavam as regras e a Igreja era muita poderosa, pois invocava o nome de Deus para conseguir regular a sociedade, sendo proprietária de muitas terras e da ideologia da época o “Teocentrismo”. A influência era tamanha que o Papa Leão XIII (1878 a 1903) assim escreve (VIOTTI, 1995):

Tempo houve em que a filosofia do Evangelho governava os Estados. Nessa época, a influência da sabedoria cristã e a sua virtude divina penetrava as leis, as instituições, os costumes dos povos, todas as categorias e todas as relações da sociedade civil. Então a Religião instituída por Jesus Cristo, solidamente estabelecida no grau de dignidade que lhe é devido, em toda parte era florescente, graças ao favor dos Príncipes e à proteção legítima dos Magistrados. Então o Sacerdócio e o Império estavam ligados entre si por uma feliz concórdia e pela permuta amistosa de bons ofícios. Organizada assim, a sociedade civil deu frutos superiores a toda expectativa, cuja memória subsiste e subsistirá, consignada como está em inúmeros documentos que artifício algum dos adversários poderá corromper ou obscurecer.

Na Idade Moderna, o poder era concentrado de forma absoluta pelo Rei e o Estado Absolutista controlava os seus súditos, praticando arbitrariedades com o poder centralizado numa única pessoa.

O historiador e filósofo italiano Nicolau Maquiavel, em seu livro mais famoso O Príncipe (escrito em 1513), explica que o Estado Nacional, criado e desvinculado da Igreja, é exercido na pessoa do chefe do governo (o príncipe). Trata-se de uma necessidade de governança, baseado na razão e em prol do coletivo. Por isso é válido qualquer meio utilizado para alcançar os objetivos. Ele ainda traça a forma do governante se comportar. Maquiavel é considerado o idealizador do Estado Forte

(MAXIMIANO, 2000, p. 146).

Posteriormente, surgem as idéias libertadoras em contradição ao poder soberano, vindo à tona a Revolução Francesa em 1789, o que possibilita aos homens a liberdade negativa, caracterizada nos limites da atuação do Estado frente ao cidadão (GRESPLAN, 2003, p. 9-109).

Porém, depois de conquistada a liberdade, surgem os problemas sociais. Então, é necessário para o equilíbrio social, a Revolução Industrial, que se caracteriza numa prestação positiva do Estado voltada a proteção dos cidadãos. As lutas das classes trabalhadoras buscam e conquistam o equilíbrio social.

Para Marcuse (1973, p. 227-232), um importante teórico do século XX, que ficou conhecido como o filósofo da libertação e da revolução, criador da expressão sociedade unidimensional, passa a partir de então a existir o controle da sociedade sobre as consciências humanas. Há a alteração entre a relação do racional e do irracional.

A sociedade industrial moderna começa a impor uma racionalidade tecnológica através da dominação e opressão em massa, controlando as consciências humanas.

Atualmente, o movimento jurídico definido como constitucionalismo moderno, que passou pela fase da afirmação de direitos individuais, depois dos direitos sociais, busca a sua terceira etapa, que corresponde à concretização dos direitos fraternais, mudando da proteção do homem-indivíduo para a proteção dos grupos humanos (SARLET, 2004, p. 30-115).

É indubitável que, mesmo ante a todos esses direitos positivados, os direitos humanos são os mais importantes e sempre devem prevalecer frente aos demais. E é por meio dele que será reconhecida, respeitada e protegida a dignidade humana contra os atos arbitrários do poder estatal, além de possibilitar as condições mínimas de vida.

Conforme as mudanças ocorrem na sociedade, o direito também se transforma. Isso é percebido quando analisamos os paradigmas desses direitos. A esse respeito, Meneghetti (2008) traz uma historicidade digna de nota, reproduzindo a idéia da proteção dos direitos humanos, começando pela suas origens no antigo Egito e Mesopotâmia (no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado; já na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João – Sem – Terra, em 1215, a *Petition of Right*, em 1628, o *Habeas Corpus*, em 1679, o *Bill of Rights*, em 1689 e o *Act of Seattlemente*, em 1701. Depois, Nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776, Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776 e a Constituição dos Estados

Unidos da América, em 1787) a consagração normativa dos direitos humanos ocorreu na França (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – com a Revolução Francesa em 1789).

A seguir menciona que no início do século XX alguns ordenamentos demonstravam preocupações sociais (Constituição mexicana-1917; Constituição de Weimar-1919; Constituição Soviética-1918). Finaliza com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em Paris, houve a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional.

Salienta ainda que essa ideia de Direitos Humanos não se estagnou nesse documento, mas surgiram diversos outros documentos, como: a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem, Declaração Universal dos Direitos dos Povos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Solene dos Povos Indígenas do Mundo, entre outros.

Mas, como já mencionado, os direitos humanos possuem historicidades distintas, modificáveis conforme as ideologias sociais. A esse respeito Bobbio (1992, p. 25) salienta:

Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – (...) – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.

As consagrações desses direitos nos documentos foram divididas pelas nomenclaturas: gerações ou dimensões.

Os de primeira geração foram também definidos, como já mencionado, de liberdade negativa, expressando oposição à atuação estatal. Porém, com uma ideia individualista, pois tinha o indivíduo como um ser independente do Estado. Ficou conhecido como as idéias liberais representadas pela Revolução Francesa, declarada em 1789, contendo 17 artigos (GRESPLAN, 2003, 9-109).

Os de segunda geração, também definidos como direitos sociais, demonstram a positividade da conduta estatal, visando preservar a igualdade material entre os cidadãos, em virtude das desigualdades trazidas pelos direitos de primeira geração. Ficou conhecido como período do Estado Social (MARCUSE, 1973, p. 227-232).

Acreditou-se inicialmente que os direitos de primeira e de segunda geração, não seriam compatíveis, visto a dificuldade em visualizar a concomitante existência entre a liberdade e a igualdade.

Atualmente, isto é perfeitamente possível de enxergar até mesmo na nossa Constituição Federal, que adequou no ordenamento esses dois direitos fundamentais, pois há no texto um equilíbrio entre a liberdade do indivíduo frente ao estado, ao mesmo tempo em que há a importância social para com o cidadão.

Os direitos de terceira geração, também já mencionados, são aqueles voltados à solidariedade, ao desenvolvimento sustentável, à paz mundial, ao meio ambiente saudável, enfim, aos direitos difusos, ou seja, não pertencem a nenhum indivíduo em particular (SARLET, 2004, p. 30-115).

Os direitos foram evoluindo e no Brasil, conforme já ressaltado, transmutaram do individual para o social e agora para o coletivo.

Ocorre que a todo direito corresponde uma obrigação. Como asseverou Kelsen (2006, p. 138), a responsabilidade não é um dever, mas a relação do indivíduo e o ato coercitivo resultante de um delito por ele ou por outrem cometido.

Assim, a responsabilidade advém para a pessoa como forma dela responder pelo ato que se obrigou ou praticou.

## **2.6 As transformações da responsabilização do ente coletivo**

A responsabilidade da pessoa jurídica sofreu ao longo dos tempos, jungidos aos períodos das revoluções, significativas transformações, tanto no campo do direito positivo, como no entendimento dos doutos.

Porém, a solução para a questão da sua responsabilização, estará sempre condicionada e vinculada à natureza jurídica atribuída ao ente coletivo (ROCHA, 2003, p. 58).

Há dificuldade em reconhecer a responsabilidade da pessoa jurídica quando se adota a concepção da teoria da ficção. Quando se concebe a teoria da realidade objetiva e da realidade jurídica, há maior facilidade em se responsabilizar o ente coletivo, pois em sendo uma realidade criada pelo Direito, a sua vontade de ação fica igualmente subsumida a essa criação.

Na história da responsabilidade penal da pessoa jurídica houve período da sua

admissão, como os da Idade Média e da Idade Moderna (Século XIV e XVII) (MESQUITA, 2008).

Depois de algum tempo sem aplicação, a responsabilidade voltou a ser aceita na segunda metade do Século XIX, quando a teoria da realidade se contrapôs à da ficção. Shecaira (2003, p. 25) destaca estas duas fases:

Da Idade Antiga à Idade Média predominaram as sanções coletivas impostas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias etc. Após a Revolução Francesa, com o advento do liberalismo surgido com o pensamento iluminista, a nova ideologia veio extinguir as sanções às corporações e todas as referências associadas às punições coletivas que pudessem pôr em risco as liberdades individuais.

Conforme já salientado alhures, existem dois sistemas que acolhem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, conhecidos como o Inglês e o Francês, ambos ancorados no princípio da *societas delinquere potest* (a sociedade pode delinquir), defendendo que a pessoa jurídica possui capacidade de conduta (ação e omissão) e capacidade de culpabilidade.

Pautam suas fundamentações na capacidade de agir ou omitir, considerando-as como a possibilidade de vontade própria do ente coletivo, distinta da dos membros que a criaram. Essa vontade está sedimentada na deliberação coletiva da empresa que, almejando a satisfação de interesses, comete uma infração na sua trajetória. E, por fim, consideram que essa vontade coletiva não diverge da vontade individual, e assim, é uma vontade.

O nosso ordenamento, claramente jungido ao Sistema Europeu, procurou consagrar a responsabilidade penal exclusivamente individual. Assim, a responsabilidade penal dos entes coletivos sempre foi obstaculizada pela normatividade jurídico nacional, em que pese as seguidas propostas dessa imputação corporativa serem postas à baila.

Mas há a idéia de que a sociedade jurídica não pode delinquir, *societas delinquere non potest*. Esta noção surgiu com o Direito Canônico, fruto das normas da Igreja Católica. Os canonistas defendiam que o direito pertencia a Deus e não aos fiéis e elaboraram uma tese de pessoa jurídica diferenciando o conceito jurídico do conceito real de pessoa, tendo como paradigma o ser humano (SANCTIS, 1999, p. 27).

Desta forma, a pessoa jurídica, como um ser sem alma, não poderia ser excomungada. Era considerada uma pessoa fictícia, sem capacidade de ação

(BITENCOURT; GOMES, 1999, p. 55).

No Século XXI, talvez até em virtude dos recentes avanços da teoria da responsabilidade da pessoa jurídica, a doutrina passou a adotar critérios para aplicá-la. Porém, por questões de política criminal, restringiu a alguns casos especiais. Segundo Shecaira (1998, p. 110), a viabilidade dessa responsabilização fica condicionada a certos fatores, a seguir alinhavados.

A primeira dessas restrições consiste em ser a infração praticada no interesse da pessoa coletiva, ou seja, a conduta ter sido útil à finalidade do ser coletivo e realizada no liame de atuação da atividade da empresa.

Com isso, estão excluídas as infrações que sejam praticadas fora do domínio normal da atividade da pessoa coletiva, como aquelas somente praticadas por pessoa física. E seria um leque restrito de infrações passíveis de serem perpetradas pela pessoa jurídica.

Outro fato é que a infração tenha sido praticada por alguém que possua ligação com a pessoa jurídica, ou seja, possua vínculo com o ente coletivo e que no exercício das suas funções pratique a ilicitude, havendo desta maneira a confluência de interesses.

Por fim, a execução da infração deve ter sido levada a efeito com o auxílio do poder da pessoa jurídica, da sua robustez, da sua força orgânica, isto é, a conjugação das forças econômicas do ente coletivo, faz com que a lesividade da sua conduta seja intensamente superior a qualquer infração criminal tradicional, até porque, em geral, a vítima dessas lesões não é uma pessoa singularmente identificada, mas o dano atinge e lesa a própria sociedade. E esse comportamento criminoso do ente coletivo é responsável pela violação de regras sociais de conduta e assim deve ser punido. A sua responsabilidade penal está jungida na obtenção da vantagem econômica.

A esse assunto, Araújo Júnior (1999, p. 91-92) afirma que:

A admissão da capacidade de agir conduz, necessariamente, à da capacidade de culpa. Podemos, entretanto, agregar que a teoria do risco da empresa, conseqüente da culpa na própria organização e atuação, legitima a responsabilidade penal da pessoa jurídica e justifica a atribuição a ela, cumulativa ou isoladamente, do crime cometido por seus representantes em proveito da empresa. É esta teoria da vantagem econômica, que fundamenta o juízo de reprovação pelo crime. Trata-se, assim, de uma categoria nova que a jurisprudência portuguesa e as propostas da Comunidade Européia chamam de responsabilidade própria da empresa.

Nas palavras de Costa Junior e Milaré (2002, p. 19-20) o nosso ordenamento

criminal deve ser adaptado, tanto nos seus conceitos, como nos seus princípios, de maneira a viabilizar uma correta prevenção e repressão aos crimes perpetrados pelos entes coletivos e com isso fazer valer no cenário atual o eficaz combate à criminalidade tributária, financeira, econômica e ambiental.

Mais que isso, é importante também o desestímulo às pessoas jurídicas que são criadas com o objetivo principal do lucro.

Com a aplicação da sua responsabilidade proporcional e com valor expressivo, certamente haverá a desestimulação da prática de suas ofensas, galgando assim o respeito da criatura pelo seu criador.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica surgiu como novidade na nossa Constituição (§ 5º do art. 173 e § 3º do art. 225). A partir de então, estava instalada uma enorme celeuma sobre o tema.

Ocorre que, mesmo antes da previsão constitucional, algumas legislações de estroinices já estipulavam o instituto da responsabilidade por parte da pessoa jurídica: Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências); Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965 (Disciplina o Mercado de Capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento); Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, (Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências). Mesmo depois da edição de nossa Lei Maior as normas infraconstitucionais editadas coninuaram a reconhece-la: Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências); Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995 (Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências); Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 2005 (Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências); Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências); Decreto nº 3.179/99 (pessoa jurídica); Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999 (Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido

previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal); Lei nº 10.303 de 31 de outubro de 2001 (Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários); Decreto nº 4.074/02 (pessoa jurídica); Lei nº 10.409 de 11 de janeiro de 2002 (Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências).

É importante destacar que a evolução histórica do tema responsabilidade penal da pessoa jurídica, vem se alternando entre uma tendência coletiva e individualista, com a atual predominância da ideia de responsabilidade penal coletiva.

Porém, a defesa da responsabilização individualista, inviabiliza a responsabilidade dos entes coletivos, a qual se robustece no atual sistema teórico da ciência penal, visto a incompatibilidade da responsabilidade coletiva com o instituto dogmatizado da teoria geral do delito. Mas isso não impede que a política criminal operacionalize mudanças, o que será analisado no próximo capítulo.

## **CAPÍTULO 3 - TEORIA GERAL DO DELITO**

A importância deste capítulo para o trabalho consiste no fato de se buscar, dentro da atual teoria geral do delito, um outro elemento que não a culpabilidade para aferir a vontade da pessoa jurídica. Pois, dentro da atual estruturação analítica do delito, não há como amoldar os elementos da culpabilidade à manifestação de vontade do ente coletivo.

Assim, esse outro elemento tecnicamente hábil a essa adequação há de ser aquilo que é passível de se aperceber no ente coletivo. Nessa análise, podemos dizer que os elementos perceptíveis da pessoa jurídica na atual sistematização existente são a sua periculosidade e sua potencialidade lesiva.

Desta forma, neste capítulo se pretende compreender os elementos que compõem o delito, investigando as características gerais que definem um fato como criminoso.

Esse assunto é extremamente complexo e no desenrolar dos trabalhos serão enfocados os conceitos, as considerações sobre as principais teorias do direito penal, as influências recebidas pela política criminal e seus preceitos paradigmáticos, considerados sob a ótica da sociedade pós-industrial e mensurados em velocidades.

Isso porque em busca da segurança e da paz social, é vista que a última velocidade do direito penal, segundo os seus defensores, oportuniza por meio da relativização de garantias individuais, a resposta adequada aos infratores. Ainda será abordado que paralelo a essa velocidade, há defensores quanto à eleição de um inimigo para o Estado.

Por meio desses dois institutos, entendem que a punição ao ente coletivo poderia ser aplicada mesmo sem a sua culpabilidade, mas sim, justificada a punibilidade pela aferição da sua periculosidade.

Por via de consequência, a aplicação das penas adequadas ao ente coletivo se justificaria não só por sua atividade lesiva, mas principalmente pelo perigo que ele representa ao Estado.

A justificativa a estas interpetrações estaria jungida ao aumento dos índices criminais e o surgimento de novas formas de delinqüência, que trouxeram a insegurança social e concomitantemente o nascimento da desconfiança nos organismos responsáveis

por este combate.

Chega-se a situação de setores da sociedade defenderem a aplicação de medidas excepcionais quando da prática de determinados delitos, numa verdadeira demonstração do processo da lei de Newton, amparada pelo fenômeno da ação e reação.

Neste sistema, o Poder Legislativo recebe os influxos empiristas imediatos dessa sociedade, a qual elenca os valores e num verdadeiro processo panaceico, edita a normatividade para a cura de todos os males.

Assim, vivendo numa sociedade de risco, há efetividade nos métodos implementados pelo órgão estatal no combate às novas modalidades delituosas praticadas pelas grandes corporações, que tornaram os delitos um fenômeno transnacional.

Para tanto, seguem-se as análises das teorias do Direito Penal, como também o questionamento entre a conduta e o seu resultado, passando pelos estudos das argumentações favoráveis ou contrários à responsabilização. No presente trabalho também será analisado a base principiológica apresentada pela Lei maior a essa responsabilização e as críticas às influências recebidas.

### **3.1 As teorias do direito penal**

O Estado confecciona o Direito Penal com o escopo de regular a convivência do homem na sociedade e concomitantemente visa a proteger os bens jurídicos quanto a eventuais lesões.

Mas estes conceitos são dinâmicos e se inter-relacionam com os momentos econômicos, sociais e culturais vividos pela sociedade.

O Direito Penal, na lição dos autores Mezger, Prado e Bitencourt (1995, p. 17) é “um conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando o delito, como pressuposto, à pena como consequência”.

A conceituação do que seja crime fica igualmente adstrita à consideração do que seja injusto criminal, ou seja, de fato proibido pela lei e que em caso de transgressão há imposição de uma pena.

Então, é a violação de um bem jurídico legalmente protegido ou uma contradição entre a lei penal e o fato praticado pelo agente, sendo-lhe imposto por tal infração uma punição.

Mas também há o ideário de prevenir o crime, conforme traz em sua obra o Marquês de Beccaria (2007, p.101):

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que recuperá-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes e contrários à finalidade que se propõem.

É fato que um dos princípios que jamais poderá ser desconsiderado é aquele que exige a anterioridade da lei penal para a previsão de crime, constante do Inciso XXXIX, do art. 5.º, da CF, também conhecido como princípio da reserva legal.

O reconhecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos, embora igualmente previsto na Constituição Federal no § 5.º, do art. 173 e no § 3.º, do art. 225, apresenta problemas no contexto dogmático, destacados especialmente na teoria do delito, nos campos da incapacidade de ação, da falta de culpabilidade e da personalidade da pena, senão vejamos.

