

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Lorena Barreto Vasconcelos*

RESUMO

O presente artigo estuda a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, sem prejuízo da responsabilidade civil e administrativa. Parte da exposição e comentários acerca das principais teorias que se propuseram a definir a natureza da personalidade jurídica. Define a responsabilidade penal, faz a distinção e delimita o vínculo com os conceitos de culpabilidade e imputabilidade. Discute a capacidade delitiva dos entes morais com base nas duas principais linhas de raciocínio que têm se apresentado na atualidade, com base no consagrado princípio do *societas deliquere non potest* e o novíssimo *societas deliquere potest*. Apresenta aspectos constitucionais e penais de ambas as teorias diante dos arts. 173, §5º e 225, §3º da constituição federal, e da lei de crimes ambientais (9.605/98). Reflete sobre a necessidade de adequação dos conceitos e princípios tradicionais do Direito Penal diante da nova criminalidade econômica, ambiental e social praticado predominantemente através pessoas jurídicas em benefício, muitas vezes, exclusivo delas.

Palavras-chave: Responsabilidade penal e civil. Aspectos da independência. Variabilidade de dano.

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONA JURÍDICA

RESUMEN

Este trabajo estudia la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de responsabilidad civil y administrativa. Parte de la exposición y comentarios acerca de las principales teorías que han propuesto para definir la naturaleza de la personalidad jurídica. Conceptualiza responsabilidad penal, distingue y define la relación con los conceptos de culpabilidad y la imputabilidad. Discute la capacidad delictivas de las entidades Morales con base en dos aspectos principales, que se han presentado en la actualidad, sobre el principio sagrado de *societas deliquere non potest* y el nuevo *societas deliquere potest*. Presenta aspectos constitucionales y penales de ambas teorías en los artículos. 173, §5º y 225, §3º de la Constitución Federal y la ley de delitos ambientales (9605/98). Reflexiona sobre la necesidad de adaptar los conceptos y los principios tradicionales del Derecho Penal delante de la nueva criminalidad económica, ambiental y social practicada principalmente por personas jurídicas, a beneficio exclusivo de ellos.

Palabras-clave: la responsabilidad penal y civil. Aspectos de la independencia. Variabilidad Del daño.

* Acadêmica concluinte do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN).

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é uma realidade trazida à tona diante da nova realidade globalizada dos crimes econômicos em nossa sociedade, nos quais a participação de empresas se faz essencial para sua efetivação. No Brasil, a matéria foi admitida inicialmente com a Constituição Federal de 1988, estabelecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os crimes ambientais, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, ensejando uma profunda discussão acerca dos elementos tradicionais da dogmática penal e constitucional penal.

Posteriormente, com a edição da Lei 9.605/1998, nota-se uma maior atenção acerca do assunto, na medida em que define os casos em que a pessoa jurídica será responsabilizada penal, civil e administrativamente. Todavia, a discussão sobre a aplicabilidade dessa norma, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, prossegue intensa até o momento.

Parte da doutrina reluta em aceitar a responsabilidade da pessoa jurídica, baseando-se no princípio *societas deliquere non potest*, segundo o qual, a sociedade (pessoa jurídica) não pode delinquir. De modo que é incompatível com os princípios que regem o Direito penal, em especial, com a responsabilidade pessoal subjetiva e a culpabilidade. De forma contrária, contudo, outra fração da doutrina alia-se ao novo conceito em que *societas deliquere potest*, em que a sociedade, ou pessoa jurídica, tem sim, capacidade delitiva.

Deste modo, se de um lado a responsabilidade é pessoal, por outro, encaixa-se a responsabilidade social para a da pessoa jurídica. Esta questão da possibilidade ou não de conduta por parte das pessoas jurídicas continua pendente na doutrina, tendo adeptos contrários e a favor, mas não é mais um obstáculo intransponível como nas décadas anteriores, pois, com uma certa ousadia, pode-se romper com os conceitos da ordem dogmática e optar-se por soluções que a nova perspectiva econômico-social reclama. Conforme afirma Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado:

A passagem para um Estado de Direito Social, interventor e propulsor de novos valores, também implicou a revisão e superação da classificação bipartite que a doutrina fazia entre interesse público e interesse privado. (PRADO *apud* CAPEZ, 2007, p. 48)

O tema Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica será tratado pela importância acadêmica, social, econômica e da segurança jurídica que enseja, em razão de a limitação técnica da legislação brasileira acerca do assunto afetar diretamente a ordem social e o embate dos doutrinadores acerca desta questão. Assim, será, neste trabalho, preliminarmente considerada a natureza da pessoa jurídica, por meio das várias teorias que já se elaborou a respeito, seguido da definição de responsabilidade penal e o exame das linhas de raciocínio em que se discute em relação à capacidade delitiva dos entes morais e a conseqüente possibilidade de sua responsabilização na esfera penal.

