



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica como ponto de inflexão da Dogmática Penal

SCHWARZENEGGER KAPPLER M. D. ARAUJO

Rio de Janeiro
2017

SCHWARZENEGGER KAPPLER M. D. ARAUJO

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA COMO PONTO DE
INFLEXÃO DA DOGMÁTICA PENAL

Monografia apresentada como exigência de
conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

José Maria de Castro Panoeiro

Coorientadora:

Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2017

SCHWARZENEGGER KAPPLER M. D. ARAUJO

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA COMO PONTO DE
INFLEXÃO DA DOGMÁTICA PENAL

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA: _____

Presidente: Prof. Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidada: Prof. Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. José Maria de Castro Panoeiro - Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ –
NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO,
QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, maravilhoso propiciador e mantenedor de tudo;

A minha mãe, Nadir Dias Araujo, por seu cuidado e carinho incessantes; por ter me acompanhado e apoiado, de modo magnífico, em meus caminhos. Esses fatores tiveram contribuição fundamental em meu desenvolvimento humano o que toca o campo profissional e a confecção do presente trabalho.

A meu pai, Jorge Fernando Araujo. Seu extraordinário suporte, firme incentivo, sua forte influência, suas importantes observações, os debates jurídicos que comigo travou, sua resiliência e visão de mundo contribuíram, de modo essencial, para minha formação, em especial, ao meu aprimoramento profissional e confecção desse trabalho.

Ao professor e orientador José Maria de Castro Panoeiro, por suas refinadas aulas e argutas observações que contribuíram indispensavelmente na elaboração do presente trabalho; por sua disponibilidade e atenção.

À professora e coorientadora Neli Luiza Cavalieri Fetzner. Sua consultoria, suas precisas palavras de orientação e seu olhar atento foram substanciais para a realização da presente monografia e contribuem para a valorização das pesquisas acadêmicas, em função do zelo com que trata a metodologia científica.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), instituição comprometida com a excelência que me deu a oportunidade de aprofundamento do conhecimento jurídico e desenvolvimento do presente trabalho.

Ao Diretor do Departamento de Ensino da Emerj, José Renato Teixeira Videira, por sua disponibilidade e auxílio, justo e equânime, em questões administrativas, o que favoreceu meu estudo e desenvolvimento acadêmico na instituição.

À Anna Dina, pela cordialidade, dedicação e apoio que influenciaram de modo relevante no progresso do presente trabalho.

A minha garota, Thayná da Costa Rodrigues, por deixar meu mundo mais bonito e agradável; por seu carinho, seu sorriso, sua voz, seu olhar; por caminhar comigo, me fazer pensar em quantas portas vamos abrir e me dar força para seguir em frente; pelas longas e prazerosas conversas; por me deixar morar em seu coração.

"Quem supera, vence".

Johann Wolfgang von Goethe

SÍNTESE

Com o desenvolvimento tecnológico e a globalização, marcas da modernidade que ocasionaram o surgimento da chamada sociedade do risco, bens jurídicos coletivos passaram a ser ameaçados de maneira relevante por entes despersonalizados. Diante dessa realidade, se intensificaram as discussões a respeito da possibilidade da responsabilização penal de pessoas jurídicas - que classicamente foi rejeitada pelo Direito Penal de tradição romano-germânica - colimando a proteção eficiente de tais importantes bens jurídicos. O presente trabalho tem por escopo a análise dogmática da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito privado levando em conta o atual entendimento jurisprudencial do STF e STJ sobre o tema, que admite tal responsabilização no âmbito dos crimes ambientais, e abordando questões centrais da teoria do delito, notadamente, conduta, bem jurídico tutelado, dolo e culpabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 – A CONDUTA COMO PEDRA ANGULAR DE UMA TEORIA DO DELITO LIBERAL.....	12
1.1 – Teoria Causal-naturalista.....	15
1.2 – Teoria Causal-valorativa.....	19
1.3 – Teoria Finalista.....	21
1.4 – Teoria Social da Ação.....	26
1.5 – Teoria Personalista da Ação (Funcionalismo Teleológico).....	28
1.6 – Teoria da Evitabilidade Individual (Funcionalismo Sistêmico).....	29
1.7 – Teoria da Ação Significativa.....	31
1.8 - Síntese possível: ação humana como ponto de partida da Teoria do Delito.....	33
2 – DIREITO PENAL ECONÔMICO E A INFLEXÃO DA TEORIA DO DELITO.....	36
2.1 – Marcos históricos relevantes do Direito Penal Econômico.....	38
2.1.1 – A origem moderna do Direito Penal Econômico.....	39
2.1.2 – Recente construção dogmática do Direito Penal Econômico na Europa.....	42
2.2 – A tutela penal de bens jurídicos coletivos no âmbito da modernização do Direito Penal.....	46
2.2.1 – O Monismo Personalista e sua posição refratária à tutela de bens jurídicos coletivos.....	50
2.2.2 – A Teoria Social dos Bens Jurídicos.....	54
2.2.3 – A Teoria dos Bens Jurídicos Coletivos Intermediários.....	57
2.2.4 – O Monismo Humanista.....	58
2.3 – A empresa como principal fonte e razão da afetação de bens jurídicos coletivos no âmbito do Direito Penal Econômico.....	61
2.4 – A necessidade de responsabilidade penal do ente coletivo.....	64
3 – A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: AÇÃO (CONDUTA) E CULPABILIDADE COMO QUESTÕES FUNDAMENTAIS.....	71
3.1 – A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil.....	75
3.2 – Modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.....	78
3.3 – Modelo de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica.....	83
3.4 – A construção dogmática de um modelo de superação do paradigma clássico para a responsabilidade do ente coletivo.....	86
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	103

SIGLAS E ABREVIATURAS

AIDP - Associação Internacional de Direito Penal

CCB - Código Civil Brasileiro

CP - Código Penal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

PLS - Projeto de Lei do Senado

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

RMS - Recurso em Mandado de Segurança

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas buscando demonstrar, com vistas na realidade moderna, a necessidade, bem como a possibilidade de sustentação dogmática da responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Para tanto serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema para que se consiga traçar um panorama dogmático e político criminal a respeito dele.

Vale destacar que se discutirá a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que, em se tratando de pessoas jurídicas de direito público, há diversas outras questões, não atinentes às pessoas jurídicas de direito privado, a serem tratadas que não se adequariam ao contexto da presente pesquisa, ou seja, que mereceriam análise isolada.

A relevância do presente trabalho se revela considerando que o tema da pesquisa é objeto de significativa controvérsia doutrinária e parece não haver, ainda, desenvolvimento teórico suficiente sobre ele, de modo que é muito importante refletir sobre as questões que serão analisadas.

Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo se pretende tratar das teorias da conduta, uma vez que a análise da conduta penal é crucial para o desenvolvimento dogmático da responsabilidade penal, pois não há crime sem conduta.

No segundo capítulo, haverá a contextualização do tema dentro do ramo do Direito Penal pertinente, qual seja, o Direito Penal Econômico, âmbito em que as discussões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se desenvolvem. Ademais, nesse capítulo, procurar-se-á apresentar cabedal teórico a embasar a proteção

de bens jurídicos coletivos pelo Direito Penal, o que é elementar, visto que a principal razão para a necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas é, justamente, a proteção de bens jurídicos coletivos e transindividuais.

No terceiro capítulo, buscar-se-á abordar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas diretamente, procurando-se explicar, de modo mais direto, a problemática da responsabilização penal das pessoas jurídicas, bem como os possíveis mecanismos teóricos para sustentá-la.

A pesquisa seguirá o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que foi identificado conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para a análise da questão objeto do presente trabalho.

A metodologia da pesquisa é a bibliográfica, de natureza descritivo-qualitativa e parcialmente exploratória, pois se pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em tela - legislação, doutrina e jurisprudência - para sustentar argumentos que melhor se coadunem com a tese a ser apresentada.

1 – A CONDUTA COMO PEDRA ANGULAR DE UMA TEORIA DO DELITO LIBERAL.

A construção da dogmática penal, tal como hoje, parece encontrar no conceito de conduta a sua pedra angular.

Pode-se dizer que inúmeros desenvolvimentos teóricos, entre os quais os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade foram instrumentos para uma verdadeira racionalização do Direito Penal no Século XVIII, porém, nenhum deles parece alcançar o status e a relevância do conceito de ação ou conduta.

Talvez a maior evidência disso apareça no desenvolvimento de diversas teorias em torno da conduta, todas e cada uma delas a propor um modelo de Direito Penal que encontra na concepção de conduta o ponto de partida para o desenvolvimento de todas as demais categorias.

Nessa linha, vale destacar a lição de Fernando Galvão¹:

A noção de tipo de comportamento proibido, introduzida por Beling, deu o impulso inicial para a formulação dos conceitos analíticos do delito, sendo que todas as elaborações posteriores ao sistema causal tomaram como ponto de partida a consideração de que o delito deve ser analisado sob o enfoque da ação humana.

Isso porque a ação é a gênese do delito, é pressuposto para responsabilização penal e para a teoria do delito, visto que a existência do crime depende da existência da conduta. O clássico brocardo *nullum crimen sine conducta* ratifica isso.

Ademais, o próprio CP, em seu artigo 13, estabelece que a conduta é pressuposto necessário para a existência de crime, o que leva à conclusão de que, considerando que não há crime sem conduta, como já ventilado, não há responsabilização penal sem conduta.

¹GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187

Corroborando o papel central da conduta para a teoria do delito, Roxin afirma que “[...]el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídico penal y constituir en cierto modo su columna vertebral.”².

Não é possível, portanto, dissociar a análise da conduta do estudo do Direito Penal, visto que a conduta é inerente ao delito. Nesse sentido, Busato³ observa, em consonância com as mencionadas lições de Fernando Galvão e Roxin, que as categorias identificadas como componentes do delito iniciam-se pela identificação da ação como pedra básica do sistema.

Além do mais, a própria função do Direito Penal está ligada à conduta, visto que esse ramo do Direito se presta a estabelecer quais as condutas não são admitidas pela sociedade e a coibir a prática delas. A função do Direito Penal, assim, tem a conduta como objeto.

Assim porque as lesões a bens jurídicos das quais se ocupa o Direito Penal são geradas por meio de condutas, o que demonstra o porquê de o desenvolvimento teórico do Direito Penal passar pelo conceito de conduta.

Além disso, os conceitos de crime, antijuridicidade, culpabilidade, lesão a bem jurídico, entre outros, todos fundamentais ao Direito Penal, estão, de alguma forma, relacionados à conduta.

Nessa esteira, Fábio André Guaragni⁴ esclarece a razão pela qual se deve estudar a conduta no Direito Penal: “[...] A resposta está amparada numa evidência: todo crime é uma conduta (compreendida por ora em sentido amplo como ação e omissão- formas do agir humano).”.

²ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos. *La Estructura de la Teoría del Delito*. Tradução Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 234.

³BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p.219

⁴GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

Portanto, considerando a importância do conceito de conduta para o Direito Penal, ramo do Direito do qual se ocupa o presente trabalho, é necessária a análise da conduta por meio da apreciação das chamadas teorias da ação que cuidam de estabelecer o conceito de conduta para o Direito Penal.

Ademais, em se tratando do objeto específico do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, igualmente, se mostra necessária a análise do conceito de conduta.

Isso porque hoje o Direito Penal se vê constrangido pelo surgimento em países de tradição romano germânica de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica em que não há propriamente como se falar em conduta, o que traz algumas implicações dogmáticas das quais não se pode passar ao largo, quando se trata de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Dessa forma, é valioso analisar as teorias que se ocupam do conceito de conduta notando as nuances que cada uma delas traz a ele para que se construa um pensamento adequado sobre como se deve entender a conduta para fins de responsabilização penal.

Assim será possível chegar a conclusões que não desconfigurem a dogmática penal, construída para garantia das liberdades individuais e tão cara ao Estado Democrático de Direito, com relação à responsabilização penal da pessoa jurídica.

Nesse mister, vale destacar que as principais teorias a respeito da conduta são a teoria causalista ou causal-naturalista; a teoria causal-valorativa; a teoria finalista; a teoria social da ação; a teoria personalista da ação (funcionalismo teleológico); a teoria da evitabilidade individual (funcionalismo sistêmico) e a teoria da ação significativa.

Veja-se, pois, cada uma.

1.1 Teoria Causalista Ou Causal-Naturalista

A teoria causalista foi elaborada no final do século XIX influenciada pelo pensamento científico-natural fundado na análise de causas e efeitos. Seus principais autores são Von Liszt, Beling e Radbruch⁵.

Por conta da influência do pensamento científico natural, tal teoria apresenta o conceito de ação como uma modificação causal no mundo exterior oriunda de uma manifestação de vontade. A conduta seria, assim, a causa, proveniente de um ato voluntário, de um resultado objetivamente percebido contrário à norma. Dito de outra forma, seria um movimento corporal voluntário causador de um resultado no mundo exterior que infringe a ordem jurídica.

Note-se que tal conceito não orienta, num primeiro momento, a análise do conteúdo da vontade humana, mas apenas à observação desta como causa de um resultado.

Nas palavras de José Frederico Marques⁶, a teoria causalista concebe a conduta “como um acontecimento humano no mundo natural, sem indagações a respeito dos fins e objetivos que orientaram o agente”.

Assim, a intenção do agente, de acordo com tal teoria, não faz parte da conduta, sendo essa apenas a mecânica causadora de um resultado.

Isso poderia gerar a conclusão de que um movimento corporal involuntário seria, também, considerado conduta, portanto passível de responsabilização penal.

No entanto, tal teoria não pretende estender o conceito de conduta para fins penais a atos humanos involuntários, o que geraria possibilidade de responsabilização

⁵ BITTECOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 286

⁶ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 54

penal objetiva, isto é, responsabilização penal sem análise quanto à reprovabilidade da conduta do agente, rechaçada pelo Direito Penal.

Dessa forma, embora aparte a intenção do agente do conceito de conduta, tal teoria não ignora o elemento subjetivo inerente a ela.

Nesse sentido, Von Liszt⁷ ensina que “a volição que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade”.

Isto é, a intenção do agente é verificada apenas para fins de qualificação da conduta como voluntária ou não, sem análise de pormenores. Analisa-se o querer do agente apenas do ponto de vista de realização da conduta e não do ponto de vista do resultado.

Nesse sentido, Mezger⁸ esclarece que a teoria causalista “limita-se a perguntar o que foi causado pelo querer do agente, qual é o efeito provocado pelo dito querer”, de modo que, aduz o autor, “é irrelevante se estes efeitos são também conteúdo da consciência e do querer do agente, e até que ponto o são”.

Assim, para a qualificação de um ato como conduta a teoria causalista exige, como já afirmado inicialmente, que haja voluntariedade, como não poderia deixar de ser.

Tal teoria enfrentou um problema quanto à omissão, já que esta consiste numa inação, que foi resolvido pelos teóricos pela afirmação de que na omissão o sujeito voluntariamente deixou de realizar uma ação, não produzindo impulsos nervosos em seus músculos para evitar um resultado e essa autocontenção voluntária seria uma ação.

⁷ VON LISZT apud BITTECOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

⁸ MEZGER apud Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

Liszt⁹, buscando englobar a omissão no conceito de ação, formulou a seguinte descrição: *“acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria”*

Segundo Bittencourt¹⁰ são três os elementos do conceito de ação para a teoria causalista: a manifestação de vontade, o resultado e a relação de causalidade.

Pela análise de tais elementos seria possível a classificação da conduta como contrária à norma, quando o resultado percebido mostrava-se vedado pela lei, isto é, quando representasse oposição formal à norma. Em outras palavras, a análise de tais elementos tornaria possível a observação do fenômeno da antijuridicidade.

Contudo, não é possível a responsabilização penal sem a análise da intenção do agente, pois, do contrário, se estaria a admitir a responsabilização penal objetiva, o que geraria o absurdo de punir quem não atuou de maneira reprovável. Isto é, seria admitida, por exemplo, a responsabilização penal de alguém que tivesse matado em legítima defesa, ou agido no cumprimento de dever legal, ou provocado lesão a bem jurídico por não ter alternativa de atuação diversa (inexigibilidade de conduta diversa).

Com isso em vista, para adequar a teoria da causalidade à análise da reprovabilidade da conduta do agente, recomendada pela dogmática penal, o exame do conteúdo da vontade com relação aos fins pretendidos foi inserido no âmbito da culpabilidade.

Dito de outra maneira, considerou-se que o elemento subjetivo da conduta, isso é, o dolo ou a culpa, deveria ser analisado quando do escrutínio da reprovabilidade da

⁹VON LSZT apud ROXIN, op. cit., 1997, p. 237.

¹⁰BITTENCOURT, op. cit., 2013, p. 287.

conduta do agente, de maneira que, para a teoria causalista, o elemento subjetivo da conduta compõe a culpabilidade.

Assim, a análise do conteúdo da vontade, do elemento subjetivo da ação, não deveria ser realizada no âmbito da conduta, mas no da culpabilidade.

É por isso que Busato¹¹ esclarece que para a teoria causalista há um conceito de ação herdado da física newtoniana e um conceito psicológico de culpabilidade de clara derivação biologicista.

Isso porque enquanto a ação seria processo mecânico de causação de resultado a culpabilidade estaria relacionada ao conteúdo da vontade do agente, ao dolo ou culpa, ao elemento subjetivo da conduta, ao pretendido pelo agente quando da prática da ação.

Portanto, a dinâmica de responsabilização penal de acordo com a mencionada teoria funciona da seguinte maneira. Analisa-se se a conduta originou resultado vedado por lei. Caso afirmativo, há a antijuridicidade. Separadamente, analisa-se a vontade do agente, dolo ou culpa, para aferir a culpabilidade de modo a permitir a responsabilização penal, o que demonstra que a culpabilidade é concebida apenas pela análise psicológica do agente, de suas intenções.

A teoria causalista foi objeto de críticas, pois desconsideraria a existência de elemento subjetivo no âmbito da antijuridicidade, o que se percebeu na tentativa de crime, em que o dolo é um elemento subjetivo do injusto, caso em que, vale dizer, embora não haja resultado, há antijuridicidade.

Veja-se o exemplo da tentativa de homicídio. Nela não há resultado, mas deve haver reprovação à conduta, pois não se deve admitir atuação no sentido de matar alguém, mesmo que não haja o resultado.

¹¹BUSATO, op. cit, 2013, p.219

Assim, mostra-se necessário entender pela antijuridicidade dessa conduta, apesar da inexistência de resultado, pois, caso contrário, não se poderia realizar juízo sobre a culpabilidade do agente, visto que para o exame da reprovabilidade da conduta do agente é preciso que, primeiro, ela seja contrária à lei.

Portanto, na verdade, o exame da conduta deveria incluir análise sobre o conteúdo da vontade do agente, pois se percebeu que para a existência de delito na forma tentada seria necessário entender que os fins pretendidos pelo agente faziam parte da conduta.

A esse respeito diz Bittencourt¹²: “Ora, se o dolo pertence ao injusto da tentativa, não pode ser somente elemento da culpabilidade na consumação...”.

A teoria causalista também encontrou dificuldades para lidar com o crime culposos, visto que em tais crimes a reprovabilidade não reside no elemento subjetivo, mas no desvalor da própria ação, bem como com relação ao crime omissivo, em que não há uma conduta gerando um resultado, mas uma inação indevida, faltando, assim, nexos de causalidade entre ela e o resultado.

Isso deu azo à elaboração de outras teorias que melhor atendessem aos anseios da dogmática penal.

1.2 – Teoria Causal-Valorativa

A teoria causal-valorativa surgiu após as críticas feitas à teoria causal-naturalista como uma reformulação que saiu, em certa medida, das bases nas ciências naturais, que

¹²BITTENCOURT, op. cit., 2009, p. 287.

influenciaram a segunda, para o estabelecimento de um conceito jurídico-penal de conduta¹³.