A reforma penal ocorrida em 1984, com a Lei n.º 7.209/84 (BRASIL, 2009, p. 245), alterou a parte geral do Código Penal Brasileiro. Um dos motivos para as alterações foram os índices criminais, as suas novas espécies e a sofisticação tecnológica, que exigiram o aprimoramento dos instrumentos jurídicos contemporâneos de contenção criminal.

As mudanças encamparam os conceitos do finalismo Welzeniano (BRANDÃO, 2001, p. 21) que até então era baseado na doutrina causalista, também conhecida como causal-naturalista. Essa doutrina entendia a ação como um processo mecânico, muscular, sendo prescindível o fim a que essa vontade se dirigia. Bastava então, a prática da ação voluntária.

O modelo causalista foi criado pelos autores do conceito clássico de delito, forjado nos princípios positivistas, com formulações de leis gerais. A análise era sobre a ação, expressa em uma manifestação física, geradora de modificação no mundo exterior, ou seja, a prática de um ato gerador de mudança no mundo exterior, um resultado.

Desta forma, Conde (2000, p. 226) destaca que Franz Liszt inaugurou o sistema causalista e considerava como elementos necessários e integralizadores do conceito de delito, a ação e a culpabilidade, esta compreendida pela imputabilidade,

como também pelas análises subjetivas do delito (dolo ou culpa).

O conceito de ação se resumia na modificação do mundo exterior, mesmo que desprovida de qualquer finalidade. Liszt *apud* Conde (idem, idem), conceitua a ação em três elementos: vontade, alteração do mundo exterior e o nexa.

Posteriormente, Ernst Beling afirmando que a ação tem uma fase objetiva e uma subjetiva, inseriu um outro elemento, a tipicidade. Surgiu assim o modelo causal. Para essa teoria o dolo e a culpa eram objetos de análise na culpabilidade.

A denominação como teoria causalista foi derivada de causalidade. A lei da causalidade que rege a ciência da natureza se fundamenta numa relação de causa e efeito. Esta relação não é compreendida, mas apenas explicada pelo homem (BITENCOURT, 1999, p. 187).

Para a teoria causalista, a ação se resumia no movimento voluntário capaz de causar modificação. Desta forma a vontade era analisada na culpabilidade, ao invés de sê-lo na ação.

Essa doutrina começou a sofrer desgastes quando da análise dos delitos omissivos, pois, como explicar o resultado ante a uma não realização de um movimento corporal, ou seja, estes surgiam de um não ato, bem como nos crimes culposos, ante a falta de compreensão com o desvalor da ação. Enfim, os questionamentos aos causalistas se direcionaram ao critério da vontade quando da apreciação do fato típico.

Substituindo-os, surge Hans Welzel com a teoria finalista da ação, mudando a estrutura da teoria do delito. Segundo esse criador, a todo comportamento humano corresponde uma finalidade. A conduta é uma atividade humana e não simplesmente um comportamento causal. É uma manifestação de vontade voltada para um fim. Por isso que ao verificar a tipicidade, os finalistas visualizam-na como um elemento subjetivo de conexão mental com a vontade do acontecer final, ou seja, o dolo.

Os finalistas modificam o conceito de ação, até pelo fato da evolução da ciência penal, passando de um singelo movimento mecânico corpóreo, para um elemento de vontade, dirigida a um fim. Assim, a ação se torna conhecida como “um acontecimento finalístico, não um acontecimento puramente causal e orientando sua atividade para a consecução desses mesmos fins ou objetivos” (WELZEL, 1986, p. 91).

A propósito Luisi (1987, p. 37-38) destaca:

Diferente é o embasamento do tipo penal na doutrina finalista. Para esta, a realidade –e nela se inclui a atividade humana- não é amorfa e caótica. Pelo

contrário, é ordenada e preche de sentido. A ação humana é realidade, portanto, já organizada, e com um contexto ontológico definido, antes de sua disciplina jurídica. Como consecutório, é evidente que os conceitos normativos, isto é, os da lei, bem como os elaborados pelo juiz, ou pela ciência do direito, não transformam, dando ordenação e sentido a uma realidade heterogênea e desorganizada, mas encontrando uma realidade com estrutura ontológica que a faz organizada, e mesmo cheia de valores, limitam-se à descrição dessa realidade. Essa concepção da realidade e do conhecimento que está na base da doutrina finalista da ação e do consequente entendimento do contexto e nuances do tipo penal, tem suas premissas em uma interpretação ontologistizante das categorias kantianas, bem como na fenomenologia de Edmund Husserl e na evidente –embora, de certo modo, minimizada pelo Professor de Bonn- presença do ontologismo de Nicolai Hartmann.

A Teoria Finalista da Ação considera que o comportamento do homem tem uma finalidade, ou seja, a conduta é uma atividade realizada e não simplesmente um comportamento causal. Ela crê que não há vontade de nada para o nada, mas sim dirigida a um fim.

Mirabete (1995, p. 100-101) destaca sobre o assunto que:

A conduta realiza-se mediante manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente. Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo o seu próprio cerne. Isso, entretanto, não tem o condão de deslocar para o âmbito da ação típica, igualmente, o exame do conteúdo de formação dessa vontade, estudo que há de se reservar para a culpabilidade.

Este entendimento existe pelo fato da ação humana ser considerada um fenômeno ético-social e a adoção do finalismo alterou a substância da estrutura dogmática da teoria do delito.

O finalismo contribuiu para a evolução da teoria do delito. Em especial pela extração da culpabilidade daqueles elementos subjetivos que a ela davam corpo, e assim dando origem a sua concepção normativa, dita normativa pura. O dolo e a culpa migram da culpabilidade para o injusto. A culpabilidade se torna o juízo de reprovação.

Em virtude disto, o conceito da culpabilidade como juízo de reprovação é dependente do momento político, social e cultural que o Estado atravessa. Von Litz (LITZ *apud* BITENCOURT, 2000, p. 116) destaca: “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal”.

Por meio do finalismo ficou concretizado que a ação não é causal, mas final. Isto justifica a afirmação de Welzel (1970, p. 39) que a finalidade é vidente e a

causalidade é cega:

A ação humana é o exercício da atividade final. A ação é, portanto, um suceder 'final', e não somente causal. A 'finalidade' ou o caráter finalista da ação baseia-se em que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, propondo, dessa forma, fins diversos no dirigir de sua atividade, conforme seus planos para a consecução de determinados fins. Em virtude de seu saber causal prévio pode dirigir os distintos atos de sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A atividade final é um executar orientado, consciente de um fim, ao contrário da ação causal que não se encontra orientada dessa maneira, e sim como uma resultante casual de componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – graficamente – 'vidente', e a causalidade 'cega'.

Houve também a teoria social da ação, defendida por Hans Heinrich Jescheck (1993, p. 6), tendo como fundamentação a relevância da conduta junto à sociedade. Verifica-se o contexto social da conduta, ou seja, se socialmente permitido ou não aquela ação praticada. Acaso a conduta seja aceita pela sociedade, ou seja, considerada socialmente correta, a conduta será atípica.

A observação para o enquadramento da conduta ficaria adstrita a aceitabilidade perante a sociedade se a conduta praticada gera ou não danos à mesma, isto é, se analisa o elemento social que estaria intrinsecamente incutido no tipo penal. Assim, a conduta para ser típica necessitaria de um entendimento social.

No dizer de Mirabete (1999, p. 103-104) para esta teoria a conduta deveria ser um caso de relevância social:

Como o Direito Penal só comina pena às condutas socialmente danosas e como socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com seu meio, sem relevância social não há relevância jurídico-penal. Só haverá fato típico, portanto, segundo a relevância social da ação.

Para Wessels (1976, p. 22) a relevância do fato no contexto social é “toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas conseqüências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor”.

Para esse enquadramento haveria a exposição de um risco à segurança jurídica, pois essa análise caberia ao Juiz quando da decisão avaliar este elemento social negativo, isso a despeito do direito positivado. O critério a ser adotada para a sua

aplicação ficaria adstrito à subjetividade e isto se tornou motivo de crítica para a sua aplicação.

Embora essa teoria não tenha sido aceita na legislação brasileira, consegue-se enxergá-la quando da análise das excludentes da ilicitude e também por ocasião da dosimetria estabelecida no art. 59 do CP (BRASIL, 2009, p. 289).

O fato é que pena e Estado devem ser conceitos correlacionados. A pena está intimamente ligada ao modelo econômico e a forma de Estado. Por conseguinte, esse relacionamento alcança a concepção de culpabilidade.

Deste modo a culpabilidade funcionando como um fundamento da pena analisa a possibilidade de aplicar ou não a pena ao autor de um fato típico e antijurídico. Esta análise, possui os requisitos da capacidade, consciência e exigibilidade da conduta. A falta de alguns desses elementos é motivo bastante para impedir a aplicação da sanção penal.

De outro lado, a culpabilidade funcionando como limite da pena, impede a imposição de pena aquém ou além dos seus critérios e valoração do bem jurídico lesado e dos fins preventivos a que se dispõe a proteger.

Por fim, a culpabilidade, de acordo com a teoria finalista da ação, impede a atribuição da responsabilidade objetiva, ou seja, permite apenas a responsabilização contra quem agiu com dolo ou culpa.

Desta forma, o dolo foi retirado da culpabilidade e passa a ser um dos elementos essenciais do injusto, como também a antijuridicidade, passando a fazer parte da ação, ou seja, gozam de essências objetivas e subjetivas.

A culpabilidade torna-se o juízo de reprovabilidade, desnuda do caráter psicológico e assume a índole normativa, consistente em três aspectos: exigibilidade de conduta diversa da previsão legal; imputabilidade e a possibilidade do agente conhecer o ilícito.

A teoria finalista funcionalista foi desenvolvida por Roxin e pretendeu criar um sistema apto a reconhecer a finalidade do Direito Penal, ou seja, as decisões passariam a conter valores político-criminais. Haveria um maior atendimento à segurança e à justiça do Direito, garantindo um dinamismo do sistema. O seu fim primordial se resume em utilizar os conceitos valorativos, instituindo três regras básicas: a existência de um risco proibido; conexão do risco com o resultado jurídico; e esse resultado esteja protegido pela norma.

Para tanto, pela teoria funcionalista, a tipicidade, antijuridicidade e

culpabilidade do Direito Penal são analisadas ante os aspectos valorativos da política-criminal e não somente se limitam à proteção dos bens jurídicos. Isto se coaduna com a ideia do Direito Penal humanitário através da política-criminal, orientado para as novas necessidades da atual sociedade. Essa teoria vem a completar o nexo causal.

Desta forma, a teoria funcionalista significa que a conduta criminosa somente poderá ser imputada ao autor que criou o risco ou o perigo contra o bem jurídico protegido.

Ocorre que para evitar o exagero de uma responsabilização infinita àquele que criou o risco ou expôs a perigo o bem jurídico protegido, adotou-se a teoria da causalidade adequada, consistente em ser utilizado somente o liame causal que efetivamente contribui para a produção do resultado. Esse método, na fala de Damásio (1997, p. 247-248), ficou conhecido como procedimento hipotético da eliminação de Thyréon ou Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais (*conditio sine qua non*). Mas, mesmo assim, essa teoria apresentava algumas severas críticas quanto à relação de causalidade da ação ao resultado, como segue.

A teoria causalista previa apenas elementos objetivos no tipo penal, pois o dolo e a culpa não integravam o fato típico, mas sim faziam parte da culpabilidade.

Com o advento da teoria finalista, o dolo e a culpa migraram da culpabilidade para o tipo penal, que passou a contar com o elemento subjetivo. Desta forma, o tipo passou de um mero fenômeno de causação, para a exigência de um direcionamento da vontade humana em busca de um determinado fim. Então, a conduta passou a ser analisada com um ato final.

Porém, o tipo penal ainda continuou a ter o sentido objetivo da teoria causalista, com a adição dos elementos subjetivos, tornando-se um tipo complexo. E assim, a ausência de um desses elementos (objetivo ou subjetivo) passou a tornar a conduta atípica.

A análise do alcance do tipo passou a ser realizada por intermédio de novos métodos, isto é, deixou-se de apenas verificar pura e simplesmente a relação de causalidade material, mas passou-se a aferir se o resultado pode ou não ser imputado ao autor. Enfim, por essa teoria não basta que o resultado tenha sido provocado pelo agente, mas se faz necessário que ele possa efetivamente ser-lhe imputado.

Mas, dentro da teoria do delito e dessa valorização subjetiva, permanece ainda difícil a adequação da imputação e da responsabilização das atividades perpetradas pelo ente coletivo.

Desenvolve-se assim a teoria da imputação objetiva, surgida na Alemanha por meio dos primitivos conceitos de Hegel e depois aperfeiçoada por Claus Roxin.

### **3.2 A imputação objetiva como alternativa à responsabilização**

A teoria da imputação objetiva buscou solucionar os problemas não resolvidos pela teoria causal e finalista e passou a readequar o nexo de causalidade, vinculando o risco juridicamente relevante com as atividades humanas, ou seja, o nexo de causalidade deve ser imputado àquele que expôs ao perigo de dano ou de lesão devido a sua conduta. A sua meta consiste em discernir o mero acaso daquilo que efetivamente seja obra do agente.

A denominação da imputação de objetiva não significa afirmar que ela é aferida sem análise de capacidade e conhecimento, mas sim que numa análise em critérios gerais e objetivos, faz-se uma previsão de possibilidade tomando-se por base um ser comum.

Para a imputação objetiva é necessário haver o preenchimento das seguintes condições: a geração de um risco ou o seu aumento; a sua realização como causa do resultado; e o resultado esteja protegido pelo alcance da norma.

Roxin (1993, p. 152) afirma que:

Quando o legislador permite que, à semelhança do que sucede em outras manifestações da vida moderna, na atividade de estabelecimentos perigosos e em outros casos de utilidade social preponderante, se corra um risco até certo limite, apenas poderá haver imputação se a conduta do autor significar um aumento do risco permitido. Se tal situação se configura como tal, tem que imputar-se o resultado do agente, ainda que tenha atuado de forma irrepreensível.

Desta forma, a imputação objetiva pode ser considerada como a responsabilização de alguém independentemente do seu dolo, o qual somente é aferido na responsabilidade subjetiva. A imputação objetiva somente pode ser alegada quando há um risco proibido relevante. E mais, quando o risco juridicamente importante foi o precursor do resultado típico.

Quando se fala em risco, como considerá-lo ante a situação de que vivemos em uma sociedade do risco, pois uma sociedade sem riscos não é possível. O risco incutido à convivência social é aquele tolerado ou o risco permitido. Esses já vêm previstos na

normatividade ante o seu sobrepujante e necessário caráter social, em especial na nossa sociedade industrializada.

A esse respeito Diaz (1996, p. 108) afirma que:

Enquanto o risco pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinaram-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal. Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas.

Isso significa que o risco pode ser considerado permitido quando o resultado buscado pelo agente não dependa única e exclusivamente da sua vontade. Quando nessa situação o risco acontece, pertence ao acaso. Mas, de outra sorte, quando o risco ocorre na busca do resultado por meio da vontade do agente, será considerado não permitido.

Para então mitigar eventual exagero de uma responsabilização infinita àquele que criou o risco ou expôs a perigo o bem jurídico protegido, além do procedimento hipotético de eliminação de Thyrén ou Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, haveria a inserção do princípio da confiança. Por meio desse princípio, estaria estabelecido que os outros deveriam se comportar conforme o Direito. Desta forma, não há o domínio do resultado pela vontade do agente.

Há ainda a teoria da imputação objetiva segundo a ótica de Gunther Jakobs (2000, p. 17-29). Nela Jakobs trouxe ao cenário da teoria novos elementos que se somaram àqueles apresentados por Roxin. Enquanto Roxin se volta na sua teoria ao elemento resultado, para Jakobs a atenção maior é dispensada ao comportamento. Define que cada um ocupa um papel na sociedade e quem viola esse papel, deverá responder juridicamente. Acaso todos cumprissem fielmente o seu papel e mesmo assim ocorresse algo, isto seria mera fatalidade, sem qualquer consequência. Os limites desse papel social são os seus aplicadores da responsabilidade.

A imputação objetiva de Jakobs *apud* Prado (2007, p. 340) guarda conexão com o seu conceito de culpabilidade. O mesmo juízo utilizado na análise da imputação será levado em consideração na culpabilidade, pois ambos tratam de uma reprovação social.

Na verdade Jakobs contesta todas as estruturas do finalismo e acredita em um

novo sistema do Direito Penal. A teoria jakobiana é chamada de funcionalismo absoluto ou sistemática, pois não pode haver a interferência de dados. O que legitima e justifica o Direito Penal é a fidelidade ao ordenamento. Assim, as criações do Direito Penal devem se resumir naquilo que atenda a sua funcionalidade.

Por isso que a teoria jakobiana entende ser função primordial do Direito Penal garantir a norma, ao invés de dar proteção ao bem jurídico. Para ele o importante são as necessidades do sistema e tudo provém desse próprio sistema.

Diferentemente, no funcionalismo de Roxin, que passou a ser designado como moderado, ele não esquece das estruturas ontológicas advindas da política criminal, que servirão de base para orientar o Direito Penal. Por isso que a teoria roxiana se volta para o elemento resultado, enquanto a jakobiana é por demais fechada e desnuda de conteúdos externos, pois prega que toda valoração alusiva ao Direito Penal deva cingir-se à manutenção dele.

Contudo, o dinamismo preconizado a todo tempo traz novas notas à dogmática do direito. A evolução da ciência do Direito Penal vê o nascimento da corrente doutrinária denominada funcionalista ou teoria racional com o escopo da reconstrução da teoria do delito tendo como base critérios político-criminais.

A doutrina é chamada de funcionalista para demonstrar que o sistema penal deve ser orientado pela política criminal, isto é, deve verificar as finalidades e os reclamos desta política.

Roxin e Jakobs são os dois principais defensores dessa teoria, que recebe muita resistência de aceitação pela doutrina brasileira, em especial pelo fato das suas soluções, no campo da teoria, serem alcançadas por outros institutos.

Porém, no campo do debate apresentam relevantes aspectos enriquecedores para a solução dos impasses havidos quanto à responsabilização penal da pessoa jurídica, em especial quanto à análise do contexto social da prática criminosa, pois àquele que explora a sociedade deve assumir o risco da sua atividade.

Do exposto se percebe que as teorias foram forjadas em contextos sequenciais ligados às evoluções históricas e científicas.

Em cada uma das teorias se nota momentos específicos voltados a demonstrar o inegável papel do Direito Penal nessa afirmação substancial.

