

sentes os requisitos e não for o caso de prisão preventiva devidamente fundamentada.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Modificações da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 36.

JARDIM, Rodrigo de Lucca. Crime hediondo e liberdade provisória. [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 28/3/2001.

KARATZIOS, Jorge Alexandre. *Crimes hediondos - Lei n. 8.072/90 - Proibição de concessão de liberdade provisória: conflitos de artigos constitucionais*. Disponível em [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 28/3/2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Dos regimes de liberdade no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, n. 82, p. 18, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 3º v.

# RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS BREVES REFLEXÕES ACERCA DOS ÓBICES DOUTRINÁRIOS APONTADOS PELA OPINIÃO DOMINANTE

Fabrizio de Lima Pieroni

## Sumário

1. Introdução. 2. Natureza jurídica dos entes morais. 3. Constituição Federal de 1988. 4. Teoria do delito e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 4.1. Conduta. 4.1.1. Conduta da pessoa jurídica. 4.2. Culpabilidade. 4.2.1. Culpabilidade e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 5. Fundamentos da pena. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

## 1 INTRODUÇÃO

Incrível como um tema que até pouco tempo atrás não despertava nenhum interesse na doutrina brasileira venha merecendo, atualmente, tantos estudos e tamanha atenção. Particularmente no Brasil, tal matéria ganhou especial importância com o advento da Constituição Federal de 1988, mas, principalmente, após a publicação da Lei n. 9.605/98, que em seu art. 3º previu expres-

samente, ignorando os apelos da doutrina tradicional, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes contra o meio ambiente.

Entretanto, muitos obstáculos, sustentados em argumentos assaz conhecidos, são opostos pela doutrina dominante à consagração desta espécie de responsabilidade penal.

No presente trabalho, que não se propõe a analisar o acerto da opção brasileira em excepcionar o princípio *societas delinquere non potest*, tenta-se superar tais óbices, demonstrando alguns de seus equívocos, encaminhando uma proposta de adequação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ao nosso ordenamento.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DOS ENTES MORAIS

Importante para o início desta discussão será a fixação da natureza jurídica dos entes coletivos, uma vez que muitos dos argumentos utilizados por aqueles que defendem ou repudiam a responsabilidade penal deles fundamentam-se, basicamente, nas teorias da ficção e da realidade.

A matéria é complexa e provocou a elaboração, principalmente no século XIX, de dezenas de teorias, cada qual procurando justificar e explicar, com maior ou menos acuidade filosófica e argumentação lógica, a existência das pessoas jurídicas.<sup>1</sup> No estágio atual da Ciência do Direito, acreditamos que só cabe ao jurista aceitar a *teoria da realidade técnica* ou *jurídica*.

1 Neste estudo não nos preocuparemos em debater as mais diversas teorias acerca da natureza jurídica dos entes morais, por acreditar que tal tarefa já foi realizada com muita propriedade por muitos estudiosos do Direito. Para um estudo mais aprofundado acerca das teorias da ficção e da realidade: SILVA, Wilson Melo da. *Pessoas jurídicas. Separata da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano XII (nova fase), p. 63-98, out. 1966; CUNHA, Thadeu Andrade da. A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 339, p. 191, 1997.

Partindo das lições de Gierke, tal teoria propõe uma alteração de ordem metodológica: a construção de um conceito de pessoa jurídica deve partir das normas, e não o contrário, que seria buscar este conceito alhures e apenas traduzi-lo normativamente.<sup>2</sup>

“Assim, pessoa jurídica, se não tem estrutura ‘orgânica’ à semelhança da pessoa física, tanto como esta, tem conceito jurídico. É, pois, realidade jurídica, ou melhor, são realidades jurídicas porque o ser humano, pelo Direito, também é visto pelo conceito que ele lhe dá e não pela composição física”.<sup>3</sup>

Portanto, a personalidade desses entes, bem como a dos próprios homens, é uma construção da técnica jurídica. A pessoa jurídica é, assim, uma realidade no mundo do direito, e nesta seara não há como falar em “realidade ontológica” ou “limites intrínsecos” à sua capacidade.

A teoria da realidade técnica ou jurídica predomina atualmente e é a que nos parece de natural aceitação. Trabalharemos, a partir daqui, o princípio da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sempre tendo em mente esta sua natureza jurídica.

## 3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O ponto de partida para todo este debate acerca da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas no Direito brasileiro encontra-se,

2 ROTHENBURG. *A pessoa jurídica criminosa*, p. 136.

3 CERNICHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*, p. 137.

a nosso juízo, na interpretação dos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da Carta Constitucional de 1988.<sup>4</sup>

Esses dois dispositivos têm sido objeto de apaixonadas discussões. Alguns autores continuam a sustentar a vigência em nosso ordenamento jurídico do princípio *societas delinquere non potest*,<sup>5</sup> com base em cinco argumentos:

**a)** admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas ofenderia o princípio da igualdade, uma vez que a identificação do ente coletivo como responsável pela infração penal beneficiaria os partícipes, pessoas físicas, com o relaxamento dos trabalhos de investigação;

**b)** tendo a Constituição Federal declarado no art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, impossível estaria a aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas, uma vez que estas atingiriam inevitavelmente seus membros, mesmo que nem todos estes tenham participado do fato delituoso;

4 “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.”

“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 e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

5 Dentre outros, destacamos: DOTTL, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 1995, p. 188; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*, p. 139; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*, p. 43; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 147; REALE JÚNIOR, Miguel, A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 345, p. 123, 1999.