Para a elaboração do presente trabalho serão utilizados os fundamentos jurídicos baseados na Constituição Federal, no Código Penal Brasileiro e a Lei 9605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), com ênfase na interpretação da doutrina mais reconhecida e a jurisprudência eventualmente.

2 NATUREZA DAS PESSOAS JURÍDICAS

Há muito se discute entre os civilistas, penalistas, filósofos jurídicos, e sociólogos sobre a natureza das pessoas jurídicas e sua influência no Direito Penal no que diz respeito à sua responsabilidade. É digno de nota que, dentre essas nove teorias que, de forma concisa, elenca Constantino (2002), a teoria da ficção é a que auferiu maior destaque; posteriormente, passaram a simpatizar civilistas e jusfilósofos com as teorias organicista, da realidade técnica e a institucionalista. Contudo, entre os penalistas, de forma majoritária, é benquista a teoria da ficção.

2.1 TEORIA DA FICÇÃO

Teoria segundo a qual os entes coletivos, ou a pessoa jurídica são criações artificiais do Direito, tratando-os como pessoas reais, atribuindo-lhes direitos e obrigações para que possam ser participantes da vida civil e comercial, com capacidade contratual e postulatória, figurando em processos judiciais como autores ou réus. Segundo esta teoria, que teve em Savigny o seu maior expoente e sintetizador, os entes coletivos não possuem vontade real, nem mesmo consciência, sendo uma mera criação do direito.

Esse pensamento ainda é adotado nos dias de hoje por ampla doutrina, em especial a de cunho penal, como ressalta Pierangeli:

Para nós, a aceitação da teoria da ficção é consequência da própria evidência, por serem as pessoas jurídicas incapazes de conduta, pois resulta inimaginável que uma pessoa jurídica possa dirigir voluntariamente sua conduta a um fim que ela própria determine. Como adverte Bettiol, 'o Direito Penal não se baseia em abstrações, pois está alicerçado na realidade ético-psicológica. E esta é exclusivamente do homem' (PIERANGELI *apud* CONSTANTINO, 2002, p. 35).

Assim sendo, em razão desta pessoa existir somente no plano jurídico, falta-lhe capacidade de conduta e de culpabilidade. Ela não é capaz de entender o caráter ilícito dos fatos como resultado de uma atividade psíquica oriunda de sua própria personalidade, nem é capaz, por si mesma, de realizar ações ou omissões senão aquelas decorrentes da vontade dos seus sócios. Por estas razões, não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal, que somente poderá recair sobre os reais responsáveis pelo delito, os homens por trás destas pessoas fictícias.

2.2 TEORIA DA EQUIPARAÇÃO

Segundo Böhlau, Bruns, Windscheid e Brintz, seus principais defensores, as pessoas jurídicas não existem. A lei, contudo, equipara determinados direitos (certas massas de bens ou patrimônios) às pessoas físicas por questões de ordem prática, para que possam cumprir os propósitos a que se destinam. Não correspondem, contudo, a um sujeito individual.

Também chamada de teoria dos direitos sem sujeito (SILVA, 2003, p. 34), é uma mera consequência da teoria da ficção porque resulta, exatamente, da busca da realidade. Tal teoria não possui aplicabilidade, caindo em descrédito exatamente porque não reconhece a relação entre o sujeito e direito, necessária na construção de todo e qualquer ordenamento jurídico.

2.3 TEORIA DOS DESTINATÁRIOS

Desenvolvida por Rudolf Von Ihering, essa teoria afirma que os verdadeiros titulares de um direito são os seus beneficiários, mas como nem todos podem ser determinados, sendo em relação a alguns direitos os beneficiários nem mesmo

nasceram, institui-se a pessoa jurídica para ser portadora daqueles direitos. Na verdade, só as pessoas físicas podem ser titulares de bens ou interesses; os entes jurídicos funcionam como meros instrumentos para os indivíduos fruírem desses direitos.

Teoria essa também ficcionista, pois permanece negando uma vontade real às corporações.

2.4 TEORIA DA PROPRIEDADE COLETIVA

Segundo esta teoria, a personalidade dos entes jurídicos seria *um mito* cuja finalidade seria simplesmente distinguir a propriedade individual da propriedade coletiva (conjunto de bens pertencente a um grupo de pessoas). Isto pelo fato de se aplicarem normas jurídicas distintas a cada uma dessas hipóteses. Teoria claramente ficcionista. Seus maiores defensores são Barthélemy e Planiol.

