

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



UFG
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE GOIÁS



PPGDP
Programa de Pós-Graduação
em Direito e Políticas Públicas

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.
- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?
- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutive do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FUNDAMENTO JUSFILOSÓFICO DO RECONHECIMENTO DA CAPACIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA

JUS PHILOSOPHIC FUNDAMENT OF CRIMINAL CAPACITY ADMISSION OF A LEGAL ENTITY

Jamir Calili Ribeiro

Resumo

O objetivo deste trabalho é discutir o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica. Trata-se de perguntar: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diversa parte da doutrina e da jurisprudência nacional. Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

Palavras-chave: Capacidade criminal da pessoa jurídica, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, Direito penal simbólico

Abstract/Resumen/Résumé

The goal of this paper is to discuss jusphilosophic fundament of the admission of the legal entity's criminal capacity: Is it possible to think of the possibility of a collective entity to practice a criminal offense? If it is possible, what ground this ability? This paper concentrated on the literature review and analyse the arguments manifested by law philosophies and Brazilians High Courts' precedents. We conclude that the criminal capacity of a legal entity is just possible to be recognized because criminal policy in different bases than the one used in the individuals criminal liability, inspirated in Symbolic Criminal Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal capacity of legal entity, Criminal liability of legal entity, Symbolic criminal law

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica. Isso significa discutir se é possível reconhecer a existência da capacidade criminal das pessoas jurídicas, o que, em outros termos, traduz-se pela seguinte pergunta: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade?

Toda essa problemática surge com vigor na contemporaneidade. A dignidade da pessoa humana, ou seja, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, e um fim em si mesmo, tal como na perspectiva kantiana, combinado com os avanços tecnológicos, tem colocado em pauta questões e direitos complexos para serem regulados pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, questões ambientais, bioéticas e do comércio internacional de direitos intelectuais¹.

Essa ânsia de proteção e eficiência tem provocado um alargamento indiscriminado do campo de incidência do Direito Penal. Algumas leis, recentes, regulando matérias estranhas ao Direito Penal, acabaram incluindo em seu texto normas incriminadoras, como se o poder sancionatório fosse exclusivamente de natureza penal. Como exemplos desta situação, temos o Código de Trânsito Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor.

Conjuntamente a este movimento, têm-se dois outros desenvolvimentos históricos que se entrecruzam: a) a necessidade de regulação da ordem econômica, impondo às pessoas jurídicas limites sociais, tributários e ambientais de atuação (p.e *Sherman Act* 1890, *Clayton Act*, 1914, Lei n. 9.605/98) e b) o surgimento e desenvolvimento da idéia da responsabilidade, objetiva e subjetiva, do Estado e o desejo de controle de seus atos (Caso Blanco, 1973, França).

É nesse contexto que surge a responsabilidade penal da pessoa jurídica, já que, como afirma Silva:

ao lado de simplificar a caracterização dos delitos contra a ordem econômica, pois trabalharia com o conceito de atividade, mais abrangente e menos complexo do que conduta, também, possibilitaria menores dificuldades na colheita de provas e indícios de prática do crime, porquanto não seria imprescindível descobrir, dentro de uma organização funcional muitas vezes de grande porte, a pessoa física que determinou a realização do injusto penal econômico (SILVA, 2003, p. 29).

Nesse processo histórico de alargamento da incidência do Direito Penal surgiram normas que visam à instauração da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Neste sentido,

¹ Diversas reuniões de cúpula ou de movimentos econômicos e sociais, de âmbito internacional, têm ocorrido nas últimas décadas, como a ECO-92, Kyoto 1997, OMC Cancún 2003, Rio +20, Cúpula dos BRICS, Unasul, Rodada de Doha, entre outras.

justificável é um estudo mais aprofundado da capacidade criminal das pessoas jurídicas especificando limites, princípios, finalidades e incidência da capacidade criminal dos entes coletivos.

A discussão doutrinária não é nova, havendo registros, no Brasil, de obra doutrinária datada de 1930, lançada por Afonso Arinos de Mello, chama Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.

A temática tem merecido maior dedicação da doutrina desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 que tratou expressamente da responsabilidade criminal da pessoa jurídica em seu artigo 173, §5º, para a ordem econômica, e o art. 225, §3º, para a proteção ambiental, que resultou na penalização de fato, pela lei 9.605/98.

O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diversa parte da doutrina e da jurisprudência nacional.

Como hipótese primeira tem-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é um tipo de capacidade derivada do direito, ou seja, criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas e tem como grande inspiração o Direito Penal Simbólico.

Na construção do argumento estruturou-se o trabalho em quatro sessões. A primeira é uma introdução conceitual onde se justifica, também, a adoção do título desta pesquisa. A segunda é um levantamento breve sobre a história do reconhecimento da capacidade criminal. No terceiro, debate-se os fundamentos que justificam a capacidade criminal da pessoa jurídica e os argumentos contrários ao reconhecimento desta capacidade. E por fim, uma análise da legislação e da jurisprudência nacionais sobre a questão.

1. Culpabilidade e Capacidade Criminal

A culpabilidade é um dos predicados do crime, um dos elementos constitutivos do conceito analítico de crime. Tem fundamento na culpa individual, como afirma Guilherme José Ferreira da Silva (2003, p. 32), na liberdade de decisão que o autor de um fato típico e ilícito tem no momento da prática delituosa, podendo agir de outro modo.

Esse conceito apresentado leva a distinguir, nas linhas de Luiz Regis Prado (2001), três elementos do conceito, quais sejam, a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade se caracteriza pela plena capacidade de entender e querer, ou seja, pela plena capacidade de ser responsável criminalmente.