Então, neste momento a teoria jurídica do delito necessita de outras inovações conceituais que venham explicar o atual fenômeno do delito, desta feita reunindo distinções aptas a alcançar o ente coletivo.

Os novos debates devem trazer para a discussão concepções acerca deste assunto, buscando explicações e posicionamentos ampliativos de modelos que abordem o necessário empenho científico na busca de modelo explicativo da infração penal perpetrada pela pessoa jurídica.

A busca desse novo modelo, talvez até possa guardar e manter a tradicional doutrina finalista, mas no tocante à vontade, entende-se salutar que esta venha abrangendo a ideia de atividades e não somente de condutas. Isto porque, sendo o fato típico corrolário de conduta e a culpabilidade juízo de reprovação, somente podem ser aplicados contra as pessoas físicas. Esse elemento anímico do delito poderia ser aferido por meio de outros sentidos, que não única e exclusivamente pela vontade. Esta caracterização da vontade poderia ser reafirmada por meio da censurabilidade das atividades consideradas lesivas.

Assim, alcançaria as atividades das pessoas jurídicas. Deste modo, a sua imputação e responsabilização seria possível pela periculosidade das suas práticas e também pela sua potencialidade lesiva.

Evidentemente que o presente trabalho não irá galgar soluções sobre esse assunto. Para isso é necessário pesquisas e investigações muito mais extensivas e complexas.

Resta ponderar que o confronto quanto à responsabilização do ente coletivo no cenário da atual teoria geral do delito, guarda incoerência com as concepções do dolo, culpa e culpabilidade.

Mas o pensamento moderno não pode ficar à mercê de tais obstáculos à responsabilização do ente coletivo. O direito penal deve buscar um caminho evolutivo que o interesse social conclama, de modo a contribuir para o vencimento dessa etapa.

Adiante serão analisados os elementos que fazem parte da teoria do delito, com o escopo de demonstrar que os mesmos foram forjados à época para alcançar apenas a conduta perpetrada pelo indivíduo.

### **3.3 Argumentações sobre a responsabilização**

A polêmica responsabilização penal da pessoa jurídica encontra argumentações diversas quanto a sua aplicação prática. É o tema de Direito Penal e de política criminal mais controvertido da atualidade.

Como até aqui observado, o Direito Penal nos seus conceitos dogmáticos demonstra incompatibilidade com a responsabilização penal do ente coletivo. Basta analisarmos as noções sobre os temas da conduta e da culpabilidade, para os quais são previstas situações pertinentes apenas à pessoa humana. A clássica visão individualista do Direito Penal é o legado do iluminismo, como defesa do poder do Estado.

Contudo, conforme já esclarecido, a atual realidade social clama a necessária suplantação desses dogmas e a adequação de todo o sistema penal de modo a alcançar os entes coletivos na criminalidade econômica e ambiental.

Mas segundo a teoria finalista, adotada pelo nosso ordenamento substantivo criminal, a culpabilidade é considerada como o juízo de reprovação e muito embora possa haver o fato típico e ilícito, não haverá o crime.

O que deve ser indagado é se a pessoa jurídica tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento? Em que pese adotar-se a teoria da realidade, ainda assim há dificuldades em se afirmar que o ente coletivo possa entender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se segundo esse entendimento.

O absoluto reinado do princípio *societas delinquere non potest*, implantado nos países dos sistemas legais codificados, vem perdendo forças ante ao aumento da criminalidade empresarial.

Um dos fortes argumentos para a aplicação do princípio *societas delinquere potest*, aplicado nos países regidos pelo sistema da *common law*, é o ideal de prevenir e reprimir essa nova fase delituosa gerada pela criminalidade coletiva, como também o fato de que, quem pode firmar contratos, pode também firmá-los fraudulentamente (LISZT, 2003, p. 191).

Assim, em que pese a previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica, há argumentos favoráveis e contrários a essa imputação, conforme será analisado, principalmente nos conceitos de legalidade, conduta, culpabilidade e da personalidade da pena.

Aliás, para Juarez Cirino dos Santos (2001), a nossa Constituição Federal jamais previu a abolição do princípio da responsabilidade penal pessoal, como muitos defendem, pelo fato das disposições contidas no § 5.º, art. 173, e no § 3.º, do art. 225. Muito pelo contrário, acaso fosse pretensão do constituinte instituir exceções à regra da responsabilidade penal pessoal, utilizaria uma linguagem inequívoca e não o modo enigmático insculpido nos mencionados parágrafos.

### 3.3.1 Conduta

A conduta humana é o cerne da teoria do delito, pois é desta premissa que se forjam todas as outras definições que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

As modalidades de conduta é a ação e a omissão, mas não cabe ao Direito Penal criar os conceitos do que seja ação. O Direito Penal prevê que o sujeito com capacidade de ação é o indivíduo. A ação, estabelecida como a primeira análise a ser realizada na estrutura do crime, demonstra um comportamento humano, voluntário, consciente e dirigido a um fim.

Para o tipo finalista, há o dolo e a culpa, conforme haja ou não a intenção do resultado. Dolo quando há o querer a realização do tipo, há a intenção do agente, sem outras conotações sobre valores. Culpa caracteriza-se quando há a inobservância do dever objetivo de cuidado e a conduta produz um resultado não desejado, mas previsível.

A possibilidade de penalmente punir o ente coletivo não pode violar o princípio do *nullum crimen sine conducta*, pois não há como se aceitar delito sem conduta e esta sem a vontade. A vontade é fruto do componente psíquico, atributo apenas do ser humano.

Conforme esclarece Damásio (1997, p. 163-165) o sujeito ativo do delito é aquele que pratica o fato típico, isto é, a conduta prevista na lei. Além da possibilidade de praticar a ação, deve ser ainda avaliada a capacidade penal do autor. Ela se refere às condições que o autor deve possuir para ser titular de direitos e obrigações no cenário jurídico. Essa capacidade é verificada antes e depois do crime.

Mas nem sempre foi assim. Houve época em que os animais foram processados e punidos (BATTAGLINI, 1964, p. 130). Nesse período da Antiguidade e da Idade Média o animal era admitido como sujeito ativo de delito, pelo fato de acreditarem que os mesmos traziam consigo espíritos malignos que precisavam ser exorcizados (LITZ, 2003, p. 213).

Quanto ao assunto, Bitencourt (1999, p. 60) salienta que:

Como sustentar-se que a pessoa jurídica, um ente abstrato, uma ficção normativa, destituída de sentidos e impulsos possa ter vontade e consciência?

Como poderia uma abstração jurídica ter ‘representação’ ou ‘antecipação mental’ das conseqüências de sua ‘ação’?." "... a conduta (ação ou omissão) é produto exclusivo do homem. Juarez Tavares, seguindo essa linha, afirma que ‘a vontade eleva-se, pois, à condição de espinha dorsal da ação. Sem vontade não há ação, pois o homem não é capaz de cogitar de seus objetivos, se não se lhe reconhece o poder concreto de prever os limites de sua atuação. René Ariel Dotti destaca, com muita propriedade, que ‘o conceito de ação como atividade humana conscientemente dirigida a um fim vem sendo tranqüilamente aceito pela doutrina brasileira, o que implica no poder de decisão pessoal entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais’. 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.

Desta forma, um dos argumentos contrários à responsabilização da pessoa coletiva, consiste em que a mesma estaria desprovida dessa vontade e consciência. Então, seria incapaz de ser sujeito ativo do delito, por não poder praticar ação, elemento imprescindível para a responsabilidade subjetiva do direito penal.

Ocorre que a argumentação favorável a essa imputação se prende no fato de que a ação perpetrada pelo ente coletivo difere daquela praticada pela pessoa física. O ente coletivo pratica atividade e por isso mesmo a sua ação é institucional. Por tal motivo a análise do seu dolo e a tipicidade devem ser analisadas de forma diferenciada.

Isso é a sua vontade própria na lição de Sanctis (1999, p. 40):

[...] as pessoas jurídicas possuem vontade própria e se exprimem pelos seus órgãos. Essa vontade independe da vontade de seus membros e constitui uma decorrência da atividade orgânica da empresa. Conclui-se, portanto, que diante dessa vontade própria é possível o cometimento de infrações, de forma consciente, visando à satisfação de seus interesses.

Na análise da ação institucional há necessidade de se avaliar o fenômeno da relação de cada um dos participantes e a instituição a quem pertencem, pois a decisão volitiva alcançada é o resultado dessa confluência de fatores e independe da vontade das pessoas físicas que a compõem.

A conduta da pessoa jurídica é forjada ante o aspecto normativo, organizacional e pelo interesse econômico. A normatização se prende ao contexto estatutário do ente, com as pertinentes divisões das funções dos seus membros. Já a parte organizacional, em que pese a simetria com a normativa, regula a coletividade humana da pessoa jurídica, mas jungida ao sistema do seu controle interno. E, por fim, o seu interesse econômico que é o objetivo do ente coletivo. Porém, o seu diferencial consiste no fato de haver total independência entre o interesse econômico da pessoa

jurídica com o interesse individual dos seus integrantes (BAIGUN, 1997, p. 25-59).

É desse ponto que deve ser analisada a conduta institucional, ou seja, independente da ação das demais pessoas físicas que a compõem, pois está delimitada por características próprias e diferenciadas, por meio das quais deverá se buscar a subjetividade da sua conduta institucional.

Ocorre que Cirino (2001) novamente questiona essa responsabilização e no aspecto da conduta rechaça que a vontade pragmática, fruto da vontade coletiva conquistada e sedimentada em reuniões, deliberações ou voto, jamais poderá ser confundida com a vontade consciente exigida no conceito de ação. Essa ação institucional não contém os requisitos da ação humana, fundamento da responsabilidade pessoal do Direito Penal. Ainda reforça que a ação institucional é incapaz de trazer consigo a consciência de realizar um tipo penal, pois não possui a energia psíquica produtora da ação típica. A ação institucional, segundo o autor, é também incapaz de imprudência, visto que não pode discernir e reconhecer, dentro do contexto de homem comum, aquilo que seja a previsibilidade. A ação institucional também não é capaz de omissão da ação, pois se não pode ter a capacidade física de agir, jamais terá a capacidade de omitir.

Contudo, o argumento utilizado para refutar a incapacidade de ação do ente coletivo consiste no fato de que a mesma conduta institucional apta a gerar contratos, está igualmente legitimada a descumpri-los, inclusive de modo criminoso. Desta forma as pessoas jurídicas têm a capacidade de praticar atividades criminosas.

Porém, para Cirino (2001) isso está equivocado. Jamais se pode equiparar os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil com os da responsabilidade penal. Nesta, há necessidade de elementos objetivos e subjetivos e naquela somente os objetivos. Acaso os elementos sejam igualados, haverá mutilação dos componentes do conceito de crime, visto o abalo na estrutura do que seja tipo de injusto e de culpabilidade. Salienta ainda que quando o legislador constitucional utiliza a expressão atividades para a pessoa jurídica ao invés de conduta está sujeitando-as apenas às sanções administrativas.

Desta forma, inobstante a adoção do instituto da vontade pela pessoa jurídica como ação institucional, o que não se pode olvidar é que para a sua responsabilização deve impescindir a teoria da dupla imputação, consistente na imputação concomitante entre o ente coletivo e a pessoa física que agiu em seu nome. Os nossos pretórios excelsos já admitem a referida teoria, vejamos (consta no anexo):

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". (STJ, REsp nº 889528 – SC Rel. Min. FELIX FISCHER. 5ª Turma. DJ 17/04/2007).

Assim, estabelecidas as divergências sobre a capacidade quanto a conduta da pessoa jurídica, resta analisar a sua culpabilidade.

### 3.3.2 Culpabilidade

Uma das restrições argumentativas é percebida pelo sentido trazido pelo vocábulo latino *nullum crimen sine culpa*, apresentando o princípio da culpabilidade ao Direito Penal brasileiro. Este complexo conceito se baseia na capacidade penal, na consciência da antijuridicidade, no qual é nulo o crime sem culpa, ou seja, não há crime sem culpabilidade.

Desta forma, o princípio da culpabilidade impõe limites ao poder punitivo estatal. Esse princípio, como já mencionado, está previsto na Constituição Federal e traz consigo o entendimento de que há também uma proteção aos direitos humanos, pois o legislador constituinte emprega as expressões dignidade da pessoa humana, respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança etc.

Prado (1999, p. 78) leciona que o princípio da culpabilidade está incluído no princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva. Assim, não se pode responsabilizar penalmente quando não há o dolo ou a culpa.

Já Bitencourt (2000, p. 14-15), enxerga três missões ao princípio da *nullum crimen sine culpa*, os quais são a fundamentação da pena, a medida da pena e a contrariedade à responsabilidade objetiva, ou seja, a proibição da responsabilidade penal desprovida do dolo ou da culpa.

Então, o princípio da culpabilidade representado pela expressão *nullum crimen sine culpa* demonstra inexistir responsabilidade penal objetiva, ou seja, sem a conduta dolosa ou culposa. Disto decorre que o ente coletivo, representado que é pela pessoa física, não teria consciência para cometer condutas lesivas.

A pessoa jurídica não teria discernimento próprio, ou seja, a vontade autônoma. Por via de consequência, seria impossível a atribuição da culpabilidade, pois lhe faltam a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a ausência da exigibilidade de conduta conforme o direito, visto que todos esses elementos da culpabilidade são valorados pela vontade. Ausentes esses elementos, não se configura a culpabilidade da pessoa jurídica.

Na verdade, o Direito Penal brasileiro não admite a responsabilização sem a culpabilidade, pois não há como aplicar a pena. A culpabilidade, como pressuposto da punibilidade, é considerada como a reprovação da ordem jurídica devido o agente ter praticado um fato típico e antijurídico. Ele agiu com a sua vontade e violou a vontade da norma. É uma condição para a imposição da pena ante a reprovação da conduta.

Ao adotar a teoria normativa pura, o dolo e a culpa migraram da culpabilidade para a tipicidade. O resultado apurado em virtude da conduta deve fazer parte da vontade do agente para que possa ser penalmente relevante.

O princípio da culpabilidade exige três elementos para a sua constituição: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade passou a ser considerada como reprovação à conduta perpetrada. Uma verdadeira censura pela ação individual cometida.

A imputabilidade considera a aptidão no aspecto da maturidade biológica e psíquica, tendo a nossa Legislação adotado o critério biopsicológico. É importante salientar que a ação exige a imputabilidade, pois o inimputável não age, mas apenas pratica fatos.

No dizer de Bitencourt (1999, p. 63):

Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a culpabilidade, segundo o Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquica. Maturidade e alterações psíquicas são atributos exclusivos da pessoa natural e, por consequência, impossível de serem trasladados para a pessoa fictícia. Enfim, a pessoa jurídica carece de maturidade e higidez mental, logo, é inimputável.

Capez (2002, p. 272-273) leciona sobre o tema que a imputabilidade pode ser conceituada como:

[...] a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento...”; “...o agente deve ter condições físicas,

psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável não é apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando sobre a própria vontade, de acordo com esse entendimento.

A potencial consciência da ilicitude se relaciona ao conhecimento quanto às proibições e quanto à existência da norma. Significa indagar se havia condições para o agente saber que o seu comportamento era contrário ao ordenamento jurídico. É importante que se exija do sujeito o conhecimento, ante as suas peculiares condições de saber se a sua conduta era errada, isto é, contrária ao direito e ao ordenamento jurídico. A expressão potencial deve ser entendida como ter o agente condições de saber que fazia algo errado.

O terceiro elemento da culpabilidade é que na situação objeto de análise não se exija outra conduta do agente, senão a que foi por ele perpetrada. Trata-se da exigibilidade de conduta diversa. Não se trata de uma análise sobre o aspecto psíquico do agente, mas sobre a situação fática ocorrida. Leva-se em conta o valor que o agente adotou para a sua conduta. O agente somente terá a sua conduta recriminada caso ele a tenha praticado quando lhe era possível exigir um comportamento diverso.

Reale (2000, p. 151) esclarece que:

[...] culpabilidade é a reprovação por ter o agente agido antijuridicamente, optando, assim, por um desvalor quando podia abster-se de fazê-lo, já que lhe era facultado motivar-se pelo valor imposto pela norma e pelo valor da norma como dever.

Outro argumento contrário à reponsabilização da pessoa jurídica consiste no fato da mesma não ter a culpabilidade, uma vez que não tem um agir independente, movido por sua vontade própria. Ela age por meio dos seus representantes e esses não agem tendo em vista os seus próprios interesses, mas os do ente moral. Isso justifica que quando a pessoa jurídica celebra um contrato, quem o assina é a pessoa natural que a representa, mas mesmo assim quem fica obrigado é o ente coletivo.

Na lição de Conde e Arán (2003, p. 167):

[...] a capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o Direito atribui

capacidade para outros fins distintos dos penais.

Cirino (2001) destaca que falta à pessoa jurídica a maturidade e a sanidade mental e, portanto, falta-lhe a capacidade penal. Cita ainda o seguinte exemplo:

[...] a vontade pragmática deliberada em reunião de pessoa jurídica constituída por 2 sócios inimputáveis por doença mental conduziria a situações de delírio jurídico: a) se a capacidade penal da pessoa jurídica é independente da capacidade penal dos sócios, é preciso explicar como pessoas físicas inimputáveis podem produzir uma vontade coletiva imputável; b) ao contrário, se a capacidade penal da pessoa jurídica depende da capacidade penal dos sócios, então porque responsabilidade penal independente?

A problematização apresentada pelo autor é dotada de muita relevância e pertinência. Ele ainda apresenta dificuldades em se avaliar e contextualizar a expressão consciência do injusto e as situações de exculpação. Porém, ante os novos desafios sociais surgidos é chegado o momento da criação de novos sistemas capazes de resolver os conflitos até então inimagináveis pela visão clássica e tradicional penal, mas hoje reconhecidos pelas correntes doutrinárias. Entre as principais necessidades de mudanças está o reconhecimento dessa capacidade penal do ente coletivo, fato de reconhecida importância. Há o sistema da dupla imputação, por meio do qual o Direito Penal procura viabilizar a responsabilização concomitante da pessoa jurídica e da física.

Quanto às pessoas físicas, permanece o sistema já existente, mas em relação aos entes coletivos é criado um novo sistema apto a apurar a criminalidade jurídica, como já existe na seara civil e administrativa. A mesma vontade que norteia as ações de cunho civil e administrativo deve ser utilizada no contexto penal.

Desta maneira, haveria a criação de uma responsabilização intermediária entre Direito Civil e o Administrativo, mas com características penais e com o impedimento de aplicações das sanções privativas de liberdade, ante as peculiaridades do agente infrator.

A argumentação defensora da responsabilização penal dos entes coletivos preconiza que a sua culpabilidade, ao invés de ser analisada pela reprovação da conduta pessoal, deve levar em conta a culpabilidade do fato. O exame ficaria vinculado à gravidade do delito praticado pela atividade lesiva.