2.5 TEORIA DO FRACIONAMENTO ESTATAL

Defendida por Fisichella e Giorgi, essa teoria afirma que as pessoas jurídicas nada mais são que organizações secundárias abrangidas pelo Estado. De forma que só há um sujeito jurídico, que é o Estado, e as demais pessoas morais, representam frações desse sujeito jurídico fundamental.

2.6 TEORIA ORGÂNICA OU DA REALIDADE OBJETIVA

Essa é a teoria que representou a principal reação à teoria da ficção, que foi a que mais se destacou entre os estudiosos do Direito. Resulta da evolução dos estudos de Direito Público na Alemanha, tendo como seus principais autores Otto Gierke e Zittelmann.

Os defensores desta teoria, as pessoas jurídicas não são criação artificial da lei. Pelo contrário, possuem existência tão real quanto a das pessoas físicas; assim como o ser humano consiste num organismo físico constituído de vários membros, assim a pessoa jurídica é um organismo social composto de diversos membros (que seriam os indivíduos em si). Semelhantemente, esta organização tanto possui

existência própria como sua vontade não corresponde às vontades particulares de seus membros.

Como fundamento da teoria organicista, é apontado o princípio da unidade resultante da pluralidade, segundo o qual, a união das vontades individuais forma uma vontade única que seria a vontade das corporações, cuja origem se deu na sociologia, conforme lembra Antônio Luís Machado Neto (1984, p. 135, *apud* CONSTANTINO, 2002, p. 32), em que Émile Durkheim, reformulando o conceito elaborado por Gabriel Tarde, propõe que a consciência da sociedade seria a **síntese** (termo emprestado da química) das consciências individuais, de forma que o resultado daria um composto novo e diferente.

2.7 TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA OU JURÍDICA

A teoria da realidade técnica foi defendida por M. Michoud, Henri Capitant e Saleilles. Afirma que a pessoa jurídica não é uma mera invenção do Direito, pelo contrário, tem existência real. Mas sua condição é diferente das pessoas físicas, enquanto estas são uma realidade material, aquelas são uma realidade técnica. A lei confere a personalidade jurídica ao Estado, aos entes públicos e privados e às associações por reconhecer sua necessidade para a vida social e para o bem comum. Ela confere valor a parte de cada uma das teorias orgânica e ficcionista.

Importante mencionar-se que é esta a teoria adotada pelo Direito brasileiro.

2.8 TEORIA NORMATIVISTA

Tem em Hans Kelsen seu principal sustentador, afirmando que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas compõe um conceito mais amplo de **pessoa jurídica**, partindo do princípio de que é o Direito que atribui a ambos sua personalidade. Assim, tanto o homem quanto à corporação, se são sujeitos de deveres e obrigações, se tem direito à personalidade, assim o são em virtude de normas estabelecidas pelo sistema normativo.

2.9 TEORIA INSTITUCIONALISTA

Elaborada por Maurice Hauriou, seguido por Santi Romano, essa teoria resguarda a idéia de que as pessoas jurídicas existem como **instituições**, que seriam **unidades teleológicas**. Certos indivíduos, compartilhando alcançar determinado fim, reúnem-se num ente, convertendo-se, individualmente, em membros dessa instituição, chamada pessoa jurídica. Passam a trabalhar almejando a consecução do fim social a que se propuseram, constituindo uma unidade em torno desse propósito comum. Desse modo, segundo Constantino (2002, p. 34) retrata essa teoria, “as instituições não são unidades físicas ou biológicas, mas unidades finais ou teleológicas: enquanto perdurar o fim comum, perdurará a unidade dos membros em torno dele”.

3 RESPONSABILIDADE PENAL, CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE

Cumpre-nos, primariamente, a respeito do tema deste tópico, distinguir alguns conceitos, que, em razão da enormidade de relevo que vem adquirindo o tema, e da não tão grande aptidão técnica de alguns que se aventuram a opinar a respeito, terminam se confundindo, de modo a não se perceber de maneira palpável a real dimensão que alcança a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse sentido já noticiou José de Aguiar Dias:

Nesse terreno, em que as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível acatar esse juízo, mas é preciso não diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas idéias (DIAS, 1979, *apud* STOCO, 2007, p. 116).

Partindo, pois, do conceito de responsabilidade penal, cumpre distingui-lo de culpabilidade e imputabilidade.