O potencial conhecimento da ilicitude é, segundo leciona Luiz Regis Prado (2001), a consciência ou o conhecimento atual ou possível da ilicitude da conduta. É nada mais, nada menos do que a possibilidade de o agente conhecer o caráter ilícito da conduta. A ausência desse elemento dá lugar ao erro de proibição (art. 21, *CP*) que, quando inevitável, é causa excludente da culpabilidade.

Outros dois sentidos podem ser atribuídos à culpabilidade: o juízo de censura e como princípio moderno de direito penal da culpabilidade.

O juízo de censura recai não só sobre o agente, mas também sobre a conduta praticada. Ou seja, no aspecto de elemento do crime é a característica da conduta praticada pelo agente, e como juízo de censura é a avaliação que se faz da conduta do agente. O juízo de censura está na cabeça dos outros enquanto a culpabilidade, como elemento do crime, não (BITTENCOURT, 2000, p.275).

Como princípio moderno de direito penal, a culpabilidade é fundamento e limite da pena. Como fundamento significa justamente traduzir que o poder punitivo estatal somente se projeta numa perspectiva preventiva da sanção penal, ou seja, o arbítrio do Estado é controlado pela missão utilitária da pena que tem seus fundamentos intrínsecos na teoria da prevenção geral – intimidação – ou especial – reeducação e ressocialização (SILVA, 2003, p. 94).

É limite da pena, pois esta só pode ser aplicada no limite da culpabilidade e é um dos fundamentos da mesma já que a justifica.

Depende necessariamente da ideia de imputabilidade, que conforme Guilherme José Ferreira da Silva, “*é a capacidade para ser culpável, ou seja, para sofrer o juízo de reprovação quando praticada uma conduta típica e antijurídica*” (SILVA, 2003, p. 6).

Os inimputáveis, portanto, são incapazes de terem condutas criminosas, pois desconhecem seu caráter ilícito, e assim, não podem ser responsabilizados criminalmente pelos seus atos, não podendo sofrer o juízo de censura ou de reprovação.

Cezar Roberto Bitencourt afirma que: “*imputabilidade não se confunde com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade (imputável) deve responder por suas ações*” (2000, p. 301).

A faculdade de exprimir a vontade e a possibilidade de conhecer o direito é, também, pressuposto para o reconhecimento da capacidade. Diferente é a responsabilidade, que se dá em outros termos. Apesar da ideia de transgressão a um dever jurídico estar presente nas três responsabilidades, civil, administrativa e penal, elas possuem características próprias. A responsabilidade civil, por exemplo, surge não só pelos atos da própria pessoa, como por fato de outrem ou de coisa, como de animais que estão sob a custódia do responsável.

Diferentemente da responsabilidade penal, que nasce quando a conduta do agente tiver preenchido sucessivamente três requisitos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Além de terem preenchido todos os requisitos do injusto penal, devem ter, os agentes, capacidade para serem responsáveis, ou seja, devem ser imputáveis (SILVA, 2003, p. 7). A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, portanto, pressuporia, levando em conta a teoria clássica, a consideração de que os entes coletivos poderiam ser submetidos a juízo de culpabilidade, sendo, portanto, criminalmente capazes (SILVA, 2003, p. 8).

Desse modo, prefere-se, neste trabalho, discutir a *capacidade criminal das pessoas jurídicas*, do que a responsabilidade, pois, mais importante do que reconhecer a responsabilidade ou a irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica é reconhecer a sua capacidade ou incapacidade criminal. Uma vez reconhecida a sua capacidade, forçoso será reconhecer a sua responsabilidade, quando preenchido os demais requisitos penais.

2. O debate da capacidade criminal ao longo da história do direito

Útil será realizar um panorama histórico da evolução da temática e retomar brevemente o contexto histórico em que esse está inserido. Ainda que exista certa polêmica acerca da existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano (SILVA, 2003, p. 16), a maior contribuição dada por esse ramo ao direito moderno foi a idéia da pessoa jurídica como mera ficção e o princípio *societas delinquere non potest* (ROCHA, 2003, p. 19; BACIGALUPO, 1998, p. 44).

As corporações, apesar de reconhecidas pelo Direito romano, não eram dotadas de intencionalidade própria, originando com isso a idéia de que os agrupamentos não cometiam delitos. Silvina Bacigalupo (1998) e Aquiles Mestre (1996), porém, ressaltam que contra o município podia ser exercida a chamada *actio de dolo malo*, ou seja, uma acusação, especialmente quando essa promovia cobranças ilegais de impostos, e já no direito romano, a Lei n.15, §1º, consagrava expressamente o dolo de uma espécie de *universitas* denominada de *decuriones – dolo decurionum*.

Durante a idade média e na emergência dos glosadores e pós-glosadores é de se reconhecer a admissão da responsabilidade coletiva, haja vista as punições que ultrapassavam a pessoa do autor do crime para atingir outros membros de sua família. Conforme Fernando Antônio N. Rocha, “a perspectiva da prevenção geral fazia acreditar que o amor aos filhos, aos pais e aos amigos pudesse servir de contra-estímulo ao crime” (ROCHA, 2003, p. 19).

No período do Iluminismo houve profunda transformação no tratamento da questão, tendo sido repudiada as responsabilizações coletivas, especialmente em decorrência do aprofundamento dos estudos em relação a ação, causalidade, tipo, culpabilidade entre outros (SILVA, 2003, p. 20). Nesse período, impera o princípio do *societas deliquere non potest* (BACIGALUPO, 1998, p. 63).

É no pós-segunda guerra mundial, com o crescimento da participação da pessoa jurídica na vida pública, em especial na vida econômica, que se renova a controvérsia. A responsabilidade penal da pessoa jurídica ressurge para a tutela mais efetiva da ordem econômica e, também, do meio ambiente (SILVA, 2003, p. 25; ROTHENBURG, 1997, p.33). No Brasil, essa questão se torna evidente nas tragédias envolvendo as barragens em Brumadinho e em Mariana.