**c)** ao tratar de execução penal, nossa Lei Fundamental teria se referido tão-somente ao “ser humano”, utilizando expressões como “pessoa do condenado”, ao estabelecer o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV); “idade e sexo do apenado”, ao dispor sobre o cumprimento da pena, nos estabelecimentos penitenciários (art. 5º, XLVII); os “presos”, a quem se assegura o direito a integridade física e moral (art. 5º, XLIX); as “presidiárias”, a quem se asseguram as condições para permanecerem com seus filhos no decorrer do período de alimentação (art. 5º, L); o “preso”, a quem se deve informar sobre seus direitos (art. 5º, LXIII);

**d)** a imputabilidade penal da pessoa jurídica seria incompatível com o direito de regresso previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que o réu (no caso, a pessoa jurídica) não poderia mover contra o co-réu (no caso, as pessoas físicas) uma ação de reparação por danos causados, por ser a pessoa jurídica co-responsável pelo crime gerador do dever de indenizar, e, por fim;

**e)** nem mesmo uma interpretação literal seria capaz de afirmar que a CF admitiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois, ao dispor que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas...” (grifos nossos), procurou o próprio legislador fazer a devida distinção correlacionando os vocábulos *conduta* à pessoa física e *atividade* à pessoa jurídica.

Não obstante a autoridade daqueles que os formulam, tais argumentos não se mantêm em nosso sistema constitucional.

Adotar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não compromete o princípio da isonomia, pois basta lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 dispõe que a responsabilidade dos entes coletivos se estabelecerá “sem prejuízo da responsabilidade individual” de seus dirigentes. Também a Lei Ambiental (Lei n. 9.605/98, art. 3º, parágrafo único) assim o determina. Além do mais, como lembra Sanctis, as autoridades competentes que não persistirem na apuração das responsabilidades individuais, limitando-se à imputação coleti-

va, certamente poderiam ser enquadradas em um dos tipos funcionais previstos no Código Penal, como o de prevaricação.<sup>6</sup>

Tampouco afronta o princípio da personalidade das penas proclamado no art. 5º, XLV. Reconhecer a responsabilidade da empresa, e isso só ocorrerá quando forem preenchidos todos os requisitos legais, é reconhecer somente a sua responsabilidade. A pena deverá circunscrever-se à pessoa do condenado, seja ela pessoa física ou pessoa jurídica.

Diretamente, somente ao autor da violação da norma penal pode ser dirigida a pena. Entretanto, é fato, seus efeitos podem ser sentidos por terceiros. Ninguém pode negar as drásticas conseqüências da pena de prisão sobre a família do condenado. Tal efeito indireto é o mesmo que atinge, no caso de condenação da pessoa jurídica, os sócios ou quotistas que, eventualmente, tenham se oposto à realização da atividade delitiva, bem como a todos os indivíduos que com ela se relacionam, seja na qualidade de consumidores, de fornecedores ou de empregados.

Também em nada afeta nossa conclusão o fato de os incisos XLVII, XLIX, L e LXIII do art. 5º se referirem, no trato da execução penal, tão-somente ao ser humano. Tais referências revelam a preocupação de nossa Lei Fundamental em garantir os direitos individuais da pessoa humana, tão violados em nossa história recente.<sup>7</sup>

Quanto ao direito de regresso previsto no § 6º do art. 37, não há que se falar em sua incompatibilidade com o reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Com efeito, tal dispositivo consagra a responsabilidade *civil* (e não penal) objetiva das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos. Tais entidades deverão, portanto, reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial ou moral que causarem a outrem, sem cogitar a existência ou não de culpa ou dolo. Havendo reconhecimento judicial de que o agente agira com dolo ou culpa em conformi-

6 SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 62-63.

7 SANCTIS. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 62.

dade a vontade do grupamento, também neste caso poderá ser demandado numa ação regressiva. Só que nesta hipótese responderá proporcionalmente à sua quota de participação.<sup>8</sup>

Por fim, o argumento utilizado por Luiz Regis Prado<sup>9</sup> de que o legislador procurou fazer uma distinção utilizando os termos *condutas* para as pessoas físicas e *atividades* para as pessoas jurídicas não prevalece. A nosso ver, os termos conduta e atividade foram empregados como sinônimos,<sup>10</sup> sendo que, ligados pela aditiva “e”, formam um todo unitário que pode reportar-se indistintamente às pessoas físicas ou jurídicas. Tal significado fica evidenciado quando, a seguir, o dispositivo fala em “sanções penais e administrativas”.<sup>11</sup>

A Constituição Federal de 1988 foi fruto de um processo amplamente democrático, de discussões e debates com toda sociedade brasileira, revelando, por isso, as preocupações de sua época. Portanto, diante de um intenso movimento internacional, representado, sobretudo, pelos congressos intencio-

8 SANCTIS. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 63.

9 PRADO, Luís Regis. *Curso de direito penal - Parte geral*, p. 147.

10 Também compartilha tal opinião: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*, p. 262.

11 Nesse sentido, muitos autores, também de nomeada, defendem que a nossa Constituição Federal admitiu expressamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Dentre outros, destacamos: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114; ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 748, p. 494, fev. 1998; SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 60; ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*, p. 20; LIMA, Marcellus Polastrí. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova Constituição. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 68, jan./jun., 1989; ROCHA, Fernando Galvão da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun., 1998; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Societas delinquere non potest-revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 86; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal - Parte geral*, p. 118; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*, p. 265.

nais internacionais que quase sempre concluíram pela revisão crítica do princípio *delinquere societas non potest* e pelas novas legislações européias, nossa Carta decidiu ignorar os apelos da doutrina mais tradicional e optar pelo caminho inverso nos seus arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, consagrando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

#### 4 TEORIA DO DELITO E RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

É na teoria do delito que muitos autores buscam a fundamentação para se negar ao Direito Penal a possibilidade de sancionar os entes morais. Entretanto, parecem olvidar que a teoria do delito é obra da doutrina jurídico-penal, elaborada com base no Direito Positivo e tendo como objetivo a busca de princípios comuns do Direito Penal num sistema unitário. Não se trata, portanto, de uma construção jusnaturalista, de como o Direito Penal deveria ser, mas sim de uma elaboração sistemática das características gerais que o direito positivo permite atribuir ao delito.<sup>12</sup> Sua finalidade, como de resto de toda a dogmática jurídico-penal, é estabelecer uma segura e previsível aplicação do Direito Penal por meio da construção de conceitos e fixação de limites que permitam a subtração da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação.<sup>13</sup>

##### 4.1 Conduta

Os tipos penais não passam de descrições abstratas de condutas. A conduta é, pois, o conceito básico de Direito Penal sobre o qual recaem os caracteres da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Por meio do verbo, os tipos penais exprimem uma ação proibida, sancionando-a com uma pena. Não há, portanto, delito sem conduta.