3.1 RESPONSABILIDADE PENAL

Segundo observa César Fiúza (2006, *apud* STOCO, 2007, p. 111), a responsabilidade “revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma

imposição decorrente de algum ato ou fato”. Seria, portanto, a obrigação, ou a sanção, que surge como **consequência** da violação dos princípios *alterum non laedere* (não lesar outrem) e *neminem laedere* (não lesar ninguém). Assim, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 2), da violação a um dever jurídico originário, surge um dever jurídico sucessivo, de onde emerge a noção de responsabilidade, em que há a idéia de obrigação, encargo, contraprestação; segundo esclarece Stoco:

A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção. No âmbito penal a sanção atende a um anseio da sociedade e busca resguardá-la. No âmbito civil, o dever de reparar assegura que o lesado tenha o seu patrimônio – material ou moral – reconstituído ao seu *statu quo ante*, mediante a *restitutio in integrum* (STOCO, 2007, p. 114).

E prossegue, no que diz respeito, propriamente à responsabilidade penal:

Mas a lei não é imprudente. Cuida de estabelecer as situações em que tem lugar a responsabilidade penal. Obediente ao princípio *nulla poena sine lege*, o legislador compendia, nos Códigos Penais, os atos que considera prejudiciais à paz social, e que, como tal, acarretam a responsabilidade penal do agente (STOCO, 2007, p. 114).

Significa dizer, conforme defende Cavalieri Filho (2007, p. 14), que a diferença básica entre a responsabilidade civil e penal é a gravidade e relevância social do fato. Por esta razão surge a necessidade da descrição exaustiva e taxativa de condutas que ensejam responsabilidade penal.

Na definição de Maria Helena Diniz, a responsabilidade penal seria:

Responsabilidade que pressupõe lesão aos deveres de cidadãos para com a sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação de norma penal, exigindo, para restabelecer o equilíbrio, a aplicação de uma pena ao lesante. É a que decorre da prática de contravenção penal ou de crime comissivo ou omissivo pelo agente imputável que for chamado a responder por ela penalmente, arcando com as consequências jurídicas de seu ato, incorrendo nas sanções previstas na lei penal. O lesante suporta a respectiva repressão (DINIZ, 2008, p. 168).

O que nos leva a concluir que a responsabilidade penal insurge-se como o dever jurídico de responder pela transgressão, em prejuízo da sociedade, a um dever jurídico previsto na legislação penal em norma incriminadora.

3.2 CULPABILIDADE

Para a existência de um crime, segundo Damásio de Jesus (2003, p. 455), é necessário somente a existência de dois requisitos, que o fato seja **típico** e **antijurídico**, ou seja, que a conduta esteja previamente descrita em uma norma penal incriminadora e que sobre ela não incida qualquer causa excludente de ilicitude. Verificada a existência do fato criminoso, resta ligar o agente à punibilidade, que ocorrerá mediante o juízo de **culpabilidade**. Desta forma, a culpabilidade não é requisito do crime; funciona, na realidade, como condição de resposta penal; **uma condição da responsabilidade penal**.

Neste mesmo sentido, conforme descreve Fernando Capez, com nossos grifos:

A culpabilidade é vista como **a possibilidade de reprovar o autor de um fato punível** porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia e devia agir de modo diferente. Funda-se, portanto, na possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado. **Sem isso, não há reprovação e, por conseguinte, punição.** Sem culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*) (CAPEZ, 2005, p. 302).

São, portanto, os elementos da culpabilidade, sem os quais ela não existirá, excluindo-se assim a responsabilidade penal do agente, segundo enumera Hans Welzel (*apud* JESUS, 2003, p. 463), a **imputabilidade**, a **exigibilidade de conduta diversa**, e a **potencial consciência da ilicitude**. Da imposição de uma pena ao agente, sem que hajam sido demonstrados esses elementos que compõem o pressuposto da pena, ou, havendo culpabilidade, sem que aquele tenha atuando com dolo ou culpa, surge o conceito de **responsabilidade penal objetiva**. Tal possibilidade é insustentável no sistema penal vigente, posto que desconstituiria, não demonstrado o dolo ou a culpa, a própria tipicidade da conduta, pois segundo detectou Welzel (1964, p. 83 *apud* CAPEZ, 2005, p. 302), o dolo e a culpa integram a tipicidade, e não a culpabilidade. Por outro lado, não evidenciada a culpabilidade, resultaria grave infração ao princípio constitucional sensível de presunção de não-culpabilidade, que decorre diretamente do devido processo legal, nas palavras de Tourinho (1999, p. 63), “Este princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”.

3.3 IMPUTABILIDADE

Segundo Adauto de Almeida Tomaszewski:

Imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder por uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo (TOMASZEWSKI 2004, p. 245, *apud* STOCO, 2007, p. 111).