Isso é o que se chama de Direito de Intervenção:

[...] que seria um meio-termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a criminalidade coletiva” (HASSEMER *apud* BITENCOURT, 1999, p. 71).

Sanctis (1999, p. 45) destaca que:

Por fim, a responsabilidade civil ou administrativa não pode impedir a responsabilidade penal dos entes coletivos. Em primeiro lugar, porque esse tipo de responsabilidade possui, respectivamente, o escopo de reparar o dano causado ou meramente preventivo (no sentido de se impedirem maiores prejuízos à coletividade), enquanto a responsabilidade penal possui o de punir os atos que causam perturbação da ordem pública. Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar a possibilidade de decisões de cunho administrativo serem objeto de ingerências políticas, o que tem levado ao descrédito desse tipo de sanção. Acrescente-se que, dotado o ato administrativo de auto-executoriedade, não é incomum abusos no exercício desse poder.

Então, a culpabilidade da pessoa jurídica seria avaliada como uma periculosidade, ou seja, o risco que determinados entes geram ao sistema social, numa verdadeira concepção de culpabilidade social. Isto se equipara a uma verdadeira análise da periculosidade do ente coletivo ao invés da sua culpabilidade.

### 3.3.3 Personalidade da pena

A Constituição Federal do Brasil prevê que a pena não passará da pessoa do condenado, significando que a sanção penal deverá recair única e exclusivamente sobre o autor do delito.

Este é o princípio da pessoalidade da pena, pelo qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A argumentação contrária à responsabilização do ente coletivo apresenta o questionamento de que quando se pune o ente coletivo, estará sendo imposta penalização de todos os membros de uma corporação, ainda que membros inocentes. Acaso isso ocorra, haverá violação desse princípio constitucional.

Ocorre que algumas vezes, quando a pena é aplicada, pode atingir, ainda que

indiretamente, pessoas estranhas ao apenado. Isso pode acontecer até com os parentes do apenado, os quais sofrem as conseqüências do sustento da família enquanto o sentenciado se encontrar preso. E isso também pode acontecer com a pessoa jurídica, pois a pena poderá afetar de algum modo os seus sócios, empregados, clientes. Mas isso não implicará violação da norma constitucional.

Mas o fato é que a pena criminal é intransferível. Já os efeitos civis da condenação são diferentes, pois o dever de indenizar será cumprido até pelos herdeiros. Contudo, há o limite de sê-lo até o limite da herança.

Assim, embora o caráter da personalização da pena, o certo é que a argumentação de que o princípio da sua pessoalidade é atacado quando se pretende punir a pessoa coletiva, também o é quando se pune a pessoa física.

Para Cirino (2001) esta alegação não é verdadeira e se trata de um equívoco primário, pois se confunde a proibição constitucional da aplicação da pena com os seus efeitos sócioeconômicos. Ele assevera que a pena privativa de liberdade não pode ser confundida com a privação de liberdade da sua família ou de seus dependentes. Salienta que os efeitos sócioeconômicos da pena privativa de liberdade do réu são sentidos também quando ele fica desempregado, ou quando está doente, ou mesmo quando morre. E tais acontecimentos não constituem o objeto do princípio constitucional da personalidade da pena.

Aguiar (1990) defende que a pena de prisão imposta à pessoa física é uma pena que atinge aqueles que não delinqüiram, ou seja, aqueles que dependem do infrator. Alega que esse tipo de pena, no Brasil, só é imposta às classes subalternas e assim, os filhos dos condenados e as suas esposas irão sofrer as conseqüências dessa pena, o que demonstra a mitigação do caráter da personalização da pena.

Outro caráter da pena é o seu sentido de retribuição, intimidação e reeducação, os quais em relação aos entes morais não funcionariam com o fim de prevenção especial.

O autor Conde *apud* Prado (1999, p. 145) esclarece que:

[...] a pena não pode ser dirigida, em sentido estrito, às pessoas jurídicas no lugar das pessoas físicas que atrás delas se encontram, porque conceitualmente implica uma ameaça psicológica de imposição de um mal para o caso de quem delinqüir e não se pode imaginar que a pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psicológica alguma.

Também há entendimento sobre a tese da desnecessidade de criminalização do ente coletivo, pois seria suficiente as punições no campo administrativo. Ocorre que, ante a pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa, faz-se imperioso conclamar o direito penal como *ultima ratio* aos entes morais.

As punições de contexto administrativo mostram-se temerárias, ainda mais em virtude dos órgãos julgadores pudessem vir a tomar decisões de cunho político partidário. Inegável que ante as prerrogativas do cargo o Judiciário tem mais autonomia e independência para investigar e até punir. Como demonstração desta falta de eficácia das punições administrativa e civil, Sirvinskas (2003, p. 15) ressalta:

A maioria dos países da Europa pune a pessoa física e jurídica que lesa o meio ambiente, não só administrativa e civil, mas também penalmente. Nas esferas administrativa e civil, a proteção ao meio ambiente não tem sido eficaz. Na esfera administrativa, das multas aplicadas pelo IBAMA, em 1997, somente seis por cento foram recolhidas aos cofres públicos e, na esfera civil, nem todas as ações civis públicas têm sido coroadas de êxito, especialmente pela demora no seu trâmite. Por isso, a necessidade da tutela penal, tendo-se em vista seu efeito intimidativo e educativo e não só repressivo. Trata-se de uma prevenção geral e especial. Ressalte-se que alguns países inseriram tipos penais ambientais no Código Penal e outros por legislação ordinária. Nos dias presentes, a tendência no mundo moderno é responsabilizar penalmente a pessoa física e jurídica que cometa crimes contra o meio ambiente.

Desta forma, a pena imposta à pessoa jurídica alcança tanto os fins do direito criminal, quanto vem prevenir a prática de tais crimes. Aliás, esse caráter preventivo da punibilidade mostra-se de maior importância, em especial quanto aos danos ambientais, que na maioria das vezes são irreversíveis e com imensuráveis prejuízos.

Inegável que não há como se aplicar penas privativas de liberdade aos entes coletivos. Mas o ordenamento brasileiro prevê outros tipos de punição aptas a alcançar as atividades lesivas praticadas, tais como: multas de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica. Destacam-se as penas restritivas de direito que consistem em suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária do estabelecimento, da atividade ou obra; proibição de contratar com o poder público. A prestação de serviços à comunidade, no campo ambiental, visa a custear projetos ambientais e recuperar áreas degradadas.

Assim, depois da análise do princípio constitucional da personalidade da pena ser ou não violado pela punição do ente coletivo, serão estudados institutos que possam dar guarida a sua aplicabilidade, ante a nova criminalidade, dita macrocriminalidade.

## **CAPÍTULO 3 – A MACROCRIMINALIDADE**

Este capítulo é dedicado ao estudo da macrocriminalidade, cuja relevância se dá em especial nos delitos econômicos e ambientais, consubstanciada em lesões aos bens jurídicos supra individuais e com pouca visibilidade danosa no cenário jurídico. O tema oferece interesse à pesquisa, a partir do momento que se pretende proporcionar reflexões sobre os aspectos doutrinários e legais do assunto.

A inesgotável capacidade de criação do ser humano oportunizou a evolução do mundo e uma nova revolução ocorre, a tecnológica. Paralelo a essa conquista, a criminalidade também se diferenciou e nessa mutação ocorreram transformações tanto da matéria atingida pela infração, como do responsável pela sua prática.

A regra da macrocriminalidade é uma organização empresarial, hierarquicamente organizada e cuja finalidade é o lucro econômico. Surge assim aquilo que se convencionou chamar de criminalidade dourada, acontecimento próprio das sociedades capitalistas, fruto de fenômenos das diferentes classes e com forte poder lesivo ao meio ambiente, relações de consumo e relações humanas.

A expressão macrocriminalidade não possui um conceito unânime entre os estudiosos, mas apenas tem o condão de diferenciá-la da criminalidade tradicional pelo fato de ser praticada pelo ente coletivo, muita das vezes de reconhecido padrão social, econômico e até de prestígio junto aos organismos estatais e sempre se valendo de práticas abusivas. Há quem utilize a expressão para designar os crimes de colarinho branco e o crime organizado, mas no presente estudo será utilizada para designar as atividades praticadas pelo ente coletivo.

Uma das características é a ausência da violência física direta quando da prática delituosa. Deste modo, a visibilidade danosa muita das vezes é invisível aos olhos sociais, pois as práticas são perpetradas por meios astutos e fraudulentos, que resta quase sempre impunes, por ser a macrocriminalidade corrupta e corruptora.

### **4.1 Conceito e características da macrocriminalidade**

A microcriminalidade é caracterizada pela ação isolada de uma pessoa, que de forma impulsiva e muita das vezes sem pertencer a um grupo, atua no cenário jurídico, de forma eventual e sem estabilidade. Já a macrocriminalidade, por seu turno, é caracterizada por um caráter empresarial, regido com hierarquia e disciplina.

Para Juary Silva (1980, p. 237) há a criminalidade tradicional, dita microcriminalidade e a criminalidade moderna, a macrocriminalidade, distinguindo-se pelo tamanho, intensidade e natureza desta. A microcriminalidade é visível, sem organização e se reporta aos delitos comuns, os quais diariamente ocorrem. A macrocriminalidade é um empreendimento sistemático, bem organizado, com justaposições de condutas que se concatenam sob a direção de uma pessoa e pouco transparente. A macrocriminalidade rompe até os limites nacionais, passando a atuar de forma multinacional.

A diferenciação entre a micro e a macrocriminalidade não traz importância em mensurá-las em termos do que seja mais importante ou não sob a ótica de violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal. A ideia se reveste em saber como o sistema estatal deve ser acionado por ocasião da lesão e de quem seja o seu autor.

Para o tratamento da macrocriminalidade o instrumental a ser utilizado tem de ser necessariamente mais significativo do que os costumeiramente empregados. A relevância existe pelas características entre as espécies.

Os macrocriminosos, vamos assim definir aqueles que são os autores das atividades perpetradas na macrocriminalidade, são os responsáveis por comportamentos latentes, pois não são percebidos, mesmo porque as suas vítimas não são individualizadas, pois as lesões são agressões violentíssimas contra a sociedade, com imensurável poder de abalo das relações humanas, das relações econômicas e ambientais.

Os macrocriminosos possuem um poder de contágio a órgãos vitais da sociedade, seja por meio da ação corruptiva quando do controle repressivo estatal ou até mesmo influenciando e manejando o controle prévio, assim definido como sendo o processo de realização das leis.

Para Hassemer (1993, p. 85), esse ponto fica bem definido quando afirma que a criminalidade organizada não significa apenas uma organização bem planejada. Para o autor, há nessa criminalidade toda a demonstração de uma corrupção da legislatura, da magistratura, da polícia, do Ministério Público, enfim, dos órgãos constituídos do Estado.

Diferentemente, até então lidávamos apenas com a microcriminalidade ou a criminalidade clássica: assaltos de rua, comércio de drogas, furtos de bicicletas. Isso nos afetava diariamente, pois quando não éramos vítimas dos delitos, sentimo-nos ameaçados de sê-lo, pelo sentimento de insegurança. Essa visibilidade era sentida por

todos. Diferentemente, a macrocriminalidade é uma delinquência invisível e assim não chega a atrair a reprovção social e os danos causados por vezes passam incólumes aos olhos da sociedade.

Além dessas características há que se destacar o aparente aspecto da legalidade trazido pelos macrocriminosos. Muita das vezes há uma correta e legítima constituição do ente coletivo, em conformidade com a legislação pertinente. Porém, trata-se apenas de simulação, pois embora o objeto e o fim sejam lícitos, na verdade, os mesmos estão dissimulados daquilo que efetivamente almeja a pessoa jurídica.

Temos ainda a dificuldade em individualizar vítimas na criminalidade moderna, muito embora os resultados alcançados sejam catastróficos, atingindo e atentando até contra o próprio Estado e contra a sociedade. Concomitantemente, também há dificuldades em individualizar os autores.

Aliás, o aparato jurídico existente há que se adaptar à natureza da nova criminalidade, com a criação de um macrodireito, consubstanciado em leis, investigações e persecuções adequadas à nova realidade criminal moderna. Mesmo porque, percebe-se que a macrocriminalidade está sempre à procura de uma simbiose com o Estado, de modo a tentar usufruir do poder oficial e garantir a sua impunidade. Ela não busca o poder estatal, mas comprometer-se com os seus agentes, de forma a se beneficiar.

Por isso, o mecanismo Estatal deve estar atento às transformações. Um dos primeiros segmentos a valorar essas mudanças, indubitavelmente é o Poder Judiciário. A seguir, algumas das decisões que as Cortes Superiores têm emanado sobre a responsabilização do ente coletivo.

## **4.2 O inimigo no contexto penal**

Como já anotado, aqueles que sustentam ser a função do Direito Penal a proteção da norma e subsidiariamente tutelar os bens jurídicos fundamentais, são os chamados defensores do funcionalismo sistêmico. Dentre eles se destaca Günter Jakobs.

Para esta corrente, os inimigos são aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e denotam claramente o desinteresse quanto ao cumprimento das normas.

Então, o seu tratamento deve ser diferente dos demais. Desconsidera-se o inimigo como um sujeito processual. Contra ele não haverá uma concatenação dos atos

processuais em sua defesa, mas sim um verdadeiro procedimento de guerra. Isto tudo para garantir a própria segurança das demais pessoas.

Filosoficamente, os fundamentos desse Direito Penal do Inimigo seriam encontrados nos ideais de Jean-Jacques Rousseau, quando afirma ser aquele que infringe o contrato social um malfeitor que deixa de ser membro do Estado, e este declara guerra contra ele, asseverando “Qualquer malfeitor que ataque o direito social, deixa de ser membro do Estado, estando desta forma em guerra com este, ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 25).

O pensamento de Fichte *apud* Jakobs (idem, p. 27) considera que aquele que abandona o contrato perde os seus direitos, pois passa para um estado de ausência total de direitos, uma verdadeira morte civil.

Hobbes (1997, p. 113) defende que havendo a traição contra o Estado, o infrator deve ser considerado inimigo e não somente castigado como súdito, pois há um retorno ao estado de natureza. Quando o indivíduo rompe com a sociedade civil, ele retorna ao estado de natureza e nesse estado todos os homens são iguais. Ele destaca que o estado da natureza é “a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”.

Para Hobbes, o estado natural dos homens é o estado de guerra e eles podem tudo uns contra os outros, como verdadeiros inimigos, pois na guerra não há lei. Quando os homens se organizam em sociedade e criam o Estado, o fizeram pelo medo e pela busca da segurança. Por isso que abdicaram de parte dos seus direitos uns aos outros em prol do Estado e nessa submissão se tornaram cidadãos.

Aqueles que negam a autoridade do Estado não estão sujeitos às leis civis e não podem receber penas, pois são inimigos e devem ser punidos pela lei natural, asseverando que a punição deve ser “não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra” (HOBBS, 2004).

Kant (1936, p. 46) preconiza que o ameaçador contumaz da sociedade e do Estado deve ser tratado como inimigo. O estado de guerra é o estado de natureza. A paz somente é possível por meio do estado civil e quando os homens adentram no estado civil, dá a si e aos demais garantias de segurança num estado legal comum. Assim, quando o homem permanece em estado de natureza é considerado uma ameaça e é considerado inimigo. Nas suas palavras “posso obrigá-lo, ou a entrar comigo num estado legal comum, ou mesmo a ou afastar-se de meu lado”.

Pelo exposto, a forma de punição dispensada ao inimigo não seria a pena, mas

sim a medida de segurança, a qual é aferida não pela culpabilidade, mas pela sua periculosidade. As medidas a serem impostas ao inimigo não analisam o passado, mas sim o futuro, ou seja, o perigo que ele representa ao Estado. Por isso que é considerado como um direito penal combatente dos perigos, adiantando-se à proteção da norma, para antecipar a tutela penal.

Assim, haveria dois direitos penais, um vendo o infrator como pessoa que delinque e o outro enxergando o infrator como um perigo para o Estado. Àquele há as garantias processuais, com o devido processo legal. Este é considerado como fonte de perigo e capaz de intimidar as demais pessoas.

Porém, para a aplicação do Direito Penal de Inimigo há a necessidade da eleição de um inimigo e uma flexibilização do princípio da legalidade e a criação de novos tipos penais, além do corte de direito. Pois, como já destacado, este princípio não reprovava a culpabilidade do agente, mas sim a sua periculosidade. É a terceira velocidade do direito penal, havendo a imposição da pena de prisão, sem as garantias penais e processuais.

Nesse contexto o Direito busca ser instrumento apto a garantir um mínimo de segurança e paz social e desse modo, acaso a pessoa jurídica fosse eleita como inimigo do Estado, a ela poderiam ser aplicadas as punições. Ocorre que no atual Estado Democrático de Direito afigura-se difícil essa aplicação.

#### 4.2.1 As velocidades do direito penal

Na atual sociedade complexa, as variantes das transgressões acentuaram-se naquilo que se convencionou denominar criminalidade pós-moderna. Para o seu combate, como já visto no estudo do item anterior, há argumentos para que o Direito Penal venha enfrentá-los por meio de contornos autoritários.

O professor espanhol Silva Sanchez (2002, p. 144-151), com o seu pensamento dogmático influenciou os preceitos paradigmáticos para a implementação das políticas criminais. Então, criou a terminologia para definir o modo que o Direito Penal deveria atuar na sociedade pós-industrial, mensurando-o em velocidades.

A primeira delas, destinada ao Direito Penal clássico, com a previsão da pena de prisão, visando prestar garantias para a proteção dos direitos do cidadão.

Na segunda velocidade, flexibiliza-se garantias para uma rápida persecução

penal, aliada a uma prestação jurisdicional sem a cominação das penas de prisão, mas sim com penas restritivas de direito e de multas. É uma clara aproximação ao direito administrativo. Esta rapidez e eficácia punitiva visa a uma sensação de paz e segurança social, com celeridade.

A terceira velocidade é destinada ao Direito Penal do inimigo, mas diferente da figura já comentada, ou seja, aquela criada por Jakobs e voltada a excepcionar com crueldade as práticas da sociedade pós-industrial.

Para Silva Sanchez, nesta etapa o Direito Penal mescla a pena privativa de liberdade com a flexibilização de garantias materiais e processuais (Crimes Hediondos, Crime Organizado).