Essa teoria teve influência marcante da teoria do conhecimento neokantiana¹⁴ segundo a qual a compreensão da realidade natural deve ser complementada por meio do estabelecimento de juízos de valor sobre os elementos da primeira. Isso é, para essa teoria não basta apenas observar a realidade, é preciso compreendê-la por meio de uma atividade valorativa.

Assim, enquanto a teoria causal-naturalista descrevia a conduta apenas como a causa de um resultado objetivamente percebido, a teoria causal-valorativa inseriu no conceito de conduta elemento valorativo. O elemento valorativo inserido foi a exigência de que a conduta, para ser conceituada penalmente como tal, deveria gerar lesão à ordem jurídica.

Portanto, para conceituar conduta, conforme essa teoria, além do exame da causalidade, mostra-se necessário que se observe se gerou ou não lesão à ordem jurídica, conceito esse que requer atribuição de sentido por meio de juízo de valor.

Daí o nome teoria causal-valorativa, pois orienta a análise da causalidade, mas, também, a realização de juízo de valor sobre o resultado percebido.

Dessa forma, segundo essa teoria da ação, a conduta é conceituada como uma ação lesiva à ordem jurídica. Nesse panorama, Fernando Galvão¹⁵ esclarece que

A antijuridicidade que, na concepção clássica (causal-naturalista), apresentava-se como mera oposição formal à ordem jurídica, passa a ser visualizada sob o ponto de vista material, o que pressupõe danosidade social da conduta criminosa.

¹³ GALVÃO, op. cit., 2013, p. 198

¹⁴ Ibidem, p. 198

¹⁵ Ibidem, p. 199.

Diante disso, passou-se a exigir para a caracterização de uma conduta para fins penais que a ação praticada pelo agente gerasse danosidade social. Nesse caso, haveria lesão à ordem jurídica necessária à caracterização da conduta.

Nessa linha, a omissão foi incluída no conceito de conduta da seguinte maneira: se gerasse danosidade social deveria ser considerada conduta para fins penais.

Portanto, se o agente se omitisse e essa omissão causasse danosidade social estaria praticando uma conduta.

Essa teoria também gerou modificação quanto à culpabilidade.

Embora não tenha retirado a análise do elemento subjetivo da conduta, dolo ou culpa, do âmbito na culpabilidade, nele inseriu elemento normativo, de modo que, diferentemente do que ocorre com a teoria causal-naturalista, a culpabilidade passou a ser concebida sob viés psicológico-normativo e não mais apenas psicológico.

O elemento normativo inserido foi o princípio geral da exigibilidade de conduta conforme a norma. Tal elemento é normativo, pois, para verificar se é exigível conduta conforme a norma, é preciso emitir juízo de valor sobre a atuação do agente no caso concreto, se esta ocorreu em situação em que deveria agir de outro modo ou não.

1.3 Teoria Finalista

Welzel é o expoente teórico que elaborou o conceito finalista da ação, pela teoria finalista. Tal conceito foi elaborado especialmente em razão da percepção de que seria insustentável separar a vontade humana de seu conteúdo, como ocorria pelo método orientado pela teoria causal-naturalista¹⁶.

¹⁶ BITTECOURT, op. cit., 2013, p. 288

Percebeu-se que a ação humana sempre se dirigia a uma finalidade, de modo que a finalidade do agente deveria ser vista como parte integrante da conduta.

A elaboração finalista rompeu com o pensamento orientado pela teoria causal-valorativa de que há um conceito jurídico-penal de ação - com elementos valorativos e menor compromisso com a realidade natural do objeto de análise - reforçando a ideia de que a realidade natural das coisas deve ser observada de maneira mais rigorosa para a elaboração de método científico. Nas palavras de Fernando Galvão¹⁷ o sistema finalista segue a linha de que “a realidade se orienta por uma ordem natural que deve ser observada para a elaboração das regras do Direito: a lógica das coisas e suas estruturas lógico-reais”.

Welzel¹⁸ percebeu que “*la ‘finalidad’ o ‘carácter final’ de la acción se basa en ‘que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos’*”.

Nesse diapasão, a finalidade do agente seria parte do conceito de conduta, visto que, de fato, o ser humano só age tendo em vista uma finalidade. Diante dessa constatação como realidade natural, não poderia a finalidade do agente ser apartada do conceito de conduta.

Para a teoria finalista, dessa forma, a ação humana é o exercício de uma atividade final, sendo atividade final “*una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo*”¹⁹.

Isso porque a vontade seria o impulso da ação e a finalidade, a direção inteligente dada à vontade, de modo que sem a finalidade a vontade se reduziria a um

¹⁷GALVÃO, op. cit., 2013, p. 200

¹⁸WELZEL apud ROXIN, op. cit., 1997, p. 239

¹⁹Ibidem

processo causal cego, sem propósito e desestruturado, o que se mostra contrário à realidade da atuação humana, tendo em vista que, de fato, o agente planeja sua atuação considerando sua capacidade de, em certa medida, prever as consequências de seus atos, direcionando-a ao atingimento de um resultado.

Assim sendo, para a teoria finalista, a ação humana é composta de elemento objetivo, qual seja, um comportamento humano capaz de gerar efeito no mundo exterior, e de elemento subjetivo, a vontade final do agente.

Por isso é que a ação humana seria dividida em dimensão subjetiva e dimensão objetiva. A dimensão subjetiva, nessa linha, comporta (i) o projeto de realização fundado na vontade final do agente que, por sua vez, compreende a proposição do fim pretendido, (ii) a seleção dos meios para a sua realização e (iii) a representação dos efeitos colaterais, estes classificados em necessários - que, na visão do agente, decorrem imprescindivelmente da ação e, portanto, fazem parte do seu querer -, possíveis - que podem ou não ocorrer, conforme queira o agente - e necessários ou possíveis não representados pelo agente, que não integram sua vontade consciente²⁰.

Quanto aos efeitos possíveis tem-se a seguinte estruturação: se o agente concorda com a sua realização, pelo que os causa, eles passam a fazer parte da ação como acontecimento final, mas, caso não consinta na efetivação deles ou espere poder evitá-los, não integram a vontade do agente²¹.

Em relação aos efeitos necessários ou possíveis não representados pelo agente, por não integrarem a vontade consciente do agente não fazem parte da ação em seu conceito finalista²².

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011, p.43

²¹ *Ibidem*, p. 44

²² *Ibidem*

Essa constatação, de que a conduta tem elemento subjetivo e objetivo, fez com que o elemento subjetivo do delito não mais fosse analisado no âmbito da culpabilidade, mas passasse a ser examinado no âmbito da antijuridicidade, visto que, no prisma do finalismo, compõe a conduta.

Assim, a culpabilidade passou a ser vista como juízo de reprovação pessoal daquele que realiza conduta punível.

Nesse panorama, a culpabilidade passou a ser composta por imputabilidade – possibilidade de exigir do agente motivação de acordo com a norma jurídica –, potencial conhecimento da ilicitude da conduta, considerando que a reprovação da conduta depende da decisão do sujeito pela prática do ato contrário à ordem jurídica que, por sua vez, depende da possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato, e exigibilidade de conduta conforme a norma²³.

Assim, a sistemática da responsabilização penal de acordo com a teoria finalista funciona da seguinte maneira: se o agente, consoante sua vontade final, age em desconformidade com o ordenamento jurídico, estará praticando conduta antijurídica. Diante de tal conduta analisam-se, para atender as recomendações da dogmática penal, a imputabilidade e o potencial conhecimento da ilicitude da conduta, componentes da culpabilidade consistente no juízo de reprovação do agente, bem como a exigibilidade de conduta conforme a norma.

Nesse contexto, podem ser verificadas causas de exculpação que sinalizam a ocorrência de situação em que há diminuição da possibilidade de formação de vontade conforme a norma. Nesses casos específicos, em que o agente é levado por circunstâncias externas à sua vontade à prática de determinada conduta não seria razoável reprovar sua atuação, visto que não decorreu de sua vontade final. Por essa

²³ GALVÃO, op. cit., 2013, p. 203-204

razão, examina-se no âmbito da culpabilidade a exigibilidade de conduta conforme a norma.

Se o agente não conseguir o domínio final da ação, isto é, se não conseguir o resultado pretendido, a ação será tentada.

A teoria finalista sofreu críticas com relação ao crime culposos, cujo resultado se produz de forma meramente causal não sendo abrangido pela vontade do agente. Diante disso, Welzel passou a afirmar, conforme destaca Bittencourt²⁴, “que o conteúdo decisivo do injusto nos delitos culposos consiste (...) na divergência entre a ação realmente empreendida e a que devia ter sido realizada em virtude do cuidado necessário”.

Outra crítica sofrida por essa teoria refere-se à contradição percebida em sua elaboração, pois se o elemento subjetivo do tipo foi inserido no âmbito da análise da conduta por razão de ordem natural, o mesmo deveria ter ocorrido com a potencial consciência da ilicitude, visto que quando o agente atua com base em sua finalidade é, de fato, consciente – ou não - da ilicitude de sua conduta.

Ainda, surgiram críticas atinentes ao finalismo não comportar os delitos por omissão, visto que neles o agente não atuaria de modo a causar um resultado, pelo que não havendo curso causal, não poderia haver objetivo de conseguir determinada finalidade. Em outras palavras, não havendo curso causal, não se poderia falar em atividade final²⁵.

²⁴BITTENCOURT, op. cit., 2013, p. 291.

²⁵ROXIN, op. cit., 1997, p. 240

1.4 Teoria Social da Ação

A teoria social da ação tem como principais teóricos, Eb. Schmidt, Wessels e Jescheck²⁶ e teve como elemento motivador o intuito de elaborar um conceito de ação que englobasse também o conceito de omissão superando a diferença ontológica existente entre ação e omissão, com objetivo de operar conciliação entre a pura perspectiva ontológica de ação, percebida, notadamente, na teoria causal-naturalista, e a perspectiva normativa, verificada, por exemplo, na teoria causal-valorativa.

Em outras palavras, pela teoria social se buscou um conceito de ação unitário em relação à ação e omissão.

A esse respeito, Juarez Cirino²⁷ destaca a lição de Jescheck/Weigend:

as formas em que se realiza o intercâmbio do homem com seu meio (finalidade no atuar positivo e dirigibilidade na omissão da ação) não são unificáveis ao nível ontológico porque a omissão mesma não é final, pois o emprego esperado da finalidade não existe nela. Ação e omissão de ação podem, contudo, ser compreendidas em um conceito de ação unitário, se conseguirmos encontrar um ponto de vista valorativo superior, que unifique no âmbito normativo elementos não unificáveis no âmbito do ser. Esta síntese deve ser procurada na relação do comportamento humano com seu meio. Este é o sentido do conceito social de ação.

Assim, o meio encontrado para reunião da ação e da omissão numa mesma categoria, superando as diferenças ontológicas, foi a adoção de um conceito superior de natureza valorativa aplicável a ambas. Portanto, a ação foi definida como comportamento humano de relevância social.

Dessa forma, para a teoria social a ação é comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade humana²⁸

Vale destacar que essa teoria não exclui a teoria finalista. Aproxima-se mais de um complemento desta, visto que se vale do conceito final de ação para o

²⁶ GALVÃO, op. cit., 2013 p. 205

²⁷ SANTOS, op. cit., 2011, p.45.

²⁸ Ibidem, p. 45

estabelecimento do conceito de conduta. No entanto, é considerada teoria autônoma, porquanto insere no conceito de conduta a relevância social. Assim é que para a teoria social da ação embora a conduta seja uma manifestação de vontade final, essa manifestação deve ter relevância social para que se caracterize como conduta para fins penais.

A esse respeito, Cirino esclarece que “a única diferença entre os modelos social e final de ação fica por conta daquela atribuída relevância social, incorporada como elemento superior unitário da ação e da omissão”²⁹.

O ponto que aproxima a teoria social da ação do finalismo a distancia da teoria causal-valorativa: embora ambas se valham de elemento valorativo na conceituação de conduta – para a primeira, a ideia de lesão à ordem jurídica e para a segunda, relevância social da ação –, a teoria social da ação lança mão do finalismo, ao passo que a teoria causal-valorativa vale-se da relação de causalidade pura e simples para verificação da ocorrência da conduta, desconsiderando a finalidade do agente, visto que para a teoria causal-valorativa o elemento subjetivo da conduta deve ser analisado, à semelhança da teoria causal naturalista, no âmbito da culpabilidade.

A dinâmica de responsabilização penal para a teoria social da ação, nessa linha, ocorre de maneira semelhante à da teoria finalista, sendo reconhecido o elemento subjetivo no âmbito da análise da conduta e a culpabilidade como juízo de reprovação sobre a conduta do agente. A peculiaridade dessa teoria, entretanto, reside na exigência de relevância social da ação para caracterizá-la como conduta para fins penais.

Tal teoria também sofreu críticas tendo em vista que deixaria a desejar com relação à função delimitadora, visto que o conceito do que é socialmente relevante não

²⁹ Ibidem, p. 46

exclui movimentos puramente reflexos ou decorrentes de *vis absoluta*, exclusões pretendidas ao se estabelecer um conceito de ação³⁰

Desse modo, para adequar tal teoria às recomendações da dogmática penal seria necessária a utilização complementar do conceito causal de ação, valendo-se de conceitos como voluntariedade e semelhantes para atender à referida função delimitadora. Isso a expôs às mesmas críticas realizadas ao conceito causal de ação.

Outra crítica realizada quanto a essa teoria diz respeito ao fato de seu conceito permitir que se enquadre no conceito de ação atos de pessoas jurídicas³¹, o que se opõe ao pensamento clássico de que *societas delinquere non potest*.

1.5 Teoria Personalista da Ação (Funcionalismo Teleológico)

A teoria personalista da ação foi desenvolvida por Roxin e apresenta um conceito de ação como manifestação da personalidade.

Para Roxin ação seria “[...] *todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción* [...]”³².

Assim, tal teoria coloca, de modo evidente, o ser humano como único sujeito capaz de praticar ação para fins penais.

Como a ação seria um ato praticado pelo ser humano proveniente de seu aspecto anímico-espiritual, atos instintivos e todos os outros que não estejam submetidos ao controle da vontade não são considerados ação.

Assim, exemplifica o autor:

si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque

³⁰ ROXIN, op. cit., 1997, p 245

³¹ Ibidem, p. 245

³² ROXIN, op. cit., 1997, p. 252

*convulsivo, el mismo golpea en tomo suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la 'persona'*³³.

Ademais, sustenta que pensamentos e impulsos da vontade que não causem efeito no mundo exterior não são manifestação da personalidade³⁴.

Roxin defende que o conceito de ação deve ter conteúdo próprio para poder suportar os elementos adjetivos como a antijuridicidade e culpabilidade, elementos valorativos que incidem sobre o referido conceito³⁵.

Por isso é que, para a teoria personalista da ação, atos modificadores do mundo exterior não submetidos ao controle e direção do aparato psíquico, isto é, ao controle da vontade, como convulsões e delírios, assim como meros pensamentos e atitudes internas, não são considerados condutas, visto que não têm substância para suportar os elementos adjetivos mencionados acima.

A ação, assim, consistiria nas manifestações corporais dominadas ou domináveis pela vontade humana que seriam reflexo da personalidade daquele que as provoca.

1.5 –Teoria da Evitabilidade Individual (Funcionalismo Sistemico)

A teoria da evitabilidade individual tem Kahrs e Herzberg como importantes teóricos e deságua num conceito negativo de ação³⁶. De acordo com ela, se imputa um resultado ao autor se ele, podendo evitá-lo, não o faz, embora o Direito exigisse atuação nesse sentido.

³³Ibidem, p. 252

³⁴Ibidem

³⁵Ibidem, p. 234

³⁶ ROXIN, op. cit., 1997, p. 247

Em outras palavras, o sujeito pratica uma ação se, de acordo com o Direito, tivesse que evitar um resultado, mas não o evita.

Herzberg sintetiza essa ideia dizendo que "*La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante*"³⁷.

Com isso, sustentou-se ter conseguido abarcar conceitualmente tanto a ação quanto a omissão, visto que na ação o agente não se absteve de produzir um resultado e na omissão não impediu que ocorresse, de modo que em ambos os casos há inobservância ao dever de evitar um determinado resultado.

Para cumprir a função limitadora do conceito de ação, entretanto, para a teoria da evitabilidade individual, o agente deve estar na posição de garante para que pratique conduta. Isso porque sem tal limitação o conceito de ação se tornaria demasiada e inconvenientemente abrangente, porque tudo que pudesse ser evitado e não fosse caracterizaria ação para fins penais de acordo com a teoria em comento.

Na maioria dos delitos omissivos, a responsabilidade do garante é reconhecida doutrinariamente. Contudo, quanto aos crimes comissivos não se pode dizer o mesmo.

Assim, para demonstrar a existência de tal responsabilidade especial mesmo em se tratando de crimes comissivos Herzberg esclarece que em tais delitos o agente atua no sentido de produzir um resultado, isto é, se torna foco de potencial perigo, e, portanto, se faz responsável pela evitação do resultado³⁸. Dessa forma é que o referido autor caracteriza a existência da figura do garante também nos crimes comissivos.

³⁷Ibidem, p. 247.

³⁸ROXIN, op. cit., 1997, p. 247.

Todavia, Jakobs³⁹, sob o prisma da teoria em comento, definiu ação de modo diferente. Renunciando a existência da figura do garante, afirmou que nos delitos de resultado a ação seria a provocação evitável de um resultado.

Já Behrendt⁴⁰ definiu a ação como uma contracondução omitida, isto é, a não evitação da situação típica.

1.6 – Teoria da Ação Significativa

A teoria da ação significativa tem bases na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas e tem como principais expoentes teóricos Vives Antón e George Fletcher⁴¹.

O escopo buscado por meio dela também é traçar uma nova perspectiva do conceito de conduta e parece guardar certa semelhança com o escopo da teoria social da ação, qual seja, estabelecer um conceito de conduta válido para todas as diferentes espécies de ações humanas.

A teoria da ação significativa parte do pressuposto que não há um conceito ontológico universal de ação que permita englobar todas as ações possíveis de serem praticadas.

Assim, a teoria em análise procura se afastar da ideia ontológica de ação, segundo a qual a ação é composta por um aspecto físico, movimento corporal, e outro mental, a vontade, pela compreensão de que a ação não deve ser vista como o que as pessoas fazem, mas como o significado do que fazem.

A esse respeito veja-se a lição de Busato⁴²:

³⁹JACKOBS apud ROXIN, op. cit., 1997, p. 248.

⁴⁰BEHRENDT apud ROXIN, op. cit., 1997, p. 248.

⁴¹BITTENCOURT, op. cit., 2013, p. 295

[...] não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para a verificação de como deve ser interpretado e compreendido o referido tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa.

Dessa forma, o conceito de ação depreende-se, de acordo com essa teoria, não do que é a ação em si mesma, mas do significado que tem. Isso porque cada conduta tem um significado socialmente determinado.

Para alcançar o significado social da ação é necessário, entretanto, que se utilize como parâmetro a norma, visto que nela haverá o enquadramento da conduta como lesão, furto, homicídio, apropriação indébita, etc., a permitir a responsabilização penal.

Isso porque, esclarece Bittencourt⁴³,

[...] não existem ações prévias às normas, de modo que se possa dizer que exista a ação de matar, se previamente não existir uma norma que defina matar como conduta relevante para o Direito Penal. Assim, não existe a ação do 'xeque-mate' se antes não houver as regras do jogo de xadrez; não existe a ação de impedimento (na linguagem futebolística), sem que antes exista uma norma regulamentar que defina o que é impedimento.

Nessa linha, a interpretação do significado da ação dependeria da norma, visto que esta é o paradigma do Direito Penal. Então, pela teoria da ação significativa chega-se ao conceito de conduta a partir do significado social da ação ou omissão enquadrado na norma.