12 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* - Parte general, p.118.

13 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*, p. 27-28.

Nesse ponto, encontra-se, sem dúvida, o principal obstáculo à admissão de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para muitos e importantes penalistas, a pessoa jurídica não teria capacidade de conduta, por lhe faltar vontade própria, natural. A sua vontade, reconhecida em outros ramos do Direito, para o Direito Penal, não passaria de uma ficção.<sup>14</sup>

A doutrina jurídico-penal, apesar de mais de um século de discussão, não conseguiu extinguir o debate acerca do conceito de ação que melhor atenda às exigências práticas e teóricas de aplicação do Direito Penal. Ao contrário, lembra Juarez Cirino dos Santos que, após longa disputa entre os modelos causal e final, com o advento do modelo social de ação e de outras definições (como os modelos negativo e pessoal), a hipótese de consenso sobre o tema parece mais distante do que nunca.<sup>15</sup>

Versaremos brevemente sobre as três principais e mais importantes concepções de ação na atualidade, para então indagarmos a capacidade de conduta da pessoa jurídica. A importância desta conclusão se impõe, pois a teoria da ação é a chave para a compreensão de toda teoria do crime.

A *teoria causal de ação* foi elaborada por Von Liszt, Ernst Belling e Gustav Radbruch. Apoiado sobre a base filosófica do positivismo mecanicista do século XIX, no modelo causal a ação apresenta estrutura exclusivamente objetiva,<sup>16</sup> pois seria um movimento voluntário – não reflexo – no qual é irrelevante

14 Neste sentido, SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*, p. 33. De acordo com esta opinião, haveria um conceito ôntico-ontológico de conduta que o Direito Penal se limitaria apenas a atribuir um valor, mas nunca mudá-lo. O Direito Penal não poderia criar um conceito de conduta, mas tão-somente respeitar o conceito ôntico-ontológico (ZAFFARONI Eugênio Raul, PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte geral, p. 410).

15 SANTOS, Juarez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Seditiosos* – Crime, Direito e Sociedade, Ano 2, n. 3, p.25 1º sem., 1997.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Seditiosos* – Crime, Direito e Sociedade, Ano 2, n. 3, p.25 1º sem., 1997.

o fim a que esta vontade se dirige.<sup>17</sup> Assim, define-se a ação como *causação de uma modificação no mundo exterior por um comportamento humano voluntário*.<sup>18</sup>

De acordo com esta posição, o comportamento voluntário somente importa como causa da conduta externa; é indiferente qual foi o conteúdo da vontade, se esta se dirigiu ou não para a realização do fato produzido, conquanto tenha causado o movimento corporal externo.<sup>19</sup>

Diante das muitas críticas dirigidas ao modelo causal de conduta,<sup>20</sup> manifesta-se a *concepção finalista*. Desenvolvida por Hans Welsel, com contribuições de Maurach-Zipf, Armin Kaufmann, G. Stratenwerth e outros,<sup>21</sup> esta teoria surgiu como resultado de um giro da metodologia jurídica devido à aplicação do método fenomenológico e ontológico ao Direito Penal.<sup>22</sup> Ação é o exercício de uma atividade finalista. A vontade do homem é sempre dirigida conscientemente a um fim. Este é o “ser” da conduta que o Direito Penal deve respeitar: “O legislador não pode modificar, nem ignorar a estrutura finalista da ação humana, nem o papel que nela desempenha a vontade.”<sup>23</sup>

17 ZAFFARONI, PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro* - Parte geral, p. 423-424.

18 SANTOS, Juarez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Ano 2, n. 3, p. 25 1º sem., 1997.

19 MIR PUIG. *Derecho penal* – Parte general, p.169.

20 Este sistema clássico de crime do modelo causal, que separa a vontade de seu conteúdo (finalidade), não resistiu a algumas indagações científicas, revelando contradições metodológicas insanáveis como: a) a verificação da necessidade do dolo para caracterizar a tentativa indica que o tipo não contém exclusivamente elementos objetivos; b) a descoberta dos elementos subjetivos do injusto revela a existência de uma dimensão subjetiva na área do injusto, então reservada aos elementos objetivos e; c) a verificação de que na culpa inconsciente não existe uma relação psicológica entre o agente e o fato mostra o defeito do conceito psicológico de culpabilidade da teoria causal (SANTOS, Juarez Cirino dos, p. 26.

21 SANTOS, Juarez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Ano 2, n. 3, p. 26.

22 MIR PUIG. *Derecho penal* – Parte general, p. 170.

23 MIR, José Cerezo. O finalismo hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.12, p. 39, out./dez., 1995.

Ação é todo comportamento dependente de vontade humana, mas a vontade sempre possui um conteúdo, que é a finalidade. Este seria o conceito ôntico-ontológico de conduta que o Direito Penal deve reconhecer e respeitar. Ao pretender regular condutas humanas, o Direito Penal deve considerá-las tal como ocorrem na realidade, limitando-se a agregar um desvalor jurídico a uma parte delas, mas, em hipótese alguma, modificando o seu ôntico.