Na lição de Jakobs e de Meliá (2003, p. 79-83), para a definição do que seja a terceira velocidade do direito penal e propriamente inimigo, haveria três características elementares, ou seja, três pilares que sustentam a teoria:

en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. De modo materialmente equivalente, en España SILVA SANCHEZ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia concepción político-criminal. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos «velocidades», en el marco del ordenamiento jurídico-penal 3': la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según SILVA SANCHEZ, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse solo penas pecuniarias o privativas de derechos tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas «clásicos». Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no una cuestión que excede de estas breves consideraciones-, la imagen de las ((dos velocidades)) induce inmediatamente a pensar -como ya ha hecho el propio SILVA SANCHEZ e Derecho penal del enemigo como «tercera velocidad)), en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la ((flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

Na verdade, é a aplicação de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que o sujeito é e não pelo que ele faz. Por meio dessa implementação, a pessoa jurídica seria punida pelo o que ela é, e não pela atual sistemática da teoria geral do delito, ou

seja, subsumindo-a ao conceito analítico de crime, para avaliar a sua conduta, o resultado, a sua culpabilidade, a sua vontade etc.

Ocorre que com a Constituição Democrática, o Direito Penal deve ser do cidadão. O Direito Penal do inimigo não é aceito, pois viola o processo democrático do devido processo legal e há incompatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito, pois este se caracteriza pelo governados e governantes subsumidos às leis.

O direito de punir do Estado encontra limites para punir os cidadãos. Estes são sujeitos de Direito e não objetos de Direito. Nesse estado, o Direito Penal não se presta a servir como um instrumento de guerra, mas busca o equilíbrio social. Ele deve velar e preservar os bens jurídicos elegidos. Então, o Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

De outra sorte, há como apontar alguns pontos favoráveis na teoria do Direito Penal do Inimigo, ainda mais quando a criminalidade desenfreada atinge níveis de organização até então desconhecidos, chamando o Estado e as leis a fazerem valer o seu dinamismo.

Vejamos em nossa legislação de estronice alguns exemplos dessa dita terceira velocidade do direito penal, apta a limitar algumas garantias do delinquente, disponibilizando eficácia na aplicação da Lei penal.

Há a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei das Organizações Criminosas, as quais aplicam aos seus infratores maior rigor no *quantum* das penas e nos seus sistemas de cumprimento. Este rigor imposto a esses infratores demonstra que o Estado busca com isso dispensar aos seus cidadãos um menor risco à paz e à segurança social.

Mas é certo que os Direitos Fundamentais não podem ser negados. Porém, eles não são absolutos e a sua relativização, ante ao caso concreto, deve ser medida imperiosa para a aplicação do princípio da proporcionalidade e se aplicar a ponderação sobre o interesse público.

É salutar que o Estado trate alguns criminosos com maior rigidez, de forma a proteger os demais cidadãos e a se autoprotger. E assim agindo estará preservando o princípio da igualdade.

Disto decorre que, tratando-se de uma opção política, conforme já mencionado, deve haver mudanças na dogmática penal tradicional, de modo a implantar as modificações necessárias.

Da mesma forma que houve a previsão legal apta a atribuir personalidade à

pessoa jurídica, legitimando-a para praticar atos na vida social, há como criar dispositivos aptos a conferir-lhe responsabilidade criminal. Tudo isto sem ferir as políticas Constitucionais implantadas e garantidoras dos Direitos ditos fundamentais.

Há que se encontrar o panacéico elixir, de modo a responsabilizar os entes coletivos sem atacar os Direitos conquistados ao longo de gerações e de muitas batalhas. Mas para a preservação desses mesmos Direitos e até da nossa própria existência, se faz necessária a responsabilização.

#### 4.2.2 Influências recebidas pelo direito penal

O Direito Penal é um modelo normatizado, forjado ante os momentos de interpretações e mudanças. Por isso que é dinâmico. E ele se ocupa das normas e não há como entendê-lo sem compreender o modelo social onde ele vive. Desta forma, o Direito Penal é o instrumento de controle da sociedade, de onde ele recebe os valores que lhe irão influenciar.

É a política criminal quem cuida desses valores, viabilizando a criação de estratégias com o escopo de implantá-las no combate à criminalidade, e assim, implementar as novas proposições jurídicas.

Na definição de Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 132):

A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Esse paralelo se afigura como apto a demonstrar a fundamentação para a atividade judicial, quando o Juiz, dentre as situações apresentadas, decide com supedâneo em concepções de política criminal. Isso ocorre quando absolve um réu por reconhecer o princípio da insignificância.

A esse respeito deve ser destacada uma das obras de Roxin (2001, p. 245), *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, quando destaca esta situação como a descoberta do direito, pois mais que aplicar a lei ao caso concreto, é desenvolvê-la de forma criativa, buscando as finalidades do legislador, numa verdadeira prática de política criminal sob o manto da dogmática.

O Direito Penal e a política criminal se completam. O direito é fruto de um

momento da política, com as escolhas dos valores básicos que serão tutelados, numa demonstração da vontade geral.

Na lição de Batista (2001, p. 34), a escolha desses valores é realizada da seguinte forma:

[...] incessante processo de mudança social, dos que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.

Por conta disto é que, historicamente, alguns dos modelos sóciopolíticos de Estado, dentre eles o Autoritário, Liberal, Social e Democrático de Direito/Fraternidade, foram conquistados em virtude dessa dinâmica sóciopolítica, e desta forma, respectivamente refletem no mundo jurídico as mesmas ideologias, numa verdadeira demonstração de cumplicidade.

Embora o tema seja interessante, não é propósito tratá-lo nesta pesquisa. Entretanto, malgrado não o seja com profundidade, esse último modelo de Estado demonstra a preocupação com a tutela dos bens jurídicos essenciais.

Assim, o Direito Penal reflete essa releitura e exige um novo contexto sóciopolítico, e o seu labor se direciona na inserção desses valores à normatividade. As doutrinas surgidas preconizam o funcionalismo do direito penal.

Dentro dessa visão funcionalista, asseveram que ele deve buscar em todos os sentidos a sua função de receber decisões valorativas política-criminal e por meio das mesmas eleger as necessidades passíveis do controle penal.

Em termos de análise normativa não haveria mudanças, mas apenas nos aspectos dos valores é que o modelo de Estado oportunizaria esse dinamismo. Daí a importância da política criminal para o Direito Penal, em especial sob a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País, a qual elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.

Não se pode confundir que o manto de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana alcance além do réu, aquele que sofreu a ofensa, ou seja, a vítima. Aliás, todos os cidadãos devem receber essa segurança e dignidade.

A estes enfoques ainda distinguimos a zetética. Esta, quando investiga um

problema, utiliza o aspecto da pergunta, de modo a delimitar quais são os problemas a serem problematizados. A expressão é sinônimo de inquirição minuciosa, focando o problema como um SER, pois que partem de premissas verdadeiras.

O dogma, como já acentuado, tem um caráter de resposta. São elementos retirados do aspecto da resposta de caráter absoluto. A origem dessa expressão significa doutrinar e com características do DEVE SER.

Mas, voltando ao termo política criminal, o que deve ficar cediço é que não se trata apenas da implementação de uma política centrada em uma gestão governamental. Mas, na verdade ela deve ser uma diretriz a orientar os presentes e futuros governantes nacionais e voltada à melhoria da sociedade. Para isso ela deve trabalhar em sintonia com a política social.

Além do que, a política criminal emana princípios fundamentais a serem observados para o combate da criminalidade, sempre em consonância com a nossa Lei maior e com as demais legislações de estronices.

Por isso que ela deve ser instrumento de reação não só do direito penal, mas da sociedade como um todo, que se organiza para responder ao fenômeno do crime. Trata-se de uma questão de sobrevivência do corpo social, no afã de prestar segurança aos seus membros.

Assim, a política criminal deve atuar tanto no momento legislativo quanto a posterior, ou seja, no momento das decisões judiciais propriamente ditas. No primeiro momento ela funciona como um instrumento apto a sorver os valores sociais incandescentes, de modo a oferecer ao Estado a direção das condutas a serem coibidas. No segundo estágio, após sorver os valores, os confronta com a legislação existente para verificar a sua coerência.

Isso é percebido atualmente pelas edições das constantes súmulas dos tribunais superiores. Deste modo, alguns tipos penais desaparecem e outros são substituídos num verdadeiro processo de filtragem.

A sociedade atual viveria melhor se soubesse conciliar os seus valores com os dos indivíduos, respeitando os direitos fundamentais da humanidade e a sua segurança. A segurança somente existe quando há uma sociedade regrada pelo Direito. Isso não significa que o Direito Penal deva intervir sempre, mas serve como uma reserva pronta a atuar quando solicitada.

Deve haver outros instrumentos para o controle social, eficazes ao ponto de evitar a constante interferência do Direito Penal. Este irá intervir de forma mínima,

apenas quando os outros mecanismos se mostrarem ineficazes à prestação da segurança e da paz social.

A sociedade moderna deve ter consciência que o Direito Penal não está apto a receber todos os tipos de entraves, pois não é apenas com a criação de novos tipos penais ou mesmo com o agravamento das penas dos já existentes, que será resolvida ou reduzida a criminalidade.

Pelo contexto vemos situações conhecidas como descriminalização, despenalização ou descarcerização em legislações atuais. Trata-se de um esforço do legislador para afastar da seara penal algumas condutas antes existentes, de modo a disponibilizar maior celeridade e atenção aos outros casos graves.

Por outro lado, há situações antes não previstas que passaram a demonstrar interesse na ótica penal, pelo fato da ameaça à sociedade moderna, em especial os danos ambientais e o abuso do poder econômico perpetrados pelos entes coletivos, principalmente pelas empresas multinacionais.

Ocorre que a sensibilidade da política criminal quanto a essas questões, não pode deixar de lado as causas sociais amplamente envolvidas na criminalidade, como exemplo a pobreza, a fome, a falta de trabalho, o analfabetismo, a ausência de atendimento à saúde e de moradia. Todos os fenômenos devem ser analisados quando a sociedade busca viver em paz e segura. Enfim, a política criminal e o Direito Penal devem se completar para buscar a concretização desse ideal.

Porém, devem estar cientes que as atenções não podem ficar voltadas apenas às novas normatizações ou modificações já existentes, mas sim, buscarem novas soluções, inclusive interagindo com a sociedade na procura das alternativas aptas à segurança e paz social.

Acaso, nos dias atuais, haja incidência maior de condutas lesivas ditas como atividades infratoras perpetradas por entes coletivos, talvez seja o caso do sistema estatal se voltar contra estas pessoas jurídicas, de modo a coibir tais comportamentos e dispensar uma melhor garantia de vida a sua sociedade.

É óbvio que críticas irão surgir até pelo fato da sociedade atual ser altamente eclética. Mas o importante é haver essa interação em busca da resolução do problema da responsabilização penal do ente coletivo, que atualmente abala a segurança e paz jurídica.

### 4.2.3 Críticas ao empirismo e racionalismo

O desenvolvimento da problemática jurídica quanto à imputação da responsabilidade penal ao ente coletivo, deve ser resolvido não só no campo essencialmente teórico, como também na aplicação do direito como realização do que seja justo.

Para tanto o homem deve se guiar pela razão, sem se enganar pelo fanatismo ou opiniões alheias.

Por isso que o representante do Iluminismo alemão, Emmanuel Kant, examina o conhecimento da razão humana, ou seja, a consciência humana como fruto da autonomia da razão justificando o agir, conforme destaca Cotrim (2006, p. 61-253).

Ele ainda destaca que o centro da filosofia Kantiana era o ser humano livre e capaz de possuir a razão buscando respostas para os seus célebres questionamentos: O que posso saber? Como devo agir? O que posso esperar? O que é o ser humano?

O filósofo desenvolve uma pesquisa crítica da razão para se chegar ao conhecimento humano. Kant acredita que a razão é universal aos seres humanos, diferentemente dos outros seres da natureza.

O filósofo das três críticas: Crítica da Razão Pura (1781), Crítica da Razão Prática (1788) e Crítica do Juízo (1790) procura chegar ao conhecimento sem adentrar na antípoda do empirismo e do racionalismo.

Para Cotrim, Kant chega à conclusão que o conhecimento é fruto da sensibilidade e do entendimento. E, pela teoria do criticismo, define a investigação dos fundamentos do conhecimento.

Também considera que deve haver uma análise crítica da origem, dos valores, das leis e do conhecimento racional para se buscar a reflexão. Para essa teoria, o conhecimento deve ser primeiro submetido a uma crítica de seus fundamentos, averiguando racionalmente a ação e o pensamento humano. O criticismo acredita na razão humana, mas, diferentemente do dogmatismo, pede explicações a essa razão.

Então, Kant estabelece à doutrina filosófica do criticismo cujo objeto de análise é a estrutura do conhecimento. Faz uma síntese entre o racionalismo e empirismo. Para o racionalista, a razão humana é a verdadeira fonte de conhecimento e para o empirista, a base do conhecimento, se perfaz com a experiência dos sentidos. Porém, Kant afirma que o conhecimento começa com a experiência, mas sozinha ela não nos dá o

conhecimento.

Assim, buscou saber como é o sujeito *a priori*, ou seja, antes de qualquer experiência. Daí a expressão apriorismo kantiano (conhecimento puro-estrutura do próprio sujeito).

Depois dessa experiência, a razão organiza a matéria do conhecimento ante as suas próprias formas (conhecimento empírico) e o homem passa a se comportar e ser capaz de agir. Em que pese a importância do empirismo, a razão das coisas deve também ser buscada, pois a ciência empírica do direito é bela, mas falta-lhe a inteligência. E deste modo, o objeto do direito se refere aos atos exteriores, isto é, as ações das pessoas. E a liberdade geral estará garantida quando todos puderem subsistir sujeitando-se à sociedade do direito.

Assim, somente se justifica a existência de leis se houver a possibilidade de coação da população para o seu cumprimento e por força do direito subjetivo pode-se fazer valer uma ação contra alguém.

Bittar (2001, p. 270-271) destaca que por meio do Direito, Kant entende que há a obrigação para alguém fazer ou não fazer. Isso importa na preocupação com os conceitos do direito e da moral, como também com as delimitações dos seus campos, restando a coação como a essência do direito. Segundo o autor, Kant define a moral como sendo a legislação interna e o direito como a externa, com leis a regulando. Aponta a razão como o elemento diferenciador entre ambas. Na moral há apenas uma visão formal, sem conteúdo, com força coativa apenas interna, fruto da razão pura, enquanto que no direito, a razão para cumprir a norma jurídica tem como regra um dever exterior, imposto por uma autoridade com poder coativo. O Estado realiza os direitos para regulamentar o convívio das liberdades.

Este dever, tanto o exterior como o interior, são frutos da vontade como razão. Porém, na ação moral a pessoa age por dever, e para o direito age conforme esse dever. A juridicidade trabalha com a coercitividade exterior e com as variedades de ações.

O criticismo de Kant não concorda com algumas posições do empirismo e do racionalismo, pelo fato daquele defender que o conhecimento advém da experiência e estes, que o conhecimento advém da razão.

Nesse processo da construção de conhecimento, no século XIX, o cientificismo passa a ser a forma de se entender o mundo, transformando as realidades sociais em verdades absolutas, pois que comprovadas pela ciência.

O importante é que, críticas à parte quanto a efetivação das mudanças, o que

deve ocorrer são as mudanças, pois o risco tolerado à segurança social é iminente e jamais poderá ser suplantado.

### **4.3 O risco e a segurança na sociedade**

Ao que parece há dissensão sobre o tema de vivermos em uma sociedade de risco. Mas é fato que em todas as atividades humanas houve o risco, mas cada qual pertinente à sociedade vivida. O simples viver em sociedade, na maioria das vezes já pode ser considerado como um risco. Inclusive quando toleramos a possibilidade do perigo de lesão.

Contudo, os avanços e evoluções galgadas nos últimos tempos trouxeram consigo uma elevada carga de perigo. A exemplo percebemos que na seara civil, por meio da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, houve a transformação do instituto da responsabilidade civil, passando a ser admitida a teoria do risco pelo instituto da responsabilidade objetiva. O Código Civil também passou a denominar o comerciante pela nomenclatura de empresário.

Assim, o novo Código Civil responsabilizou o empresário pelo fato do seu exercício profissional objetivar lucro e assumindo nesta empreitada os riscos pertinentes à atividade, mas concomitantemente a pessoa jurídica, de certa forma, também ficou comprometida até a solução do saneamento dos prejuízos advindos.

Anteriormente essa responsabilidade civil exigia a ocorrência da demonstração da ação ou omissão, da culpa ou do dolo, o nexo de causalidade e o evento danoso. Porém, as mudanças da sociedade moderna exigiram uma nova dialética para atender aos reclamos de justiça para prestar a segurança jurídica e regular as relações sociais, mantendo a paz social. Isto foi necessário porque o antigo sistema fundado na responsabilidade da culpa mostrou-se insatisfatório.

Com a inovação, toda pessoa física ou jurídica, pelo fato de exercer atividade, acaba criando um risco de dano e por isso, fica obrigada a repará-lo, independentemente da sua culpa. A teoria do risco deslocou a noção de culpa para a ideia do risco, em virtude de fundar o seu princípio pela reparação do dano causado a terceiro devido a atividade realizada em benefício do seu autor. Porém, a teoria do risco admitida no código civil é diferente da teoria do risco integral. Para essa teoria basta a lesão, desprezando inclusive o nexo de causalidade e o dolo/culpa.

A responsabilidade de contexto civil empregada pela teoria do risco e consequentemente a aplicação da responsabilidade civil objetiva, em muito se aproxima do dolo eventual da esfera penal, por meio do qual se responsabiliza o agente pelo risco que ele assumiu em produzir o resultado previsto, muito embora não o desejasse.

É oportuno também destacar que o Código de Defesa do Consumidor já previa a responsabilidade civil da empresa, muito embora o laconismo das disposições do art. 3.º e art. 4.º, que deixavam sem soluções algumas situações, visto pertencerem única e exclusivamente à seara civil. Como exemplo pode ser citado os contratos e negócios jurídicos entre partes sem nenhuma delas equivaler a fornecedor ou consumidor. No referido código também já havia as previsões do art. 12 e art. 14, cujos dispositivos tentavam açambarcar responsabilidades objetivas, que até então, antes da reforma civil, eram proibidas pelo direito privado.

Desta forma, embora já houvesse a responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, este instituto se restringia apenas às relações entre fornecer e consumidor. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, esta modalidade de responsabilidade baseada na teoria do risco foi estendida a todas as relações jurídicas.

O risco é corolário da expressão e idéia de segurança, em especial na sociedade moderna, na qual a exposição do homem ao perigo é mais iminente. Assim, quanto mais o homem se expõe ou se sente exposto ao risco, mais fortalece a necessidade de segurança.