Segundo vimos no item anterior, a imputabilidade é um dos elementos que vem compor a culpabilidade, ou nas palavras de Guilherme José Ferreira da Silva (2003, p. 6), é a capacidade para ser culpável.

Para Aníbal Bruno (1978, p. 39, *apud* JESUS, 2003, p. 469), "imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível". Essa capacidade, diz respeito à aptidão para entender e querer, pois, da interpretação do art. 26 do Código Penal, a imputabilidade decorre da capacidade do agente, ao tempo da ação ou da omissão, de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim sendo, só poderá ser responsabilizada penalmente a pessoa culpável, mediante a imputabilidade, conforme ensina Magalhães Noronha, acerca da responsabilidade penal (grifo nosso):

É a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela **depende da imputabilidade do indivíduo**, pois não pode sofrer as conseqüências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (NORONHA, 1980, p. 172).

É pelas razões apresentadas, dentre outras, que parte da doutrina se mostra contrária à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, sob pena de atribuir a estes responsabilidade penal objetiva. Em virtude de serem estes entes desprovidos de psiquismo propriamente seu, não são capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, uma vez que seus atos decorrem da manifestação de vontade de seus representantes, não sendo, portanto, pessoalmente imputáveis, culpáveis, e, conseqüentemente, penalmente responsáveis.

4 CAPACIDADE DELITIVA DA PESSOA JURÍDICA

De posse das teorias que se insurgiram a respeito da natureza dos entes morais, e do conceito responsabilidade penal, nos vemos então, prosseguindo no tema, diante da possibilidade ou não de a pessoa jurídica ser dotada de capacidade de delinquir, de maneira que possa ser penalmente responsabilizada por seus atos; temos, portanto, vários exemplos de doutrinadores na literatura nacional e internacional, atuando como defensores e opositores dessa responsabilização. Entre os estrangeiros defensores, dentre outros, encontra-se o professor alemão Klaus Tiedemann e contrário, podemos encontrar, o jurista espanhol Barbero Santos. No âmbito nacional, podemos nos deparar com autores favoráveis, como por exemplo, os professores Salomão Shecaira, Damásio de Jesus e Fernando Capez, e na linha oposta, os ilustres juristas Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti e Cezar Roberto Bittencourt.

Duas são as linhas de pensamento que emergem a esse respeito, embora uma terceira venha ganhando albergando seguidores nos últimos tempos. Acompanhemos, pois, a exposição dessas teorias.

4.1 *SOCIETAS DELIQUERE NON POTEST*

A sociedade, ou a pessoa jurídica não pode delinquir. Este é o sistema jurídico predominante nos países em que o direito tem origem romano-germânica, e se baseia fundamentalmente na teoria da ficção de Savigny. Segundo esta linha, o Direito penal é estruturado e destinado a “regular as relações do indivíduo com a sociedade” (JESUS, 2003, p. 5). Dessa maneira, é de todo incompatível com a responsabilização penal da pessoa jurídica, de sorte que esta não pode ser sujeito ativo de um crime. Como afirma Gracia Martín (*apud* QUEIROZ, Jus Navigandi), rebatendo Tiedemann, que defende a responsabilidade penal da pessoa jurídica, todos os argumentos desenvolvidos em seu favor remetem constantemente à pessoa física e, com isso, demonstram que só esta pode ser destinatária da norma penal, por ser sujeito de uma infração e de uma sanção. Aponta-se, inclusive, que não é propriamente a pessoa jurídica que celebra contratos, uma vez que são celebrados, em verdade, pelas pessoas individuais que atuam como seus agentes. Neste sentido, conforme explana Carlos Ernani Constantino:

[...] o ideal é aplicar a reprimenda ao homem detrás (isto é: ao sócio ou preposto – pessoa física e dotada de racionalidade, e portanto, culpável), que se utiliza da empresa (ente despidido de vontade real), como instrumento de sua atuação (CONSTANTINO, 2002, p. 24).

Dentro desta estrutura de pensamento, da mesma forma, tem destaque a lição de Martín, em fazer a distinção entre sujeito da ação e sujeito da imputação, que, no caso das pessoas jurídicas, seriam sempre inevitavelmente diversos, pois estas só podem atuar por meio de órgãos e representantes, ou seja, as pessoas físicas.

4.1.1 Aspectos constitucionais

Em nível constitucional, conforme já estudado, violaria a presunção de não-culpabilidade, presente no art. 5º, LVII da CF, bem como no art. 8º, §2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovado no Brasil, que assim determina: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Sendo a pessoa jurídica inimputável, por não ser dotado de capacidade mental própria para compreender a ilicitude de seus atos, nem de vontade para assim agir, não pode ser culpável, significa atribuir-lhe responsabilidade penal objetiva. Igualmente importaria grave ofensa ao princípio constitucional da individualização das penas, delineado no artigo 5º, inciso XLV, da nossa Constituição Federal, em que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Significaria dizer que as penas aplicadas objetivamente às pessoas jurídicas atingiriam obliquamente, de maneira inevitável, ainda objetivamente, todos os membros, pessoas físicas, daquele ente, em razão da natureza abstrata de sua personalidade.

