

DIREITO PENAL ESPECÍFICO APLICADO ÀS PESSOAS JURÍDICAS: UM DEBATE PARA IDENTIFICAR A SOCIEDADE EMPRESÁRIA DELINQUENTE

Weser Francisco Ferreira Neto¹

RESUMO: Trata-se da análise de um novo direito penal de natureza empresarial, com o objetivo de estudar a construção de uma doutrina especial, que torne possível a identificação dos requisitos da capacidade penal da sociedade empresária que atua como coadjuvante instrumental na prática delitiva, em concurso de seu gestor. As sociedades empresárias passam neste aspecto a desempenhar um papel importante na atividade organizada para fins de organizações criminosas e também deverá ser sujeito ativo, com a conseqüente responsabilização criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal empresarial. A capacidade penal da sociedade empresária.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito penal e processual. Direito empresarial.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se da proposta de se utilizar o Direito Penal, na busca da construção dogmática o que tornará justificável a persecução e responsabilização penal da pessoa jurídica, nos crimes socialmente importantes e lesivos aos interesses privados e públicos, que repercutem na área social e econômica. É a motivação para se justificar a intervenção do poder punitivo do Estado na busca de alternativas de combater ao crime organizado perpetrado por intermédio, auxílio real ou participação de pessoas jurídicas, voltadas para a infração penal. Neste contexto, se instiga a cooperar a atuação da pessoa jurídica aplicando princípios do direito penal, mas de natureza específica, como forma de se apresentar um novo sujeito ativo do crime, no caso as sociedades empresárias.

Apresenta-se um debate, mas respeitando-se as teorias do delito, os princípios constitucionais penais e construções normativas aplicadas à pessoa física, que atua como agente infrator de forma direta, em consonância com a dificuldade doutrinária na identificação do sujeito delinquente. A proposta é definir os requisitos normativos sustentar o ente coletivo, com sujeito e se busca identificá-los no direito penal. Logo, se visa a responsabilizar as pessoas jurídicas e seus representantes legais, através da identificação de todos os sujeitos do crime, que atuam na produção de ofensa aos bens tutelados, através de uma atuação concorrente ou simultânea de agentes infratores na produção do resultado lesivo. Trata-se da denominada dupla imputação penal: pessoa física e jurídica.

2 CONCEITO DE “AÇÃO SIGNIFICATIVA” APLICADA À SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A dificuldade inicial dos operadores do direito é identificar um novo conceito de ação ou participação significativa, imputação objetiva, culpabilidade especial objetiva e responsabilidade

penal a ser aplicada às pessoas jurídicas delinquentes para posterior individualização da pena restritiva de direito ou multa. Este tema enseja grandes discussões doutrinárias, diante de uma moderna política criminal na superação de lacunas anteriores de paradigmas dogmáticos. Também é uma introdução ao estudo do Direito Penal e dos fundamentos para um sistema penal democrático aplicável na investigação da pessoa jurídica delinquente.

É por isso que se busca identificar a atuação do Direito Penal e sobre o tema Paulo César (BUSATO:2007) esclarece:

“o Direito Penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. Há que reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com esta agressão (prevenção, retribuição, etc), ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito Penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito Penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários. Esta limitação se estabelece através do desenvolvimento dos chamados limites ao ius puniend, ou seja, das verdadeiras barreiras de contenção que se interpõem à atuação violenta do Estado, ao utilizar o instrumental penal, contra o indivíduo”(2).

Vários são os princípios penais e a sustentação do direito empresarial, em que ambos vão caminhar, na busca de resultados significativos, que impedem a impunidade no âmbito de crimes que envolvem atividades empresariais. Para Muñoz (CONDE:2001)

“muchos de estos principios son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser también asumidos en el plano teórico-sistémico por la dogmática jurídicopenal, salvo que también se quiera poner a esa dogmática por encima de los principios políticocriminales característicos del Estado de Derecho” (3).

As normas jurídicas são decisões de poder e determinam a razão de sua aplicação, sendo necessário identificar no positivismo jurídico qual a eficácia e utilidade da norma penal incriminadora, uma vez que tem aplicação imediata a pessoa física. Deve-se aplicar a outra pessoa, no caso de natureza jurídica, uma nova proposta teórica de capacidade delitiva?