Assim, há de se compreender que a temática da presente pesquisa se insere dentro de um panorama contemporâneo marcado pelo aumento da participação da pessoa jurídica na vida social, em especial, violando bens e interesses juridicamente tutelados.

No Brasil, a questão ganha relevância com a referência expressa da responsabilidade penal da pessoa moral na Constituição de 1988, especialmente pela menção do art. 173, §5º, para a ordem econômica, e o art. 225, §3º, para a proteção ambiental. Embora seja uma resposta às preocupações modernas, representam uma guinada na história do direito penal nacional, pautado no princípio *societas deliquere non potest* (SCHECAIRA, 1999, p.38).

A experiência legislativa efetiva, no direito brasileiro, é a Lei n. 9.605, de 1998, dispondo sobre crimes ambientais. Há, propostas em análise no Congresso Nacional, em razão do debate do novo Código Penal.

3. A posição dos doutrinadores

A questão do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica não é pacífica entre os doutrinadores, nem se pode extrair dentre eles uma posição fortemente majoritária. Independentemente da existência de legislação que autorize ou não essa capacidade ou, como quer alguns, essa responsabilidade, o debate firma-se, também, e principalmente, em plano teórico.

Discorda-se da posição defendida por Rocha, pesquisador que entende que “com a opção da Constituição brasileira pela responsabilidade da pessoa jurídica e a entrada em vigor

da Lei n. 9.605/98, os doutrinadores nacionais serão obrigados a tomar outra posição” em relação à impossibilidade legal de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica (2003, p. 23).

Ainda que exista previsão legal que permita ou proíba alguma coisa é possível à doutrina se posicionar contrariamente levando em consideração as metodologias e os conceitos instrumentais da própria ciência e de suas ramificações. É notória a possibilidade da existência de leis inconstitucionais e até mesmo da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais (BACHOF, 1994).

Entre os defensores da incapacidade criminal da pessoa jurídica, na doutrina brasileira, é possível destacar os juristas Nelson Hungria (1983), Aníbal Bruno (1984), Paulo Bessa Antunes (2002), Luiz Regis Prado (2001), Cezar Roberto Bittencourt (2000), René Ariel Dotti (2001), Luiz Vicente Cernicchiaro (1991), Guilherme José Ferreira da Silva (2003).

O principal argumento de todos esses autores, com pequenas variações de um para outro, é, a impossibilidade de aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica.

Em síntese, utilizando-se de Silva (2003) e de Shecaira (1999²), é possível listar alguns argumentos contrários à idéia de capacidade criminal da pessoa jurídica. Nos passos de Sérgio Salomão Shecaira, destaca-se que

O primeiro argumento – e na realidade o mais importante – é que não há responsabilidade sem culpa. A pessoa jurídica, por ser desprovida de inteligência e vontade, é incapaz, por si própria, de cometer um crime, necessitando sempre recorrer a seus órgãos integrados por pessoas físicas, estas sim com consciência e vontade de infringir a lei (SCHECAIRA, 1999, p. 88).

Esse primeiro argumento refere-se claramente ao princípio constitucional da culpabilidade. O principal argumento dos doutrinadores que são contra a capacidade criminal da pessoa jurídica se refere à questão da impossibilidade de haver no Direito Penal a prática de um crime sem que exista a ação volitiva ou culpável do próprio agente. Não se atenderia, portanto, as exigências subjetivas da própria tipificação.

O argumento seguinte é o da ofensa ao princípio da responsabilidade pessoal. Esse princípio nos informa que a condenação não pode passar da pessoa do condenado. Se as pessoas jurídicas são regidas pelos seus órgãos, a sanção deveria ser imposta às pessoas que dirigem a corporação e não ela mesma (SILVA, 2003, p. 100). Admitir a responsabilidade da pessoa jurídica, seria admitir uma responsabilidade por ricochete, o que não coaduna com o princípio

² O citado autor não defende a incapacidade da pessoa jurídica: O trabalho foi concluído de forma objetiva, referendando as ideias desenvolvidas nos capítulos precedentes, e firmando a necessidade de consagração da responsabilidade da pessoa jurídica, por razões de política criminal, em áreas de especial tensão, como aquelas já previstas em nossa Constituição Federal. (SCHECAIRA, 1999, p.22)

da pessoalidade das penas, negando sua essência. A pena é um castigo, e não uma reparação de danos, não sendo possível seu cumprimento por representação, como ocorre no direito civil.

Continuando, tem-se o argumento da mitigação do princípio da individualização das penas. Guilherme José Ferreira da Silva leciona que o que importa nessa questão é a individualização judicial da pena, quando o magistrado aplica a sanção ao condenado visando sempre a prevenção, considerando as características do agente e do delito, nos moldes do art. 59 do Código Penal (2003, p. 103). A pessoa jurídica sendo desprovida de vontade, não poderia arrepender-se, ou reeducada (SHECAIRA, 1999, p. 89).

Por fim, vale mencionar ainda dois outros argumentos que se inter-relacionam: (a) a afronta ao princípio da intervenção mínima (SILVA, 2003, p. 107); e (b) da inaplicabilidade das penas privativas de liberdade às pessoas jurídicas, sendo essa a principal sanção do Direito Penal (SHECAIRA, 1999, p. 88).

Em relação ao argumento da intervenção mínima, é de se concluir que havendo, no ordenamento jurídico, outras possibilidades jurídicas para se prevenir e sancionar a ação indesejada, como a agressão ao meio ambiente ou o distúrbio a ordem econômica, deve-se priorizá-la, sempre em detrimento das sanções penais. Um bom exemplo é a opção legislativa encontrada na Lei n. 12.846, de 2013, que dispôs sobre responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, seja ela nacional ou estrangeira.