A *teoria social da ação*, cuja origem se encontra na definição de conduta como fenômeno social, defende uma posição intermediária, conciliadora, entre as teorias causal e final. Desenvolvida por Eberhard Schmidt e, modernamente, por Hans-Henrich Jescheck e Johannes Wessels, dentre outros, ela pretende explicar satisfatoriamente todas as diferentes formas de comportamento relevantes para o Direito Penal, superando as deficiências tanto do modelo causal quanto do modelo final de ação.<sup>24</sup> Os seus partidários reservam críticas à teoria final (não conseguiria explicar satisfatoriamente a omissão e os delitos imprudentes) e à teoria causal (incapaz de compreender os fenômenos da omissão pura e do delito doloso).

Desse modo, o modelo social surge para encontrar um denominador comum que englobe todas essas diferentes formas de conduta. Este denominador não pode ser encontrado na esfera do “ser”, mas sim num ponto de vista de natureza superior, *valorativa*: a relevância social.<sup>25</sup> Em sentido penal, ação é comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade humana. Será a relevância social o critério comum do conceito de ação para todas as formas de conduta. A teoria social compreende a ação como fator formador de sentido da realidade social, com todos seus aspectos pessoais, finais, causais e normativos.<sup>26</sup>

24 MIR PUIG. *Derecho penal* – Parte general, p. 172.

25 MIR PUIG. *Derecho penal* – Parte general, p. 172-173.

26 SANTOS, Juarez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Ano 2, n. 3, p. 29.

Contra a imprecisão do conceito de relevância social – que realmente diz muito pouco – argumenta-se que a teoria social é uma teoria conciliadora que não exclui, mas, ao contrário, inclui as teorias causal e final de ação.<sup>27</sup>

#### 4.1.1 Conduta da pessoa jurídica

As breves considerações que fizemos acerca das teorias da ação que hoje disputam a preferência dos penalistas demonstram que este tema está longe de encontrar um consenso na doutrina.

Como assevera Mir Puig, a discussão doutrinal desta matéria tem sido tão intensa nestes últimos tempos que se tem exagerado a importância desse conceito para a teoria do delito.<sup>28</sup> No extremo oposto encontra-se Roxin que chega a sustentar a necessidade de se prescindir do conceito de ação – *que tem escassa importância teórica e carece totalmente de importância prática*<sup>29</sup> – posição que não nos parece justificada.

Atualmente, a tese finalista, dominante na doutrina e na jurisprudência, é refutada por muitos autores por sua vinculação do Direito à natureza das coisas, às estruturas lógico-objetivas da matéria de sua regulação, mas geralmente são aceitas suas conseqüências para o sistema da teoria do delito. Ressurge o normativismo diante do ontologismo da doutrina finalista. Embora a presença do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos seja aceita por quase todos os estudiosos, questiona-se se esta inserção pode ser deduzida de considerações ontológicas, como pretendeu Welzel, objeção que tem o apoio de José Cerezo Mir.<sup>30</sup>

Ademais, impõe-se reconhecer que, apesar do finalismo pregar que a finalidade não possui um conteúdo normativo, para solucionar problemas gerados pelo erro quanto ao objeto, no erro *in personam* e na *aberratio ictus* torna-se necessário empregar critérios normativos, como o da equivalência do objeto ou da pessoa do ponto de vista dos tipos de injusto.<sup>31</sup>

Sobre o conceito social de ação, embora seus defensores afirmem que sua imprecisão deva ser tolerada na busca de um posição de compromisso entre os outros dois modelos, devemos reconhecer que sua teoria não se encontra tão bem delineada como os conceitos causal e final de ação.

Não podemos considerar válido que o conceito de ação que importe ao Direito Penal seja obtido tão-somente pela contemplação da realidade (lógica-objetiva) dos fatos humanos, senão que também por meio dos condicionamentos e limitações impostos pela função e exigências das normas penais.<sup>32</sup>

A pessoa jurídica necessariamente desempenha suas atividades por intermédio de pessoas físicas. Não se pretende neste trabalho alterar a natureza das coisas. Entretanto, à exceção do Direito Penal, todos os outros ramos do Direito imputam tais manifestações de pessoas humanas à pessoa jurídica, que somente assim pode se apresentar ao mundo. Esta imputação não se dá de forma arbitrária, mas sim mediante a averiguação de alguns requisitos. A afirmação da doutrina dominante que ao Direito Penal somente interessa a vontade humana revela uma profunda dose de antropocentrismo, fruto de um individualismo fundado em concepções do século XVIII, além de refletir uma visão puramente

27 SANTOS, Varez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Ano 2, n. 3, p. 29. Daniela de Freitas Marques lembra que, se o modelo social é nebuloso, não menos nebulosos são os modelos causal e final (*Elementos subjetivos do injusto*, p. 70)

28 MIR PUIG. *Derecho penal – Parte general*, p. 173.

29 ROXIN, Claus. *Problemas basicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 84

30 MIR, José Cerezo. O finalismo hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43-44.

31 MIR, José Cerezo. O finalismo hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43.

32 Neste sentido MIR PUIG, para quem: “a delimitação deste conceito não pode ser obtido da “estrutura lógico-objetiva” do conceito de “ação”, mas dos condicionamentos da função das normas penais. Do conceito de ação não pode, pois, seguir-se nenhuma conseqüência para o conteúdo (causal ou final) do injusto, mas que, ao contrário, são as exigências do injusto as que permitem delimitar o conceito de comportamento que importa ao Direito Penal”. MIR PUIG, *Derecho penal – parte general*, p. 174.

materialista, pois não enxerga realidade senão na matéria ou só naquilo que se mostra acessível à ação dos sentidos.