Portanto, para se verificar a ocorrência de uma ação, de acordo com a teoria em análise, é preciso, inicialmente perceber a existência de um ato - ou mesmo não ato, omissão - que determinará a aparência da ação. Após, é preciso verificar o significado social deste por meio das circunstâncias em que ocorre, para, então, examinar se está definido na norma como crime. Caso, de acordo com seu significado, o ato - ou não ato,

⁴²BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos criminológicos, Superação de Obstáculos Dogmáticos e Requisitos Legais do Interesse e Benefício do Ente Coletivo para a Responsabilização Criminal*. Curitiba: Juruá, 2013, p.41.

⁴³BITTENCOURT, op. cit., 2013, p. 298.

no caso da omissão -, esteja descrito na norma, será considerado ação para os fins penais.

Dito de outra forma, ao ocorrer uma ação ou omissão é preciso verificar seu significado social e, após, analisá-la perante a norma, se corresponde, por exemplo, a uma subtração, lesão ou ofensa. Identificada sua previsão normativa como ação delitiva, será considerado ação para os fins penais.

Resume Bittencourt⁴⁴:

somente se pode perguntar se houve uma ação humana relevante para o Direito Penal quando se puder relacioná-la a determinado tipo penal (homicídio, furto, corrupção). Somente se houver a reunião dos elementos exigidos pela norma penal tipificadora teremos o significado jurídico do que denominamos crime de homicídio, roubo, estelionato, etc. Assim, a concepção significativa de ação, (...), sustenta que os fatos humanos somente podem ser compreendidos por meio das normas, ou seja, o seu significado existe somente em virtude das normas e não é prévio a elas [...].

Em suma, a teoria significativa da ação foi pensada em razão do reconhecimento de que as ações devem ser interpretadas conforme as regras e normas para que possam ser identificadas e classificadas no âmbito jurídico.

1.9 – Síntese possível: ação humana como ponto de partida da Teoria do Delito

Analisando-se as teorias da conduta é possível perceber que foram desenvolvidas com base em atos de pessoas naturais. Em outras palavras, foram elaboradas com vistas em ações humanas.

Desde a teoria causal-naturalista até a teoria da ação significativa, abordadas no presente trabalho, é possível perceber que foi a partir da conduta humana que os teóricos desenvolveram o conceito de ação para fins penais. Nesse passo, parece ser

⁴⁴Ibidem, p. 298.

objetivo comum de todas as teorias mencionadas englobar atos humanos, sejam ações ou omissões, num único conceito de conduta.

Assim, num primeiro momento, parece cabível a conclusão de que nenhuma das teorias da conduta foi desenvolvida considerando a possibilidade de ações serem praticadas por pessoas jurídicas, isso é, levando em conta ser possível atribuir a uma pessoa jurídica a prática de uma conduta, talvez partindo de um entendimento, forte nos países cujo sistema jurídico tem origem romano-germânica (*civil law*), no sentido de que apenas condutas humanas devam ser tratadas no âmbito do Direito Penal ou porque o Direito Penal começou a ser desenvolvido teoricamente quando só existiam atos de pessoas naturais e não de pessoas jurídicas.

Seja como for, de fato, como ventilado, a teoria do delito tem como pedra angular ou ponto central a conduta que, por sua vez, teve seu conceito penal desenvolvido teoricamente com base na ação humana. Em outras palavras, foi a partir de condutas humanas que se começou a pensar o Direito Penal e, classicamente, portanto, é com base em condutas humanas que se desenvolveu a teoria do delito no sistema romano-germânico.

Assim, por uma análise inicial, se revela incompatível com a teoria do delito até então desenvolvida entender que a pessoa jurídica pode ser autora de uma conduta penal.

Contudo, não se pode ignorar a existência de tendência, especialmente nos dias de hoje, percebida mundialmente, à responsabilização penal das pessoas jurídicas, tendo em vista a criminalidade moderna, que por vezes se manifesta por meio de organizações, corporações ou entidades.

No Brasil temos como exemplos da referida tendência corrente de pensamento relevante que interpreta o artigo 225, §3º, da CRFB⁴⁵, no sentido de autorizar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas; tem-se a lei 9.605/98⁴⁶, usada como fundamento legal para a responsabilização delas por crimes ambientais, e o Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012 (projeto do novo Código Penal)⁴⁷, que, na mesma linha, contém a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Além disso, o STF e o STJ têm posição no sentido de ser possível a responsabilização penal de pessoa jurídica, havendo, aliás, julgados nos quais se responsabilizou penalmente pessoa jurídica independente da responsabilização concomitante da pessoa física que agiu em seu nome – vide RE 548.181, julgado pelo STF, e RMS 39.173/BA, julgado pelo STJ.

Nesse contexto, como as teorias sobre o conceito de conduta foram criadas com base em ações humanas, a inclusão dos atos de pessoas jurídicas no conceito de conduta para fins penais requer adaptações teóricas ou quiçá o desenvolvimento de uma nova teoria do delito, agora a partir da realidade da existência de ações atribuídas diretamente a pessoas jurídicas.

Daí que a responsabilização penal das pessoas jurídicas se mostra como ponto de inflexão da teoria do delito, uma vez que sua implementação teórica enseja o repensar da teoria em foco e, talvez, uma mudança de rumos, para que seja possível, dogmaticamente, fundamentar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 dez. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

⁴⁷ SENADO FEDERAL DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado 236 de 2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

2 – O DIREITO PENAL ECONÔMICO E A INFLEXÃO DA TEORIA DO DELITO.

Segundo a ordem lógica das coisas, é necessário, primeiramente, quando se pretende realizar considerações sobre um tema jurídico específico, estabelecer o conceito do objeto de análise. Nessa linha, para falar de Direito Penal Econômico é preciso delimitar seu conceito.

É fundamental para se estabelecer o conceito de Direito Penal Econômico que se tenha em mente, inicialmente, o conceito de ordem econômica, tendo em vista que esta é o objeto do mencionado ramo do Direito Penal.

Ordem econômica, de forma técnica, corresponde à regulação jurídica do Estado na economia. De maneira mais especificada, trata-se da regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços⁴⁸.

Em outras palavras, ordem econômica é a regulação estatal das atividades econômicas desenvolvidas no meio social e que nele interferem de modo a garantir a higidez de tais atividades no contexto social. Esse é o objeto de tutela do Direito Penal Econômico.

Assim, o Direito Penal Econômico é o ramo do Direito Penal que se ocupa de tutelar a ordem econômica e que tem o escopo de proteger, por exemplo, a livre concorrência, o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem tributária, etc., isto é, fatores relacionados à prática de atividades econômicas, que são por elas afetados e que produzem efeitos sociais.

⁴⁸PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

As atividades econômicas estão intimamente ligadas com as atividades empresariais, uma vez que estas correspondem a atividades econômicas organizadas.

A esse respeito, vale a lição de Luiz Regis Prado⁴⁹:

[...] a atividade econômica e a atividade empresarial se imbricam mutuamente, sendo certo que “o exercício de uma atividade empresarial constitui fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica [...]”.

Por essa razão é que o Direito Penal Econômico tem como possíveis sujeitos ativos de crimes os empresários, uma vez que estes exercem profissionalmente atividades econômicas organizadas (vide artigo 966 do CCB⁵⁰).

Nessa linha, cabe destacar que empresários, em grande medida, exercem suas atividades por meio de pessoas jurídicas, de modo que no âmbito do Direito Penal Econômico é necessário tratar da possibilidade de responsabilização penal delas.

Isso porque a realidade social demonstra que, em razão das atividades econômicas serem desenvolvidas, na maior parte das vezes, por pessoas jurídicas, eventuais práticas criminosas, inseridas no contexto do Direito Penal Econômico, não só podem como têm grande probabilidade de ser praticadas por pessoas jurídicas.

Por conta disso, hoje, momento histórico em que as atividades econômicas efervescem na sociedade devido, em especial, à globalização, o Direito Penal se vê constrangido pelo surgimento, em países de tradição romano germânica, de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, na qual não há propriamente como se falar em conduta, como ventilado no primeiro capítulo, o que traz algumas implicações dogmáticas.

⁴⁹PRADO, op. cit., 2011, p.39

⁵⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 dez.2016

Assim, o Direito Penal Econômico revela-se como meio em que se dará inflexão da teoria do delito, ocasionada pela responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois, como tradicionalmente se firmou a ideia de que condutas penalmente relevantes só poderiam ser praticadas por pessoas naturais, a responsabilização penal das primeiras deve implicar em readequação do pensamento penal.

2.1 – Marcos históricos relevantes do Direito Penal Econômico

A origem do Direito Penal Econômico remonta o momento a partir do qual houve intervenção estatal para dirigir a economia. Há notícias da existência de normas e ações nesse sentido, que podem ser consideradas precursores históricos do Direito Penal Econômico, desde a antiguidade.

Na Grécia, em Atenas, por exemplo, o Estado interveio na economia por meio da previsão de pena de morte para o monopólio, a fim de coibir a exploração econômica indevida das necessidades da população⁵¹.

No Direito Penal romano também havia normas com tal objetivo, a exemplo da previsão de punição para a prática de usura e para o abuso de direitos industriais e mercantis⁵².

Na Era Medieval também houve ingerência estatal penal na economia por meio do Direito Canônico, que estabeleceu o crime de usura, baseado no princípio de que a cobrança de valor em razão do simples decurso do tempo, isto é, a cobrança de juros,

⁵¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação da Conduta*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 80

⁵² OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 29 e 30.

era ilícita, uma vez que o tempo seria sagrado, pertencente a Deus, e, portanto, indisponível ao homem⁵³.

Na Idade Moderna, não foi diferente, o Estado também interveio penalmente na economia. Nesse sentido, Ivan Luiz da Silva⁵⁴ menciona a existência de registros de que “na França, em 1448, o rei Carlos VII determinou a abertura de inquérito criminal para investigar ilícitos de sonegação fiscal.”. Ainda na França, também segundo o referido autor, o rei Luís XI baixou decreto impondo obrigação aos produtores de cereais de fazerem circular a produção para impedir a formação de estoques especulativos⁵⁵.

Contudo, a partir do Séc. XIX, por influência do pensamento iluminista que apregoava o liberalismo político e econômico, ideias que vão contra a intervenção estatal na economia, houve retração da tendência de regulação penal da economia pelo Estado.

2.1.1 - A origem moderna do Direito Penal Econômico

Embora haja notícia da regulação da atividade econômica por parte do Estado desde a antiguidade⁵⁶, o estudo do Direito Penal Econômico ganhou maior relevância e autonomia a partir do século XX, em decorrência do contexto gerado pela Primeira Guerra Mundial.

Diante disso, Barbero Santos⁵⁷ sustenta que não existiu, antes do contexto da Primeira Guerra Mundial, conjunto de normas penais capazes de caracterizar

⁵³BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 193.

⁵⁴SILVA, op. cit., 2011, p. 83.

⁵⁵Ibidem, p.83.

⁵⁶Ibidem, p. 79.

⁵⁷ BARBERO SANTOS, Marino. *Introducción general a los delitos sócio-económicos: los delitos societários*. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale del'Economia*. V. 10, Fascículo 3, p. 624-636, jul/set. 1997, p.624.

propriamente o arcabouço do Direito Penal Econômico, mas apenas antecedentes legislativos precursores desse ramo do direito.

Com efeito, a Primeira Guerra Mundial afetou de maneira relevante os sistemas econômicos dos países, o que gerou desequilíbrio econômico e deu azo à exploração econômica por parte de algumas pessoas, inclusive jurídicas, gerando repercussões sociais relevantes. Assim, para evitar abusos, bem como para a recuperação da economia, foi necessária intervenção estatal por meio da regulamentação da atividade econômica.

O Direito Penal Econômico, portanto, resultou da intervenção estatal penal na economia, para reforma dos sistemas econômicos abalados pela Guerra Mundial, intervenção que inicialmente não foi vista com bons olhos, diante do caro princípio da não intervenção estatal na economia.

Por contrariar o princípio da não intervenção do Estado, que ganhou força e se tornou extremamente valioso com o movimento iluminista, a mencionada intervenção estatal foi fortemente criticada, razão pela qual o surgimento do Direito Penal Econômico foi tímido e tecnicamente deficiente, por conta dessa primeira rejeição e do descaso com que foi tratado inicialmente.

Era forte a crítica de que havia criminalização de comportamentos que só eram considerados ilícitos em razão de determinado quadro social e econômico de emergência gerado pelos abalos econômicos ocasionados pela Primeira Guerra, o que apontava para um direito penal de exceção.

Nas palavras de Ivan Luiz da Silva⁵⁸: “a configuração do direito penal econômico foi objeto de acerbos críticas, cujas objeções destacavam que se

⁵⁸ SILVA, op. cit., 2011, p. 72.

criminalizavam comportamentos que somente eram reputados como ilícitos em razão do quadro social e econômico emergencial.”.

Contudo, sem embargo, o Direito penal Econômico seguiu a tendência de toda a ciência, racionalizou-se e passou a ser pensado e desenvolvido teoricamente pelos pensadores do Direito.

Nessa linha, como marcos da racionalização do Direito Penal Econômico estão o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em Roma, no ano de 1953; o V Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas, em 1956, e o XIII Congresso da AIDP, realizado no Cairo, em 1984⁵⁹.

Em tais eventos, o Direito Penal Econômico foi estudado de maneira sistemática e relevante com objetivo de se estabelecer suas bases teóricas. Entretanto, apenas no último, em 1984, se firmaram as bases teóricas para o desenvolvimento dos estudos e da legislação penal econômica, tendo sido estabelecidas 19 recomendações que constituíram a síntese do Direito Penal Econômico à época⁶⁰.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) promoveu, em 1995, na cidade de São Paulo, o Seminário Internacional de Direito Penal Econômico, que também resultou em contribuição teórica ao Direito Penal Econômico por meio da publicação de artigo sobre o tema na Revista Brasileira de Ciências Criminais, 11^a ed.⁶¹.

Entretanto, não foi apenas a Primeira Guerra Mundial que ensejou a intervenção do Estado na economia. A partir da década de 70, com as crises petrolíferas que

⁵⁹Ibidem, p. 73

⁶⁰Ibidem

⁶¹Ibidem

afetaram a economia mundial, mais uma vez destacou-se a necessidade de intervenção do Estado.

Esse contexto histórico, além de ter trazido a necessidade de intervenção estatal na economia, como ocorreu no contexto da Primeira Guerra mundial, com fim de se superar a crise, salientou a importância do Direito Penal Econômico.

Ademais, a relevância do ora tratado ramo do Direito foi reforçada com a globalização - fenômeno em que se intensificaram as atividades econômicas e, também, o intuito de exploração econômica, em decorrência da maior facilidade de comunicação e locomoção atuais -, e com o maior desenvolvimento tecnológico, ambos ensejadores do fortalecimento das grandes empresas e do crescimento da criminalidade econômica.

2.1.2 - Recente construção dogmática do Direito Penal Econômico na Europa

O Direito Penal Econômico se afasta do Direito Penal clássico na medida em que dá base à intervenção estatal, ou seja, à atuação do Estado, ao passo que o segundo, classicamente, apresenta escopo de limitação da atuação estatal.

Assim, embora parte da doutrina entenda que o contexto histórico e social muitas vezes indique a necessidade de regulação da economia pelo Estado, inclusive penalmente, quando são praticadas condutas de exploração econômica em detrimento de direitos sociais, outra parte se opõe a essa ideia por meio de um discurso de resistência ao Direito Penal Econômico, adotado pela Escola Penal de Frankfurt, podendo-se destacar como representantes dessa linha de pensamento Naucke, Albrecht e Hassemer⁶².

⁶² PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política Criminal e Direito Penal Econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: 2014, p. 118.

Assim é que em contrapartida ao discurso de expansão do direito penal, favorável ao Direito Penal Econômico, há o discurso de resistência, que critica o processo de expansão do direito penal e, por conseguinte, é favorável ao retorno ao Direito Penal iluminista, no qual o Estado não deve ter ingerência na economia.

O discurso de resistência é formado por uma linha de pensamento segundo a qual “exige-se lesão palpável para que haja Direito Penal”⁶³, pois esse ramo do direito serviria para fazer frente a lesões ou possíveis lesões concretas a bens jurídicos individuais. Isso porque, esclarece José Maria de Castro Panoeiro citando Hassemer⁶⁴, “os limites à renúncia da liberdade por parte dos cidadãos seriam absolutos, insuscetíveis de revisão, vedando-se interpretações e comentários que ampliem o sentido da incriminação”.

Segundo essa linha de pensamento, o Direito Penal deveria permanecer voltado ao seu núcleo, isso é, permanecer baseado numa orientação empírica exercendo função preventivo-retributiva, voltado apenas para coibir condutas atentatórias à vida, saúde, liberdade e propriedade⁶⁵. Em outras palavras, defende-se um Direito Penal básico, preocupado com a proteção de bens jurídicos individuais e não em dar respostas fictícias às demandas sociais⁶⁶.

Contudo, de outro lado, há a perspectiva do discurso de expansão do Direito Penal.

Trata-se de discurso no qual se apregoa um Direito Penal acessório, voltado para atender os anseios da população de uma proteção mais ampla, para fazer frente ao surgimento de novos riscos sociais, reflexo de um novo contexto de insegurança que envolve os âmbitos monetário, ambiental, e também que está relacionado ao surgimento

⁶³ PANOEIRO, op. cit., 2014, p. 111

⁶⁴ Ibidem, p. 111

⁶⁵ Ibidem, p. 116

⁶⁶ Ibidem

do terrorismo, ao aumento da violência, a riscos químicos, nucleares, genéticos, etc. Em suma, riscos provenientes da modernidade, antes não imaginados.

O discurso da expansão parte da ideia de que modernamente a organização social constitui uma sociedade de risco, na qual há, por exemplo, variações monetárias que podem ser provocadas por atores sociais e revelam perigos às sociedades, pois afetam suas economias de modo relevante; há ataques cibernéticos que podem gerar crises mundiais; há o terrorismo que gera insegurança generalizada; há a exploração irresponsável do meio ambiente que pode gerar consequências catastróficas; há a manipulação genética que traz grandes riscos à humanidade, etc.

Tal contexto de risco, surgido com a modernidade, gera, segundo o discurso de expansão do Direito Penal, a necessidade de proteção de bens jurídicos transindividuais, de conteúdo vago, a tornar necessária a existência de um controle de riscos pelo Estado, inclusive por meio do Direito Penal.

Está na linha do discurso da expansão recente construção dogmática do Direito Penal na Europa

José Maria de Castro Panoeiro⁶⁷ esclarece que “o marco histórico dos anos setenta do século passado parece encontrar razões no fato, narrado por Tiedmann, de que a partir de 1972 teve impulso na Alemanha a luta contra a delinquência econômica.”.

Isso porque nessa época, na Alemanha, reuniu-se uma comissão de especialistas, implantada pelo Ministério Federal de Justiça, voltada para a luta contra a criminalidade econômica, que influenciou a realização de comissões similares em outros países europeus.

⁶⁷ PANOEIRO, op. cit., 2014, p. 113

A influência de tal pensamento na Europa é exemplificada pelo registro do referido autor: “na Espanha, o entendimento majoritário é no sentido do discurso da expansão ou modernização do Direito Penal (...)”⁶⁸.

O discurso de expansão tem ganhado tanta força ao ponto de Silva Sánchez reconhecer como impossível se voltar a um Direito Penal clássico⁶⁹. Nada obstante, as críticas à expansão permanecem.

Ante a tais considerações, nas quais se expôs a resistência da expansão do Direito Penal, bem como, de outro lado, o discurso de defesa da expansão, nota-se que, nos dias de hoje, há discussão quanto ao papel do Estado no plano social. E a questão que se coloca é: qual caminho seguir, o proposto pelo discurso de resistência ou o defendido pelo discurso de expansão?