E no mesmo sentido, avançando-se no argumento da inaplicabilidade das penas privativas de liberdade, se de um lado, a idéia de que a capacidade criminal da pessoa jurídica seria inviável pela inaplicabilidade das penas privativas de liberdade parece insensata diante do avanço da ciência criminal na criação de penas mais humanas e eficazes, de outro, a idéia da desnecessidade de se prever sanções penais quando já existem as administrativas parece lógica e coerente.

Se o fim da pena é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo, conforme afirma Cesare Beccaria (1999, p. 52), e tal finalidade é perfeitamente atingida pela sanção administrativa, e inclusive de maneira mais eficiente e com limites mais largos, seria contra-produtivo demolir os fundamentos da ciência penal contemporânea³ para se construir outros, criando obstáculos teóricos e práticos à proteção de bens e interesses jurídicos relevantes socialmente, ao invés de retirá-los.

³ Não se está aqui advogando a imutabilidade dos paradigmas e do edifício teórico-repressivo. Claro é que a ciência penal, como qualquer outra ciência, deve estar disposta a se alterar conforme questões novas vão surgindo. O

Um número bastante elevado de doutrinadores tem se posicionado favoravelmente ao reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica. Na doutrina estrangeira pode-se encontrar Mestre (1930), Bacigalupo (1998) e Baigún (2000). Na doutrina nacional podemos encontrar Shecaira (1999), Rothenburg (1997), Sanctis (1999), Rocha (2003), entre outros.

Necessário é analisar os fundamentos doutrinários daqueles que defendem a capacidade criminal da pessoa jurídica.

Os principais argumentos favoráveis ao reconhecimento dessa capacidade têm natureza de política criminal. Trata-se de pensar a forma como o corpo social se organizará para dar as efetivas respostas aos fenômenos criminais socialmente construídos:

A política criminal objetiva, primordialmente, a análise crítica (metajurídica) do direito posto, no sentido de bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça. Está intimamente ligada à dogmática, visto que na interpretação e aplicação da lei penal interferem critérios de política-criminal. Baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas, e, de oportunidade, para propor modificações no sistema penal vigente, abrangendo, então, o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal (PRADO, 2000, p. 30).

Assim, é através da política criminal adotada pelo corpo social que se pode perceber quais são os interesses e ideias diretivas elegidas pela sociedade para cuidar do crime, elaborando estratégias para o seu combate. Segundo Rocha, “coerente com a opção política fundamental do Estado, a política criminal define o que deva ser considerado comportamento delitivo e quais são as estratégias mais adequadas ao combate à criminalidade” (1999, p. 13), determinando, inclusive, quem deve ser considerado responsável pelo fato lesivo ao bem jurídico protegido.

Como se pode notar são argumentos de cunho filosófico, sociológico, político e baseado no juízo de oportunidade, ou seja, as respostas que devem ser dadas naquele momento social para os problemas colocados à sociedade.

Com o progresso tecnológico da sociedade contemporânea e com sua complexificação, surge uma nova ordem de valores que demanda a tutela jurídica que encontra no Direito Penal a sede definitiva de proteção. Ao direito penal, e à ciência que lhe dá suporte, “tem-se, reiteradamente, reservada a função de proteção plena e eficaz da ordem social, genericamente considerada” (SILVA, 2003, p. 27).

Assim, bens jurídicos tal como a ordem econômica ou o meio ambiente são comumente associados a pessoas jurídicas, que os manipulam; muito mais do que associados a

problema é: deve-se alterar os paradigmas diante de qualquer demanda social sem levar em conta um juízo de razoabilidade, proporcionalidade e necessidade?

pessoas físicas. Esse inter-relacionamento especial acaba gerando um tipo de lesão que a sociedade associa à ideia de crime, no sentido tradicional. Mas, os instrumentos dogmáticos penais tradicionais representam obstáculos de aplicação prática, apontando requisitos para a configuração do crime que não podem ser, de plano, verificados na pessoa jurídica.

Por essa linha de raciocínio, torna-se necessário reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica para que possa desenvolver instrumentos legais para se punir àquele que atentar contra os bens e interesses sociais contemporâneos e relevantes.

Resumindo o argumento de política criminal Silva afirma que haveria, no caso da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma simplificação da caracterização dos delitos, focando-se no conceito de atividade, menos complexo do que conduta, evitando atividades de pesquisa mais profunda, como descobrir a pessoa física que determinou a realização do injusto (2003, p. 29). Assim, se facilitaria a responsabilização, uma vez que as garantias de direitos fundamentais não seriam objeto de controvérsias.

O fator determinante no reconhecimento desta “ficção jurídica” seria a suposta *“influência das aglomerações sobre as vontades individuais, fazendo surgir a denominada ‘actitud criminal de la agrupación’* (SILVA, 2003, p. 29). Assim, o fator criminológico não seria a vontade individual, e sim a vontade coletiva que mina a resistência do indivíduo frente a disposição delituosa do agrupamento.

Como se vê, trata-se de reforçar a reprovação moral da conduta, mais do que necessariamente reparar o dano ou castigar o agente, uma vez que, as infrações administrativas, por exemplo, como defendido por Tiedemann (1985), não possuem caráter moral.

Percebe-se, portanto, dois argumentos fundantes da política criminal neste sentido: (a) a questão da praticidade, pois, o reconhecimento da capacidade trabalharia com o conceito de atividade, e não de vontade, mais abrangente e menos complexa; e (b) a questão moral envolvida, sendo o objetivo destacar a reprovação da conduta, com um viés inclusive funcionalista.

Outro grupo de argumentos possíveis é daqueles que desejam adaptar as definições da tradicional teoria do delito à responsabilização das pessoas jurídicas. Não se muda nada na estrutura do delito em si e sim na compreensão que se dá a cada parte dessa estrutura. Por exemplo, a ação penalmente relevante, que depende necessariamente da vontade e da consciência, é moldada à pessoa jurídica. Passa-se a considerar a possibilidade do agrupamento social ter vontade própria.