A pessoa jurídica é realidade para o Direito; logo, cumpre indagar se é possível conformar o conceito de ação a outra realidade que não a humana. Razões históricas motivaram a formulação dos conceitos de “ação” e “vontade” tendo em vista somente o ser humano, única realidade então admitida. Os penalistas negam capacidade criminal aos entes coletivos simplesmente no apego a esta “verdade” em si, “constatável” empiricamente. Neste momento vale lembrar as palavras de *Klaus Tiedemann*:

“Existe, pois, para resumir, um contraste entre as necessidades de política criminal e as possibilidades da dogmática penal tradicional. Criticando este contraste, Zugaldía Espinar constata: 'Se a dogmática penal não serve para cobrir as necessidades da política criminal, pior para a dogmática'”.<sup>33</sup>

Todos os outros ramos do Direito já admitem que as pessoas jurídicas possuem vontade própria e inconfundível com a soma das vontades de seus membros. Somente nossa disciplina se nega a curvar-se diante da existência deste fato. Entretanto, já se ouvem em nosso país vozes discordantes, como as de João Marcello de Araújo Júnior:

“A nosso juízo, as pessoas jurídicas têm vontade e capacidade de agir. O argumento em contrário não nos parece exato pois, como afirma

Tiedemann, a pessoa jurídica age e reage por seus próprios órgãos, cujas ações e omissões são considerados como da própria pessoa jurídica.”<sup>34</sup>

Juntamos coro às críticas dirigidas ao modelo finalista, pois entendemos que o conceito de ação, bem como o de vontade, pode ser definido normativamente, não necessitando que seu significado advenha de uma suposta estrutura ontológica, indemonstrável na realidade.<sup>35</sup>

Assim, determinadas condutas realizadas faticamente por pessoas naturais podem ser imputadas às pessoas jurídicas mediante a averiguação de algumas condições estabelecidas em lei e que constituirão a definição normativa do aspecto “interno” da ação criminosa praticada pelo ente coletivo. Uma abordagem normativa, portanto, é a que melhor responde aos argumentos contrários à responsabilização penal dos entes coletivos.

Sabemos que a realidade que interessa ao Direito é aquela que é por ele construída enquanto dela se ocupa. A pessoa jurídica só existe juridicamente

33 Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 28, jul./set. 1995.

34 *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 74; além deste podemos citar como autores que também admitem que a pessoa jurídica possua uma vontade própria capaz de delinquir: ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal de pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 748, p. 500, fev. 1998. LIMA, Marcellus Polastri. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova Constituição. *Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça*, v. 29, p. 71, jan./jun. 1989., p. 71; ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminosa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 717, p. 363, jul. 1995; SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal de pessoa jurídica*, p. 86; e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal de pessoa jurídica*, p. 88.

35 Nesse sentido, com mestria, ensina Daniela de Freitas Marques: “O direito, sendo criação do espírito, cria e trabalha com suas próprias realidades. Os conceitos do ordenamento jurídico não são reproduções nem tampouco meras cópias da realidade sensível. O conceito ôntico de comportamento nem sempre coincide com o modelo jurídico elaborado para compreendê-lo” (Elementos subjetivo do injusto, p. 20, nota 9).

como realidade normativa; então é na natureza jurídica e não na “natureza da coisa” que se desenha a vontade da pessoa jurídica.<sup>36</sup>

## 4.2 Culpabilidade

Outro importante obstáculo à responsabilização criminal das pessoas jurídicas encontra-se na noção de culpabilidade. Com efeito, todos os doutrinadores afirmam que o Direito Penal moderno é um Direito Penal da culpa: *nulla poena sine culpa*. Entretanto, quando se tenta encontrar um conceito do juízo de culpabilidade ou um critério para sua formulação, percebe-se que as idéias não se harmonizam.<sup>37</sup>

A culpa está intimamente relacionada com a própria existência do homem, como ser racional, pois na ação humana, o viver social, e estar com o

36 ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*, p. 134-135. Quanto aos critérios que o Direito pode prever para imputar a ação de pessoas físicas ao ente coletivo, citamos novamente a opinião de Rothenburg: “quando, psicologicamente, a motivação do comportamento individual é filtrada por considerações de grupo; quando determinadas atitudes jamais seriam tomadas por um indivíduo enquanto tal, em seu universo estritamente pessoal, mas são realizadas por agentes em nome e por conta da empresa, é somente nesta medida que eles podem ser apanhados pelo Direito Criminal, e as deliberações e comportamentos assumidos devem ser creditados ao ente coletivo ‘presentado’” (ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*, p. 365). Nesse sentido, o art. 3º da Lei n. 9.605/98 dispôs acerca dos requisitos necessários para imputar determinados fatos, realizados por seres humanos, à pessoa jurídica como frutos de sua vontade.

37 Maria Celeste Cordeiro Leite Santos afirma que neste ponto o mais grave é que não se está diante de uma simples questão de opção, como pode parecer, à primeira vista, mas sim diante de um dilema. E explica: “Dilema é aquele problema em que a questão torna-se aporética, isto é, aquela questão em que não há uma resposta, porque existem várias respostas”. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. [Coord., p. 130]. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*.

outro requer uma ação cujo resultado será verificado por meio de um juízo de valor.<sup>38</sup> Atribuição de um fato reprovável a alguém, eis a idéia de culpa.

No âmbito jurídico-penal a culpabilidade procurou justificar a expiação ou a sanção. A moderna ciência penal afastou, na década de 60, a idéia de uma culpa moral, passando a definir culpabilidade como possibilidade de atribuição de um fato ilícito ao seu autor, que não necessita se *sentir* culpado por ele, bastando que tenha realizado as condições de imputação que exige o Direito.<sup>39</sup>

Busca-se, ainda hoje, um fundamento para a culpabilidade, fazendo-nos crer que seu futuro está intimamente ligado ao futuro da dogmática penal num Estado Democrático de Direito.

Tendo passado por grande evolução desde sua concepção psicológica surgida no ambiente positivista causal-naturalista do século XIX com Von Liszt, superada pela metodologia neokantiana e pela inclusão em seu conceito de um elemento normativo – o poder atuar de maneira diversa – por Reinhart Frank, no início do século XX, a culpabilidade adquire, a partir das contribuições de Hans Welzel para a teoria do crime na década de 30, um conceito puramente normativo, ficando limitado tão-somente à reprovabilidade.