A teoria da relação jurídico-penal se apóia na conduta humana. O conceito e estrutura do crime têm seus fundamentos no comportamento humano. É a intenção, o dolo e a imprudência identificado por Vives Anton que motivará a responsabilização penal ao autor. Para Paulo César (BUSATO:2007)

“é necessário começar esclarecendo que Vives Anton se refere à ‘gramática’ da intenção no seio da pretensão de ilicitude, está se referindo à chamada ‘intenção subjetiva’, quer dizer, àquela que consiste na atribuição concreta de intenções ao sujeito e que, ainda que não desempenha necessariamente um papel definitivo na delimitação conceitual da ação, realiza a função substantiva de possibilitar o julgamento da conduta realizada pelo sujeito. Há que aclarar que a relação entre intenção e ação é uma relação interna, dado que a intenção alude ao sentido da ação” (4).

A intenção, desejo e propósito, enquanto gestor ou representante legal da pessoa jurídica é utilizar desta empresa como instrumento real de participação objetiva na produção de ofensa ao bem tutelado na norma incriminadora.

É necessário refletir a ação perpetrada pela pessoa jurídica na participação do crime, em uma doutrina que se pretende construir como dogmática penal ou subcategoria de normas aplicadas em concurso de pessoas ou dupla imputação: pessoa física e ju-

rídica. O desenvolvimento deste conceito é para motivar ou justificar a responsabilização penal da pessoa jurídica. Entretanto para Paulo César (BUSATO:2008) “se pode afirmar que a imputação de responsabilidade penal sempre estará vinculada à demonstração do dolo ou da imprudência no caso concreto que se tem em conta”(5). Neste caso, não temos como identificar esta exteriorização da vontade motivada pela pessoa jurídica, mas sim, uma ação artificial ou fictícia que é oriunda de um comportamento do sujeito delinqüente que logra êxito na prática delitiva, com imprescindível contribuição material ou objetiva da pessoa jurídica ou sociedade empresarial, quando legalmente constituída.

A proposta de responsabilização concorrente de agentes infratores: pessoa física e jurídica, esta última será imputada por uma participação objetiva – ausente o tipo subjetivo e a ação voluntária - mas, em concurso deste agente real com a pessoa física, sem prejuízo as teorias dos delitos existentes e aplicáveis às pessoas naturais. O que demonstra é que para justificar a pretensão punitiva da sociedade empresarial se deverá construir um conceito significativo de ação, tipo penal objetivo, imputação objetiva, culpabilidade especial aplicada à pessoa jurídica e punibilidade, em que de forma concorrente a sociedade empresarial é instrumento ou tem participação para que em concurso necessário de agentes infratores, ou seja com a pessoa natural, ambos sejam responsáveis para ofensa ao bem jurídico tutelado.

O sistema da dupla imputação é consagrado pelo Direito Penal Francês, conforme assinala José Daniel (CESANO:1998)

“Yendo a las características del modelo legislativo, podemos decir que la responsabilidad es: a) acumulativa; b) especial, y c) condicionada. Decimos que es cumulativo por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye, sea em carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo (art.121-2). Es también una responsabilidad especial por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley (para el caso de delitos) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción. Por fin, se trata de una responsabilidad condicionada por cuanto la imposición de la sanción queda subordinada al requisito de que la infracción haya sido cometida por cuenta de la persona jurídica y por parte de sus órganos (por ejemplo, asamblea general, consejo de administración, etc) o sus representantes (vg. gerente)” (6).

A pretensão agora, é justificar uma análise teórica específica capaz de fundamentar que a pessoa jurídica possa ser sujeito ativo da infração penal.

Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) com estas considerações, “resta claro a possibilidade de concurso entre a pessoa física e a pessoa jurídica para a prática de um determinado delito e, até mesmo, há possibilidade de existência de concurso de agentes entre corporações, porquanto, conforme dito anteriormente, a pessoa jurídica pode atuar como autor ou como partícipe” (7).