Diante de tal questionamento se mostra importante o fato de que, independente da escolha do caminho, a ideia em voga atualmente no âmbito do Direito Penal é de modernização para atendimento dos anseios sociais.

Seja como for, é imprescindível que a escolha seja acompanhada de teoria e dogmática penais, pois é a partir delas que há base para a racionalização segura do Direito Penal de maneira a se evitar construções teóricas temerárias.

A teoria e dogmática penais têm papel fundamental na construção de um Direito Penal adequado aos interesses sociais e, ao mesmo tempo, garantidor dos direitos individuais, uma vez que sem o crivo teórico e dogmático não há óbice à utilização dos instrumentos penais como forma de repressão de minorias e de diminuição das liberdades individuais.

⁶⁸ Ibidem, p. 119

⁶⁹ Ibidem, p. 118.

2.2 - A tutela penal de bens jurídicos coletivos no âmbito da modernização do Direito Penal

A partir da necessidade de se apontar o que efetivamente seria protegido pelo Direito Penal para dar base concreta à sua fundamentação é que foi desenvolvida a teoria do bem jurídico⁷⁰.

A partir dessa teoria chegou-se à conclusão de que para ser possível a imposição de uma pena é necessária lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos.

Em épocas remotas, o ilícito penal era entendido como um atentado contra a Divindade⁷¹.

Assim, mostrava-se presente o teocentrismo no Direito Penal.

Todavia, com o Iluminismo, que trouxe o antropocentrismo e a racionalidade como parâmetro do pensamento, perderam força as ideias teocêntricas e o Direito Penal passou a ser fundamentado no contrato social.

Nesse sentido, veja-se a lição de Luis Regis Prado⁷²: “na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado de preocupações éticas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado [...]”.

Nesse panorama, o bem jurídico passou a ser considerado um direito subjetivo violado.

Contudo, tal ideia foi superada pelo pensamento de Birnbaum, pois se percebeu que um “[...] Direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente

⁷⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.47

⁷¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução Luiz Jiménez Asúa. Madrid: Reus, p. 19

⁷² PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 2003, p. 28

com o que é objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence* e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social.”⁷³

Assim, chegou-se à conclusão de que a tutela penal serviria à proteção de bens jurídicos. Em outras palavras, elaborou-se a ideia de que a ofensa penal ocorreria sobre bens jurídicos, não constituindo ofensa à divindade ou violação de direitos subjetivos, e a tutela penal serviria para protegê-los⁷⁴.

A partir desse pensamento, no sentido de que a tutela penal serve para proteção de bens jurídicos, já se chegou a negar a existência do Direito Penal Econômico, em virtude da afirmação de ausência de bem jurídico a ser tutelado por tal ramo do Direito. Isso porque o Direito Penal Econômico não teria por escopo a proteção de bens jurídicos individuais.

Por isso, considerando que o Direito Penal Econômico, surgido na modernidade, não teria o escopo de proteção de bens jurídicos individuais, a corrente de pensamento denominada negativista sustentou a inexistência desse ramo do Direito.

Contudo, o Direito Penal Econômico estaria em consonância com a tendência moderna do Direito Penal, surgida em face da configuração de uma sociedade de risco, e corresponderia aos anseios sociais por segurança. Nesse sentido, veja-se o que afirma Paulo César Busato⁷⁵:

[...] é forçoso admitir que nas sociedades complexas atuais, há vários contextos dignos de intervenção penal – porque essenciais ao desenvolvimento humano – que já não podem ser identificados meramente a partir de bens jurídicos individuais corporificados. Assim, já não se trata de se o sistema deve ou não fazer referência a bens jurídicos coletivos ou transindividuais, mas sim de como devem ser tratados tais bens jurídicos.

⁷³ BUSATO, HUAPAYA, op. cit., 2003, p. 355

⁷⁴ HASSEMER, Winfred. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2005, p. 56

⁷⁵ *Ibidem*, p. 373

Assim, por corresponder a uma forte tendência moderna, percebeu-se que o Direito Penal Econômico não poderia ser ignorado.

Portanto, houve contraposição ao pensamento da corrente negativista. Isso porque se percebeu a existência de bens jurídicos que não estariam afetos apenas ao indivíduo, ou seja, a uma pessoa específica, mas sim à coletividade. Isso é, percebeu-se a existência de bens jurídicos coletivos, que, dentre outras coisas, motivaram a criação do Direito Penal Econômico. A esse respeito, vale notar o que Ivan Luiz da Silva⁷⁶, na linha de Enrique Aftalión, destaca:

[...] o delito econômico – como também os demais crimes – está centrado em torno de algum bem jurídico que o legislador aspira a tutelar, devendo-se inferir qual o bem jurídico que, em cada texto legal, o legislador pretende proteger quando configura e sanciona o delito econômico.

Assim, levando em conta o que se percebeu de fato, isso é, que existiam bens jurídicos coletivos, constatação que se deu especialmente em razão dos riscos sociais surgidos na modernidade, concluiu-se, em contraposição à corrente negativista, que não era porque o Direito Penal Econômico não tinha escopo de proteção de bem jurídico individual que não visava proteção de nenhum bem jurídico, ou seja, mesmo sem visar à proteção de bens jurídicos individuais, haveria bens jurídicos a justificar a proteção do Direito Penal Econômico, quais sejam, os bens jurídicos coletivos.

Em suma, constatou-se que haveria bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico. Contudo, para identifica-lo seria preciso afastamento da concepção liberalista - segundo a qual o Direito Penal não deveria interferir na Economia, devendo voltar-se para a proteção de bens jurídicos individuais -, pois o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, também denominado de Direito Penal acessório, não

⁷⁶SILVA, op. cit, p. 74.

corresponde ao bem jurídico protegido por um Direito Penal Clássico, que voltava sua proteção para bens jurídicos individuais.

Nesse contexto, José Maria de Castro Panoeiro conclui que “[...] a expansão do Direito Penal, precipuamente por meio da parte especial no âmbito do denominado ‘Direito penal acessório’, estaria distanciando cada vez mais o Direito Penal moderno daquele centro ideal denominado ‘Direito Penal clássico’”⁷⁷.

A superação dos dogmas do liberalismo, que são na linha do Direito Penal clássico, ensejou a ideia de que o Estado poderia proteger direitos e estados sociais, como a ordem econômica, bem jurídico que o Direito Penal Econômico visa proteger.

Assim, tem-se que a modernização do Direito Penal, que desembocou no Direito Penal Econômico, trouxe a ideia de proteção a bens jurídicos coletivos e não só individuais.

Entretanto, não foi só essa alteração que decorreu do Direito Penal Econômico. Tal ramo do Direito confere papel ativo ao legislador, diversamente do que ocorria sob a égide dos dogmas liberais de um Direito Penal iluminista, haja vista que a criminalidade no panorama desse ramo do direito não é preexistente, mas resultado de uma opção político-criminal ⁷⁸ na qual se tipifica comportamento considerado socialmente inadequado com fim de promover sua reprovação social⁷⁹.

Em outras palavras, o Direito Penal Econômico trata de condutas que são aceitas socialmente, ou seja, que de início não são mal vistas pela sociedade, mas que por trazerem prejuízos a bens jurídicos coletivos, são alçadas a condutas típicas pelo Direito Penal Econômico.

⁷⁷ PANOEIRO, op. cit., p. 112.

⁷⁸ PANOEIRO, op. cit., p. 116.

⁷⁹ Ibidem, p. 117.

Assim porque, de acordo com a chamada modernização do Direito Penal, na vertente que defende sua expansão, a sociedade de risco gerou a necessidade de o Estado deixar sua posição anterior, na qual era visto pelos cidadãos como uma ameaça a direitos fundamentais - pelo que sua intervenção social deveria ser mínima -, para ocupar posição na qual desempenha função de garantir direitos e a segurança dos cidadãos ante aos novos e preocupantes riscos sociais surgidos na modernidade, decorrentes do desenvolvimento tecnológico e da globalização que ensejam um contexto histórico com riscos antes inexistentes relacionados, por exemplo, ao meio ambiente, com a exploração acentuada dos recursos naturais; aos mercados econômicos, com as grandes fusões e o agigantamento de conglomerados de empresas que podem colocar em risco a liberdade econômica e a livre concorrência; ao âmbito médico, com a manipulação genética; farmacêutico, com o desenvolvimento de novos medicamentos, etc.

Assim, a tutela penal de direitos coletivos seria o objetivo do Direito Penal Econômico, o que o afasta do monismo personalista, conforme veremos a seguir.

2.2.1 – O Monismo Personalista e sua posição refratária à tutela de bens jurídicos coletivos

O Monismo Personalista é teoria sobre os bens jurídicos que tem como referência a pessoa. Sua base é o entendimento de que o Estado serve à preservação da pessoa, isso é, do indivíduo. Em outras palavras, o monismo personalista parte da ideia de que o Estado existe para o indivíduo, de modo que seus instrumentos, dentre eles a Lei e o Direito Penal, devem ser voltados à proteção da pessoa e garantia de seus direitos.

Trata-se de desenvolvimento teórico voltado à humanização do Direito Penal, para afastá-lo de motivações moralistas e teóricas aproximando-o de motivação concreta da aplicação da pena, qual seja, a lesão a bens jurídicos individuais.

Nesse panorama, Hassemer⁸⁰, teórico do monismo personalista, esclarece que essa teoria trabalha com “a vinculação da determinação de merecimento de pena à lesão ou a perigo de lesão a um bem jurídico”, entendendo bens jurídicos como “[...]interesses humanos que carecem de proteção penal[...]”

Tal teoria tem como fundamento a ideia de um Direito Penal mínimo, levando em conta os princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade, regentes do Direito Penal, que orientam no sentido de que tal ramo do Direito só deve ser utilizado no último caso e para proteger a pessoa⁸¹.

Nesse panorama, o monismo personalista centraliza a proteção penal nos bens jurídicos individuais rejeitando tal proteção aos bens jurídicos coletivos. A esse respeito, Busato⁸² esclarece que

O monismo personalista – opção referencial – defendido, entre outros pelos participantes da Escola de Frankfurt, especialmente em comentários desses autores, foi incorporando características de negação à intervenção penal no âmbito dos bens jurídicos coletivos e sendo associado à ideia central daquela escola, de defesa de um Direito penal nuclear, clássico, voltado apenas à intervenção em casos de bens jurídicos individuais claramente identificados e, o que é pior, remetendo os demais casos para um *direito de intervenção*, um dito penal e outro não penal, mas ambos forçosos, estatais e interventivos, ainda que em diferentes medidas.

Essa ideia de que o monismo personalista centraliza a proteção de bens jurídicos nos bens jurídicos individuais, pois parte de uma concepção individualista dos bens jurídicos, se mostra na contramão do Direito Penal Econômico, uma vez que esse ramo

⁸⁰HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

⁸¹BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 67-68

⁸²BUSATO, op. cit. p.374

do Direito visa à proteção de bens jurídicos de titularidade indeterminada, ou seja, é voltado para proteção de bens jurídicos coletivos, razão pela qual o monismo personalista estaria na linha do Direito Penal clássico.

Entretanto, não se pode ignorar o atual anseio social de que o Estado garanta direitos e a segurança dos cidadãos, ou seja, de que atue em prol de direitos coletivos, o que se nota, inclusive, no âmbito penal pela tendência de expansão do Direito Penal, já destacada.

Por essa razão, há crítica ao monismo personalista, no sentido de que consoante tal teoria não seria possível tutelar bens jurídicos coletivos⁸³. Consta de tal crítica, assim, a percepção de incompatibilidade entre o monismo personalista e a tutela de bens jurídicos coletivos.

Assim, diante de tal percepção, é inegável o caráter refratário à proteção de bens jurídicos coletivos do monismo personalista, na medida em que tem como ponto central os bens jurídicos individuais. Isto é, conceitua os bens jurídicos a partir dos indivíduos.

Nesse contexto, há outra crítica ao monismo personalista no sentido de que

[...] uma perspectiva teórica que se concentre de modo parcial em bens jurídicos individuais e unilaterais, como a propriedade e o patrimônio não faz justiça à sociedade. Essa perspectiva nega a necessidade de criar, sem discriminações, chances de participação de todos os membros da sociedade. Somente uma teoria que garanta essas chances de participação pode ser considerada uma teoria social⁸⁴.

Tal crítica é feita tendo em conta que uma teoria do bem jurídico centrada em bens jurídicos individuais, como o Monismo Personalista, conteria problema do ponto de vista da igualdade, pois, ao promover o entendimento do bem jurídico a partir do indivíduo, privilegiaria parte da sociedade, qual seja, aquela composta por indivíduos

⁸³ DAVID, Décio Franco. Doping em Direito Penal: existe um bem jurídico a ser tutelado? Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/126-ARTIGO>. Acesso em 25 out. 2016; e BUSATO, op. cit., 377.

⁸⁴ HEFENDEHL, op. cit, p. 116

que possuem maior gama de bens jurídicos, de modo que os menos favorecidos estariam em posição de desvantagem. Os mais favorecidos, nesse contexto, seriam mais protegidos, considerando que, entre os bens jurídicos individuais, além daqueles que surgem com o nascimento do indivíduo, há aqueles que “podem ser adquiridos e perdidos em razão da ordem jurídica e social”⁸⁵

Assim, levando em conta que o conceito de bem jurídico seria desenvolvido com vistas em tais indivíduos, o monismo personalista privilegiaria parte dos membros sociais.

Por essa razão, parece, ao considerar a referida crítica, que o monismo personalista não conduz a um Direito Penal socialmente integrado, que leva em conta todos os membros da sociedade sem privilegiar apenas parte deles, o que parece recomendável.

Dessa forma, o ponto nodal que dá base à crítica ao monismo personalista é o fato de que essa teoria não dá base à proteção penal de bens jurídicos coletivos e apresenta perspectiva do bem jurídico a partir do indivíduo, ou seja, o bem jurídico é pensado tendo em conta sua importância para o indivíduo, o que privilegiaria parte da sociedade, qual seja, aquela composta por indivíduos que detém maior número de bens jurídicos e influência na política criminal.

Nesse caminho, vale notar que há outras teorias a embasar a tutela jurídica de bens coletivos, conforme se verá a seguir.

⁸⁵ Ibidem, p. 112

2.2.2 – A Teoria Social dos Bens Jurídicos

Em oposição à concepção do monismo personalista sobre os bens jurídicos surge a teoria social ou sociológica, elaborada por Roland Hefendehl.

Hefendehl defende que “[...] o monismo personalista está associado a um Direito penal clássico e, nesse sentido, está voltado a um perfil de proteção da propriedade privada”⁸⁶.

Daí que não serviria à proteção de bens jurídicos coletivos nem à configuração de um Direito Penal socialmente integrado, que seria aquele em que se leva em conta “[...] a sociedade e, logicamente, cada um de seus membros, sem privilegiar parte deles”⁸⁷.

A partir do pensamento de que o monismo personalista contém posição refratária à proteção de bens jurídicos coletivos e que não conduz a um Direito Penal socialmente integrado, Roland Hefendehl⁸⁸ apresenta a ideia de uma teoria social do bem jurídico.

A ideia central de uma teoria social do bem jurídico seria partir de uma perspectiva coletiva na conceituação do bem jurídico, isso é, estabelecer os bens jurídicos a partir de uma visão coletiva e não centrada no indivíduo.

Nesse contexto, Hefendehl defende que “[...] o eixo atual que justifica a intervenção penal é fundamentalmente transcendente a meros interesses individuais.”⁸⁹ e que “os bens jurídicos individuais atenderiam os interesses de uma única pessoa, ou a um grupo determinado de pessoas, enquanto que os bens jurídicos coletivos atenderiam aos interesses da generalidade das pessoas”⁹⁰.

⁸⁶ BUSATO, op. cit., p. 378

⁸⁷ HEFENDEHL, op. cit., p. 111

⁸⁸ Ibidem, p. 116

⁸⁹ BUSATO, op. cit., p. 378

⁹⁰ Ibidem, p. 378

Em outras palavras, de acordo com a teoria social se procuraria enxergar os bens jurídicos independente de estarem subjetivados, ou seja, independente de estarem concretizados na esfera jurídica de um indivíduo, podendo estar imanentes à coletividade.

Nesse panorama, Hefendehl defende a proteção de bens jurídicos coletivos devendo a proteção penal dos individuais ocorrer na medida em que esteja coletivamente justificado, ou seja, prega a proteção dos bens jurídicos individuais apenas se isso estiver coletivamente justificado⁹¹.

Na elaboração da teoria social dos bens jurídicos Hefendehl⁹² critica a dicotomia criada pela teoria pessoal entre bens jurídicos individuais e coletivos, considerando-a anacrônica, visto que conservaria tradicionais estruturas hierárquicas em que parte da sociedade seria privilegiada, qual seja, aquela detentora do poder de influência na elaboração do Direito Penal e possuidora de uma maior gama de bens jurídicos individuais.

Nesse caminho, pela teoria social dos bens jurídicos, abandona-se a divisão dos bens jurídicos em individuais e coletivos promovida pela teoria pessoal⁹³ passando-se a dividi-los segundo o número de pessoas a que atendem. Os bens jurídicos individuais atenderiam aos interesses de uma única pessoa, enquanto os coletivos, da generalidade de pessoas.

Assim, “um bem é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas”⁹⁴.

⁹¹ BUSATO, op. cit., p. 378

⁹² HEFENDEHL, Roland. op. cit, p. 116

⁹³ Ibidem, p. 112

⁹⁴ Ibidem, p. 114

Nesse contexto, como esclarece Busato⁹⁵, Hefendehl apresenta critérios para a identificação de bens jurídicos coletivos, quais sejam, in exclusividade, irivalidade do consumo e não distributividade.

In exclusividade significa que ninguém é excluído do uso do bem. Irivalidade do consumo, que o uso por uma pessoa não diminui o uso de outra. E, não distributividade, que há impossibilidade de divisão do bem em partes para distribuí-lo em cotas.

Além disso, tem importância no âmbito da teoria social dos bens jurídicos o titular do bem jurídico⁹⁶. Desse modo, Hefendehl defende que há bens que pertencem ao Estado e outros que pertencem à sociedade⁹⁷. Os primeiros promovem as condições necessárias para a manutenção e funcionamento do Estado e os segundos, ensejam a possibilidade de plena realização do indivíduo.

Ademais, Hefendehl encontra no conceito de confiança socialmente relevante a legitimação da proteção dos bens jurídicos⁹⁸.

Dessa forma, seriam exemplos de bens jurídicos coletivos os recursos ambientais, a confiança na segurança do dinheiro e a paz pública⁹⁹.

O problema dessa teoria, entretanto, parece ser a ideia de deslegitimação da proteção de bens jurídicos individuais percebida por Busato¹⁰⁰. Veja-se: “A exclusão da proteção de determinados bens jurídicos em favor do interesse de um grupo determinado de pessoas conduz a exigir, do ponto de vista da proteção de bens jurídicos individuais, o reflexo de um interesse coletivo, no sentido dos critérios pelos quais o autor (Hefendehl) identifica a legitimação dos bens jurídicos coletivos”¹⁰¹.

⁹⁵ BUSATO, op. cit., p. 379

⁹⁶ HEFENDEHL, Roland. op. cit, p. 112

⁹⁷ Ibidem, p. 116

⁹⁸ Ibidem, p. 115

⁹⁹ Ibidem, p. 115

¹⁰⁰ BUSATO, op. cit., p. 379

¹⁰¹ Ibidem, p. 379

Isso parece importar em uma posição refratária à proteção de bens jurídicos individuais, que só seriam protegidos se relacionados ao interesse coletivo, o que talvez não corresponda aos interesses sociais modernos de ampliação da proteção social.