De acordo, portanto, com o finalismo e com a doutrina majoritária, culpabilidade é reprovabilidade, isto é, um juízo de valor que se faz a quem não se comportou conforme o Direito, podendo, nas circunstâncias do fato, fazê-lo. Assim, a idéia principal desta concepção está na liberdade de vontade, tendo como pressuposto fundamental da responsabilidade o “poder atual de outro modo”.

Entretanto, como diz Roxin, apesar de sua plausibilidade teórico-cotidiana, tal doutrina fracassa, pois é insuscetível de demonstração científica. Admiti-la significa impossibilitar um Direito Penal da culpabilidade, uma vez que, se para a sua apreciação pressupõe-se um fenômeno empírico que, por princípio, não

38 CAMARGO. Antônio Luiz Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*, p. 64-65.

39 MIR PUIG. *Derecho penal – Parte general*, p. 576.

se pode constatar, então deveria conduzir-se sempre à absolvição do acusado em virtude do princípio *in dubio pro reo*.<sup>40</sup>

Klaus Günther lembra que a liberdade de agir de outro modo é uma ficção que se orienta pelo próprio entendimento dos demais membros de uma sociedade. O culpado, portanto, atua contra seus próprios bons motivos, envolvendo-se na contradição de si mesmo, aproximando a culpabilidade de uma autonomia ou autodeterminação moral. Assim, o fato pode ser reprovado ao autor quando este não tenha utilizado sua capacidade para uma autodeterminação moral. E conclui o citado autor:

“Na medida em que a isso se vincula uma ‘censura moral’, viola-se a separação entre moral, costume e direito, que é constitutiva para um Estado de Direito liberal e democrático. O autor não é tratado, aqui, como pessoa de direito, mas como pessoa ética ou moral.”<sup>41</sup>

Além disso, vale lembrar que tampouco o Direito Positivo exige, para a exclusão da culpabilidade, que o autor não possa atuar de outra maneira. Ressalta-se que a impossibilidade de atuar de outro modo por motivos físicos (*vis absoluta*) é uma causa que exclui a ação e não a culpabilidade.

Não podendo servir esta capacidade como princípio da culpabilidade, resta à dogmática penal encontrar um substituto capaz de limitar o poder punitivo do Estado com respeito à dignidade humana. A culpabilidade não pode continuar sendo uma etiqueta, afixada em alguém segundo as necessidades sociais.<sup>42</sup>

Por fim, ressalta-se que estabelecer um grau de reprovabilidade é uma tarefa tão arbitrária quanto definir a perigosidade. O princípio segundo o qual a

pena se mede pela culpabilidade foi mais um enunciado do que um conteúdo, e sua única vantagem consistiu em neutralizar o vergonhoso juízo de “perigosidade” do biologismo racista que imperava anteriormente. “Na prática, a reprovabilidade nunca foi critério útil à quantificação da pena, e a pobreza dogmática nessa matéria é a melhor prova de que sempre se ocultou uma falência dogmática ou discursiva, dificilmente desculpável”.<sup>43</sup>

Há, portanto, a necessidade de a ciência penal moderna buscar um novo conceito de culpabilidade que reflita os anseios de um Direito Penal num Estado Democrático de Direito. E já encontramos autores que, diante das dificuldades expostas, advogam o abandono do conceito de culpabilidade, como Baurmann.<sup>44</sup>

#### 4.2.1 Culpabilidade e responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Tais críticas demonstram que afirmar, *a priori*, a incapacidade de culpabilidade das pessoas jurídicas é negar que o Direito Penal possa avançar em busca de sua legitimidade.

A intenção deste trabalho é demonstrar que é possível construir um novo fundamento para a culpabilidade que envolva a pessoa jurídica.

Recentemente dois modelos metodológicos com repercussão no conceito e nos fundamentos da culpabilidade foram propostos: o funcionalismo e a teoria do discurso.<sup>45</sup>

40 ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 799-800.

41 GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 24, p. 79, out./dez., 1998.

42 GÜNTHER. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 24, p. 80, out./dez., 1998. Do mesmo modo, afirma Eugênio Raúl Zaffaroni que o conceito de culpabilidade como reprovação encontra-se em crise e deslegitimado, sendo neutralizado pela seletividade do sistema penal: “Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?” são perguntas que a reprovação normativa não pode responder (*Em busca das penas perdidas* – A perda de legitimidade do sistema penal, p. 259).

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – A perda da legitimidade do sistema penal, p. 260-261.

44 *Apud.* ROXIN, 1999, *Derecho penal* – Parte general, p. 812.

45 Antes, é necessário frisar que há autores que admitem a culpabilidade dos entes coletivos, mesmo diante das teorias psicológicas ou normativas. Para Fausto Martin de Sanctis, por exemplo, não importa qual seja a teoria adotada, pois as pessoas jurídicas são providas de consciência, podendo agir com dolo ou culpa, sendo capazes, ainda, de fazer um juízo de reprovabilidade da conduta criminosa por eles realizada. A reprovação social independente dos membros é, assim, fruto da atividade ilegal praticada pelo grupamento, responsabilidade que decorre da comunicabilidade das circunstâncias, ou seja, os seus dirigentes ou prepostos estão ligados a ela da mesma forma que os co-partícipes ou co-autores aos autores de um delito (*Responsabilidade da pessoa jurídica*, p. 43). No mesmo sentido João Marcello de Araújo Júnior, que acrescenta que tal idéia justifica-se plenamente quando a atividade criminosa é praticada em proveito da pessoa jurídica (*Dos crimes contra a ordem econômica*, p. 76).