A investigação da pessoa jurídica delinqüente e sua possível participação no crime demonstra a dependência exteriorizada de forma objetiva, com atuação concorrente em concurso necessário sob o aval do representante legal da empresa. A pessoa física demonstra sua ação delitiva (dolo ou culpa) que através de uma conduta típica, ilícita e culpável. E quanto ao ente coletivo aplicam-se novos conceitos que justificam sua responsabilização penal na participação da prática do crime, por ora como coadjuvante: um ente artificial ou formal (oriundo de um pacto contratual), que motiva o possível nexos de causa para produção ao resultado lesivo. O entendimento é que a pessoa jurídica não é o único autor do crime, mas tem relação com a causalidade do delito, através de sua participação, escalonado no aspecto objetivo do tipo incriminador, resultando a imputação objetiva, conforme será analisado.

O estudo desta concepção significativa de ação fictícia não é fácil e perceptível, capaz de justificar a punição do agente infrator, visto que há necessidade da análise de pressupostos objetivos e subjetivos da ação punível. O conceito de ação não é aplicável à pessoa jurídica, por ser instrumento real estático, mas tem participação no resultado do crime, por critérios objetivos, sendo a ação subjetiva resultado da conduta humana. O importante é apresentar uma proposta do que seja a responsabilidade penal concorrente da pessoa física e jurídica.

A construção do sistema penal aplicável à pessoa jurídica delinqüente é uma proposta de objetivos próprios a serem vencidos, em razão das tradicionais teorias do crime aplicados à pessoa física, que remontam desde o século XIX. A construção de uma categoria de norma capaz de fundamentar a participação objetiva da pessoa jurídica no auxílio ou êxito da conduta (dolosa ou culposa) pela pessoa física, ora dirigente da sociedade empresarial é a incidência de dupla responsabilidade penal. Tratam-se de um sistema penal específico aplicado as corporações. Condenar e punir criminalmente a pessoa jurídica não é uma metáfora ou ficção, mas torna-se necessário, com a organização criminosa existente no âmbito societário.

Para Ignacio (TEDESCO:2004) esclarece que “la ficción no es simplemente una herramienta literária. Em el derecho, ella cumple una función indispensable y enriquecedora al adaptar la

conducta de los hombres a los intereses del sistema económico-social vigente” (8).

Nesta ficção identifica-se como agente infrator a pessoa jurídica e o gestor. Ignacio (TEDESCO:2004) reportando ao acusado como sujeito ritual e sagrado, por ser violador da norma socialmente protegida, esclarece “independientemente de cuál sea el modelo de sujeto acusado que predomine, el público al cual está dirigido el sistema penal, esto es, los integrantes de una comunidad, construyeron el concepto moderno de acusado a partir de las representaciones que recibieron”(9).

Há todo um ritual judicial para que os investigados e acusados se submetam ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Temos então, uma necessidade social de se construir a figura do delinqüente formado ou construído através de uma agente ficto, construído e que se torna real, por ser instrumento ou meio para que através de sua efetiva participação do resultado objetivo do crime, contribua para que a pessoa natural consiga em unidades de propósitos causar o resultado de ofensa ao bem tutelado.

Ao abordar o tema imputação de um ato da pessoa jurídica Hans Kelsen (KELSEN: 1998) esclarece que

“los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual” (10). “Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal se sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona jurídica en si misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito solo puede ser imputado a una persona jurídica cuando há sido cometido por un individuo que ha obrado em calidad de órgano de la comunidad que ella constituye” (11).

O entendimento apresentado é que a pessoa jurídica não tem contribuição para a consumação da infração penal, através de uma atuação subjetiva, sob pressuposto da atuação concorrente das pessoas naturais. A sociedade empresarial tem participação real na consumação do delito, através de uma subsunção ao tipo

penal objetivo, que resultará na aplicação de uma teoria da imputação objetiva específica a capacidade penal do ente coletivo. A apresentação deste estudo dogmático é que se tem um tipo penal e condutas lesivas, através de uma atuação concorrente dos agentes infratores, em que se demonstra um nexos concorrente de condutas lesivas, através de atuações simultâneas de pessoas (física e jurídica), através da vontade ou critérios subjetivos (dolo ou culpa) e objetiva (participação real direcionada + nexos de causa, no resultado objetivo de dano + imputação objetiva), neste último voltado para uma contribuição para o resultado lesivo, através da sociedade empresarial.