2.2.3 – A Teoria dos Bens Jurídicos Coletivos Intermediários

Dentre as teorias sobre o bem jurídico que dão base à tutela penal de bens jurídicos coletivos há a teoria dos bens jurídicos coletivos intermediários.

Tal teoria parte de pensamento dualista adotando uma fórmula para a legitimação da proteção de bens jurídicos individuais e outra diferente para a legitimação da proteção penal aos bens jurídicos coletivos.

De acordo com ela, a proteção dos valores individuais e essenciais estaria legitimada pela essencialidade desses valores enquanto que os bens jurídicos coletivos “[...] estariam legitimados para figurar como objeto de atenção jurídico penal quando pudessem ser identificados como valores meios ou como instrumentos de realização dos valores essenciais, tais como vida, liberdade e propriedade”¹⁰².

Assim, a proteção penal dos bens jurídicos coletivos estaria legitimada na medida em que representem meio pelo qual se possibilite a plena realização dos bens individuais e essenciais.

Em outras palavras, a proteção dos bens jurídicos coletivos, segundo tal teoria, tem vez na medida em que eles se mostrem intermediários, ou seja, meio de realização de valores individuais e essenciais. Daí o caráter intermediário dos bens jurídicos coletivos para essa teoria.

¹⁰² BUSATO, op. cit., p.380

Busato¹⁰³ esclarece que foi Tiedemann quem “propôs a categoria dos bens jurídicos intermediários, como algo completamente autônomo em relação aos bens jurídicos individuais [...]”.

Assim, com base nessa teoria é possível legitimar a proteção dos bens jurídicos coletivos na linha do Direito Penal moderno.

O problema de tal teoria, entretanto, seria, segundo a visão de Busato¹⁰⁴ seu caráter dualista.

2.2.4 – O Monismo Humanista

Na linha da legitimação da tutela penal de bens jurídicos coletivos há, ainda, a teoria denominada de monismo humanista.

Tal teoria parte da ideia de que é um erro tratar o bem jurídico como um elemento que necessita de um conceito. A esse respeito Busato¹⁰⁵ afirma que “[...] o bem jurídico prescinde completamente de um conceito, já que de conceito teórico, há de converter-se quase que em um princípio ou postulado”.

Assim, o referido autor defende a superação da tentativa de se conceituar o bem jurídico para estabelecê-lo como elemento referencial, como, por exemplo, ocorre com o tipo penal.

Nesse contexto, Busato¹⁰⁶ esclarece que “não é necessário conceituar (...) o tipo desde um ponto de vista formal, bastando indicar os princípios que deve obedecer (da legalidade) e as funções que deve cumprir, bem como dotar-lhes de conteúdo.”.

¹⁰³ Ibidem, 380

¹⁰⁴ BUSATO, op. cit., p. 375

¹⁰⁵ Ibidem, p. 382

¹⁰⁶ Ibidem

Da mesma maneira, continua o autor, “[...] o bem jurídico não carece de um conceito, mas sim de um delineamento, de um conteúdo axiológico que permita identifica-lo como referente de recorte da dimensão material do tipo [...]”¹⁰⁷.

A partir dessa linha de ideias, o monismo personalista procura delinear o conteúdo do bem jurídico a partir da perspectiva de um único referente para legitimação da tutela penal dos bens jurídicos individuais e coletivos. Daí o termo “monismo”.

Note-se que de acordo com o monismo personalista não se desconsidera a necessidade de proteção dos bens jurídicos coletivos, considerando-se que “alguns dos problemas mais importantes da sociedade atual afligem interesses ou bens coletivos ou transindividuais.”¹⁰⁸.

Para delinear o conteúdo do bem jurídico e legitimar sua tutela penal, segundo a referida teoria, a ideia central é de que “somente podem ser objeto de incriminação ataques graves a bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento humano em sociedade”¹⁰⁹.

Em outras palavras, a tutela penal se justifica diante de ataques graves a valores indispensáveis para o desenvolvimento do ser humano em sociedade. Daí o termo “humanista”.

Assim, estaria legitimada a tutela penal tanto dos bens jurídicos individuais quanto dos coletivos, segundo a teoria em comento. Isso porque “do mesmo modo que a vida ou integridade física são bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento do ser humano, e de caráter individual, o ambiente também é, porém, é sem dúvida um bem jurídico coletivo.”¹¹⁰.

¹⁰⁷ Ibidem

¹⁰⁸ BUSATO, op. cit., p. 382

¹⁰⁹ BUSATO, op. cit., 2013, 383

¹¹⁰ Ibidem, p.383

Em suma, de acordo com o monismo personalista, são bens jurídicos passíveis de proteção penal aqueles que compõem um acervo essencial para o desenvolvimento do ser humano em sociedade, sejam individuais ou coletivos.

A diferença entre o monismo personalista e a teoria dos bens jurídicos coletivos intermediários é que consoante a primeira teoria não se insere o bem jurídico coletivo na esfera de interesse jurídico penal apenas por ser meio para a garantia dos bens jurídicos individuais¹¹¹, ou seja, não se legitima a proteção dos bens jurídicos coletivos por esses serem intermediários à garantia dos individuais, mas sim por eles serem essenciais ao desenvolvimento humano, assim como os individuais.

Daí que o monismo personalista parte de premissa monista, pois, como dito, apresenta perspectiva de um único referente para legitimação da tutela penal dos bens jurídicos individuais e coletivos, qual seja, ser o bem jurídico essencial ao desenvolvimento humano, ao passo que a teoria dos bens jurídicos coletivos intermediários, parte de uma premissa dualista, visto que enxerga a legitimidade dos bens jurídicos individuais em sua própria essencialidade e, com relação aos coletivos, na medida em que se mostram como meio para realização dos bens jurídicos individuais.

Tal teoria parece adequada e mais vantajosa em relação às anteriores visto que permite a proteção penal de bens jurídicos coletivos, o que vai ao encontro dos anseios e necessidades da sociedade moderna; não se mostra refratária à proteção de bens jurídicos individuais e não tem como ponto central bens jurídicos individuais - como o monismo humanista e teoria dos bens jurídicos coletivos intermediários - ou coletivos, como a teoria social do bem jurídico.

Em outras palavras, de acordo com ela não se coloca os bens jurídicos individuais como base para a proteção dos bens jurídicos coletivos, nem se coloca os

¹¹¹ Ibidem, p. 383

coletivos como base para a proteção dos individuais. Diferentemente, coloca-se o ser humano como base para a proteção dos bens jurídicos, o que parece bastante adequado.

Por meio delas, se compõe um cabedal teórico cuja finalidade é a maior proteção do ser humano e da sociedade, o que é conveniente no contexto de uma sociedade de risco, na qual vivemos, protegendo tanto os bens jurídicos individuais quanto os coletivos a partir de uma só perspectiva e considerando-os no mesmo patamar.

2.3 – A empresa como fonte e razão da afetação de bens jurídicos coletivos

É inegável que fatos gravíssimos de imensa repercussão social têm sido ocasionados por pessoas jurídicas. Como exemplo, tem-se a tragédia econômica e ambiental causada pela mineradora Samarco, ocorrida em novembro de 2015 na cidade de Mariana/MG. Tal tragédia foi ocasionada pelo rompimento de uma barragem de rejeitos de minério de ferro que gerou uma enxurrada de lama destruindo cidades e poluindo o Rio Doce, e resultou em uma das maiores tragédias ambientais de Minas Gerais e quiçá do Brasil¹¹².

As consequências do evento foram imensos prejuízos à economia da região¹¹³ e ao meio ambiente, entre outras. Vale destacar, aliás, que houve estimativa de alteração do preço do minério no mercado internacional por conta do referido evento danoso¹¹⁴

¹¹² Estes são alguns dos danos causados pela lama da barragem da Samarco. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2015/11/estes-sao-alguns-dos-danos-ambientais-causados-pela-lama-da-barragem-da-samarco.html>>. Acesso em 20 dez. 2015; e Tragédia em Mariana já é considerada o maior desastre ambiental de MG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/11/tragedia-em-mariana-ja-e-considerada-o-maior-desastre-ambiental-de-mg.html>>. Acesso em 21 dez. 2015

¹¹³ Produtores sofrem com prejuízos provocados com a lama em Mariana. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2015/11/produtores-sofrem-com-prejuizos-provocados-pela-lama-em-mariana.html>>. Acesso em 21 dez. 2015.

A partir desse exemplo, é evidente o atingimento de interesses coletivos e transindividuais decorrentes da atividade empresarial da citada pessoa jurídica. E esse é apenas um exemplo pontual de afetação de bens jurídicos coletivos pela atividade empresarial de uma pessoa jurídica.

É de se notar, nesse panorama, que o contexto da modernidade, que envolve avanço tecnológico notável e a facilidade de negociações decorrente da globalização, fortalece as pessoas jurídicas tornando-as ainda mais capazes de afetar a coletividade. Ou seja, tal contexto gera pessoas jurídicas com maior capacidade de afetação de interesses coletivos e transindividuais.

Por conta da grande capacidade de afetação de interesses coletivos e transindividuais que as pessoas jurídicas possuem atualmente é que o jurista espanhol Bernardo José Feijoo Sánchez¹¹⁵ afirma que “[...] *en la moderna sociedade de organizaciones las personas jurídicas titulares de las mismas tienen un papel primordial en el cumplimiento de la legalidad y en la existência de una realidade social conforme a Derecho.*” .

Com efeito, note-se que o ponto principal que faz com que as pessoas jurídicas tenham essa capacidade de afetação dos bens jurídicos coletivos e transindividuais é a atividade desenvolvida por elas, ou seja, a empresa, aqui entendida, nos termos do artigo 966 do CCB, como atividade econômica organizada. Isso porque a afetação dos bens jurídicos decorre da atividade das pessoas jurídicas - na maioria das vezes empresarial - que se intensificou na modernidade. Da busca pelo lucro, assim, pode surgir a lesão a bens jurídicos transindividuais e coletivos.

¹¹⁴ A tragédia em Mariana pode afetar o mercado global de minério? Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151109_mercado_barragem_ru_ab>. Acesso em 21 dez. 2015.

¹¹⁵ SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara; FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Espanha: Thompson Reuters, 2012, p.51

Nessa linha, o legislador brasileiro parece reconhecer a capacidade de afetação de bens jurídicos transindividuais e coletivos pelas pessoas jurídicas, considerando a previsão dos artigos 225, §3º, da CRFB, e 3º da Lei 9.605/98¹¹⁶, que falam em responsabilização civil, administrativa e penal das pessoas jurídicas. Tais previsões revelam que o legislador enxerga as pessoas jurídicas como sujeitos que podem causar danos a bens jurídicos. Se assim não fosse, não haveria razão de ser para tais dispositivos, já que, se não fossem capazes de lesionar bens jurídicos, não haveria motivo para a previsão de sanções penais às pessoas jurídicas.

Embora evidenciem que o legislador enxergou as pessoas jurídicas como capazes de lesionar bens jurídicos, especificamente o meio ambiente, tais dispositivos são objeto de discussão doutrinária havendo quem sustente que não se prestam a prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A esse respeito, vejamos o que sustenta Luiz Regis Prado¹¹⁷:

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a cominação de sanções penais e administrativas, conforme o caso, aos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) que eventualmente causem lesão ao meio ambiente. Dispõe o artigo 225, §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”. Embora ambíguo o texto, não há falar (sic) aqui, porém, em previsão de responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo em tela refere-se, claramente, a conduta/atividade e, em seqüência, a pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada.

Dessa forma, em outras palavras, o referido autor defende que o constituinte quis com a ordem das palavras do texto constitucional correlacionar pessoas físicas à sanções penais e pessoas jurídicas, às administrativas.

¹¹⁶ Vide notas 45 e 46

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos e implicações*. In. PRADO. Luiz Regis, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação objetiva*. São Paulo. RT, 2011, p. 151

Nesse panorama, continua argumentando que “[...] mesmo que o dizer constitucional fosse noutra sentido (...), não poderia ser aceito [...]”¹¹⁸, pois isso feriria a congruência constitucional.

Quanto ao artigo 3º da Lei 9.605/1998¹¹⁹, sustenta sua inconstitucionalidade, tendo em conta sua argumentação, acima referida.

Contudo, ante a capacidade das pessoas jurídicas de afetarem bens jurídicos coletivos, acima destacada, parte relevante da doutrina reconhece como necessária a responsabilização penal das pessoas jurídicas, como se verá a seguir.

2.4 – A necessidade de responsabilidade penal do ente coletivo

Na linha do que foi dito anteriormente, e para demonstrar a necessidade de responsabilização penal do ente coletivo, vale notar a lição de Paulo César Busato¹²⁰:

“[...] vivemos a ruptura muito bem detectada por Beck, como sendo a sociedade do risco consistente em uma etapa póstuma da sociedade industrial, onde os riscos para a existência já não provêm de acontecimentos naturais, mas sim, de criações humanas, que, não obstante, não derivam de ações próximas e claramente identificáveis, mas sim, de providências tecnológicas massificadas e globais, cuja fonte real é desconhecida ou disseminada.”

Nesse contexto, tem-se que, na atualidade, os riscos aos bens jurídicos não estão relacionados apenas a condutas humanas. A questão é mais abrangente.

É de se notar, assim, que as pessoas jurídicas, como criações humanas com relevante capacidade de atuação social, também são capazes de trazer riscos a bens jurídicos, na linha do que foi dito anteriormente. Isso é, na sociedade de risco os bens jurídicos podem ser violados tanto por ações próprias de pessoas naturais, quanto pela

¹¹⁸ Ibidem, p. 151

¹¹⁹ Vide nota 46

¹²⁰ BUSATO, Paulo César. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 35

atuação de pessoas jurídicas, valendo reiterar, aliás, que com o desenvolvimento da tecnologia, dos meios de produção e do comércio, intensificou-se a atuação social das últimas.

Nesse sentido, vale notar o registro da Ministra do STF Rosa Weber, que no RE 548.181 citou pronunciamento da Suprema Corte norte-americana, o caso *New York Central e Hudson River R.R v. US*, 212 U.S 481/1901¹²¹, nos seguintes termos:

O Direito não pode fechar os seus olhos para os fatos de que a grande maioria das atividades econômicas nos tempos modernos é conduzida por empresas, de que particularmente todo o comércio entre os Estados está inteiramente em suas mãos, e de que conceder a elas imunidade de qualquer punição, em decorrência da velha e explodida doutrina de que uma empresa não pode delinquir, iria tornar indisponíveis os únicos meios de efetivamente regular a matéria e de corrigir os abusos praticados.

Portanto, note-se que não são apenas as pessoas físicas que ameaçam bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. As pessoas jurídicas também são capazes de ameaça-los, e, ressalte-se, de modo relevante. Assim, para fazer frente a isso parece necessária a responsabilidade penal de tais entes.

Além do fato de, na sociedade de risco, as pessoas jurídicas terem bastante relevância e capacidade de provocar importantes lesões a bens jurídicos, a observação da realidade criminológica deixa ainda mais clara a necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Nesse ponto, Busato¹²² ensina que:

Vive-se hoje em uma sociedade extremamente tecnológica, anônima, massificada e global, onde os riscos são produzidos em tempo e lugar distantes da conduta que lhes deu origem. Evidentemente, como bem observa Figueiredo Dias, já não é mais possível ancorar a legitimação do direito penal unicamente sobre a estrutura ficcional do contrato social, salvo mediante o reconhecimento de que não cabe nenhum papel ao direito penal na sociedade atual para a preservação de gerações futuras. Evidentemente, se entendido

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548.181. Relatora Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28548181%2ENUME%2E+OU+548181%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9yxhq3>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

¹²² BUSATO, op. cit., 2013, p. 35

que ao direito penal ainda resta um papel na sociedade de risco, é preciso um ajuste discursivo para uma política criminal que, a um só tempo, não abra mão das garantias conquistadas ao longo do desenvolvimento dos freios do sistema punitivo, e se ajuste às necessidades atuais a respeito de quais pontos em que efetivamente podem ser identificados ataques graves a bens jurídicos fundamentais.

Assim, na sociedade de risco em que se vive não seria recomendável manter visão sobre o Direito Penal no sentido de que serve apenas para proteger os cidadãos dos arroubos punitivos do Estado. Há que se perceber também que tal ramo do Direito tem função de garantia dos bens jurídicos transindividuais, fundamentais para a manutenção de nossa sociedade e das futuras gerações. Desse modo, se faz necessário reconhecer que a política criminal não deve ignorar o fato de que as pessoas jurídicas são capazes de gerar graves riscos a bens jurídicos fundamentais, devendo, portanto, serem consideradas sujeito de deveres também no âmbito penal.

Isso porque, continua Busato¹²³:

[...] já existe um vasto reconhecimento doutrinário de que a realidade criminológica impôs uma nova perspectiva político-criminal proclive a responsabilização penal de pessoas jurídicas, inclusive por não ser razoável condição de sujeito de direitos que igualmente não pode ser sujeito de deveres com relação à contenção de condutas de agressão intolerável a bens jurídicos essenciais.

Além do risco que as pessoas jurídicas oferecem aos bens jurídicos transindividuais, cuja relevância para o direito penal é evidente, ante a importância que têm, há ainda o incremento da dificuldade na responsabilização de quem perpetrar lesões a tais bens jurídicos por meio de pessoas jurídicas.

Veja-se o que destaca Busato a respeito¹²⁴:

A doutrina inclusive tem recomendado a mudança de foco do estudo da criminalidade, desde um ângulo individual para a criminalidade de grupo, reconhecendo que especialmente as lesões voltadas a bens jurídicos transindividuais como a saúde pública, a fazenda pública ou o ambiente, têm sido, com frequência, perpetradas por sujeitos coletivos, onde (sic), ademais,

¹²³ BUSATO, op. cit., 2013, p. 22

¹²⁴ Ibidem, p. 21

existem relações de divisão de trabalho sob forma hierárquica e fragmentária que prejudica muitíssimo a possibilidade de individualização das responsabilidades.

Nesse panorama, a não admissão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas enseja, ainda, dificuldade na persecução e punição de pessoas físicas que atuem em nome do ente coletivo, tendo em vista que a organização do ente, por vezes, faz com que não fique clara a responsabilidade da pessoa física o que prejudica a demonstração processual da responsabilidade individual, bem como a caracterização da culpabilidade do agente.

Ademais, mesmo que a pessoa física que atuou em nome da pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente, se a pessoa jurídica não o for, é possível que se valha de funcionários fungíveis para continuar a praticar atos lesivos a bens jurídicos que importam ao Direito Penal, “[...] para que estes (funcionários) culminem recebendo toda a carga de responsabilidade, enquanto a empresa se safava.”¹²⁵.

Esse contexto revela que a não responsabilização do ente coletivo deixa desprotegidos bens jurídicos fundamentais para a sociedade e que podem ser violados por pessoas jurídicas.

É digno de nota que o Direito Administrativo e Direito Civil preveem sanções para as pessoas jurídicas e são utilizados para a responsabilização delas ante a lesões e prejuízos causados à indivíduos e à coletividade, o que toca lesões a bens jurídicos transindividuais. Nesse caminho, há crítica de que a responsabilização penal das pessoas jurídicas violaria o princípio da intervenção mínima, na sua vertente subsidiariedade, cujo sentido é de que o Direito Penal só tem lugar quando os outros ramos do Direito se mostram insuficientes, razão pela qual não haveria que se falar em responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

¹²⁵ Ibidem, p. 20

Em outras palavras, a crítica é no sentido de que não haveria necessidade de se responsabilizar penalmente pessoas jurídicas, uma vez que as sanções previstas no Direito Administrativo e no Direito Civil já seriam suficientes para proteção dos bens jurídicos transindividuais.