Adota-se, para isso, a teoria da vontade real para explicar a Pessoa Jurídica, pois esta teoria permite a adaptação do conceito de ação aos entes coletivos. Acredita-se na possibilidade

da existência de uma vontade corporativa, diferente do somatório dos indivíduos, sendo a vontade de ordem metaindividual (ROTHENBURG, 1997, p. 168).

Inspirado, também, pela teoria da vontade real das pessoas jurídicas, a culpabilidade é reinterpretada para as pessoas jurídicas. Pode-se tomar a culpabilidade pelo juízo de censura que deve incidir sobre as condutas das pessoas físicas que compõe a corporação (Rothenburg, 1997) ou entendendo a culpabilidade corporativa própria da pessoa jurídica (Tiedemann, 1985). A culpabilidade continua indispensável para se configurar o delito, mas o assimilam de forma a adaptá-lo às características das corporações. É uma abordagem que corre riscos, uma vez que a teoria clássica criminal se fundamenta sobre a ação individual.

O argumento da política criminal parece ser mais honesto, pois reconhece que se trata de uma questão de praticidade e de reprovação simbólica.

Alguns autores, reconhecendo que essa nova espécie de responsabilização penal é incompatível com a teoria tradicional do delito e que é impossível superar as distinções existentes entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas, defendem a formulação de um sistema de imputação jurídico-penal específico para a responsabilização criminal do ente coletivo.

Assim, a fundamentação dessa responsabilização passaria pela criação de estrutura de delito própria para a pessoa jurídica. Dois paradigmas consistentes e bem sistematizados podem ser encontrados em Bacigalupo (1998) e Baigún (2000).

Para a primeira autora a empresa é um novo sujeito ativo do delito e deve ser responsabilizado na medida em que sua atividade preencha os seguintes pressupostos: (a) as ações e as vontades da corporação devem ser realizadas ou mandadas pelo representante legal da empresa, (b) o fato deve violar obrigações e deveres próprios da pessoa jurídica ou lhe trazer benefícios e vantagens econômicas, (c) a culpabilidade deve se dar pela prevenção geral positiva, ou seja, trata-se da necessidade de impor a pena para restabelecer a vigência da norma e (d) as penas devem ser compatíveis com a natureza da pessoal moral.

O segundo autor cria uma nova estrutura de imputação, que não dispensa as categorias do injusto penal da dogmática tradicional, realizando modificações e adaptações do modelo clássico com o objetivo de realizar a função maior do Direito penal, qual seja, a proteção efetiva dos direitos fundamentais. O substrato teórico pode ser resumido em duas principais colunas: (a) ação institucional; e (b) responsabilidade social. O injusto penal delineia-se concebendo a ilicitude de maneira exclusivamente objetiva.

A responsabilidade social é resumidamente o juízo de reprovação à corporação que atue típica e ilicitamente. A ação institucional é verificada com base na regulação normativa, ou seja, a existência de um estatuto que determina os limites e as competências para tomada de

cada decisão, a organização da empresa e o interesse econômico por traz da ação. Por fim, a ilicitude é considerada objetivamente sendo eliminados os elementos subjetivos das causas de justificação.

Em todas as correntes que defendem o reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, percebe-se a influência do direito penal simbólico, marcado exclusivamente por um viés teórico que valoriza a prevenção geral positiva, compreendendo o Direito Penal como um instrumento forte de intervenção estatal sempre que houver uma inquietação social (SILVA, 2003, p. 118). Nessa concepção, pouco importa a discussão teórica acerca da capacidade da pessoa jurídica. Interessa a aplicação da sanção como forma eficaz de estabilização das relações sociais e do ordenamento jurídico.

Outra possibilidade para fundamentar a capacidade criminal da pessoa jurídica é a defendida por Fernando Antônio N. Galvão da Rocha, que tenta solucionar a questão da responsabilidade penal através dos conceitos utilizados pelo ramo do Direito civil, ramo que avançou melhor sobre a questão e que, segundo ele, deverá ser examinado para que possa oferecer os elementos que permitirão a compreensão e a justificação das opções políticas do direito penal.

Segundo o referido autor, a perspectiva de que conforme se expande as possibilidades de atuação da pessoa jurídica deve-se, também, ampliar a sua responsabilização (ROCHA, 2003, p. 59 e 64-65). Ao reconhecer que o fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica é sua responsabilidade indireta por fato de terceiro, o que para o autor é admitido em direito penal⁴, o autor claramente suprimiu o debate da capacidade criminal da pessoa jurídica, pois, para ele, não há que se falar em capacidade criminal e somente em responsabilidade criminal. Não estariam, portanto, falando em mera responsabilidade civil ou administrativa?

Resta, ainda, questão mais espinhosa quando se fundamenta a responsabilidade penal dessa forma. Trataria, então, de uma responsabilidade penal objetiva? A própria questão é enfrentada por Rocha, que afirma que renomados doutrinadores sustentam que o direito penal brasileiro acolhe dispositivos que permitem a responsabilização penal objetiva para a pessoa física. Seriam exemplos: o caso da Lei de Imprensa e da Lei de mercado de capitais. Porém, Rocha discorda dessa posição, defendendo que a responsabilidade penal será sempre subjetiva, conforme os ditames da Carta Magna.

Mas, em relação à pessoa jurídica, sua responsabilização utilizaria a teoria do delito apenas para identificar a autoria do crime naquele que atua em nome ou benefício do ente moral.

⁴ Por exemplo, a instigação, a participação criminosa, a responsabilidade paterna pelo descuido com a arma de fogo utilizada pelo filho.