• *Teorias funcionalistas* - O funcionalismo é representado, principalmente, pela teoria dos sistemas elaborada pelo sociólogo e jusfilósofo Niklas Luhmann. De acordo com tal concepção, o Direito teria como referência o sistema social, compreendido como um sistema de alta complexidade, cuja função seria de resolver conflitos associados à questão dos contatos sociais, que se expressariam e se orientariam por meio das expectativas quanto às formas de condutas que se estabelecem socialmente.<sup>46</sup> Tais expectativas, cognitivas e normativas, são garantidas pelas normas jurídicas. Dessa forma, a norma jurídico-penal representaria contrafaticamente uma expectativa estabilizada de conduta, cuja frustração implicaria a imposição de uma sanção.<sup>47</sup>

Luhmann tenta resolver o problema das decepções quanto às expectativas de conduta pela combinação das formas cognitiva e normativa de orientação dessas expectativas, de tal modo que as normas jurídicas ao mesmo tempo, sejam capazes de adaptação às modalidades concretas dessas condutas quanto de sua própria manutenção, isto é, de garantir a segurança das expectativas.<sup>48</sup>

O funcionalismo entende a culpabilidade como falta de fidelidade ao direito. Ensina Juarez Tavares:

“O autor será culpado quando seja considerado responsável pela falta de motivação quanto à norma que tenha infringido com seu comportamento típico e antijurídico, na medida em que esta falta de motivação não possa ser desculpada sem que se veja afetada a confiança geral nessa norma.”<sup>49</sup>

A culpabilidade, portanto, possui uma função meramente instrumental, à medida que serve para afirmar a deslealdade do autor para com o direito e, com

isso, autorizar a imposição da pena. Significa um “juízo de regulação para uma sociedade determinada com o fim de assegurar o reconhecimento geral da norma (prevenção geral positiva)”.<sup>50</sup> Como se pode notar, de acordo com tal concepção de culpabilidade, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é plenamente possível.

• *Teoria do discurso* - Representada por Jürgen Habermas, tal teoria procura eliminar da argumentação jurídica todos os dados empíricos ou conhecimentos prévios, a fim de fundamentar um puro processo racional. O juízo normativo será considerado correto quando resultar de um processo configurado como discurso racional, no qual se possa identificar a força do melhor argumento, que dependerá, não do conteúdo, mas da constituição formal do discurso.<sup>51</sup> A impositividade do direito dependerá, portanto, dos discursos públicos e dos procedimentos decisórios, nos quais todos os cidadãos têm o direito de participar.<sup>52</sup>

Klaus Günther, que também expressa tal teoria, relaciona o conceito jurídico-penal da culpa à idéia da legitimação democrática das normas jurídicas e à pessoa do cidadão como titular do direito de participação política no processo democrático de formação do pensamento e da vontade sobre a positivação das normas jurídicas.<sup>53</sup>

Para explicar sua concepção de culpabilidade jurídico-penal, Günther propõe a figura da “pessoa deliberativa”, que seria aquela à qual se pode atribuir uma capacidade de atitude crítica diante das ações e manifestações. Tal conceito se ramificaria internamente na pessoa do *cidadão*, como autor das normas jurídicas, e na pessoa *capaz de direito*, como destinatário dessas normas.<sup>54</sup>

46 TAVARES. Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, p. 152, out/dez 1998.

47 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade... In: GOMES Luiz Flávio (Coord.) *Responsabilidade...*, p. 127.

48 TAVARES. Culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 152.

49 TAVARES. Culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 153.

50 TAVARES. Culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 154.

51 TAVARES. Culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 154.

52 GÜNTHER. A culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 81, out./dez. 1998.

53 GÜNTHER. A culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 81, out./dez. 1998.

54 GÜNTHER. A culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 83-84.

Fundamentando a validade positiva do Direito apenas na constituição geral da norma, o dever de observá-la se baseará somente no igual direito da pessoa, como cidadã, ao exercício público de sua capacidade de crítica e no procedimento juridicamente institucionalizado, no qual este poder pode ser eficazmente exercido. Assim, o destinatário das normas jurídicas tem o dever de observá-las e evitar o injusto, mas não devido a uma autovinculação de sua vontade ou com atitude de uma pessoa moral. O dever de observar as normas jurídicas, diverso do dever de observar as normas morais, relaciona-se ao processo global, procedimentalmente possível e autônomo, da legítima constituição da norma jurídica.<sup>55</sup>

Deve-se lembrar que o conceito de pessoa deliberativa é reconhecido pelos próprios cidadãos na elaboração democrática das leis, que também decidem acerca das condições de imposição do dever de evitar o injusto, que se estende à pessoa deliberativa quando tomada na qualidade de pessoa capaz de direito. São os cidadãos, interpretando-se eles mesmos na sua função futura simplesmente como destinatários da norma, que devem fixar as condições sobre as quais um indivíduo vale como pessoa capaz de direito, capaz de imputação e de culpa. Ao tratar do conceito de pessoa capaz de direito, Günther diz que o limitou apenas à pessoa natural, mas ressalva que isso não implica uma redução naturalística desse conceito. “Além disso”, acrescenta, “não se exclui que os cidadãos constituam ‘pessoas jurídicas’, às quais se possa igualmente imputar responsabilidade penal”<sup>56</sup>.

À teoria do discurso, embora contenha um efeito funcional, afasta-se do modelo funcional clássico à medida que faz depender a validade da norma do processo democrático de produção, desmistificando o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo por meio da visão política.<sup>57</sup> A nosso ver,

tem inteira razão Günther quando diz que “só há culpabilidade jurídico-penal num Estado Democrático de Direito!”<sup>58</sup>

Enfim, fica demonstrado que também para essa teoria é possível a atribuição de culpabilidade jurídico-penal às pessoas jurídicas.

Vê-se, portanto, que é temerário afirmar, de início, que às pessoas jurídicas não se pode atribuir uma culpa jurídico-penal. Atualmente, nossa ciência não permite que se estabeleçam conceitos absolutos, uma vez que o progresso que desenvolve a sociedade impõe ao jurista uma constante revisão de seus princípios. Dogmas, tidos como intocáveis, são modificados diariamente. A busca de um novo conceito de culpabilidade é imposta em razão da própria sobrevivência de um direito penal legítimo.