A esse respeito o comentário de Robaldo e Vieira (2009, [S.l.: S.n.]):

Parte-se da idéia de que, em toda a história da humanidade, os mesmos [riscos] sempre existiram, porém, em grau e extensão diferentes, posto que, num primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; num segundo momento, mais especificamente na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar a coletividade, devendo-se a isso, à falta/deficiência do suprimento de algo, como, por exemplo, da falta de higienização que propiciava o surgimento de epidemias etc; na sociedade pós-moderna o quadro é outro, os riscos com maior extensão atingem a sociedade, principalmente por excesso de produção industrial, como, por exemplo, o excesso de poluentes que atingem a camada de ozônio, o meio ambiente como um todo, comprometendo assim, as gerações contemporâneas e futuras.

A mesma evolução trouxe à sociedade algumas mazelas que atingiram determinadas categorias sociais, como também até alguns países que sucumbiram às

forças de outras nações e passaram a sofrer intensamente não os riscos, mas até os danos, em especial no cenário econômico e ambiental.

O que demonstra que o risco vinculou-se ao fenômeno da globalização. A inegável revolução tecnológica facilitou os contatos sociais o que fragilizou o Estado Democrático de Direito.

A nova criminalidade surgida demonstrou a vulnerabilidade do sistema penal, em especial indicando quais bens devem ser tutelados, visto a sua importância para a existência humana. Para combatê-la, o constitucionalismo moderno traça as linhas que devem ser seguidas, acompanhada de inovações legislativas. Mas, de outra sorte, a dogmática penal não acompanha esta evolução.

A adequação é sensível, sendo oportuna a ideia de Figueiredo Dias (1999, p. 81):

A restrição da função do direito penal à tutela de bens jurídico-penais, por um lado, e o caráter subsidiário desta tutela em sintonia com o princípio da necessidade, por outro, conduzem à justificação de uma proposição político – criminal fundamental: a de que, para um eficaz domínio da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o menos possível; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade (princípio da não intervenção moderada).

A macrocriminalidade rompe os limites nacionais e consegue formar uma teia com várias nações, inclusive os seus gestores conseguem manter estreito relacionamento com membros do Poder Público, influenciando até na elaboração de leis e por conseguinte, conseguindo evitar eventual controle repressivo das suas condutas.

Quando a sociedade indica o bem jurídico penal a ser tutelado, o faz pela pertinência política atribuída ao direito, tanto pelos juristas como pelos políticos. Eles elaboram o padrão normativo apto a regular as relações sociais, articulando tradições também de contexto histórico. Por meio dessa análise se constrói a ideia do risco e da segurança e a sociedade delinea a sua modernização. Desta forma, as fontes teóricas utilizadas no pensamento social brasileiro têm marcos ideológicos assimilados pelo corpo de juristas e de parlamentares.

Certamente há reflexos em todo o sistema de filiação no campo jurídico, sobretudo as que emergem do complexo movimento das práticas sociais e coletivas no mundo.

Tal fato é percebido em momentos históricos, dentre eles a mudança ocorrida

com o processo de industrialização. Primeiro ocorreu a transformação na maneira de pensar e agir. Depois eclodiu em conflitos sociais e trouxe a incerteza e o risco sob o ponto de vista daquela sociedade. Nesta metamorfose ocorreu a repercussão desses sentimentos, incidindo na moral e no direito. Surge assim a elaboração dos direitos sociais voltados à legislação trabalhista, com vistas a reparação de acidentes de trabalho e com o estabelecimento de normas jurídicas, deslocando a noção da responsabilidade civil para o manto de proteção da segurança social do trabalhador.

A noção de segurança da sociedade é afeita à ideia do risco previsível dessa mesma sociedade e eclode com ação pragmática estatal, voltada a dar a paz jurídica e social. Identificado o risco, centra-se o esforço nos discursos dos juristas, parlamentares e intelectuais, debatendo e oferecendo as contribuições para elaborações de normas aptas a demonstrar a força do direito.

Ocorre que nesse estágio, o risco pode ser polemizado pelo jogo do pensamento e reflexos das elites políticas de cada sociedade, voltada a proteger e resguardar os interesses do seu grupo, passando o conceito de risco a ser atribuído por essa categoria.

Deve haver cuidado nessa fase de institucionalizar o conflito social surgido ao se identificar o risco, de forma a coibir que eventual servidão econômica, religiosa, política e social, interfira na igualdade da relação social, pois quando ocorrem esses cenários históricos e sociais, concomitantemente é comum emergirem também alguns atores sociais.

A atenção é primordial para o desdobramento legislativo do assunto. Isso não significa que esse processo deva ficar adstrito ao ambiente intramuros de cada Nação. O grupo social ou político integra a sociedade global e o direito surge para conservar também a ordem social universal.

O sociólogo francês Tarde *apud* Beviláqua (1977, p. 365), defende que os processos sociais de determinada localidade incorporem leis universais aplicadas a todos os povos. Entende que em matéria de Direito, deva ser considerado a imitação no campo das leis. Ao invés de existir acúmulos de legislações, deve existir confronto entre os ordenamentos pátrios com os de povos mais cultos, de modo a sofisticar as legislações, ou seja, extrair as regras de coexistência humana dos povos criadores, como verdadeiros modelos irradiadores de valores.

O processo social é de suma importância e o sociólogo francês Durkheim (2007, p. 40) trata o assunto como um fenômeno social. Na sua obra sobre os métodos

sociológicos, demonstra que o fato social é uma das formas de coerção externa, afirmando:

Fato social é toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais.

À luz durkheimiana pauta-se na defesa das instituições, tendo por escopo o ser humano, que precisa sentir-se seguro. Uma sociedade sem esta proteção, sem o estabelecimento de regras, valores e limites, ocasiona o desespero no ser humano. Esta preocupação fez com que o filósofo opositor da educação religiosa e defensor do método científico, se preocupasse com o estudo da criminalidade, suicídio e da religião.

Para Durkheim, o homem não existe fora da sociedade e ele se adaptou ao seu grupo para conviver no seio social. A isso ele chamou de socialização, ou seja, o homem aprende os hábitos e costumes característicos do seu grupo.

Ele diferencia dois tipos de sociedade: a mecânica e a orgânica. Na primeira os indivíduos se identificam por meio da família, religião, ou seja, não há diferenças para reconhecer os valores e sentimentos, que são comuns. Na orgânica, os indivíduos já se tornaram independentes e a união social se faz pela dependência assemelhada a um organismo biológico. Há uma divisão de tarefas de modo que cada órgão realize a sua parte para que todos possam sobreviver.

Então, neste contexto, os fatos sociais são aqueles dotados de poder coercitivo aptos a conduzir exteriormente as maneiras de pensar, sentir e até de agir do indivíduo. São as regras jurídicas, morais, os dogmas etc, enfim, tudo o que vem dar segurança e paz a esse mesmo indivíduo.

Até porque a principal característica da humanidade é o seu espírito coletivo. Nietzsche *apud* Giacóia (1999, p. 145-168), quando faz a crítica da moral, não trata de criticar a moral, mas sim o que ele convencionou chamar de “moral de rebanho”, ou seja, àquele sentimento de segurança fulcrado nas conveniências e em outras facilidades consideradas inoportunas aos valores sociais, visível em especial nos ambientes religiosos. A moral verdadeira, esta sim deve para Nietzsche ser valorada de modo intrínseco para o sucesso da vida em sociedade e como elemento para a elevação do próprio homem. Deste modo, na evolução social se percebe a importância do ser humano e dos seus valores precedendo qualquer e todo tipo de forma de normatização.

As transformações das sociedades causam mutações diversas, o que traz incertezas a todo o sistema, pois o direito busca se adequar à realidade social, aperfeiçoando-se e gerando mecanismos aptos à proteção social e harmonizando o convívio humano.

Mesmo porque não há sociedade sem direito *ubi societas ibi jus* ou não há direito sem sociedade *ubi jus ibi societas*, pois conforme lecionam Cintra e Ada Grinover não haveria razão impor-se o direito na ilha do solitário Robinson Crusóé (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 19).

Hodiernamente os momentos de incertezas são mais constantes, ante os diversos problemas, em especial os implementados pela revolução tecnológica, conhecida como globalização.

A conquista deste progresso exige do ser humano um constante aperfeiçoamento para que possa enquadrar-se no sistema existencial moderno. Como isso não ocorre de maneira instantânea, mas paulatina, concomitantemente acontece o processo de insegurança.

As mudanças e transformações são analisadas por Marx *apud* Berman (1998, p. 20) como mudança política, econômica e social, semelhantes às vividas na Europa nos séculos XVIII e XIX, oportunidade em que o autor explica a influência do capitalismo na evolução da humanidade, forjando o novo modelo do homem se relacionar e interagir. A célebre frase “tudo que é sólido desmancha no ar” marcou esse período.

O nosso pretório vem admitindo a responsabilização dos entes coletivos por atos praticados por terceiros, desde que haja o nexos causal entre a atividade da pessoa jurídica e a conduta do terceiro que gerou ou ocasionou o dano. Os casos mais veiculados são as condenações e responsabilizações imputadas aos estabelecimentos financeiros pelas lesões causadas aos seus clientes no interior ou adjacências das agências bancárias:

Responsabilidade Civil\_ Indenização\_ Banco\_ Assalto ocorrido dentro de agência bancária, vindo um de seus clientes a ser atingido por projétil de arma de fogo\_ Verba devida pela instituição financeira, mesmo que em casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, pois sua responsabilidade se funda na teoria do risco integral" (TJRJ\_ Ap. 17.241/99\_ 13ª Câmara\_ j. 16.03.2000\_ rel. Des. Nametala Jorge\_ DORJ 15.06.2000\_ RT 781/366).

Responsabilidade Civil\_ A instituição financeira é obrigada a indenizar o dano experimentado por cliente, alvejado por tiro, em assalto ocorrido no estabelecimento bancário. Não se escusa de fazê-lo, alegando a natureza fortuita do evento, pois a hipótese é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, e o que se deve aferir é o atendimento da expectativa legítima

de segurança, atenta aos riscos oferecidos pela atividade. Não atendido tal expectativa, o serviço é defeituoso, no sentido técnico da palavra". (TRF, 2ª Região\_ Ap. 97.02.34032-2 RJ\_ 4ªT. \_j. 26.04.1999, rel. Juiz convocado Guilherme Couto de Castro\_ DJU 09.03.2000\_ RT 779/393).

Essas mudanças e alternâncias dos riscos, indubitavelmente causam insegurança na sociedade. Neste contexto, podemos apontar a questão da responsabilização penal dos entes coletivos.

Esse assunto eclode como passível de ser questionado, haja vista a macrocriminalidade que tanto preocupa os povos. Até porque os delitos perpetrados pela pessoa jurídica, como já apontado, são na sua maioria geradores de grandes prejuízos, em especial na área ambiental e econômica. No cenário ambiental, o legislador infraconstitucional editou a Lei n.º 9.605/98, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A transformação e adoção da teoria do risco como corolário da responsabilidade objetiva, tem como fundamento a consideração de que algumas atividades exercidas criam um risco especial para os demais membros da sociedade. O exercício desses direitos implica a necessidade de ressarcir as lesões praticadas.

O importante é a sociedade ficar atenta às suas necessárias transformações, de modo a nunca desamparar o sistema dos seus valores. A sociedade deve sorver as suas necessidades e ao mesmo tempo implementá-las. Com isso, certamente não haverá a exclusão do risco, que sempre deverá existir, mas apenas o risco tolerado. Pois o sentimento e a própria segurança e paz jurídica nunca poderão deixar de existir.

#### 4.3.1 A ilusão de segurança jurídica

O tema já foi tratado por Vera Regina Pereira de Andrade (2003, 05-336) que na sua obra analisa a ciência penal com as suas dúvidas marcadas pela teoria e pelo empirismo, demonstrando a real necessidade do ser humano viver em sociedade de uma forma mais digna. Para tanto se faz necessário analisar as escolas penais construídas ao longo dos séculos, as quais buscaram dar segurança jurídica à sociedade.

Começamos pela escola clássica, que racionalizou o poder de punição, de forma a dar garantia ao indivíduo contra as violentas e arbitrarias intervenções estatais. O seu ideal racionalizador ficou conhecido como garantismo, pois entendiam os clássicos que a justiça penal então aplicada atentava contra a segurança do indivíduo,

pois que o poder punitivo estava baseado nas ideias da teoria do contrato social. Os clássicos passaram a exigir a legalidade como elemento legítimo à punição e por conseguinte, as leis deveriam ser gerais e escritas, com a função de também prevenir o delito. Decorre que o classicismo deteve a sua atenção ao fato, ou seja, a objetividade do fato-delito, ao invés de se ater às análises do autor.

Por sua vez, a escola positiva buscou resgatar o social e os direitos da sociedade. Ela utilizou o método científico e experimental para estudar o criminoso e partindo do empirismo, entendia que a responsabilização pelos delitos é de toda a sociedade. Esse estudo pormenorizado do criminoso sob o enfoque da responsabilidade penal é compreendido como o nascimento da criminologia. Para os positivistas, o homem recebe da sociedade a sua proteção e, concomitantemente as respectivas sanções.

Ante as peculiaridades de cada escola, o Direito Penal recebeu as ideologias dessas teorias e, assim, para prestar a segurança jurídica, as legislações criminais fundaram-se por essas concepções herdadas. Assim, depois do entedimento que a ciência do Direito Penal era a sociologia, ou seja, o positivismo criminológico, aparece a tendência do positivismo jurídico, isto é, uma nova teoria que procura retirar da ciência penal a influência dos fatores antropológicos e sociológicos e resgatar a sua identidade propriamente jurídica, ou como queiram, o tecnicismo jurídico. Esta escola passou a criticar o jusracionalismo do classicismo e a criminologia do positivismo.

Surge então a dogmática penal como instituto apto a controlar a incerteza da teoria da ciência penal. Por meio da dogmática penal a ideia de segurança jurídica conquista o seu espaço. O Direito Penal e a segurança jurídica não surgiram com a dogmática penal. Mas este instituto fez uma releitura da teoria do delito por meio do seu marco conceitual e a recolocou dentro do sistema, valendo-se do princípio da legalidade e com isso procurou dar ao Direito Penal uma cientificidade. Decorre que, dentro do contexto de segurança jurídica, a dogmática penal pode ser considerada como uma tentativa dessa promessa por meio de uma reformulação científica, utilizando o marco de uma razão prática.

Para a autora Andrade (2003), a dogmática penal, que tem como objeto o próprio Direito Penal positivo aplicado em determinado tempo e local, tem por tarefa a confecção de um sistema de conceitos buscados a partir da exegese normativa, racionalizando a própria aplicação do Direito Penal de um modo uniforme, igualitário e seguro, ou seja, a dogmática penal realiza o controle funcional.

Todavia, o Direito Penal não é uma ciência de conceitos. Ele reproduz e dá plenitude aos seus conceitos por meio de uma orientação e representação lógica baseada nos dados naturais e na realidade social, precisamente o campo de atuação da norma. É nesta seara que o direito coloca em ação a sua finalidade, e a sociedade sugere novos problemas, visto que a dogmática já encerrou os seus. Por isso que a construção da ciência do Direito Penal é um trabalho de técnica jurídica e também de lógica.

Veamos a edição da Lei n.º 9.605/98. A crescente preocupação com a necessidade de dar proteção ao meio ambiente encontrou no Direito Penal uma forma de segurança. Isso ocorre porque toda vez que determinado comportamento necessita de reprovação social por estar ofendendo ou ameaçando bens ou valores elegidos pela sociedade, torna-se imperioso que tal comportamento venha a ser proibido, como a maneira mais eficaz de dar segurança jurídica. A dogmática penal interpreta esse material normativo, pautada na coerência e com a finalidade de que a aplicação do direito seja mais útil à sociedade.

Disto decorre que, nesse trabalho sistemático de administração racional da justiça penal e em busca da segurança jurídica, o legislador elegeu o meio ambiente e as relações econômicas como objetos de proteções. Mais que isso, verificou-se que nessa reconstrução científica do direito vigente, a sociedade entendeu, por meio do conhecimento sistemático e visando aplicar de forma igualitária e justa o direito, que seriam salutares essas proteções.

Dalmo Dallari (1980, p. 26) comenta a respeito da expressão segurança jurídica que:

[...] entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver.

Para Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 25) a segurança é fato, é o direito como fato visível e concreto. Ainda assevera que a segurança objetiva das leis dá ao cidadão a certeza subjetiva das ações justas, segundo esse direito. Por isso que se vincula a certeza do direito quando percebemos o preenchimento das lacunas da lei, do esclarecimento das suas obscuridades, ou em sentido contrário, enxergamos a incerteza do direito quando vemos o excesso de leis, a demora nos julgamentos, as impunidades.

Disto decorre que, somente por meio de um sistema investigativo, processual e

punitivo, concebido e aplicado com supedâneo nos cânones da segurança jurídica e da certeza haverá a efetiva proteção dos valores do Estado de direito. A segurança e a certeza do direito são fatores indispensáveis à justiça.

#### 4.3.2 A materialização dos tribunais quanto a responsabilização

Trazer para a pesquisa as decisões envolvendo as pessoas jurídicas tem o condão de demonstrar como os entes coletivos passaram a ser enxergados na sociedade moderna. Por isso é importante apresentar as mais variadas lides envolvendo a figura da pessoa jurídica com o intuito de demonstrar a sua existência real ou até mesmo o entendimento jurisprudencial sobre a sua responsabilização criminal.

Em matéria do reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental, o *leading case* é decisão da 8ª Turma Criminal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa é:

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. EXTRAÇÃO DE PRODUTO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO. DEGRADAÇÃO DA FLORA NATIVA ARTS. 48 E 55 DA LEI 9.605/98. CONDUTAS TÍPICAS. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PROVA. MATERIALIDADE E AUTORIA. SENTENÇA MANTIDA. BRASIL. TRF 4.ª R., 8.ª T., Ap. Crim. 2001.72.04.002225-0/SC, rel. Des. Federal Pinheiro de Castro, j. 06.08.2003, Revista de Direito Ambiental, v. 32, p. 305.

Por meio dessa decisão ficou reconhecida a responsabilidade social da pessoa jurídica, a qual fundamenta a sua responsabilidade penal. Diferentemente da pessoa física que deve ter avaliada a sua culpabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n.º 63.981, do Estado de São Paulo, tendo como relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, já havia considerado que quando a empresa brasileira se apresenta no mercado de forma semelhante à sua controladora estrangeira e em nosso País aufere o bônus, há que, concomitantemente, responder pelo ônus, haja vista os riscos da sua conduta. Abaixo a ementa dessa decisão (2000):

Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ("Panasonic"). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos.

Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbem-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, quando julgou o recurso especial n.º 423.291, do Estado de Minas Gerais, tendo como relator o Ministro César Asfor Rocha, manteve a decisão do Tribunal de Alçada daquele Estado, que negou acolhida ao agravo, emitindo o acórdão, assim sumariado (2002): “assistência judiciária - pessoa jurídica - massa falida – pobreza legal - necessidade de prova da miserabilidade”.