Continua, então, subjetiva a responsabilidade da pessoa física, mas a responsabilidade da pessoa jurídica irá decorrer da relação objetiva que tem com o autor do crime. Trata-se de clara defesa da responsabilidade por ricochete (ROCHA, 2003, p. 69-70). Nessa perspectiva, o autor não entra no debate sobre a capacidade e foca-se, exclusivamente, na responsabilidade.

Entre os defensores do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica e de seus opositores pode-se averiguar a existência de uma terceira corrente. Essa terceira via tenta conciliar a demanda social por controle das pessoas jurídicas, assumindo a capacidade dessas de atacarem bens e valores sociais, mas, não reformula a teoria do delito, não atribuindo vontade a essas pessoas.

Na doutrina nacional a terceira via não tem ressonância acadêmica relevante, podendo ser encontrada em doutrina estrangeira. Para esse estudo será utilizado o artigo “*Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*” (2004), escrito pelo professor espanhol Santiago Mir Puig, catedrático de Direito Penal da Universidade de Barcelona.

Para Mir Puig não é possível reconhecer a capacidade culpável dos entes coletivos, portanto, não podem, a esses, serem aplicadas penas. Porém, a necessidade social de prevenir e sancionar os delitos cometidos com fundamento e em favor das pessoas jurídicas obrigam a formulação de uma solução. O Código Penal Espanhol teria adotado uma solução tímida, a qual denomina de terceira via, que se constitui pela aplicação de **medidas de segurança peculiares**.

Só as pessoas físicas podem ser castigadas com penas criminais estrito senso no direito espanhol, admitindo, porém, ainda que timidamente, consequências acessórias para as pessoas jurídicas.

Não são exatamente punitivas, mas são consequências acessórias que possuem, principalmente, a função preventiva, tendo como objetivo combater o perigo que se pode supor pela continuidade da atividade delitiva ou de seus efeitos, caso nenhuma ação seja tomada em relação à pessoa jurídica que foi instrumento do crime (MIR PUIG, 2004, p.06).

Desta forma, evitam-se os obstáculos que a teoria tradicional coloca, derivados do princípio da culpabilidade pessoal, e, também, evita-se adentrar na questão da reprovação ético-social.

O código penal espanhol prevê, portanto, medidas de segurança peculiares como consequências legais que se aplicam às pessoas jurídicas, instrumento da ação penal do indivíduo, as quais, tal como a reprovação penal, devem ser submetidas ao devido processo legal, sem com isso criar problemas dogmáticos e romper com os avanços humanitários da

dogmática tradicional. Nenhum dos autores pesquisados na doutrina nacional, tão pouco a legislação brasileira, oferece solução similar à adotada pelo direito penal espanhol.

No direito brasileiro as medidas de segurança são consequências do delito, orientadas por razões de prevenção especial, impostas sobre indivíduos, com o objetivo de impedir que a pessoa volte a delinquir.

Para Mir Puig:

*Ante la cuestión, hoy tan debatida, de si las personas jurídicas y/o empresas deben o no responder penalmente, el CP español de 1995 ha optado por una vía peculiar: mantiene en pie el principio *societas delinquere nec puniri potest*, pero admite — como el CP anterior— que se impongan a las personas jurídicas y empresas importantes "consecuencias accesorias" en la sentencia penal. Según la doctrina dominante tales consecuencias accesorias no son penas, ni tampoco medidas de seguridad como las impuestas a personas físicas, pero tiene de común con éstas últimas que no se basan en la culpabilidad, sino en la peligrosidad —aunque no sea peligrosidad de una persona física, sino de personas jurídicas o empresas—. Como tal vía intermedia, evita las dificultades que entraña, desde el principio de culpabilidad personal, la imputación de delitos y la previsión de verdaderas penas para personas jurídicas y empresas, pero tampoco tiene todas las ventajas que alegan los partidarios de derogar el principio *societas delinquere nec puniri potest* (MIR PUIG, 2004, p. 7).*

Para ele existem razões suficientes, baseadas principalmente nas questões de política-criminal, para negar a capacidade criminal das pessoas jurídicas. Reconhece que não existe um conceito ontológico de delito. Hoje se trabalha com um conceito de delito como obra do homem, mas, nada impede de amanhã se trabalhar com outro, admitindo o delito cometido por pessoas coletivas. Mas criar esse novo conceito seria gerar problemas importantes de política criminal. O primeiro problema seria a responsabilidade indireta, conceito que já foi aqui trabalhado. Nem os contratos nem as sanções administrativas impostas nos casos de responsabilização indireta implicam na reprovação ético-social da conduta com uma pena sobre os representados e tutelados (MIR PUIG, 2004, p. 8).

O autor espanhol nega, também, a possibilidade de se reconhecer responsabilidade coletiva:

Si se fundamenta en la realidad social de la empresa, supone una forma de responsabilidad colectiva que extiende el grave reproche penal a todos los integrantes de la empresa aunque sólo algunos sean los culpables del delito.(...) Si se quiere escapar a esta clase de responsabilidad [responsabilidade indireta], se cae en la responsabilidad colectiva, que tampoco es personal. Ni una ni otra especie de responsabilidad son admisibles cuando se trata del grave reproche ético-social que caracteriza a la pena criminal (MIR PUIG, 2004, p. 12).

Observa-se que os argumentos de política-criminal aqui servem para combater a capacidade criminal da pessoa jurídica, importando, portanto, a natureza da pena, ou seja, sua

reprovação moral, e os limites do direito penal. Deixa-se de lado a demanda social. Como se poderia reprovar uma pura criação jurídica por um fato que não pôde decidir, realizar, nem evitar? A perspectiva do autor espanhol é a de que pessoas jurídicas são criações fictícias do direito, sem condições de decidir (MIR PUIG, 2004, p.9).