Diante dessa ponderação, é de se notar a lição de Busato¹²⁶, no sentido de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas deve ser admitida não havendo que se falar em violação ao princípio da intervenção mínima:

O Direito penal deverá seguir existindo, ele deverá ser mantido como *ultima ratio*, e como tal, independente das circunstâncias em que exista, reservado para as intervenções mais graves. Se essas intervenções mais graves estão ocorrendo dentro do Direito administrativo e do Direito civil, certamente isso não é um sintoma de que o Direito penal deva ser desprezado, mas sim um sintoma claríssimo da existência de uma fraude de etiquetas. Aquilo que se chama Direito civil ou Direito administrativo, mas que promove restrições de direitos e multas graves, certamente deverá gozar de uma estrutura de garantias absoluta, como só o Direito penal pode proporcionar. O emprego de mecanismos de inversão de prova contra o imputado, de presunções e abreviações processuais não é tolerável diante da intervenção máxima. (...) Como se nota, não importa o nome que se dê, importa o conteúdo. Sempre será imprescindível que as intervenções mais graves – sejam quais forem – contra o indivíduo sejam acompanhadas de maiores garantias. A esse sistema costuma se chamar de sistema penal.

Em suma, segundo essa linha de pensamento, aplicar o Direito Administrativo ou o Direito Civil em questões que devem ser tratadas com o Direito Penal seria inadequado e violaria garantias fundamentais, importaria, nas palavras de Busato, em uma fraude de etiquetas.

Ademais, vale assinalar o registro do Ministro do STJ Gilson Dipp, noticiado por Busato¹²⁷, que aponta peculiaridade do Direito Penal: “[...] na persecução penal e na sanção penal existiria um peso, um estigma, um caráter único e maior, diferente do civil que repercutiria bem junto às empresas e aos seus dirigentes pelas consequências que tem”.

¹²⁶ BUSATO, op. cit., 2013, p. 733

¹²⁷ BUSATO, op. cit., 2013, p.20

Assim, diante desse peso que só o Direito Penal tem, se mostraria inadequado seu descarte, por meio do argumento de que o Direito Administrativo e Civil seriam suficientes para a proteção de bens jurídicos contra atuação de pessoas jurídicas.

Note-se que a realidade jurídica brasileira dá razão ao Ministro Gilson Dipp. Isso porque é notório que em inúmeras ações judiciais, movidas por consumidores alegando vícios na prestação de serviços públicos, tais como fornecimento de luz, telefonia e fornecimento de internet, há responsabilização e condenação cíveis. Isso é, o Poder Judiciário tem reconhecido amplamente violações a direitos de consumidores por empresas e, por conseguinte, tem condenado civilmente as pessoas jurídicas responsáveis.

Contudo, mesmo diante de inúmeras condenações, as pessoas jurídicas têm mantido as mesmas práticas havendo, aliás, lista de pessoas jurídicas mais acionadas judicialmente, mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹²⁸ de modo que parece que as condenações cíveis não têm inibido violações aos direitos do consumidor.

Isso é, em que pese haver um grande número de condenações cíveis de empresas fornecedores dos referidos serviços, parece haver uma continuidade das violações a direitos dos consumidores, não havendo mudança de comportamento por parte das pessoas jurídicas condenadas.

Esse talvez seja um indicativo de que, de fato, as condenações cíveis ou administrativas não repercutam tão mal junto às pessoas jurídicas e seus dirigentes, o que, reitere-se, corrobora a afirmação do Ministro Gilson Dipp.

¹²⁸ As mais acionadas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas>>. Acesso em: 18 out. 2016.

Dessa forma, considerando tais informações, mostra-se necessária uma mudança de rumos no que tange a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no sentido de admiti-la.

3- A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: AÇÃO (CONDUCTA) E CULPABILIDADE COMO QUESTÕES FUNDAMENTAIS

Clássica posição doutrinária é no sentido de que pessoas jurídicas não podem ser sujeito ativo de crimes. Trata-se de corrente de pensamento que está em consonância com o princípio *societas delinquere non potest*.

Essa posição tem origem na teoria da ficção que teve como seu expoente teórico de maior destaque Savigny¹²⁹.

A teoria da ficção constrói o entendimento de que pessoas jurídicas são entes fictícios, criados juridicamente, que, portanto, não tem querer, isto é, não podem manifestar sua vontade de forma independente das pessoas naturais que lhes dirigem. Por essa razão, não teriam capacidade de ação e, por conseguinte, não lhes poderia ser imputado crime. Nessa linha, a sanção penal só poderia ser aplicada a pessoas naturais, que têm capacidade de ação, visto que possuem capacidade de autodeterminação.

Em tal panorama, de acordo com as principais teorias da conduta, não haveria base, seguindo o pensamento penal clássico, para afirmar que a pessoa jurídica tem capacidade de ação. Vejamos.

Para as teorias causalistas, causal-naturalista e causal-valorativa, ação seria acontecimento humano no mundo natural. Sendo um acontecimento humano, não seria possível à pessoa jurídica a prática de conduta.

Para a teoria finalista, a ação seria uma atividade final composta de elemento objetivo, qual seja, um comportamento humano capaz de gerar efeito no mundo exterior, e de elemento subjetivo, a vontade final do agente. Assim, também de acordo

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2011, p. 130.

com essa teoria, pessoas jurídicas não teriam capacidade de atuação para fins penais, eis que incapazes de formar o elemento subjetivo.

Para a teoria personalista da ação, a ação seria tudo o que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação, razão pela qual, também para essa teoria, as pessoas jurídicas não realizariam ação.

Noutro giro, embora as teorias da ação social, da evitabilidade individual e da ação significativa não apontem tão diretamente para a incapacidade de ação da pessoa jurídica, para sustentar a possibilidade de a pessoa jurídica praticar conduta seria preciso manejá-las de modo a superar a tendência clássica até aqui demonstrada de se reconhecer que pessoas jurídicas não têm capacidade de ação.

Com efeito, tal tendência parece ter influência da visível impossibilidade de a pessoa jurídica praticar ação em seu sentido ontológico, físico, o que trabalha a favor do pensamento clássico de impossibilidade de reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito ativo de crime e torna necessária construção dogmática refinada para sua superação.

Ademais, tem respaldo na percepção de que as pessoas jurídicas seriam incapazes de manifestar vontade, razão pela qual seriam incapazes de inserir elemento subjetivo na conduta criminosa.

Assim, levando em conta que tal elemento é indispensável para a existência do crime, especialmente considerando o teor do parágrafo único do artigo 18 do CP (“Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”), estaria corroborada a posição pela impossibilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A esse respeito, registra Busato¹³⁰:

É comum na doutrina a expressão de que a pessoa jurídica é incapaz de vontade, e que a vontade, expressão máxima do dolo direto, consiste em elemento dogmático imprescindível e, portanto, em problema insuperável pela pretensão de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Nesse caminho, é por influência de tais desenvolvimentos teóricos sobre a conduta que a admissão de que pessoa jurídica pode praticar ações criminosas é vista com reservas, o que cria problemas para o reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil.

Outra questão que cria empecilho dogmático em relação à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas gira em torno da culpabilidade.

Culpabilidade é o juízo de reprovabilidade da conduta¹³¹. Assim, a problemática se instaura, pois, se a pessoa jurídica não tem querer independente de seu dirigente, não seria possível realizar juízo de reprovação que recaísse sobre a primeira de modo independente do segundo.

Assim porque o exame da culpabilidade só recai sobre imputáveis, isto é, aqueles que podem ser responsabilizados por suas ações (vide artigo 29 combinado com artigo 12, ambos do CP¹³²).

Nesse sentido, vejamos o que defende Juarez Cirino dos Santos¹³³:

[...] a pessoa jurídica não tem capacidade penal (capacidade de culpabilidade), porque os requisitos de maturidade e de sanidade mental que fundamentam a capacidade penal de seres humanos são inaplicáveis à entidade incorpórea da pessoa jurídica, com sua vontade coletiva ou pragmática produzida em reuniões, deliberações e votos: a capacidade penal não pode ser suprida pelo registro do contrato social da pessoa jurídica na Junta Comercial, por exemplo.

¹³⁰ BUSATO, op. cit., 2013, p. 44

¹³¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 407

¹³² BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 dez. 2016

¹³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 286

E o referido doutrinador continua:

[...] o conhecimento do injusto, como conhecimento da antijuridicidade concreta segundo a teoria dominante, ou da punibilidade do fato conforme uma teoria moderna, que permite dizer que o sujeito sabe o que faz, só pode existir no aparelho psíquico individual de pessoas físicas, porque a psique coletiva formadora da vontade pragmática das reuniões, deliberações e votos é uma ficção incorpórea sem existência real, incapaz de representar a natureza proibida do tipo de injusto.

Assim, revela-se argumento no sentido de que as pessoas jurídicas não se enquadram nas diretrizes do princípio da culpabilidade, ou seja, sua responsabilização penal violaria tal princípio.

Comungam de tal pensamento, no sentido de impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti, entre outros¹³⁴.

Ademais, é sabido que a culpabilidade também tem relação com a aplicação da pena, conforme artigo 59 do CP¹³⁵ (“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”).

Dessa maneira, as penas revelam ter função de prevenção e reprovação do crime. Trata-se das chamadas função de prevenção geral e especial das penas. Por prevenção geral se entende a função da pena de coibir novas práticas criminosas. Já por prevenção especial, a função de coibir nova prática pelo apenado, isso é, de inibir o apenado de voltar a delinquir ante as consequências da pena.

Como as pessoas jurídicas não tem compreensão própria da realidade, visto que não possuem aparelho psíquico individual, os doutrinadores contrários à

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*: Em defesa do princípio da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹³⁵ Vide nota 131

responsabilidade penal das pessoas jurídicas sustentam que a pena não cumpriria as funções mencionadas, que lhes são pertinentes, o que seria outro empecilho à responsabilização penal das pessoas jurídicas, uma vez que as penas só teriam legitimidade quando observadas suas funções.

Nesse contexto, diante da argumentação apresentada por aqueles que defendem o princípio *societas delinquere non potest*, nota-se que os principais obstáculos apresentados no campo do Direito Penal para a responsabilização penal das pessoas jurídicas referem-se, portanto, à conduta e à culpabilidade.

Nesse sentido, veja-se o que diz Busato¹³⁶:

Um breve olhar sobre o panorama de publicações jurídicas brasileiras sobre o tema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas revela que as oposições à sua aceitação partem de afirmar que a pessoa jurídica é incapaz de ação em sentido ontológico, menos ainda do direcionamento de uma finalidade, sob a forma de dolo natural, próprio das bases finalistas e, finalmente, que o juízo de reprovação pessoal próprio da culpabilidade, ancorado nas características pessoais de compreensão do ilícito e de adequação do comportamento a tal compreensão, escapam à natureza da pessoa jurídica.

3.2 – A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

Embora o brocardo *societas delinquere non potest* seja bastante difundido na doutrina brasileira, atualmente pode-se dizer que há tendência em nosso país de se admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tanto na doutrina¹³⁷, quanto na jurisprudência¹³⁸.

¹³⁶ BUSATO, GUARAGNI, op. cit., 2013, p. 33

¹³⁷ BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548.181. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28548181%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z5eg53e>>. Acesso em: 18 out. 2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.173. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=39173&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 out. 2016.

Registre-se que é notória a existência de forte jurisprudência no sentido da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em se tratando de crimes ambientais.

Assinale-se, todavia, que as discussões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas são mais amplas, isso é, a tendência de responsabilização penal de pessoas jurídicas parece ir além das questões relacionadas ao meio ambiente. A esse respeito, veja-se o teor do artigo 173, §5º, da CRFB¹³⁹, que fala em responsabilização de pessoas jurídicas por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia particular, dando margem à discussão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas também nessa seara.

De mais a mais, pode-se perceber relevante discussão atual no Brasil sobre a possibilidade de ampliação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para outros âmbitos, sendo fundamental notar, nesse panorama, a previsão de tal responsabilidade no projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)¹⁴⁰.

A esse respeito, veja-se a lição de Busato¹⁴¹

A comissão elaboradora do projeto de Código Penal optou, segundo relata sua Exposição de Motivos – por maioria de votos – por interpretar que a referência constitucional à responsabilidade penal de pessoas jurídicas é meramente exemplificativa, sendo permitida sua distensão para outros campos.

No entanto, mesmo diante da opção tomada, a questão ainda não está livre de discussões. Isso é citado por Busato na continuação do texto acima:

A expressão por maioria de votos usada na Exposição de Motivos é a parte mais esclarecedora a respeito do tema constante das fundamentações. Ela expõe a público a seriíssima divergência existente entre os membros da comissão a respeito da necessidade ou não de avançar neste ponto, que sabidamente norteia o tema desde os seus alvares. Outrossim, deixa entrever

¹³⁹ Vide nota 45

¹⁴⁰ Vide nota 47

¹⁴¹ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas no Projeto de Novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades*. IBCCRIM, São Paulo. Edição Especial, pp. 98-128, 2011/2012, Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=135>. Acesso em: 03 mai. 2016.

ainda mais, que este desacordo não se restringiu unicamente aos limites constitucionais impostos à questão, e nem foi superado pela votação, já que se vislumbra claramente no projeto uma proposta vacilante, insegura quanto à decisão tomada, o que conduziu à inserção de uma série de ressalvas e senões, que não apenas tornaram o texto contraditório, mas que demonstraram não haver uma orientação uniforme e segura da comissão no que respeita ao modelo teórico adotado.

Dessa forma, apesar da tendência notada de se admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, revela-se no país controvérsia existente relacionada tanto à possibilidade de responsabilização penal de pessoa jurídica, quanto a ser possível ou não a extensão de tal responsabilidade para outros âmbitos além do ambiental e, também, quanto ao embasamento teórico para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Todavia, em que pese a existência de tal controvérsia no país, não se pode passar ao largo da tendência mundial de responsabilização de pessoas jurídicas para a proteção de bens jurídicos coletivos¹⁴².

E também não se pode deixar de notar que a jurisprudência brasileira, especialmente dos Tribunais Superiores, como ventilado, na linha de tal tendência mundial, tem admitido a responsabilidade penal de pessoas jurídicas – vide RE 548.181, julgado pelo STF, e RMS 39.173/BA, julgado pelo STJ¹⁴³.

Nesse caminho, vale analisar as duas principais modalidades de responsabilização de pessoas jurídicas, quais sejam, a autorresponsabilidade e a heterorresponsabilidade, a fim de que se conheça os possíveis caminhos no âmbito da responsabilização penal de tais entes, o que será feito a seguir.

¹⁴² BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Projeto de novo Código Penal Brasileiro. Revista Liberdades: IBCCRIM, p. 103. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=135. Acesso em 03 mai. 2016

¹⁴³ Vide nota 137

3.2 – Modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica

A primeira modalidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas a ser analisada é denominada autorresponsabilidade.

Nela é possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica de modo independente da responsabilização penal de pessoa física, ou seja, para a responsabilização da pessoa jurídica não haveria necessidade de dupla imputação.

A respeito desse modelo de responsabilização da pessoa jurídica, Busato¹⁴⁴ afirma que:

[...] em um verdadeiro esquema de autorresponsabilidade, a responsabilidade penal da própria pessoa jurídica deve existir independentemente da decisão tomada por qualquer representante legal ou contratual, o qual, por seu turno, igualmente tem responsabilidade penal independente e pessoal pela contribuição que tenha dado para o delito. Do mesmo modo, os representantes de um órgão colegiado que delibere no seio da empresa possuem, sendo pessoas físicas ou jurídicas, cada qual sua responsabilidade penal independente, na medida de suas contribuições para o delito.

Em outras palavras, segundo tal ensinamento, no sistema de autorresponsabilidade haveria a responsabilidade da pessoa jurídica sem exigência de identificação da pessoa física que tenha consubstanciado a ação da pessoa jurídica.

Contudo, vale dizer, que há na doutrina entendimento no sentido de que mesmo sendo exigida manifestação de pessoa física pela lei para a responsabilização da pessoa jurídica, como ocorre na previsão do artigo 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.605/98, que exige decisão de representante legal, contratual ou do órgão colegiado para responsabilização da pessoa jurídica, seria cabível falar em autorresponsabilidade.

¹⁴⁴ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Projeto de novo Código Penal Brasileiro. Revista Liberdades: IBCCRIM, p. 102. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=135. Acesso em 3 mai. 2016

Nessa linha, veja-se a lição de Fábio André Guaragni e Andressa Chiamulera¹⁴⁵:

Importante deixar claro que a possibilidade de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica não implica na desnecessidade da análise das condutas das pessoas físicas que atuam na empresa, visto que a comprovação de que houve a (i) prática de infração criminal prevista na Lei 9.605/98 por (ii) decisão por parte de alguém ou de órgão em posição apical no (iii) interesse ou benefício da entidade são os três requisitos que permitem a responsabilização da pessoa jurídica (artigo 3º, caput da *lexspecialis*).

Assim, é possível falar em autorresponsabilidade das pessoas jurídicas mesmo que se exija manifestação humana para prática do crime. A prática da pessoa natural seria entendida como ação da própria pessoa jurídica, de modo que não haveria necessidade de responsabilização penal concomitante da pessoa física que cometeu a conduta, pois a atuação seria da própria pessoa jurídica, apenas por meio da pessoa física.

Com efeito, o ponto caracterizador mais evidente desse modelo de responsabilidade da pessoa jurídica, como dito inicialmente, é a possibilidade de responsabilização autônoma da pessoa jurídica, sem que haja necessidade de responsabilidade concomitante da pessoa física que, eventualmente, tenha praticado a conduta.

Assim, quando se trata do modelo de autorresponsabilidade tem-se que a responsabilização penal da pessoa jurídica é independente da responsabilidade penal da pessoa física, apesar de também ser possível a responsabilização concomitante desta.

Tal modelo de responsabilização gera relevante repercussão prática no processamento criminal de pessoas jurídicas, como destaca Fábio André Guaragni e Andressa Chiamulera¹⁴⁶:

¹⁴⁵ GUARAGNI, Fábio André; CHIAMULERA, Andressa. *Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em Crimes Ambientais*: Aspectos práticos da atuação do Ministério Público. Disponível em http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/FabioGuaragni_AndressaChiamulera_Autorresponsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica_em_Crimes_Ambientais.pdf. Acesso em 3 mai. 2016

¹⁴⁶ Vide nota 144

Na prática cotidiana do Ministério Público, é certo que um modelo de autorresponsabilidade facilitaria o manejo das provas. Em crimes empresariais, num modelo de produção em que, “junto a uma crescente divisão do trabalho, entidades coletivas tomam o lugar de empresas individuais” (TIEDEMANN), a produção da prova encontra obstáculos derivados de um corriqueiro emaranhado organizacional, a combinar-se com o intenso cruzamento de cursos causais dentro do ambiente corporativo. Estes cursos, a seu turno, entrecruzam-se com cursos causais externos ao ente coletivo, mas a ele ligados (como ações de fornecedores, consumidores e parceiros negociais diversos). Tudo dificulta a individualização de condutas de seres humanos posicionados no vértice piramidal das pessoas jurídicas. Aliás, esta evidência é multipercebida. “A dificuldade que existe acerca da identificação de pessoas físicas responsáveis por uma infração, tendo em conta a estrutura complexa das empresas” foi uma das bases da recomendação oriunda do Conselho Europeu (R (88) 18, de 20 de outubro de 1988) para que os países membros da União Europeia sancionassem penalmente o ente coletivo. Porém, esta individualização é necessária em modelos de heteroresponsabilidade do ente coletivo. Funciona como pressuposto para que a pessoa jurídica sofra a imputação (é o modelo chamado na jurisprudência “sistema ou teoria da dupla imputação”). A correlata dificuldade probatória cria um quadro que frustra a intenção expressa do constituinte originário de garantir proteção eficiente ao meio ambiente, enquanto bem jurídico-penal.