A fundamentação lançada quanto à falta de comprovação do estado de indigência do ente coletivo, vem a demonstrar o reconhecimento dos Tribunais quanto a existência real da pessoa jurídica, desirmada das pessoas que a compõem, senão vejamos:

No caso em tela, era dever da pretendente ao benefício trazer aos autos a prova de tal condição, que não pode ser inferida da simples condição de massa falida, não existindo elementos nos autos que possam demonstrar a falta de recursos por parte da pessoa jurídica requerente, que não passou do campo das alegações acerca da sua condição de pobreza, sem realizar nenhuma prova de sua falta de condição de arcar com as custas e despesas processuais, como ausência de reservas ou patrimônio mínimo que lhe impedisse de despender qualquer valor, pelo que correta se mostra a recusa do magistrado 'a quo' em negar o benefício à pessoa jurídica, por ausência da prova da miserabilidade. O indeferimento do benefício, portanto, tem como fundamento a falta de comprovação do estado de hipossuficiência da entidade recorrente, sendo que não cabe a esta Corte revolver o teor fático da decisão recorrida, fundada na soberana análise das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. Incide, neste caso, o preceito contido na Súmula n. 07: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Essa responsabilização penal da pessoa jurídica igualmente pode ser constatada

por ocasião do Acórdão proferido nos autos de Mandado de Segurança nº 2002.04.01.013843-0/PR, 7ª. Turma, relator Fábio Bittencourt da Rosa, publicado no DJU em 26.02.2003, p. 914, cuja ementa é:

PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA. PASSAGEM DA CRIMINALIDADE INDIVIDUAL OU CLÁSSICA PARA OS CRIMES EMPRESARIAIS. CRIMINALIDADE DE EMPRESAS E DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. DIFERENÇAS. SISTEMA NORMATIVO REPOSITIVO E RETRIBUTIVO. IMPUTAÇÃO PENAL ÀS PESSOAS JURÍDICAS. CAPACIDADE DE REALIZAR A AÇÃO COM RELEVÂNCIA PENAL. AUTORIA DA PESSOA JURÍDICA DERIVA DA CAPACIDADE JURÍDICA DE TER CAUSADO UM RESULTADO VOLUNTARIAMENTE E COM DESACATO AO PAPEL SOCIAL IMPOSTO PELO SISTEMA NORMATIVO VIGENTE. POSSIBILIDADE DA PESSOA JURÍDICA PRATICAR CRIMES DOLOSOS, COM DOLO DIRETO OU EVENTUAL, E CRIMES CULPOSOS. CULPABILIDADE LIMITADA À MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE QUEM DETÉM O PODER DECISÓRIO. FUNÇÃO DE PREVENÇÃO GERAL E ESPECIAL DA PENA. FALÊNCIA DA EXPERIÊNCIA PRISIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. MELHORES RESULTADOS. APLICABILIDADE ÀS PESSOAS JURÍDICAS. VONTADE DA PESSOA JURÍDICA SE EXTERIORIZA PELA DECISÃO DO ADMINISTRADOR EM SEU NOME E NO SEU PROVEITO. PESSOA JURÍDICA PODE CONSUMAR TODOS OS CRIMES DEFINIDOS NOS ARTIGOS 29 E SEGUINTE DA LEI 9.605/98. PENAS APLICÁVEIS. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS E PRESCRIÇÃO. LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREVISTOS NOS TIPOS DA LEI 9.605/98. INTERROGATÓRIO NÃO DEVE SER FEITO NA PESSOA DO PREPOSTO. ATO DEVE SER REPETIDO NA PESSOA DO ATUAL DIRIGENTE. PROVA. NECESSIDADE DE REVELAR A EXISTÊNCIA DE UM COMANDO DO CENTRO DE DECISÃO QUE REVELE UMA AÇÃO FINAL DO REPRESENTANTE. INVIABILIDADE DE ANALISAR PROVAS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. SEGURANÇA DENEGADA.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, por ocasião da relatoria do recurso especial n.º 564960, do Estado de Santa Catarina, defendeu a tese da coresponsabilidade entre a pessoa física e o ente coletivo. Abaixo a ementa dessa decisão (2005):

Criminal. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabilização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio-ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Co-responsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Recurso provido. I. Hipótese em que pessoa jurídica

de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado." IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Desde então, as decisões que se seguiram reconhecem, pelo sistema ou teoria da dupla imputação, essa responsabilização. Na decisão do recurso especial n.º 889528, oriundo do Estado de Santa Catarina, o relator, Ministro Felix Fischer, deixa evidente esse entendimento (2007):

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 n.º 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso especial provido.

Em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n.º 1.021.987, do Estado do Rio Grande do Norte, tendo como relator o Ministro Fernando Gonçalves, reconheceu a responsabilidade de empresa nacional ante a ofensa provocada pela sociedade de origem estrangeira, cuja ementa é a seguinte (2008):

Recurso especial. Responsabilidade civil. Antecipação de tutela. Retirada de página da rede mundial de computadores. Conteúdo ofensivo à honra e à imagem. Alegada responsabilidade da sociedade controladora, de origem estrangeira. Possibilidade da ordem ser cumprida pela empresa nacional

Ao emanar o entendimento, a corte reconheceu que os provedores são pessoas físicas ou jurídicas, as quais exercem as funções no âmbito da rede mundial de computadores e desta maneira são responsáveis pelos respectivos serviços. No caso em lide, malgrado a ofensa à imagem e a honra da pessoa tenha sido hospedada por usuário da internet com o uso de ferramenta disponibilizada por empresa estrangeira, a mesma era sócia majoritária da empresa brasileira e ambas pertencem ao mesmo grupo econômico. Por fim, a empresa brasileira era a representante em nosso País do ente coletivo estrangeiro. Abaixo a fundamentação.

Volvendo-se ao caso dos autos, observa-se que a agravante (Yahoo! do Brasil Internet Ltda) é uma pessoa jurídica diversa da Yahoo Inc., todavia, percebe-se que ambas pertencem a um mesmo grupo econômico, sendo certo que a primeira é representante desta última no Brasil. Desta feita, evidencia-se insubsistentes os motivos soerguidos pela agravante para se eximir do cumprimento da ordem judicial em epígrafe, haja vista que, pelo princípio da aparência, sendo representante e sócia da Yahoo Inc., conforme consta no contrato social colacionado às fls. 198-211, mostra-se como responsável pelo cumprimento das ordens judiciais que remontem a procedimentos dirigidos ao serviço que oferecem em território nacional, se não de forma direta por possível impossibilidade técnica, ao menos intermediando a realização do que lhe foi determinado. Seria desarrazoado impor ao consumidor todo o ônus de acionar uma empresa estrangeira, quando a mesma se faz representar por outra com sede no Brasil e pertencente ao mesmo grupo econômico. Assim, não há que se considerar o argumento que sustenta a pretensão recursal em exame de que não se detém as ferramentas necessárias para a retirada da página destacada nos autos da internet. (...) Agindo, portanto, a agravante, no Brasil, com aparência de gerência sobre os serviços prestados pela Yahoo Inc, suposta responsável das ferramentas adequadas para retirada da página [www.geocities.com/lidysantana](http://www.geocities.com/lidysantana) da internet, cabe a mesma que adote os procedimentos necessários junto a esta última para o cumprimento da ordem que emana de primeiro grau, haja vista que para o consumidor a Yahoo! Do Brasil Internet Ltda que se apresenta como responsável pelos serviços da Yahoo Inc., compondo, inclusive, o mesmo grupo econômico, conforme já ressaltado.

Adiante algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, calcadas nesse entendimento:

REsp 865864 / PR. RECURSO ESPECIAL 2006/0230607-6 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 10/09/2009 Data da Publicação/Fonte dje 13/10/2009 Ementa Penal e Processual Penal. Recurso especial. Crime ambiental. Responsabilização exclusiva da pessoa jurídica. Impossibilidade. Necessidade de figuração da pessoa física no polo passivo da demanda. Recurso conhecido e provido. 1. "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 (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia.

REsp 989089 / SC RECURSO ESPECIAL 2007/0231035-7 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 18/08/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 28/09/2009 Ementa Penal. Processual penal. Recurso especial. Delito ambiental. Possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "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" (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença condenatória em relação à empresa Dirceu Demartini ME.

REsp 969160 / RJ RECURSO ESPECIAL 2007/0159974-8 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/08/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 31/08/2009 Ementa Penal. Processual penal. Recurso especial. Crime ambiental. Inépcia da denúncia. Não-indicação da data. Não-ocorrência. Ministério público. Intimação pessoal. Recurso em sentido estrito. Intempestividade. Ocorrência. Denúncia exclusivamente da pessoa jurídica. Violação do princípio da responsabilidade subjetiva. Teoria da dupla imputação. Recurso parcialmente provido. 1. A ausência de indicação da data dos fatos não implica inépcia da denúncia, quando a exordial acusatória é instruída pelo inquérito policial contendo informações detalhadas de todos os fatos imputados à recorrente. 2. É intempestivo o recurso interposto fora do prazo assinalado no art. 586 do CPP. 3. O princípio do promotor natural não sustenta a fundamentação de tempestividade do recurso ministerial, uma vez que, como instituição una e indivisível, a distribuição interna de atribuições permite melhor atuação, mas não impede que um órgão substitua outro com o escopo de cumprimento de seus fins existenciais. 4. "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" (REsp 564.960/SC, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 13/6/05). 5. Recurso parcialmente provido para restaurar a decisão de primeira instância.

REsp 847476 / SC RECURSO ESPECIAL 2006/0089145-1 Relator(a) Ministro PAULO GALLOTTI (1115) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 08/04/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 05/05/2008 Ementa Penal. Crime ambiental. Responsabilização da pessoa jurídica. Possibilidade. Delito do art. 60 da lei nº 9.605/1998. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Recurso prejudicado. 1. "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." (REsp nº 889.528/SC, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 18/6/2007) 2. Sendo de 6 meses de detenção a pena máxima cominada ao crime previsto no art. 60 da Lei nº 9.605/1998, com relação à empresa Castilho Prestação de Serviços Ltda, constata-se que já decorreram mais de dois anos desde a data do fato incriminado sem que fosse recebida a inicial acusatória, e, quanto a Luis Vanderlei de Castilhos, o transcurso de mais de dois anos desde o recebimento da denúncia, operando-se, em ambos os casos, a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal, uma vez que não ocorreu qualquer causa interruptiva desde então. 3. Recurso especial parcialmente provido.

HC 93867 / GO HABEAS CORPUS 2007/0259606-6 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 08/04/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 12/05/2008 Ementa penal e processual penal. Habeas corpus. Crime ambiental. Impossibilidade de qualificar-se a pessoa jurídica como paciente no writ. Sistema ou teoria da dupla imputação. Denúncia. Inépcia não verificada. I - A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de não se admitir a utilização do remédio heróico em favor de pessoa jurídica (Precedentes). II - 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). III - A denúncia, a teor do que prescreve o art. 41 do CPP, encontra-se formalmente apta a sustentar a acusação formulada contra o paciente, porquanto descrita sua participação nos fatos em apuração, não decorrendo a imputação, de outro lado, pelo simples fato de ser gerente da pessoa jurídica ré. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

REsp. 16696/PR, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO (1112), Órgão julgador - T.6 – Sexta Turma, data do julgamento 09/02/2006, P. DJU 13/03/2006. Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito processual penal. Crime ambiental. Responsabilização da pessoa jurídica. Possibilidade. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Ocorrência. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal,

relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.

Hc. 43751/ES, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106), T5 – Quinta Turma, Data do julgamento 15/09/2005, DJU – 17/10/2005, pág. 324. Habeas corpus. Crimes ambientais. Inépcia da denúncia: inoportunidade. Existência de indícios de autoria e materialidade. Exame de provas. Ausência de constrangimento ilegal. Responsabilização penal da pessoa jurídica. Cabimento. Mitigação do princípio do “societas delinquere non potest”. Responsabilidade social. Violação do art. 225, §3º, da cf/88 e do art. 3º da lei 9.608/98. Possibilidade do ajustamento das sanções penais a serem aplicadas à pessoa jurídica. Necessidade de maior proteção ao meio ambiente.

HC 200500708416 – (ES) – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 17.10.2005 – p. 00324) – Habeas corpus – crimes ambientais – inépcia da denúncia: inoportunidade – existência de indícios de autoria e materialidade – exame de provas – ausência de constrangimento ilegal – responsabilização penal da pessoa jurídica – cabimento – mitigação do princípio do “societas delinquere non potest”. Responsabilidade social – violação do art. 225, §3º, da cf/88 e do art. 3º da lei 9.608/98 – possibilidade do ajustamento das sanções penais a serem aplicadas à pessoa jurídica – necessidade de maior proteção ao meio ambiente – Descabe acobardar de inepta denúncia que enseja a adequação típica, descrevendo suficientemente os fatos com todos os elementos indispensáveis, em consonância com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. A alegação de negativa de autoria do delito em questão não pode ser apreciada e decidida na via do habeas corpus, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via eleita. Ordem denegada.

TRF 4ª R. – ACr 2001.72.04.002225-0 – SC – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro – DJU 20.08.2003 – p. 801) – Crime contra o meio ambiente – extração de produto mineral sem autorização – degradação da flora nativa – arts. 48 e 55 da lei nº 9.605/98 – condutas típicas – responsabilidade penal da pessoa jurídica – cabimento – nulidades – inoportunidade – prova – materialidade e autoria – sentença mantida – 1. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a Constituição Federal (art. 225, § 3º) bem como a Lei nº 9.605/98 (art. 3º) inovaram o ordenamento penal pátrio, tornando possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica. 2. Nos termos do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se dele não resultar prejuízo à defesa (pas de nullité sans grief). 3. Na hipótese em tela, restou evidenciada a prática de extrair minerais sem autorização do DNPM, nem licença ambiental da fatma, impedindo a regeneração da vegetação nativa do local. 4. Apelo desprovido.

Dessas análises jurisprudenciais se observam as tendências dos aplicadores do Direito em responsabilizar a pessoa jurídica no contexto criminal. Para tanto, tais profissionais procuram sanar as eventuais incompatibilidades e omissões do nosso ordenamento. Observa-se que, não obstante a diversidade de opiniões doutrinárias a respeito da possibilidade de se responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, os juristas vêm se inclinando a tal aplicação, como uma tendência natural do atual contexto

de priorização da defesa do meio ambiente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da discussão teórica sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, fica demonstrada uma análise não só dogmática, mas sim do próprio sistema jurídico-político-econômico, pois a sua aplicação está condicionada à forma de pensar, interpretar e aplicar o Direito Penal pela sociedade atual.

O que é percebido é que a proteção aos bens jurídicos não pode ficar inerte aos paradigmas clássicos, mas sim, devem ser remodelados os conceitos dos seus valores eleitos frente aos novos desafios.

Na releitura do Direito Penal Moderno há que ser tutelado a defesa e proteção dos bens de caráter coletivo, pois que até então ele protegia os bens específicos, vida, segurança, honra etc. Atualmente o desafio posto sob o manto de proteção do Direito Penal é o combate à macrocriminalidade econômica e ambiental. Para tanto, o repertório legislativo do Direito Penal há que proteger os novos valores e, por conseguinte, os bens jurídicos vulneráveis à macrocriminalidade econômica e ambiental.

Além disso, entendo que as teorias existentes não de sofrer mudanças, em especial as do Direito e do delito, pois não basta o surgimento das novas normas protetivas. Se há a previsão da penalização, significa que o Direito Penal já sorveu as transformações, de modo a garantir a proteção dos novos bens e valores ditos coletivos.

Paralelo a essa adequação teórica, é salutar a mudança de apontamentos práticos aptos a viabilizar a aplicação da responsabilização, pois é inegável que o processo criminal contra a pessoa jurídica deve guardar individualidades procedimentais próprias.

Mas, o que é percebido é o fato do direito se alinhar ao entendimento da ciência jurídica. Há quem defenda a manutenção da dogmática jurídico-penal conhecida como garantista, negando a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica e outros que, para combater a criminalidade moderna, sustentam essa responsabilização, clamando nesse mister, por medidas de política-crime. Os que rechaçam a possibilidade da punição do ente coletivo advertem que ela traz intrinsecamente uma tese abolicionista, com a eliminação de princípios garantistas, possibilitando o fim do sistema penal. Questionam inclusive a previsão constitucional dessa responsabilização e apontam dificuldades de aplicação da imputação, tanto no campo do direito substantivo, como no adjetivo. E ainda enumeram a impossibilidade de haver responsabilidade sem

culpa, a impossibilidade da aplicação das penas privativas de liberdade e a incompatibilidade com a teoria geral do delito (conduta, culpabilidade, vontade etc).

Já os que defendem a implantação, se valem inclusive da própria história do instituto da responsabilidade penal coletiva para a sua efetivação, esclarecendo que já houve momentos da sua aplicação e enaltecem que a imputação sempre esteve presente no contrato social. Fundamentam que a responsabilização é necessária como mecanismo de proteção do próprio Estado e para controle do rumo da humanidade. Afirmam que, embora a pessoa jurídica seja considerada como a mola propulsora da economia e um ente que consegue sobrepujar as limitações, transcendendo à brevidade da existência humana, ela acaba por praticar atos (atividades) contrários à moral e ao Direito, sendo imperioso a implementação de mecanismos de frenagem. Também fundamentam a sua aplicação pela previsão Constitucional no § 5º, do art. 173 e no § 3º, do art. 225.

Ainda contestam as impossibilidades apontadas pela corrente doutrinária contrária, defendendo que se o ente coletivo tem legitimidade para contratar, igualmente devem tê-la para praticar outras finalidades e que a incapacidade de vontade penal tanto questionada na culpabilidade, deve se amoldar como à mesma vontade utilizada para a responsabilização civil. E esclarecem que a aplicação da sanção penal indubitavelmente deve guardar coerência com a pessoa do infrator e ser proporcional ao delito praticado, mesmo porque o intuito da responsabilização penal da pessoa jurídica não é o de mera prevenção negativa, mas sim prevenção positiva.

Quanto à restrição imposta pelos princípios da teoria geral do delito, argumentam que os limites colocados não são jurídicos, nem filosóficos, mas simplesmente políticos. O dogma da culpa a todo tempo colocado como obstáculo à responsabilização do ente coletivo, não é objeto passível de demonstração, mas sim, critério intrínseco apto a justificar o direito de punir do Estado.

Assim sendo, mesmo ante a complexidade do tema, há seguramente a existência no cenário jurídico de três sistemas distintos quanto à penalização das pessoas jurídicas: os que não a admitem; os que a admitem, mas utilizam punições penais-administrativas; e o sistema do *common law*, admitindo a responsabilização com aplicação de sanções criminais.