Para ele,

(...) Es sintomático que el argumento central que suelen utilizar es el de que hay que castigar a las personas jurídicas o empresas porque con frecuencia no puede castigarse a personas físicas. Parece partirse de la idea de que, cuando no pueda castigarse a personas físicas, al menos tendremos a alguien a quien castigar en su lugar, por lo menos tendremos un culpable. La necesidad de castigo del delito parece satisfacerse ya de algún modo por esta vía (MIR PUIG, 2004, 16).

Mas a aplicação das medidas de segurança não envolveria, também, alterações na tradicional teoria do delito? Mir Puig afirma que a aplicação das medidas de segurança, ou até mesmo, de conseqüências acessórias (como no caso do Direito Espanhol), seria uma solução mais adequada aos princípios de direito penal que exigiria menores esforços acadêmico para acertar divergências conceituais (MIR PUIG, 2004, p. 12-13).

Se o direito penal atual admite não só a pena baseada na culpabilidade, mas, também, medidas de segurança para pessoas perigosas que não podem ser consideradas culpadas, seria coerente a admissão de uma modalidade especial de medidas preventivas para pessoas jurídicas, que embora não possam ser consideradas culpáveis, são igualmente perigosas. Trata-se-ia de uma distinção simbólica comunicativa, no sentido luhmanniano, considerada por ele de máxima importancia, e não uma mera questão de etiqueta (MIR PUIG, 2004, p. 14).

A proposta de Mir Puig é uma solução simples no sentido de que não exige esforços doutrinários para se fundamentar a aplicação de tais medidas e preenche todos os requisitos exigidos pela doutrina e pela lei, além de sua grande praticidade. Porém, fácil notar a sua fraca (para não dizer nula) ressonância na doutrina nacional e em nosso ordenamento jurídico pátrio.

4. Posição Normativa: a norma e a interpretação dos tribunais

A referida disputa acerca da capacidade criminal da pessoa jurídica envolve necessariamente conflitos de opinião (ROTHENBURG, 1997, p. 19).

Fernando Antônio N. Galvão da Rocha afirma que a norma jurídica, necessariamente, resulta de uma toma de posição frente ao fato social (2003, p. 9). Trata-se, segundo o autor, de

uma clara opção política. O que é socialmente inadequado depende sempre do ponto de vista daqueles que legitimamente detêm o poder de imposição.

O sociólogo francês Émile Durkheim entende que o crime é um ato que ofende certos sentimentos coletivos (1995, p. 87). Para ele, o crime nada mais é do que um fato social, ou seja, uma maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior (QUINTANEIRO; BARBOSA; OLIVEIRA, 2002, p. 82), podendo ser considerado normal, mas, nunca natural.

É considerado como um ato criminoso todo aquele ato que ofender certos sentimentos coletivos. Assim é possível compreender que um ato criminoso pressupõe, de modo negativo, uma construção valorativa, de modo que não há ato algum que seja, em si mesmo, um crime. Por mais graves que sejam os danos que ele possa causar, o seu autor só será considerado criminoso se a opinião comum da respectiva sociedade o considerar como tal (CARLOS, 1997, p. 4).

Ou seja, a lei que define a culpabilidade e o tipo criminal deriva de um sentimento da sociedade, pelo menos em tese, de que aquilo deve ser punido e de aquelas pessoas devem pagar pelos seus atos.

Não restam dúvidas de que o ordenamento jurídico nacional consagrou em sede constitucional e em sede de legislação infraconstitucional a capacidade criminal da pessoa jurídica, em verdadeiro rompimento com a teoria clássica liberal.

No §3º do artigo 225 da Carta Magna há a expressa possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, afirmando que pessoas físicas e jurídicas se sujeitarão a sanções penais pelas atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. A Lei n. 9605/98 regulamentou o §3º do artigo 225 da Constituição Federal, acima transcrito, materializando na esfera do direito positivo a capacidade criminal da pessoa jurídica⁵.

Porém, Silva, afirma que ainda assim poderia se inadmitir o reconhecimento da capacidade criminal, uma vez que “a cognição do real alcance de uma norma penal não se esgota na interpretação gramatical, devendo o intérprete se valer de outros elementos para aferir o verdadeiro sentido da Lei e sua autêntica colocação no ordenamento jurídico” (2003, p. 88).

Embora estejam corretas as afirmações de Silva (2003) que só o texto legal não seria suficiente para configurar a mudança de paradigma, é preciso reconhecer que a jurisprudência do STF sobre o tema, ainda que decidido exclusivamente em turma, acabou por reconhecer a

⁵ Não há, todavia, a exclusão da responsabilidade da pessoa física que responderá nos limites de seus atos.

constitucionalidade da capacidade criminal, mesmo se absolvidos as pessoas físicas envolvidas, no RE 548.181/PR, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Rocha chega ao ponto de afirmar que “*outro caminho não resta senão construir novo edifício dogmático para, paralelamente ao que define os limites da responsabilidade individual, reprimir as atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas em prejuízo dos bens e interesses juridicamente tutelados*” (2003, p. 7).

Pelo inexpressivo número de artigos que a lei tem para tratar da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, temática nova no direito brasileiro, inúmeras questões jurídicas surgem, tal como a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, que não será tratada em decorrência dos limites deste trabalho.

Embora poucas, as decisões jurisprudenciais reconhecem a capacidade criminal da pessoa jurídica. Uma das primeiras decisões sobre o tema, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Gilson Dipp, desenvolveu um novo conceito de culpabilidade e fundamentou a escolha da política criminal como razão para reconhecimento de tal capacidade. A decisão foi paradigma para outras, sendo seus argumentos preponderantes em termos jurisprudenciais.

Argumentou-se que o ente coletivo é capaz de manifestar sua vontade por meio dos órgãos colegiados, sendo vontade diferente da pessoa física. Ademais, infere-se que há a exigência de que os coautores, ou coparticipes, sejam, também, responsabilizados, na medida de sua culpabilidade. Nos termos da jurisprudência nacional, exige-se a punição concomitante de pessoa física e pessoa jurídica responsável pelo dano. (STJ, REsp 564.960/SC, p. 331).