Em outras palavras, o modelo de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas permitiria a proteção mais eficiente dos bens jurídicos coletivos, uma vez que nele a complexidade da organização empresarial não é capaz impedir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Isso porque, nesse modelo, é prescindível a identificação da pessoa física que praticou a conduta em nome da pessoa jurídica. Assim, eventual impossibilidade de identificação da pessoa física que externou a conduta da pessoa jurídica, proveniente da complexidade da organização empresarial, não impediria a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Apesar de trazer, segundo alguns doutrinadores¹⁴⁷, repercussões práticas consideradas vantajosas do ponto de vista da proteção eficiente de bens jurídicos

¹⁴⁷ BUSATO, Paulo César. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Projeto de novo Código Penal Brasileiro*. Revista Liberdades: IBCCRIM, p. 102. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=135. Acesso em 03 mai. 2016.

transindividuais, como o meio ambiente, o modelo de autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas foi inicialmente rejeitado, considerando a jurisprudência do STJ.

Assim a jurisprudência brasileira, mesmo admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mostrava-se, de início, contrária ao modelo de autorresponsabilidade, como é possível perceber pela leitura do REsp. 889.528¹⁴⁸, da lavra do Ministro Felix Fischer, do STJ. Veja-se o registro constante do julgado, que revela tal posição:

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', conforme bem ressaltou o Exmº Sr. Ministro Gilson Dipp (Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, DJ de 13/06/2005).

Contudo, atualmente a adoção do modelo de autorresponsabilidade parece prevalecer na jurisprudência, havendo o STJ mudado a posição acima mencionada seguindo o entendimento já presente no STF, constante do RE 548.181¹⁴⁹, da lavra da Ministra Rosa Weber, segundo o qual deve ser admitida a autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Vide RMS 39.173¹⁵⁰.

O RE 548.181¹⁵¹, paradigma para a mudança de caminhos traz argumento no sentido de que o fato de haver previsão no artigo 225, §3º, da CRFB¹⁵², a respaldar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, torna recomendável o modelo de autorresponsabilidade, pois, caso contrário, se estará dificultando o cumprimento desse comando constitucional, considerando a dificuldade prática de, em muitos casos, manter

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 889.528. Relator Min. Feliz Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=889528&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 dez. 2016

¹⁴⁹ Vide nota 137

¹⁵⁰ Vide nota 137

¹⁵¹ Vide nota 137

¹⁵² Vide nota 45

o processamento concomitante da pessoa física e jurídica envolvidas no evento criminoso, decorrente da complexa estrutura organizacional das pessoas jurídicas.

Todavia, ser admitida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela jurisprudência, inclusive no que tange ao modelo de autorresponsabilidade, não torna dispensável a discussão quanto ao outro modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, qual seja, o modelo de heterorresponsabilidade.

Isso porque o momento atual parece recomendar ampla reflexão quanto a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que envolve a análise tanto da sua admissão quanto do modelo mais adequado à realidade dogmática penal brasileira, que segue a linha romano-germânica, para que se firmem as bases dogmáticas a viabilizar a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Nesse sentido, é digna de nota a observação de Busato¹⁵³ com relação ao projeto de novo Código Penal, que evidencia a necessidade de estudo tanto do modelo de autorresponsabilidade, atualmente mais aceito, quanto o de heterorresponsabilidade:

Há vários temas ausentes na Exposição de Motivos que são discussões fundamentais a respeito do tema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas que foram simplesmente passados por alto, a saber: se o projeto adotaria um esquema de autorresponsabilidade ou de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas [...]

Assim, diante de tal quadro, mostra-se valioso analisar o tema, abordando não só o modelo atualmente agasalhado pelos Tribunais Superiores, mas também o modelo de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, o que será feito a seguir.

¹⁵³ BUSATO, op. cit., p. 100.

3.3 – Modelo de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica

O segundo modelo de responsabilização da pessoa jurídica a ser analisado é o modelo de heterorresponsabilidade, também denominado de sistema de dupla imputação¹⁵⁴.

Nele, diferentemente do modelo de autorresponsabilidade, é necessária a imputação da pessoa física responsável pela prática da conduta juntamente com a pessoa jurídica em nome de quem a pessoa física atuou.

Em outras palavras, no modelo de heterorresponsabilidade a responsabilidade penal da pessoa jurídica só se configura de forma conjunta com a responsabilidade penal de pelo menos uma pessoa física que esteja ligada ao ente coletivo e ao evento danoso.

Tal modelo tem base no entendimento, alinhado à teoria da ficção, de Savigny, já comentada (vide capítulo 3), de que a pessoa jurídica é incapaz de conduta. Por isso, haveria barreira à imputação penal tornando-se necessária, portanto, a dupla imputação.

Para entender a lógica por trás da adoção da heterorresponsabilidade é valioso o registro do Ministro Gilson Dipp, no REsp. 564.960/SC¹⁵⁵:

A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras, assim, na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. (...) Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que 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. (...) É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). (...)Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98 [...]

¹⁵⁴ Vide nota 144

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 564.960. Relator Min. Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=564960&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 dez. 2016

Em resumo, num primeiro viés, o argumento constante da jurisprudência para a utilização do sistema de dupla-imputação é o seguinte: como o legislador, constituinte e ordinário, previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, caberia adaptar a teoria do delito para admiti-la, sendo necessário, ante a incapacidade penal da pessoa jurídica, adotar a dupla imputação, uma vez que só pessoas físicas teriam capacidade de ação.

A esse respeito, vale o registro de Rafael Santiago Costa¹⁵⁶:

Realmente não é concebível uma ação da pessoa jurídica sem a participação direta de pessoas físicas, sendo que essa constatação acabou levando o Poder Judiciário, em especial o STJ, a somente considerar possível a denúncia da pessoa jurídica quando verificada de forma cumulada com a acusação de ao menos uma pessoa física que tenha sido determinante para a prática da conduta que se busca punir criminalmente.

Num passo seguinte, é possível perceber, ainda, um segundo viés a justificar a adoção do sistema em tela.

Nesse sentido, vejamos a continuação do texto do Min. Gilson Dipp, constante do REsp. 564.960¹⁵⁷:

Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica. Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. Luís Paulo Sirvinskis ressalta que "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."

Nesse contexto, tem-se que a dupla imputação também se justificaria em razão da exigência legal do artigo 3º da Lei 9.605/98, qual seja, que a infração seja cometida por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica, ou de seu órgão colegiado, em proveito do ente coletivo.

¹⁵⁶ COSTA, Rafael Santiago. Responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo dano ambiental e a teoria da dupla imputação – Uma visão crítica. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte/MG, ano 1, n. 1, p. 61 a 73, jan/fev. 2002

¹⁵⁷ Vide nota 154

Em razão dessa exigência legal seria necessário que a imputação recaísse sobre pessoa física para permitir sua incidência também sobre a pessoa jurídica, pois só diante da imputação a uma pessoa física é que se operaria a necessária verificação de quem atuou em nome da pessoa jurídica, a fim de atender a exigência legal.

Sobre esse segundo viés percebido, parece ser adequada a nota de Rafael Santiago Costa¹⁵⁸:

Como se percebe, (...) busca-se sempre atrelar a responsabilidade penal da pessoa jurídica a uma deliberação prévia de pessoas físicas detentoras de poder de gestão daquele ente coletivo e que buscavam beneficiá-lo por meio da deliberação que acabou resultando em dano ao meio ambiente.

Contudo, como já ventilado no item anterior, o sistema de heterorresponsabilidade atualmente se encontra superado pela jurisprudência, pois cria óbice à responsabilização penal das pessoas jurídicas, considerando que, muitas vezes, a complexidade organizacional delas impediria a identificação da pessoa física por trás da conduta, criando empecilho à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Como decorrência disso, haveria mitigação da responsabilização penal das pessoas jurídicas, o que não se mostra recomendável ante a intenção do legislador constituinte e ordinário em estabelecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Nesse contexto, veja-se o registro de Rafael de Oliveira Costa¹⁵⁹:

Se a teoria da dupla imputação leva à persecução penal das pessoas jurídicas, somente quando houver, concomitantemente, a descrição e imputação de uma conduta praticada por pessoa física – em observância à teoria clássica da responsabilidade penal -, não restam dúvidas de que limita a tutela ao direito ao meio ambiente, reduzindo a sua força normativa e efetividade. E, ao condicionar a responsabilidade do ente moral à da pessoa física, cria requisito não previsto na Constituição.

¹⁵⁸ COSTA, Rafael Santiago, op. cit., jan/fev 2002, p. 63

¹⁵⁹ COSTA, Rafael de Oliveira. Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, teoria da dupla imputação e hermenêutica constitucional: uma análise crítica do RE 548.181/PR. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo/SP, Vol. 79, ano 20, p. 231 a 246

3.4 – A construção dogmática de um modelo de superação do paradigma clássico para a responsabilidade do ente coletivo.

Até aqui se pôde perceber em que ponto estão as discussões, em nosso país, a respeito da possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, havendo consistentes indicativos de que no centro dos debates, estão questões relacionadas à ação, ao dolo e à culpabilidade.

Nota-se que a corrente de pensamento no sentido da impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, denominada negativista, defende sua tese argumentando que a pessoa jurídica é incapaz de praticar conduta, especialmente considerando o conceito de conduta instituído pela teoria finalista.

A tese é a de que as teorias da conduta não permitiriam entender a atuação das pessoas jurídicas como conduta para fins penais.

Busato¹⁶⁰ faz esclarecimentos a respeito nos seguintes termos:

Um breve olhar sobre o panorama de publicações jurídicas brasileiras sobre o tema responsabilidade penal das pessoas jurídicas revela que as oposições à sua aceitação partem de afirmar que a pessoa jurídica é incapaz de ação em sentido ontológico, menos ainda do direcionamento de uma finalidade, sob a forma de dolo natural, própria de bases finalistas (...). Assim, porque pretendem irrenunciáveis as bases de uma ação ontológica, um dolo natural, psicológico, que se confunde com a intenção e reside na cabeça do agente [...].

Ademais, registre-se que, como se pode notar da colocação de Busato, a corrente negativista também apresenta considerações relacionadas ao dolo, no sentido de que a pessoa jurídica seria incapaz de inserir o elemento subjetivo na conduta, uma vez que não conta com aparelho psicológico, o que impediria a responsabilização penal, tendo

¹⁶⁰ BUSATO; GUARAGNI, op. cit., p. 33

em vista que não se poderia falar em conduta penal sem elemento subjetivo, ou seja, sem dolo ou culpa.

Nesse panorama, veja-se a lição de René Ariel Dotti¹⁶¹:

Conforme autorizada doutrina, o dolo “é a consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um elemento volitivo (vontade de realiza-la). (...) Em Acórdão relatado no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Silva Franco expõe com bastante clareza (...): “o momento volitivo se manifesta na esfera do subjetivo, no íntimo do agente e, deste modo, não é um dado da realidade que possa ser diretamente apreendido. Mas isso não significa que não possa ser extraído do caráter do agente e de todo o complexo de circunstâncias que cercaram seu atuar”.

Assim, na linha negativista, em se tratando de pessoas jurídicas, não haveria como falar em dolo, um elemento, segundo tal visão, fortemente ligado à subjetividade, ao aparelho psicológico do agente.

De mais a mais, a referida corrente de pensamento também se baseia no princípio da culpabilidade para sustentar a impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Veja-se o que diz Busato¹⁶² a respeito da culpabilidade:

A culpabilidade é um tema complexo que traz ínsitas a questão principiológica e a questão da pena, uma vez que se pode falar em culpabilidade tanto como um dos elementos de um conceito analítico de crime, quanto, como princípio limitador do sistema de imputação, ou ainda, um limite de aplicação da pena. No que respeita à questão principiológica, a responsabilidade penal exige que o autor de crime seja responsabilizado não unicamente pela causação de um resultado ou pela realização de um risco criado não permitido, mas também, que tal resultado tenha sido produzido mediante uma contribuição dolosa ou imprudente.

Nesse caminho, é que, com base no princípio da culpabilidade, no viés, relacionado à vedação à responsabilidade objetiva, isso é, como princípio limitador do sistema de imputação, a corrente negativista sustenta que não seria admitida a responsabilização penal das pessoas jurídicas ante a impossibilidade de se fazer juízo de

¹⁶¹ DOTTI, René Ariel. A incapacidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 181 e 182

¹⁶² BUSATO; GUARAGNI, op. cit., 2013 p. 48

reprovabilidade da conduta, seja pela falta do elemento subjetivo, pela falta de capacidade penal (inimputabilidade), ante a inexistência de aparelho psicológico na pessoa jurídica, pela falta de potencial conhecimento da ilicitude ou mesmo pela incapacidade de ação.

A esse respeito, veja-se a lição de Bittencourt¹⁶³:

A inadmissibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas – *societas delinquere non potest* – remonta Feuerbach e Savigny. Os dois principais fundamentos para não se reconhecer a capacidade penal desses entes abstratos são: a falta de capacidade “natural” de ação e a carência de capacidade de culpabilidade. (...) Jecheck enfatiza que “as pessoas jurídicas e as associações sem personalidade somente podem atuar através de seus órgãos, razão pela qual elas próprias não podem ser punidas. Frente a elas carece, ademais, de sentido a desaprovação ético-social inerente à pena, visto que a reprovação de culpabilidade somente pode ser formulada a pessoas individualmente responsáveis, e não perante membros de uma sociedade que não participaram do fato nem perante a uma massa patrimonial”.

Registre-se também o comentário desse autor¹⁶⁴ sobre a legislação espanhola (art. 31 bis do CP, introduzido pela LO n. 5/2010) que prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a demonstrar a crítica negativista relacionada ao princípio da culpabilidade:

Na realidade essa construção do legislador espanhol não passa de um grotesco simulacro de direito, porque de direito penal não se trata, na medida em que adota a responsabilidade por fato de outrem. De plano, constata-se que essa previsão legal espanhola afronta toda a estrutura da dogmática penal, especialmente de um direito penal da culpabilidade, que se pauta pela responsabilidade subjetiva e individual. Trata-se, na verdade, de uma engenhosa construção ficcionista do legislador espanhol, capaz de fazer inveja aos maiores ilusionistas da pós-modernidade, negando toda a histórica evolução dogmática garantista de um direito penal da culpabilidade, que não abre mão da responsabilidade penal subjetiva.

Nessa linha, registre-se, em relação ao princípio da responsabilidade pessoal, também ligado à culpabilidade, em seu viés de princípio limitador da aplicação da pena, que orienta no sentido de que as consequências penais devem recair apenas sobre o penalmente responsável, sustenta-se que a punição das pessoas jurídicas afetaria

¹⁶³ BITTENCOURT, op. cit., 2013, p. 302

¹⁶⁴ Ibidem, p. 302

terceiros, por exemplo, empregados, sócios minoritários, etc., não devendo, também por isso, ser admitida.

Embora também haja considerações relacionadas à função das penas, por meio das quais se sustenta que, com relação às pessoas jurídicas, as penas não cumpririam a função de prevenção geral e especial, é de se notar que o primeiro e relevante obstáculo dogmático para a responsabilização penal das pessoas jurídicas, segundo corrente negativista parece estar relacionado à conduta.

Isso porque, os argumentos relacionados a incapacidade de realização de conduta, impossibilidade de inserção do elemento subjetivo na conduta e incapacidade penal das pessoas jurídicas, alguns dos mais relevantes apresentados pela corrente de pensamento negativista, estão intimamente ligados à própria conduta.

Ademais, não se pode olvidar o que foi dito no início da presente monografia: a conduta é a pedra angular da responsabilização penal.

Assim, para que se possa fundamentar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é preciso, primeiramente, analisar se é possível sustentar dogmaticamente que as pessoas jurídicas praticam conduta para fins penais.

Apesar de as teorias da conduta de bases ontológicas não permitirem dizer que as pessoas jurídicas praticam condutas para fins penais, há caminho possível para, dogmaticamente, se sustentar o contrário.

Note-se que há muito a doutrina penal apresenta objetivo de desenvolver uma teoria da conduta que abrangesse ações e omissões em um único conceito. Em parte por essa razão é que se sucederam as teorias causalista, causal-valorativa, finalista, social da ação, etc. Percebida a insuficiência de uma teoria para explicar todas as modalidades de conduta, surgia nova teoria da ação, a fim de se alcançar um conceito mais abrangente,

além de mais apurado, de conduta para fins penais. É possível perceber que a evolução das teorias da conduta se deu também em função desse objetivo.

Seguindo essa linha é que surgiu a teoria da ação significativa, cujos principais expoentes teóricos são Vives Antón e George Fletcher. Há muito se reconheceu, segundo ensina Busato¹⁶⁵, como insustentável o conceito causalista ou finalista de ação, considerando suas bases ontológicas que geram empecilho a um conceito de conduta abrangente, que englobe todas as espécies de ação para fins penais.

Dessa forma, se procurou superar as bases ontológicas para o conceito de ação e com isso se abriu a possibilidade para enquadrar no conceito de conduta para fins penais as atividades das pessoas jurídicas.

Sobre a teoria da ação significativa é valiosa a nota de Busato¹⁶⁶:

A principal inovação deste modelo consiste em deixar de considerar a ação como algo que os homens fazem e passar a considerá-la como o significado do que fazem. (...) Ou seja, a ação ou conduta deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções entre ações e meros acontecimentos físicos são de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade.

De acordo com essa teoria, portanto, se estabelece um conceito de ação fora do sujeito e fora do objeto, mas que reside exatamente na relação entre o sujeito e o objeto. Se tal relação viola bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, nos termos da lei, não há que se exigir análise de aspectos psicológicos do sujeito ou sua vontade, se estará diante de uma conduta penal, pois no conceito significativo de ação não é essencial explicar a ação em si, mas analisar se as circunstâncias apontam para o cometimento de uma conduta. Isso é, se o significado daquela manifestação observada comunica a existência de uma conduta penal.

¹⁶⁵ BUSATO; GUARAGNI, op. cit., 2013, p.36

¹⁶⁶ Ibidem, 2013, p. 38

Assim, se torna possível entender que as pessoas jurídicas praticam condutas para fins penais. Nessa linha, veja-se a observação de Busato¹⁶⁷: “Ora, se ação ou omissão são expressões de sentido que realizam resultados jurídicos desvaliosos, não há qualquer dúvida sobre o fato de que a pessoa jurídica é capaz de ação ou omissão jurídico-penalmente relevantes”.

Assim, é possível superar o primeiro empecilho apontado pela corrente negativista para a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Num passo seguinte cabe analisar outro empecilho apontado pelos negativistas, relacionado ao elemento subjetivo da conduta.

Segundo a corrente negativista as pessoas jurídicas são incapazes de vontade e, portanto, sendo esta a expressão máxima do dolo, elemento imprescindível para a responsabilização penal, se estaria diante de um problema insuperável para a responsabilização penal delas.

Contudo, mais uma vez, mostra-se possível falar em dolo mesmo em se tratando de uma conduta praticada por pessoa jurídica.

Isso porque, segundo pensamento penal moderno registrado por Busato¹⁶⁸, o dolo não é uma instância psicológica, pois se o fosse estaria inacessível ao juiz.

Com efeito, o dolo seria resultado de uma atribuição. A esse respeito, Busato¹⁶⁹ registra que “[...] o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim, o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos, que faz com que se impute a responsabilidade penal.”.

¹⁶⁷ Ibidem, 2013, p. 43

¹⁶⁸ BUSATO; GUARAGNI, op. cit., p.44

¹⁶⁹ Ibidem, 2013, p. 45

Dessa forma, sendo resultado de uma atribuição e não estando ligado a aspectos psicológicos ou à subjetividade do indivíduo, a questão relativa ao dolo não seria empecilho à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Nesse contexto, é preciosa a lição de Busato¹⁷⁰:

Atribui-se dolo a uma conduta, conforme esta expresse o sentido de compromisso para com a produção de um resultado. O dolo é, portanto, reconhecido em uma realização criminosa. A realização de um crime cujas circunstâncias são capazes de revelar consciência e vontade podem ser reconhecidas como dolosas. Nesse sentido, a realização de um crime por uma pessoa jurídica pode perfeitamente ser expressão de sua própria vontade. Esta vontade, ademais, não tem por que coincidir, obrigatoriamente, com a vontade de seus sócios, nem tampouco, com a de outros intervenientes sobre os quais ela própria – a pessoa jurídica – exerça influência.