4.1.2 Aspectos do sistema penal vigente

Esta linha de raciocínio expõe ainda acerca da inviabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica diante dos institutos do direito penal brasileiro, cujo alicerce está no Código Penal. Em seu art. 13, preceitua que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria

ocorrido. Pouco adiante, no art. 18, declara que essa ação ou omissão precisa ser dolosa ou culposa. Assim sendo, embora o direito reconheça à pessoa jurídica existência distinta da de seus membros (art. 20 do CC), ainda assim, permanece desprovido este ente de corpo físico próprio para que possa praticar qualquer ação ou omissão para que dê causa ao crime; da mesma maneira é desprovido de psiquismo propriamente seu para que aja com dolo ou culpa como resultado de uma atividade psicológica própria. Sendo o dolo e a culpa as elementares de caráter subjetivo do tipo, a ausência de tais elementos enseja a atipicidade do fato (JESUS, 2003, p. 277).

Portanto, nesta linha de pensamento, a pessoa jurídica jamais poderia ser autora direta de algum crime, podendo ocorrer algo semelhante à chamada autoria mediata, segundo define Muñoz Conde:

A autoria imediata ou direta se equipara à mediata, isto é, aquela na qual o autor não realiza direta e pessoalmente o delito, mas, para tal, serve-se de outra pessoa, geralmente não-responsável. Com um critério objetivo formal, é difícil fundamentar esse tipo de autoria, mas é evidente que, quando alguém se serve, como instrumento de realização do delito, de outra pessoa, que, geralmente, sem saber, o realiza, é preciso procurar um critério que permita punir o autor real, e não seu instrumento. Esse critério não pode ser outro senão o domínio do fato aludido, pois está claro que o autor mediato é quem domina a realização do delito. Como por exemplo, pode ser citado o caso do hipnotizador que obriga o hipnotizado a cometer um delito, ou que força outrem, por meio de violência ou fraude, a subscrever um documento falso (CONDE *apud* CONSTANTINO, 2002, p. 52).

Logo, seria um novo exemplo, aquele que se serve da pessoa jurídica como instrumento para a prática do delito.

4.2 SOCIETAS DELIQUERE POTEST

Historicamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi admitida entre os séculos XIV e XVIII, caindo em desuso e voltando a firmar-se na segunda metade do século XIX, com a teoria da realidade de Gierke, conforme já estudamos, considerando a pessoa jurídica como um autêntico organismo, realmente existente, de natureza distinta do organismo humano, de forma que sua vontade é distinta da vontade de seus membros, podendo não serem coincidentes, daí a sua capacidade de autoria delitiva.

Aqueles que argumentam em favor da capacidade delitiva das pessoas morais alegam que as infrações contra o meio ambiente, as relações de consumo, e demais matérias em que se discute essa responsabilização penal atentam contra interesses coletivos e difusos, e não só contra bens jurídicos individuais, de maneira que não há como harmonizar com os princípios e regras do Direito Penal tradicional. Segundo a corrente, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é compreensível à luz da responsabilidade penal baseada na culpa, individual e subjetiva, mas à luz de uma **responsabilidade social**. Segundo Klaus Tiedemann:

Um ramo da sociologia nos ensina que o agrupamento cria um ambiente, um clima que facilita a incitação dos autores físicos (ou materiais) a cometer delitos em benefício do grupo. Daí a idéia de não sancionar somente estes autores materiais (que podem mudar e ser realocados), mas também, sobre o todo, ao próprio agrupamento. Por outro lado, novas formas de criminalidade como os delitos dos negócios, em que se compreendem aqueles contra o consumidor, os atentados ao meio ambiente e o crime organizado, se instalam em sistemas e meios tradicionais do Direito Penal diante de dificuldades tão grandes que uma nova concepção parece indispensável. (TIEDEMANN, *apud* SMANIO, 2000, p. 122, tradução nossa).

Defende-se a atuação da pessoa jurídica através de seus órgãos cujas ações e omissões são consideradas como dela própria, uma vez que decorre da atividade orgânica da empresa. Assim, este rompimento com os conceitos do Direito Penal clássico deve ser realizado através de leis penais específicas, pois seria, de fato, impossível admiti-las dentro de um código penal vinculado ao princípio da responsabilidade penal individual.