Em sentido similar, o STJ proferiu alguns outros julgamentos, reconhecendo a capacidade criminal da pessoa jurídica e estabelecendo os seguintes critérios: (a) em crimes que envolvam empresas o órgão acusatório deve estabelecer, ainda que minimamente, ligação entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada; (b) o simples fato de ser sócio, gerente ou administrador não pode trazer para si a responsabilidade criminal, devendo haver uma relação subjetiva entre a ação e a escolha da ação, no mínimo marcada pelo exercício da função empresarial, sob o risco de se criar responsabilidade penal objetiva para pessoas físicas; e (c) a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada se for identificada a pessoa física, de modo que, uma vez que se exclui da denúncia a pessoa física, a ação penal não pode prosseguir somente contra a pessoa jurídica, pois é a pessoa física que age com o elemento subjetivo próprio essencial para a responsabilização. (RHC 24.239/ES; HC 232.751/PR; RMS 16.696/PR e outros).

Esse posicionamento do STJ foi revisto pelo STF no RE 548.181/PR, da relatoria da Ministra Rosa Weber, que em suma rejeitou o critério adotado pelo STJ de que as pessoas jurídicas só poderiam ser condenadas se fossem condenadas as pessoas físicas responsáveis pelo crime ambiental.

A decisão foi tomada pela primeira turma por maioria, tendo ficado vencidos os ministros Luiz Fux e Marco Aurélio que rejeitaram a possibilidade jurídica do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica.

Ficou consignado no julgamento que subordinar a responsabilização do ente moral à efetiva condenação da pessoa física, seria transpor para a responsabilidade penal da pessoa jurídica os requisitos próprios para a efetiva condenação da pessoa física, o que seria inadmissível. Ademais, tal condicionamento não estaria previsto no art. 225, §3º, da Constituição Federal.

Embora tenha sido uma decisão do STF, de cunho constitucional, tal decisão foi tomada pela primeira turma, de quórum reduzido, e com maioria de votos, com dois votos expressamente contrários do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica. Isso significa que há uma presunção favorável aos defensores de tal reconhecimento, embora a questão não esteja consolidada na corte constitucional, podendo ainda ser revertida.

CONCLUSÕES

Com a adoção legislativa da responsabilidade penal da pessoa jurídica em nosso país e com a aceitação da constitucionalidade da opção legislativa pela jurisprudência, especialmente pela jurisprudência constitucional, deve-se reconhecer que o ordenamento jurídico nacional admite a existência desse tipo de capacidade criminal, embora possam ser realizadas diversas críticas sobre a normatividade, quanto a redação obscura da lei, quanto ao surgimento de um vácuo teórico científico e quanto a sua inconstitucionalidade.

Reconhecida sua existência jurídica, como foi feito nos tópicos anteriores, deve-se buscar, nos elementos existentes, uma fundamentação lógica para sua natureza jurídica e a sua compatibilidade com os princípios forjados na Constituição do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

É fácil perceber que não há, na teoria tradicional, elementos para sua justificação, devendo-se buscar ou criar outros elementos, desde que sejam coerentes.

Assim, a hipótese levantada no introito deste artigo, que afirma que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é um tipo de capacidade derivada do direito criada pelo legislador

por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas e tem como grande inspiração o Direito Penal Simbólico, pode ser tida como verdadeira.

É admitido pelos doutrinadores, defensores da capacidade, que seu reconhecimento deriva de questões de política criminal surgidos pela demanda da sociedade por respostas a ampliação do campo de atuação das pessoas jurídicas.

Mesmo entre os doutrinadores que aceitam a teoria tradicional do delito como a fundamentação da capacidade criminal dessas pessoas necessário é fazer modificações na sua estrutura. Assim, as premissas utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas são diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas jurídicas. Em maior grau, essa diferenciação existe entre os autores que propõem um sistema específico às pessoas jurídicas.

A influência do Direito Penal Simbólico é visível, porquanto, a maioria dos doutrinados, senão todos, abordam a prevenção geral positiva e a necessidade do Estado de mostrar sua atuação frente às novas demandas sociais como fundamentação primeira do reconhecimento desta capacidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais?. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

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

BAIGÚN, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848. República Federativa do Brasil. Diário Oficial. Brasília: 1940.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil – 1988. Diário Oficial - Brasília: 1988.

BRASIL. **Lei n. 9.605/98**: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília: 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 232.751/pr. Relator: JORGE MUSSI. **Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 564.960/SC. Relator: Gilson Dipp. **Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 13 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 24.239/ES. Relator: OG FERNANDES. **Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 01 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 16.696/PR. Relator: HAMILTON CARVALHO. **Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 13 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 548181/PR. Relatora: Min. Rosa Weber. **Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> .

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: fato punível. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.2.

CARLOS, Jorge Adriano. **O crime segundo a perspectiva de Durkheim**. In: Seminário História do Pensamento Sociológico. 1997.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DURKHEIM, Émile, **As regras do Método Sociológico**. 6ª ed. Lisboa: Editorial Presença. 1995.

GOMES, Luiz Flávio (coord). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MESTRE, Aquiles. **Las personas Morales y su responsabilidad penal**: asociaciones, corporaciones, sindicatos. Trad. César Camargo y Marín. Madrid: Nueva Biblioteca Universal, 1930.

MIR PUIG, Santiago. **Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2004, núm. 06-01. p. 01:1-01:17. Disponível na <<internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>>>

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** : volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** : em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos**: Durkheim, Marx e Weber. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** : de acordo com a Lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica** / Guilherme José Ferreira da Silva. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder Econômico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.