Indicados caminhos para a superação dos empecilhos indicados pela corrente negativista de pensamento relacionados à incapacidade de ação e à incapacidade de vontade, resta analisar a questão relacionada à culpabilidade.

Para a superação dos empecilhos à responsabilização penal das pessoas jurídicas há alguns caminhos possíveis.

Com relação à questão principiológica envolvendo o tema, ligada à vedação à responsabilidade objetiva, se exige, para a responsabilização penal, não apenas a causação de um resultado ou a criação de um risco não permitido, mas, também, que tal resultado seja fruto de uma contribuição dolosa ou imprudente, portanto passível de gerar um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente. Em outras palavras, faz-se necessária uma reprovação pessoal do agente.

Para a reprovabilidade pessoal da pessoa jurídica, nesses moldes, nos quais se exige a compreensão da norma e o poder de se dirigir segundo essa compreensão, os caminhos são diversos.

¹⁷⁰ Ibidem, 2013, p.47

O primeiro e já referido no presente trabalho é a adoção da teoria da dupla imputação. De acordo com ela, se exige, para a imputação da pessoa jurídica, a imputação simultânea da pessoa física. Tal caminho já foi adotado pela jurisprudência. Veja-se teor do REsp. 564.960/SC¹⁷¹:

Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que 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. (...) É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). (...) Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do entemoral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98.

No mesmo sentido, encontra-se o RMS 20.601/SP¹⁷²:

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" (...).

Contudo, considerando que tal caminho foi abandonado pela jurisprudência, tendo em vista que dificulta a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, é valioso registrar alternativas capazes de dar suporte dogmático à autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A primeira se relaciona à teoria da culpabilidade por defeito de organização. De acordo com tal teoria a culpabilidade das pessoas jurídicas se baseia na existência de falha na estrutura de funcionamento da pessoa jurídica, que a ela pode ser atribuída, e fundaria o juízo de reprovação.

Sobre tal teoria Busato¹⁷³ afirma:

¹⁷¹ Vide nota 154

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.601. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501439687&dt_publicacao=14/08/2006>. Acesso em: 22 dez. 2016

A tese que encontrou mais aceitação entre aqueles que reconhecem como fonte da culpabilidade uma falha na estrutura de funcionamento da pessoa jurídica foi a chamada culpabilidade por defeito de organização (Organisationsverschulden), defendida especialmente por Klaus Tiedemann, a qual se aparta completamente de qualquer reprovação de caráter pessoal, para reconhecer como fonte material da responsabilidade a falha de organização da pessoa jurídica que permitiu a atuação de pessoas físicas na prática criminosa. A culpabilidade deriva da omissão em tomar medidas prévias que assegurassem um funcionamento empresarial isento de delito.

Além dessa teoria, há, ainda, a teoria da culpabilidade por cultura empresarial de descumprimento da legalidade que estabelece um conceito construtivista de culpabilidade¹⁷⁴.

De acordo com essa teoria, a complexidade organizacional da pessoa jurídica faz com que as ações por ela geradas não sejam ligadas a uma pessoa física, mas sim à própria pessoa jurídica, pois a conduta não emanaria de uma pessoa natural, mas do conjunto que forma a pessoa jurídica. Da capacidade de auto organização emanaria a própria capacidade de ação das pessoas jurídicas e, conseqüentemente, a possibilidade de exercer juízo de reprovabilidade sobre sua conduta.

A respeito dessa teoria, veja-se o que diz Arnaldo Quirino de Almeida¹⁷⁵:

No ambiente empresarial, o dolo ou culpa (imprudência) se revela pela capacidade que a pessoa jurídica tem de conhecer o risco empresarial de sua atividade (conhecimento organizacional do risco empresarial), avaliado segundo as relações e os modelos de vinculação dos elementos de conhecimento (independente e coletivo) da organização. O que prepondera são as relações “internas” (liberdade auto-organizativa) de conhecimento da empresa, não sendo relevante a conhecimento ou deliberação “individual” de cada pessoa física que compõe o “conhecimento coletivo”, ou seja: “o dolo e a imprudência empresarial consistem no ‘conhecimento organizativo’ de que se realize um determinado resultado ou que se produza um dano”.

¹⁷³ BUSATO, Paulo César. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Projeto de novo Código Penal Brasileiro*. Revista *Liberdades:IBCCRIM*, p. 123. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=135. Acesso em 31 ago. 2016

¹⁷⁴ Vide nota 172

¹⁷⁵ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Conceito Construtivista de Culpabilidade da Empresa e Teoria da Dupla Imputação na Lei 9.605/98 – Crimes Ambientais*. Disponível em: <https://arnaldoquirino.com/2013/04/15/conceito-construtivista-de-culpabilidade-da-empresa-e-teoria-da-dupla-imputacao-na-lei-9-60598-crimes-ambientais/>. Acesso em: 31 ago. 2016

Ainda, além dessas teorias, que trabalham no sentido de embasar dogmaticamente a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas do ponto de vista da culpabilidade, é valiosa a construção apresentada por Busato¹⁷⁶:

[...] a reação do sistema penal não depende, em 100% dos casos dessa pretensão de reprovação pessoal. Isso porque medidas de segurança e medidas socioeducativas (aplicadas na área da infância e juventude são também medidas derivadas do sistema penal. (...) O fulcro disfarçado no caso das crianças e adolescentes, e explícito no caso dos portadores de enfermidades mentais é a periculosidade.

Assim, considerando que os principais empecilhos apontados para a impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas se relacionam à alegações de incapacidade de ação e incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica, tem-se, com esses apontamentos, como possível a superação dessas questões a permitir a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Cabe registrar, ademais, com relação ao segundo viés da culpabilidade, relacionado à responsabilidade pessoal do agente e a função da pena a lição de Paulo Queiroz¹⁷⁷:

Quanto à objeção relativa aos fins da pena, cabe falar de prevenção especial, no sentido de evitar a reiteração (reincidência) de novas infrações pela empresa condenada, e de prevenção geral negativa, no sentido de a cominação/execução da pena servir de advertência para outros possíveis infratores (empresas). (...) E do ponto de vista da prevenção é muito mais razoável e eficaz intervir sobre a empresa, fazendo cessar a atividade lesiva, do que intervir sobre o indivíduo que a representa, cuja punição poderá resultar absolutamente inútil, principalmente se lhe tocar um papel secundário na empresa ou se já houver dela se desligado.

E corroborando a adequação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, é digno de nota o arremate do referido autor¹⁷⁸, em continuação ao texto acima:

Finalmente, não procede a distinção entre sujeito da ação e da imputação, porque quem fala pela pessoa jurídica, pessoa jurídica é, isto é, quem a representa (pessoa física) não atua em nome próprio, mas em nome da

¹⁷⁶ BUSATO, op. cit., p.735

¹⁷⁷ QUEIROZ, Paulo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *Revista de Estudos Criminais*, nº 36, jan./mar. 2010

¹⁷⁸ *Ibidem*

empresa representada (v. g. quem age em nome do Estado é o próprio estado). Franz Von Liszt tinha razão, portanto: quem pode firmar contratos, pode firmá-los fraudulentamente e, pois, firmá-los criminosamente.

Dessa forma, vê-se possível a sustentação dogmática da responsabilidade penal da pessoa jurídica a dar base a uma evolução do Direito Penal adequada à realidade moderna.

CONCLUSÃO

Observando-se as teorias da conduta, que ocupam lugar de destaque na dogmática penal, é possível perceber que a teoria do delito foi desenvolvida inicialmente com vistas sobre a pessoa natural. Isso porque os crimes, num primeiro momento, eram cometidos apenas por pessoas naturais. Assim, as teorias da conduta surgiram tendo como objeto as ações e omissões de pessoas naturais.

Contudo, com a modernidade se percebeu uma lacuna na teoria do delito, notadamente ante o surgimento do Direito Penal Econômico, contexto em que se destacou o fato de pessoas jurídicas, como as pessoas naturais, também serem capazes de produzir ações prejudiciais à coletividade e a bens jurídicos tutelados, no qual, portanto, se iniciaram os debates sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Talvez tenha sido a partir do ponto de vista da conduta que, inicialmente, construiu-se o pensamento de que não seria possível responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, tendo em conta a incapacidade ontológica de ação delas. Ao lado dessa construção, pela análise das outras categorias penais, como dolo e culpabilidade, também foi se consolidando a posição clássica, no sentido da incapacidade penal das pessoas jurídicas por incompatibilidade com a teoria do delito.

Contudo, a realidade apontou para a necessidade de se discutir a responsabilização penal das pessoas jurídicas e, mais do que isso, ao que tudo indica, para a necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, com fim de proteção de bens jurídicos transindividuais que, com a modernidade e globalização, passaram a correr relevante risco pela atuação de pessoas jurídicas em busca do lucro.

Foi diante da toada imposta pela realidade moderna (vide capítulo 2, itens 2.3 e 2.4 do presente trabalho), na qual a sociedade é vista como sociedade do risco, que veio

à tona a insuficiência de uma teoria do delito incompatível com a responsabilização penal das pessoas jurídicas, passando-se, portanto, a ser recomendável uma alteração dos rumos da dogmática penal. Assim é que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se mostra como ponto de inflexão da dogmática penal.

Com efeito, para se tratar da responsabilização penal das pessoas jurídicas, considerando que a construção da dogmática penal de raiz romano-germânica surgiu voltada para pessoas naturais, é preciso uma readequação da teoria do delito.

Assim, repensando-se a teoria do delito, é possível sustentar dogmaticamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para tanto, todavia, é preciso superar três óbices principais constantes da dogmática penal clássica, relacionados à conduta, ao dolo e à culpabilidade.

Para superar o óbice da incapacidade ontológica de ação, fundado na ideia de que as pessoas jurídicas não possuem os requisitos básicos para a realização de ação penal, quais sejam, aparelho psicológico e movimento corporal, há a teoria da ação significativa, segundo a qual se conceitua a conduta a partir do seu significado perante a sociedade. Segundo tal teoria, ação penal é o significado daquilo que se faz e não, propriamente, a ação, em si considerada. Nessa linha, o aspecto ontológico do conceito de ação perde relevância, o que parece ser recomendável para que tal conceito abranja uma gama maior de condutas, inclusive as de pessoas jurídicas. Assim, se a causação de resultado lesivo a bem jurídico tutelado pelo Direito Penal puder ser interpretada, com base na norma, como conduta, se estará diante de uma conduta penal praticada por pessoa jurídica.

Note-se que o afastamento do aspecto ontológico da ação é vantajoso até mesmo em se tratando da conduta humana, visto que partindo de um conceito significativo de

ação é possível, por exemplo, englobar num único conceito ações e omissões, que, ontologicamente, são diferentes.

Para superar o óbice à responsabilização penal das pessoas jurídicas relacionado ao dolo, elemento subjetivo da conduta composto por consciência e vontade, vale registrar que o dolo tem sido reconhecido como normativo e não natural. Nesse caminho, dolo é resultado de uma valoração. Isso é, o dolo é imputado em função das circunstâncias em que a conduta se insere. Note-se que essa linha de pensamento também se afasta do aspecto ontológico do dolo, valorizando elemento normativo, semelhante ao que ocorre com a teoria da ação significativa em relação à ação penal.

Dessa forma, a análise do dolo não diria respeito à análise do aparelho psicológico do indivíduo para se perceber a consciência e vontade do sujeito, mas sim das circunstâncias em que a conduta foi praticada. Destas se extrairia se houve dolo na prática da conduta ou não.

Dessa forma, percebendo-se que o dolo é resultado de atribuição em função das circunstâncias em que a conduta foi praticada, afasta-se a necessidade de que o sujeito ativo do delito possua aparelho psicológico para se falar em conduta dolosa. Se o dolo é resultado de atribuição, pode ser atribuído também à pessoa jurídica, de modo que seria possível, portanto, falar em conduta dolosa de pessoa jurídica quando, pelas circunstâncias em que foi praticada a conduta penal, se percebe que a finalidade da conduta foi uma lesão a bem jurídico tutelado em nome do interesse do ente coletivo.

Além de ser possível superar os óbices relacionados à conduta e ao dolo, também o é com relação à culpabilidade.

Com relação à reprovabilidade pessoal do agente, nota-se que a teoria da dupla imputação, utilizada para delinear a responsabilidade da pessoa jurídica baseada na conduta de pessoa natural que agiu em nome da pessoa jurídica, encontra-se superada e

não parece adequado sua retomada. Isso porque já que existem outras maneiras de sustentar dogmaticamente a reprovabilidade pessoal das pessoas jurídicas que não geram embaraço à responsabilização delas, como ocorre com a teoria da dupla imputação.

Um caminho é a utilização da reprovabilidade pessoal baseada na periculosidade, que já é adotada em se tratando de inimputáveis e de atos infracionais de crianças e adolescentes. Nesse caminho, a reprovabilidade pessoal da pessoa jurídica criminosa estaria justificada em razão da periculosidade que demonstrasse.

Outro caminho seria a adoção da teoria da culpabilidade por defeito na organização ou da teoria da culpabilidade por cultura empresarial de descumprimento da legalidade, teorias específicas para configurar um conceito de culpabilidade próprio de pessoas jurídicas.

É interessante o caminho da reprovabilidade fundada na periculosidade do agente, contudo tal caminho gera empecilho às excludentes de culpabilidade. Ou seja, seguindo essa linha, o enquadramento da pessoa jurídica em uma hipótese de excludente de culpabilidade restaria inviável, o que geraria uma discrepância em relação à responsabilidade penal da pessoa natural, em que há hipóteses excludentes de culpabilidade.

Por essa discrepância, parece mais adequada a adoção de teoria que delineie um modelo de culpabilidade compatível com as pessoas jurídicas e que dê ensejo à possibilidade de haver excludentes de culpabilidade, como ocorre em caso de erro de proibição invencível.

Por fim, resta abordar o segundo viés da culpabilidade, indicado como empecilho à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, relacionado às penas. Os empecilhos à responsabilidade penal das pessoas jurídicas que se relacionam com as

penas estão ligados à personalidade das penas, supostamente violada no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, uma vez que aplicada uma pena a um ente coletivo, os sócios, empregados e outras pessoas que nada tiveram a ver com a infração sofreriam os efeitos das penas, e às funções de prevenção geral e especial das penas, que não estariam observadas em se tratando de punição de pessoas jurídicas.

Com relação à personalidade das penas, cabe dizer que mesmo as penas aplicadas a pessoas naturais têm repercussões a terceiros, afinal, para dar um exemplo, a família sofre com a prisão de seu mantenedor, uma vez que sem a renda dele todos são privados de recursos. Contudo, mesmo assim, a personalidade das penas não é violada, desde que os diretos e principais efeitos da pena recaiam sobre aquele que praticou a infração penal.

Nesse caminho, ainda que a aplicação da pena a uma pessoa jurídica possa afetar terceiros, não há que se falar em violação da personalidade das penas, desde que sobre a pessoa jurídica recaiam os diretos e principais efeitos da pena.

Com relação às funções das penas, tanto a de prevenção geral, cuja finalidade é inibir os membros da sociedade de praticarem delitos, quanto a de prevenção especial, cuja finalidade é inibir a reincidência, são observadas no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A função de prevenção geral é observada, pois outras pessoas jurídicas, ao saberem dos efeitos negativos das penas, por meio de seu órgão diretivo, buscariam evitar condutas que os ensejem, a fim de não experimentarem prejuízos. Já a função de prevenção especial é observada, pois a própria pessoa jurídica que sofreu os efeitos negativos da pena, por meio de seu órgão diretivo, buscaria mecanismos para evitar a prática de condutas que os ensejem, também para evitar prejuízos.

Dessa forma, parece viável a sustentação dogmática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, consoante os interesses da sociedade moderna, na qual é importante a preservação de bens jurídicos transindividuais, que sofrem relevante risco pela atuação das pessoas jurídicas em busca do lucro.

REFERÊNCIAS

A tragédia em Mariana pode afetar o mercado global de minério? Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151109_mercado_barragem_ru_ab> . Acesso em 21 dez. 2015.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Conceito Construtivista de Culpabilidade da Empresa e Teoria da Dupla Imputação na Lei 9.605/98 – Crimes Ambientais*. Disponível em: <https://arnaldoquirino.com/2013/04/15/conceito-construtivista-de-culpabilidade-da-empresa-e-teoria-da-dupla-imputacao-na-lei-9-60598-crimes-ambientais/>. Acesso em: 31 ago. 2016.

AS mais acionadas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas>>. Acesso em: 18 out. 2016.

BARBERO SANTOS, Marino. Introducción general a los delitos sócio-económicos: los delitos societários. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale del'Economia*. V. 10, Fascículo 3, p. 624-636, jul/set. 1997.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITTECOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte especial 2 dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 dez.2016.

_____. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 dez. 2016.

_____. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 564.960. Relator Min. Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=564960&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 889.528. Relator Min. Feliz Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=889528&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.601. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501439687&dt_publicacao=14/08/2006>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.173. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=39173&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 548.181. Relatora Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28548181%2EENUME%2E+OU+548181%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9yxhq3>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas no Projeto de Novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades*. IBCCRIM, São Paulo. Edição Especial, pp. 98-128, 2011/2012, Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?recon_id=135>. Acesso em: 31 ago. 2016.

_____; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos criminológicos, Superação de Obstáculos Dogmáticos e Requisitos Legais do Interesse e Benefício do Ente Coletivo para a Responsabilização Criminal*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COSTA, Rafael de Oliveira. Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, teoria da dupla imputação e hermenêutica constitucional: uma análise crítica do RE 548.181/PR. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo/SP, Vol. 79, ano 20, p. 231 a 246.

COSTA, Rafael Santiago. Responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo dano ambiental e a teoria da dupla imputação – Uma visão crítica. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte/MG, ano 1, n. 1, p. 61 a 73, jan/fev. 2002.

DAVID, Décio Franco. Doping em Direito Penal: existe um bem jurídico a ser tutelado? Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/126-ARTIGO>. Acesso em 25 out. 2016.

ESTES são alguns dos danos causados pela lama da barragem da Samarco. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2015/11/estes-sao-alguns-dos-danos-ambientais-causados-pela-lama-da-barragem-da-samarco.html>>. Acesso em 20 dez. 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; CHIAMULERA, Andressa. *Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em Crimes Ambientais: Aspectos práticos da atuação do Ministério Público*. Disponível em http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/FabioGuaragni_AndressaChiamulera_Autorresponsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica_em_Crimes_Ambientais.pdf. Acesso em 3 mai. 2016.

HASSEMER, Winfred. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.

OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política Criminal e Direito Penal Econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: 2014.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 2003.

_____ ; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRODUTORES sofrem com prejuízos provocados com a lama em Mariana. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2015/11/produtores-sofrem-com-prejuizos-provocados-pela-lama-em-mariana.html>>. Acesso em 21 dez. 2015.

QUEIROZ, Paulo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *Revista de Estudos Criminais*, n° 36, jan./mar. 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos. *La Estructura de la Teoría del Delito*. Tradução Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara; FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Espanha: Thompson Reuters, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado 236 de 2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

SILVA, Ivan Luiz da. *Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação da Conduta*. Curitiba: Juruá, 2011.

TRAGÉDIA em Mariana já é considerada o maior desastre ambiental de MG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/11/tragedia-em-mariana-ja-e-considerada-o-maior-desastre-ambiental-de-mg.html>>. Acesso em 21 dez. 2015.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução Luiz Jiménes Asúia. Madrid: Reus, 1999.