4.2.1 Aspectos constitucionais

Em nível constitucional, a controvérsia principal é reconhecer se a Constituição Federal de 1988 proclamou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Esta é uma polêmica presente na atual doutrina e jurisprudência, não tendo ainda uma definição majoritária. Vide as decisões a seguir:

Crimes contra o meio ambiente. Inconstitucionalidade da Lei 9.605/98. Inocorrência. "(...) deve ser afastada a arguição de inconstitucionalidade da Lei 9.605/98, quanto à determinação de responsabilizar-se criminalmente a pessoa jurídica, pois o disposto no § 3º do art. 225 da Constituição Federal demonstra cabalmente que o Brasil filiou-se às correntes mais modernas de prevenção e de perseguição de pessoas físicas e jurídicas (...)". (TACRIM-

SP – 3ª Câm. – HC 351992/2 – Rel. Ciro Campos – j. 15.02.2000). Decisão não unânime (SILVEIRA, Jus navigandi).

Ou ainda, de maneira oposta:

Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.605/98. Ocorrência. "Mostra-se inconstitucional o art. 3º da Lei 9.605/98, no que toca à responsabilidade penal da pessoa jurídica. (...)" (TACRIM-SP. 3ª Câm. MS 349.440/8. Rel. Fábio Gouvêa. RJTACrim 48/3682; contudo, o presidente e o 3º juiz sustentavam a constitucionalidade, mas 3ª Cam. Do Tribunal de Alçada concederam a segurança à ré Petróleo Brasileiro SA por ausência de justa causa) (SILVEIRA, Jus navigandi).

É bem verdade que os artigos 173, § 5º e 225, § 3º, prescrevem:

Art. 173, § 5º - A Lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente a obrigação de reparar os danos causados.

Os dispositivos, embora numa leitura rápida e descuidada dê a entender que a pessoa jurídica poderá, e deverá responder criminalmente nos casos que menciona, a maneira disposta gera maiores incertezas que elucidações. Contudo, segundo os que defendem esta teoria, se pretendesse o constituinte negar a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, tê-lo-ia feito expressa e claramente. Como não o fez, possibilitou que, com a Lei n.º 9.605/98, se integrasse à legislação infraconstitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, embora as interpretações ambíguas estejam gerando dificuldades à sua aplicabilidade.

No entanto, segundo André Silveira, Eduardo Rodrigues Albuquerque de Oliveira, Giovani de Souza Silva e Paulo Henrique Cançado de Oliveira:

[...] é de bom senso agora salientar que, durante o processo constituinte, suprimiu-se do art. 173 a expressão "criminal" inicialmente contida, o que indicaria a intenção do legislador constituinte em excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

De qualquer modo, a constitucionalidade ou não da matéria, como qualquer outra, depende do que está posto na Constituição, não do que foi suprimido,

embora, conforme os autores supra mencionados, possa contribuir para a interpretação da intenção do legislador constituinte.

4.2.2 Capacidade de conduta e culpabilidade

4.2.2.1 Conduta

Outrossim, considera-se, conforme explica Smanio (2000), que a ação praticada pela pessoa jurídica, chamada de **conduta institucional**, tem natureza diversa da conduta humana, na qual se baseia o sistema penal vigente. Desse modo, o dolo e a tipicidade devem ser analisados de maneira diferenciada. Essa ação institucional decorre de um fenômeno de inter-relacional, entre cada um dos participantes e a própria instituição, sendo resultado de uma confluência de fatores que é **independente da vontade** dos seus membros ou diretores, ou mesmo sócios.

Baseados em Baigún (*apud* SMANIO, 200), afirmam que a formação da conduta da pessoa jurídica tem um tríplice aspecto: o **normativo**, segundo o qual a decisão deverá ser conforme determinarem seus estatutos; o **organizacional**, em que deverá obedecer a um sistema de poder e controle interno; e o **interesse econômico**, ou seja, estar em consonância com a própria razão de formação e objetivos da empresa. Desta forma, **a ação (ou omissão) institucional teria existência independente e distinta da das pessoas físicas, com formação e características próprias dentro das quais deverá ser analisado o elemento subjetivo, ou seja, o dolo ou a culpa**, com a consequente tipificação da conduta institucional.

4.2.2.2 Culpabilidade

Reconhecida a capacidade de conduta da pessoa jurídica, surgirá sem problemas teóricos o reconhecimento de sua culpabilidade, uma vez que, como já estudamos, a culpabilidade constitui-se no pressuposto da pena. Constatada a existência do fato criminoso pela verificação de um fato típico e antijurídico, resta ligar o agente à punibilidade, que ocorrerá mediante o juízo de culpabilidade que funciona como condição de resposta penal. Necessário se faz, portanto, verificar a

imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, e a potencial consciência da ilicitude.