Surge ainda o sistema do *civil law*, com a penalização apenas para delitos econômicos, mas que deve ser concomitantemente aplicado para a pessoa física e a jurídica.

O certo é que a adoção de um dos sistemas é altamente subjetiva. Porém, os

defensores do *common law* não se devem afastar de alguns requisitos para a responsabilização, dentre eles: a infração imputada à pessoa jurídica deve ter sido perpetrada na busca do interesse coletivo, dentro do campo de atuação da empresa e contando com a participação de pessoa intimamente ligada ao ente.

Desta forma, haveria condições da imputação de responsabilização ao ser jurídico, pois pelo fato da pessoa jurídica se valer da sociedade de risco para alcançar os seus objetivos (econômicos) deve assumir responsabilidades pelas atividades praticadas nessa busca. O fato é que o direito penal prostrado ao fenômeno da sociedade moderna, fruto de uma integração, demonstra claramente no seu caráter supranacional a mudança de paradigma, substituindo o princípio da *societas delinquere non potest* pelo princípio da *societas delinquere potest*.

Embora haja a expressão globalização do direito, é notório que ele não se globalizou, mas apenas as suas fronteiras se tornaram tênues limítrofes geográficos. O direito ainda permanece adstrito a cada país.

Contudo, há o desencadeamento globalizado de esforços para combater tanto a criminalidade econômica, quanto a ambiental. Mas para o sucesso dessa batalha, há a necessidade do comprometimento da ciência penal e da legislação, com fortes propostas quanto às reformulações de conceitos dogmático-penais.

Os eventuais questionamentos quanto à real capacidade e culpabilidade do ente coletivo, não podem apresentar dificuldades de solução, pois o atual estado de necessidade da proteção do bem jurídico irá sobrepujá-los, inclusive por questões político-criminais.

É inegável que a política-criminal não pode ser uma mera ciência estática, mas deve sim realizar uma atividade apta a prevenir e reprimir aquilo que está causando ofensa ao sistema. É por meio dela que serão fornecidos os valores norteadores do novo Direito Penal.

Ademais, a aceitação da capacidade e culpabilidade da pessoa jurídica já se sedimenta na realidade social, numa verdadeira oposição entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal, agravada inclusive pela valoração do desenvolvimento das relações socioeconômicas.

Mesmo porque a dogmática jurídico-penal, em que pese ser tratada como um paradigma científico, não deve ser óbice a comprometer o equilíbrio limitador que a segurança jurídica trava contra a violência.

Aliás, a dogmática penal não se presta a este papel, mas deve sim ser a grande

responsável pela elaboração teórica e conceitual de todos os elementos aptos a criar a possibilidade da imputação de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Reinterpretá-la nestes modos, significa realizar uma tentativa de leitura paradigmática diferente da tradicional. Importa sim, em redescobrir nela as potencialidades da humanidade e dos valores, questionando elementos atuais, tais como o poder e a violência.

Atualmente, as grandes empresas tornaram-se grupos transnacionais, verdadeiros grupos coletivos. O Direito Penal da atualidade não possui condições de imputar uma conduta delituosa a estes entes. Deve haver mudança de modo a viabilizar uma apuração de ação institucional e não como era no passado, individual. As ações geralmente são marcadas por práticas voltadas a interesse econômico, buscadas por meio da ganância, dominação e uso do poder. Por isto é necessário viabilizar a responsabilidade social nos moldes da culpabilidade da pessoa física.

Ocorre que, concomitante a essas mudanças, o Estado há de ser competente para a devida regulação de todo o novo sistema, com a utilização de recursos humanos especializados e dotados de estruturas e instrumentos materiais adequados. Mas principalmente voltados à implantação de um sistema apto à prevenção geral positiva, com a criação de mecanismos e cerceios capazes de aplicar punições a pessoas jurídicas criadas de fato e de direito, bem como prever, no caso da sua transformação societária, a persistência da sanção ao novo ente, sem necessidade de análise daquilo que se convencionou chamar de tese do ricochete, ou seja, nomenclatura utilizada para designar que a responsabilidade seria da pessoa física, mas por reflexo atingiria o ente coletivo. Aliás, essa fase estaria facilmente vencida com a tese da dupla imputação.

Enfim, o direito penal conhecido como de inspiração iluminista, deixou de atender aos anseios da sociedade do novo mundo globalizado. Ocorreram mudanças quanto aos bens jurídicos protegidos, partindo dos individuais para a tutela dos difusos.

À época, o Direito Penal tinha cunho individualista, protegendo os direitos individuais ao invés de bens jurídicos, numa verdadeira concepção voltada ao pensamento do contrato social. No século das Luzes, ele tutelou os direitos subjetivos como forma de defesa contra as arbitrariedades do Estado e a revolução tecnológica criou novos riscos sociais e mudaram os pensamentos da sociedade.

Com isso, o campo de atuação do direito penal vai sendo ampliado. Nessas mudanças, o conceito de bem jurídico sofre mutações orientadas por razões de política criminal, dando azo à tutela de interesses difusos e de todos aqueles imprescindíveis

para a vida em sociedade.

Esse modelo de Direito é conhecido como garantismo. Consiste na submissão da normatividade à lei constitucional e concomitantemente na transformação dos direitos fundamentais em direito constitucional, asseverando o respeito aos direitos do homem.

O garantismo penal buscado preconiza a base de um modelo normativo de direito, fulcrado no princípio da legalidade e em busca da redução do grau de violência, protegendo os direitos dos cidadãos, inclusive contra o próprio Estado, com a aplicação da lei penal adjetiva em maior liberdade do homem contra o poder restritivo do Estado.

Então, o garantismo penal prega que o Estado deve regrar a independência dos seus cidadãos, diferentemente do que se enxerga no abolicionismo penal, teoria que defende a liberdade selvagem do homem e do Estado Liberal, que realiza práticas abusivas no seu direito de punir.

Na verdade, o garantismo penal está equidistante do abolicionismo penal e do estado liberal, sendo seu objeto a liberdade regrada. Na nossa legislação infraconstitucional vemos situações consideradas como de garantismo penal. O advento da lei revogando o delito de adultério demonstra a prática deste ideal. Por isso que a escola do direito penal mínimo é uma das maiores defensoras da concretização do garantismo penal no mundo jurídico atual.

A teoria do garantismo busca a eficácia do Direito Penal na atualidade. Busca observar a existência da forma e substância no mundo jurídico. No campo da formalidade se encontra o sistema procedimental prévio da elaboração, como um filtro de legitimação da nova norma. Esta somente será considerada válida e legítima, depois de ser analisada pelo ordenamento. Há semelhanças com a teoria pura do direito, que defende a validade de uma norma pelo fato dela estar contida em outra norma, esta anterior e hierarquicamente superior àquela.

Esse é o mecanismo de derivação das normas jurídicas, a ideia de norma supra e infra ordenamento. Ocorre que um novo elemento é adicionado a esse conceito de validade. É a substância. São os elementos de conteúdo, os materiais. São os direitos fundamentais, isto é, são inseridos valores materialmente estabelecidos. Caso a norma não traga em seu bojo esta racionalidade material, será inválida.

Porém, não deve haver confusão entre a validade e a vigência. Uma norma vigente, mas sem o caráter de validez, é retirada do ordenamento jurídico, pois embora formalmente em ordem, estaria materialmente incompatível com as diretrizes dos

direitos fundamentais, fruto de um processo histórico em constantes transformações.

Contudo, para o sucesso dessa responsabilização não basta apenas a normatização, mas sim uma fundamentação que viabilize a imputação delitiva.

Há na cultura social o entendimento de que a aplicação de sanções no âmbito do direito penal gera uma maior repercussão social do que as aplicadas em outras searas. Somando-se a isso, temos a maior garantia da segurança jurídica quando a prestação é feita pelo órgão jurisdicional, despido de valores partidários e classistas, muitas das vezes peculiares e próprios da seara administrativa.

É fato axiomático o surgimento de um novo modelo de civilização, fruto de transformações da humanidade, alvo de inúmeros fenômenos revolucionários e desta última, conhecida como a revolução tecnológica ou terceira revolução.

O progresso transformou-se em fonte de insegurança, em especial pela concentração de riquezas em poder de monopólios, surgindo inclusive novos conceitos para a soberania Estatal, com consideráveis exposições à interferência indireta e até direta, do sistema Estatal.

É também inegável que hoje há um novo direito de proteção à vida (biodireito), ao mesmo tempo em que há demandas legislativas com o escopo de regular as novas condutas. Dentre elas, as atividades das pessoas jurídicas, as quais ocupam papel relevante na sociedade.

O ente coletivo há que ter a sua responsabilidade social e jurídica. Para adimplir a esta e fazer prevalecer a ordem social e jurídica, com garantia da liberdade e harmonia entre as pessoas e, para cumprir com a responsabilidade social, há que se preocupar com a sua comunidade, com os valores humanos reguladores da ordem econômica, abstendo-se de atividades mercantis e ambientais, novas à sociedade.

Desta forma, as empresas necessitam entender e assumir esse compromisso, buscando e praticando ações em busca da dignidade humana, exercendo o controle das degradações de recursos, em especial do meio ambiente e da economia.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ALMEIDA, Reinaldo Ivo. **Criminalização das pessoas jurídicas pela lei 9605/98, é possível?** Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil, São Paulo: Comunicare, jan. - jun. 2003.

ALVES, Roque de Brito. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, n. 748, ano 87, fev. 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Estudos e pareceres de direito penal**. São Paulo: RT, 1982.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. **Coleção temas atuais de direito criminal-revisão da legislação comparada**. São Paulo: RT, 1999.

ARIEL DOTTI, René. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, nº 33, p. 130-58, jan./jun., 1982.  
\_\_\_\_\_. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 3, nº 11, p. 184-207, jul./set., 1995.

BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de direito penal e criminologia**, Rio de Janeiro, nº 33, p. 78-89, jan./jun., 1982.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAÍGUN, David. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: IBCCRIM, 1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: IBCCRIM, 1996.

\_\_\_\_\_. La categoria responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 5, nº 18, abr./jun., 1997.

BALDAN, Edson Luís. **A tese funcionalista e a legitimação do discurso demonstrativo do legislador penal econômico**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 10, nº 112, p. 9-10, março, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

\_\_\_\_\_. Marginalidade social e justiça. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. **Revista de Direito Penal – Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 21/22, p. 5-25, jan./jun., 1976.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal: parte geral**. tradução Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **A globalização e as transformações no direito penal**. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 6, nº 23, p. 97-109, jul./set., 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal**. Boletim IBCCRim, São Paulo, nº 65, p. 7, abril, 1998.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal. Parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

\_\_\_\_\_. MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva 2000.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista AJURIS**, ano XXVI, n. 80, dez. 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal. Parte geral**. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2003, v. 1.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. (1998). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso dia 18.12.2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acesso dia 18.12.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Contradições da modernidade e direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, nº 16, p. 114-126, out./dez., 1996.

\_\_\_\_\_. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista Editorial, 2002.

CIRINO, Juarez dos Santos. **Instituto de criminologia e política criminal. A responsabilidade penal da pessoa jurídica.** [S.n.] Curitiba, 06.mar.2001. Acesso em 19.12.2009. Disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/responsabilidade\\_penal\\_juridica.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/responsabilidade_penal_juridica.pdf)

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** São Paulo: Saraiva, 1976.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

COSTA JÚNIOR, Paulo José; MILARÉ, Edis. **Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98.** Campinas: Millenium, 2002.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: historia e grandes temas.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O renascer do direito.** 2. ed. São Paulo, 1980

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal.** São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Questões Fundamentais do Direito Penal.** São Paulo: RT. 1999.

\_\_\_\_\_. O Direito Penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Nº 33 – Janeiro/Março. São Paulo: RT. 2001.

DÍAZ, Claudia López. **Introducción a la imputación objetiva.** Bogotá: centro de investigaciones de derecho penal y filosofia del derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva no direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, 1995.

\_\_\_\_\_. **Meio ambiente e proteção penal**. V.317. Rio de Janeiro: Forense, jan/mar, 1992.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Pietro Nasset. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.

ESTELLITA SALOMÃO, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia: K- P - Tomo III**, 2001, verbete 'Pessoa'.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Lomonad, 1998.

\_\_\_\_\_. **Liberdade e responsabilidade Penal**. Publicação científica em 17.08.2006. [S.n., S. 1.]. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/25>>Acesso em: 02.out.2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2001.

FOUCAUT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**. 28. edição. Petrópolis: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direito humano**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto Passos. **Crimes contra a natureza**, (De acordo com a Lei 9605/98). 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2005.

FREITAS, Silviane Meneghetti. **Os direitos humanos e a evolução do ordenamento jurídico brasileiro**. [S.1., S.n.]. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/direitos-evolucao.htm>> Acesso em: 25.jul.2008

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. **Pequeno dicionário de filosofia contemporânea**. São Paulo: Publifolha, 2006, verbete 'Pessoa'.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Responsabilidade e sanção penal nos crimes contra o meio ambiente**. São Paulo: editora Oliveira Mendes, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. (Coor). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. **Coleção temas atuais de Direito Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2.

\_\_\_\_\_. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, nº 11, jul/set.,1995.

\_\_\_\_\_. **As grandes transformações do direito penal tradicional. Série as ciências criminais no século XXI**. São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GREGORIO, Sérgio Biagi. **Ética e responsabilidade**. [S.1. : S.n., s.d.]. Disponível em: <http://www.espirito.org.br/portal/artigos/sergio-biagi/ensaio-etica-e-responsabilidade.html>> Acesso em 09.ago.2008.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução francesa e iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003.

HASSEMER, Wilfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. nº 8, 1994.

\_\_\_\_\_. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEINE, Gunter. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada**. Trad. de Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004. Cap. V, 10 e 11.  
\_\_\_\_\_. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997.

\_\_\_\_\_. **O leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo - noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Um novo sistema no direito penal**. Madrid: Manoele, 1999.

\_\_\_\_\_. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da pessoa jurídica societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. São Paulo: Edições, Traduções e Publicações Brasil, 1936.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tradução: Marco Antonio Zingano. Porto Alegre; São Paulo: L&PM, 1989.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Traduzido por Manuel P. dos Santos e Alexandre F. Morujão. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

KAPAZ, Emerson. O que é responsabilidade social? **Revista Fae Business**, n. 9, set./2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIST, Atades. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Leme: Editora de Direito, 1999.

KREBS, Pedro. **A (Ir) Responsabilidade dos entes públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 2000.

\_\_\_\_\_. **A irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público**

**Interno**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 2000.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a suposta violação do direito penal mínimo. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, ano 1, nº 0, p. 11-19, mai./ago., 2000.

LECEY, Eládio. **A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Ajuris, edição especial, jul. 1999.

LEITE, Yara Muller. **Das sociedades civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas B, 1968.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LITZ, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. 1 ed. trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a nova teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabril, 1987.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Fabril, 1991.

MARCUSE, Herbert. **Contra-revolução e revolta**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

MARÍAS, Julián. **A perspectiva cristã**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAXIMIANO, Antonio César A. **Teoria geral da administração: da escola científica à competitividade na economia globalizada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO FRANCO, Affonso Arinos de. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.

MESQUITA, Elisama Abuchaim. **Das teorias pró e contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. [S.l.: S.n., s.d.]. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> > Acesso em: 01. fev.2008.

MIGLIARI JUNIOR, Arthur. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Campinas: CS Edições, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**, 1. ed São Paulo Atlas, 1995, v. 1. \_\_\_\_\_ .15. ed. São Paulo: Atlas, 1999. \_\_\_\_\_ . **Manual de direito penal, parte geral: Arts. 1º a 120 do CP**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1. \_\_\_\_\_ . São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 4. ed., Valencia, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

PEDRO MEIRELES, Mário. **Sanções das (e para as) pessoas colectivas**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 10, fasc. 3, p. 511-34, jul./set., 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

PIERANGELLI, José Henrique. **A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição**. São Paulo: RT, n. 684, out. 1992. \_\_\_\_\_ . **Revista síntese de direito penal e processual penal**. Porto Alegre: Síntese, ano I, n. 3, ago. - set. 2000.

PODVAL, Roberto. **O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico**. Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: RT, 2000.

PRADEL, Jean. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês**.

Revista de Brasileira de Ciências Criminais.v.24. São Paulo: RT. out/dez.1998.

PRADO, Luiz Régis. **Elementos de direito penal, parte geral**. Coleção resumos n.º 1, São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva**. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade penal da pessoa Jurídica**. São Paulo: RT, 2001, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro, Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, v.1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 1.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. Anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999, v. 2.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal**. Parte especial. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho. 1991.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio. **Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas**. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. **Princípios políticos de direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica – as bases de uma nova modalidade de direito sancionador**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, ano 1, nº 1, p. 169-98, set./dez., 2000.

RIBEIRO, Alex Sandro. **Ofensa à honra da pessoa jurídica**. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Penas e medidas alternativas – reflexões político-criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

\_\_\_\_\_. **Controle difuso de constitucional da norma penal: Reflexões valorativas**. São Paulo: Premier, 2008.

\_\_\_\_\_. VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. [S.l.: S.n., s.d.]. Disponível na internet: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 20.02.2009.

ROBINSON, Jeffrey. **A globalização do crime**. Tradução por Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito civil. Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, v. 4.

ROTHERBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. São Paulo: RT, v. 717, ano 84, jul. 1995.

\_\_\_\_\_. **A pessoa jurídica criminosa: estudo sobre a sujeição ativa da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Universidade Direito e Ciência Jurídica Veja. Lisboa Portugal. 1993.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico – penal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 35 – Julho/Setembro. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. Luis Greco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

SALES, Sheila Jorge Salim de. **Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, P.A: Liv. Do Advogado, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, Juary C. **A macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 4.

SILVA, Fernando Quadros da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a lei 9.605/98, de 13.02.1998 e os princípios constitucionais penais. **Revista de Direito Ambiental**. n.18. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr/jun, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Trad.Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Questões polêmicas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais**. Boletim IBCCRim, São Paulo, nº 65, p. 8, abril, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tutela penal do meio ambiente**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998.  
\_\_\_\_\_. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ltr, 1996.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.  
\_\_\_\_\_. **Contradições da responsabilidade penal da pessoa jurídica – reafirmação da necessidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: IBCCRIM, 2001 (Curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico Europeu – palestra em 17/08/2001).

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIOTTI, F. R. de A. 1995. **Origem e fundamento da mística pós-moderna**. [S.l.: S.n., s.d.]. Tese de conclusão do Curso de Ciência Política. Universidade de Brasília, UNB. Disponível em: [www.angelfire.com/id/Viotti/Introd.html](http://www.angelfire.com/id/Viotti/Introd.html)> Acesso em: 25.jul.2008.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yãnes Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Sérgio Antônio Fabbris Editor. Porto Alegre. Trad. Juarez Tavares. 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.