Ao tratar das pessoas jurídicas, o cientista do Direito Penal deve levar em consideração que qualquer analogia que se fizer com relação às pessoas naturais não passará de um arbítrio por parte do observador, que se reservou o direito de mostrar somente aquilo que lhe era conveniente.

Por isso, afirmamos que qualquer concepção relativa ao livre-arbítrio, com toda a carga filosófica que envolve, não se aplica às pessoas jurídicas. A responsabilidade penal dos entes coletivos não pode nunca cair no âmbito de um Direito Penal de raízes éticas.<sup>59</sup> Trata-se de uma disciplina própria, mas que deverá ter em suas bases princípios garantistas de um Estado Democrático de Direito.

55 GÜNTHER. A culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 85.

56 GÜNTHER. A culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 84, nota 11.

57 TAVARES. Culpabilidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 24, p. 155, out./dez. 1998.

58 GÜNTHER. A culpabilidade... *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 24, p. 90.

59 Alguns autores partilham da opinião de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pode se basear num direito penal secundário, ou paralelo. Ex. SHECAIRA. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 82; PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Crimes econômicos e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, p. 74.

## 5 FUNDAMENTOS DA PENA

Um dos grandes obstáculos à adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, segundo alguns autores, encontra-se na problemática das penas, que não teriam o condão de provocar, no ente coletivo condenado, os seus efeitos característicos.<sup>60</sup>

Entretanto, tal concepção não encontra apoio num Direito Penal moderno fundado no Estado Democrático de Direito. Em pleno século XXI, nossa disciplina não pode ter mais por finalidade fazer justiça, compensando a culpa com a pena, pois esta idéia é indemonstrável, possuindo caráter meramente metafísico. Nas palavras de João Marcello de Araújo Júnior,

“o Direito Penal moderno repeliu a idéia de retribuição e adotou um conceito funcional de prevenção geral e especial positiva. Abandonou a idéia de que o autor precisa sofrer para emendar-se (as idéias de arrependimento e emenda são secundárias). Hoje a missão do Direito Penal não é mais causar sofrimento, mas sim reforçar no âmbito da cidadania a idéia de vigência, utilidade e importância, para a convivência social, da norma violada pelo criminoso. Para este fim, pouco importa que o violador da norma tenha sido uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica”.<sup>61</sup>

60 Assim se expressa René Ariel Dotti: “É inconcebível falar-se em execução da pena criminal – que pressupõe aflição e reinserção social – sobre a pessoa jurídica. Com efeito, tanto a pena como a medida de segurança se destinam ao *homem de carne e osso*, que é o destinatário das reações contra o delito” (A incapacidade... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 198, jul./set. 1995).

61 *Societas delinquere potest* – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade...*, p. 94. Noutro momento, o Prof. Araújo Júnior diz que, “no futuro, a idéia de fortalecer a consciência jurídica da comunidade poderá nos conduzir a um Direito Penal em que a própria punição venha a ser desnecessária, bastando, para tal fortalecimento, a declaração constante da sentença declaratória”. (O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, jan./mar.1999. p. 156).

Além disso, Tiedemann afirma que a experiência dos países de tradição anglo-saxã demonstra que o efeito preventivo especial se deixa notar quando as penas são pronunciadas contra o agrupamento.<sup>62</sup>

Portanto, o último obstáculo imposto por aqueles que não admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas está contornado por esta moderna visão do Direito Penal, que não mais justifica a sanção na idéia retribucionista de Kant e Hegel, mais sim numa concepção preventiva geral e especial positiva da pena.

## 6 CONCLUSÃO

A consagração da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro é uma realidade que necessita ser melhor desenvolvida. As considerações deste estudo não tiveram outro objetivo senão o de contribuir para a adequação do Direito Penal pátrio a este novo modelo de combate à macrodelinquência consagrado pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Crimes Ambientais.

Nos termos analisados, somente uma abordagem normativista é capaz de responder aos argumentos contrários à responsabilidade penal do ente moral. Na construção de conceitos penais que envolvam a pessoa jurídica, o estudioso deve ter em mente que esta, à semelhança da pessoa física, é uma realidade jurídica, e no universo jurídico não há como se falar em “realidade ontológica” ou “limites intrínsecos” à sua capacidade, uma vez que o Direito é livre para construir conceitos aplicáveis à sua realidade.

62 Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 32, jul./set. 1995.

## 7 BIBLIOGRAFIA

ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 748, p. 494-503, fev. 1998.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Societas delinquere potest* – Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, p. 142-156, jan./mar.1999.

\_\_\_\_\_. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CAMARGO, Antônio Luiz Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Thadeu Andrade da. A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 339, p. 191.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, p. 79-92, out./dez. 1998.

LIMA, Marcellus Polastri. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova Constituição. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, v. 29, p. 67-76, jan./jun. 1989.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MIR, José Cerezo. O finalismo hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 39-49, out./dez., 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* – Parte general. 3. ed. Barcelona: PPV, 1995.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal* – Parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Crimes econômicos e responsabilidade penal de pessoa jurídica*. Bauru: Edipro, 1997.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 345, p. 121-127, 1999.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 26-34, abr./jun., 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.

\_\_\_\_\_. A pessoa jurídica criminosa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 717, p. 359-367, jul. 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diáz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1999.

\_\_\_\_\_. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madri: Reus, 1976.

SALES, Sheila Jorge Selim 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.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A polêmica atual sobre o conceito de ação. *Revista Discursos Sediciosos* – Crime, Direito e Sociedade, Ano 2, n. 3, p. 35-34, 1º sem., 1997.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Wilson Melo da. Pessoas jurídicas. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Ano XII (nova fase), p. 63-98, out. 1966.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, p. 145-156, out./dez. 1998.

TIELDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *Em busca das penas perdidas* – A perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.

\_\_\_\_\_, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.