Sendo a conduta de natureza institucional da pessoa jurídica formada pelo tríplice aspecto normativo, organizacional e interesse econômico, da mesma maneira se examinará a sua imputabilidade e demais elementos capazes de declarar culpável a pessoa jurídica que houver praticado a conduta criminosa. Assegurada essa possibilidade, não haverá que se falar em responsabilidade penal objetiva.

4.2.3 Da individualização da pena

A respeito do que declara a teoria oposta no sentido de que é inadmissível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois a pena passará da pessoa do condenado, violando o princípio constitucional contido no art. 5º, XLV, alcançando obliquamente, de maneira inevitável, objetivamente, todas as pessoas físicas componentes daquele ente, esclarece Shecaira:

Na legislação penal brasileira há três distintas formas de punição. A Parte Geral do Código Penal prevê penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Nenhuma delas deixa de, ao menos indiretamente, atingir terceiros. Quando há uma privação de liberdade de um chefe de família, sua mulher e filhos se vêem privados daquele que mais contribui no sustento do lar. [...]. idêntico inconveniente ocorreria se a pena fosse de interdição de direitos [...]. O mesmo argumento é válido para a multa. As penas pecuniárias recaem sobre o patrimônio de um casal, ainda que só o marido tenha sido condenado, e não sua esposa (SHECAIRA, *apud* CAPEZ, 2007, p. 52)

Ora, considerar inconstitucional, por este fundamento, a responsabilidade penal do ente moral, implicaria a inconstitucionalidade de todo o sistema punitivo do Brasil. Numa ótica de política criminal, é um preço a se pagar. O Brasil não tem estrutura para resolver o problema, senão para amenizar, como nas claras tentativas em que, por exemplo, se disponibiliza auxílios aos familiares dos presos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível que o Direito Penal tradicional traz conceitos dogmáticos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica. As noções de

conduta e de culpabilidade são formuladas direcionadas a compreender somente o que se respeita à pessoa humana, sendo ineficazes para considerar as condutas praticadas por pessoas jurídicas. Isto ocorre porque o Direito Penal clássico foi elaborado com base numa visão individualista herdada do Iluminismo, como uma limitação ao poder do Estado.

De qualquer forma, parece-nos mais aceitável o argumento pela responsabilização, uma vez que a realidade social em relação à criminalidade vem forçando a superação dos dogmas clássicos, com a adequação do sistema penal para apresentar soluções em face da nova faceta com que se apresenta a criminalidade tendo em vista a existência de delitos que, por suas características, são praticados quase que exclusivamente por pessoas jurídicas e, sobretudo, no exclusivo interesse delas, dos quais o Direito Penal não pode se escusar de regular severamente, tutelando bens jurídicos de natureza econômica, ambiental e, enfim, social, de essencial importância à vida de toda uma coletividade.

Ressalte-se ainda que Ao fixar a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime praticado contra o meio ambiente, o legislador pátrio seguiu às Recomendações do 15º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado de 4 a 10 de setembro de 1994, no Rio de Janeiro.

Significa dizer que o Brasil não é o primeiro, nem será o último país a sentir a necessidade de criar um novo sistema teórico no âmbito não só do Direito Penal, mas de todo o Direito, diante dos novos desafios do convívio social, apto a resolver os conflitos supra-individuais existentes na atualidade, inimagináveis pela visão tradicional. Pelo contrário, o Brasil vem sentindo essa necessidade na mesma medida em que se desenvolve a sociedade mundial e, com ela, a modernização da criminalidade ao redor do globo. Conforme declara Capez (2007, p. 51), urge que o Direito Penal passe por uma adaptação de seus conceitos e princípios para proporcionar adequada prevenção e repressão aos crimes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 10 out. 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

_____. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.4.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pena: dano à imagem da empresa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 487, 6 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5876>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo, Saraiva, 1980. v.1.

OLDONI, Fabiano. Uma visão crítica a cerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3629>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

PIMENTA, Gustavo Trindade. Considerações elementares sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2666>>.

Acesso em: 10 nov. 2009.

QUEIROZ, Paulo. Crítica à "responsabilidade penal" da pessoa jurídica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 151, 4 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4568>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 26, set. 1998. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1714>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

SANSON, Ana Cristina Monteiro. Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 417, 28 ago. 2004.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5640>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey, 2003.

SILVEIRA, André... [et al]. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a Lei dos Crimes Ambientais . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 141, 24 nov. 2003.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4504>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 443, 23 set. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5713>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

_____. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.