Apresentar um estudo da possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito ativo do crime é um tema que vem sendo discutido desde a Antiguidade, Idade Média, período canônico, Grécia Antiga e Direito Germânico. No século XVIII temos Bartolus de Sassoferrato, como mais importante teórico da época. Para Aquiles (MESTRE:1930) apresenta o seguinte pensamento deste glosador, que aceita a personalidade fictícia das pessoas jurídicas e assim se expressa

“Como ser social Bartolo, la persona moral no es más que una apariencia impalpable, y como ‘ser jurídico’, por el contrario, está dotada de la única realidad que interesa a los juristas, la realidad jurídica (fictum positum pro vero sicut ponimus nos jurista). Juridicamente, pues, la persona moral existe y, jurídicamente también, podrán imputársele delitos” (12).

Abordando o tema em questão relata Silvina (BACIGALUPO:1998) que “as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica permanecem com Bekker (1873), Brinz (1860), Jhering (1865) e Gierke (1881/1902) até o presente momento” (13). Agora temos a pessoa jurídica, como proposta de ser sujeito ativo delinqüente na participação do crime e um novo conceito de ação fictícia que é objetiva quando aplicada ao ente coletivo. Neste contexto, não temos intuito de modificar ou criar qualquer obstáculo ao referencial teórico tradicional partindo da teoria geral do crime e da pena que tem sustentação na pessoa humana.

O objetivo é preservar todo conceito analítico do crime e sua importância, aplicados a pessoa física, mas de construir uma teoria de aplicação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, na busca de indícios e elementos técnicos justificáveis na norma penal que venha possibilitar aplicação da sanção penal correspondente. Trata-se de apresentar um conceito de ação fictícia ou real, aplicado a pessoa jurídica e também, resultado de uma ação hu-

mana, ambas capazes de causar um dano punível e de contribuir para ofensa ao bem jurídico tutelado.

O resultado da ação simultânea destes agentes: pessoas físicas e jurídicas atuam na subsunção de ofensa a norma. Temos o tipo incriminador e o vínculo resultante da violação do bem jurídico tutelado perpetrado pelos agentes infratores. A pessoa jurídica atua como instrumento ou meio capaz (identificação contratual, documental e existência física/mecânica, cuja natureza é artificial) assim, trata-se o ente coletivo de ser uma relação causal do êxito da ação humana, quando se logra êxito na atividade criminosa. Ambos os agentes: pessoa jurídica e física são expoentes que podem modificar o mundo exterior.

3 DIREITO PENAL DE NATUREZA EMPRESARIAL APLICADO À PESSOA JURÍDICA DELINQUENTE

Nas discussões apresentadas um direito penal aplicado à pessoa jurídica delinqüente, como justificação legal da responsabilização penal será uma arte, por enfrentar todos conceitos teóricos causalista, finalista, social da ação e funcionalista(14) do Direito Penal e outros posicionamentos contrários a capacidade delitiva da pessoa jurídica. Afinal, não se quer alterar qualquer conceito originário das teorias do crime, mas diante da criminalidade organizada é o momento oportuno de se começar a apresentarem-se novos conceitos de repressão a criminalidade econômica.

Trata-se de uma política criminal alternativa, ao conceito tradicional de que somente a pessoa física é agente de crime e passível de ser investigada, processada e condenada. Muito embora a ação humana é motivador de resultados lesivos, o fato é que, temos a pessoa jurídica como outro agente infrator, na seara criminal, mas com possibilidade de ser responsabilizada com penas restritivas de direito e multa, que não serão aplicadas no campo Administrativo, mas sim, através do devido processo penal, na órbita criminal. Não se pretende responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica violando os princípios da culpabilidade (não há pena sem culpa) ou da intranscendência e da individualização da pena. O estudo é identificar ou construir novos conceitos a serem aplicados na investigação criminal, ação penal e que fundamente a responsabilização criminal do ente coletivo.

Registra-se que, o estudo do funcionalismo no Direito Penal é inaugurado na década de 70 com a obra de Roxin(15), visa à superação da análise meramente sistemática do conceito de crime, verificada tanto no causalismo, quanto no finalismo. Trata-se do pós-finalismo. O funcionalismo certamente implica a rejeição de vários conceitos oferecidos pelo finalismo, entretanto, não implica necessariamente a rejeição da distribuição das categorias delitivas entre tipicidade (incluindo dolo e culpa), antijuridicidade e culpabilidade(16), conforme leciona

Paulo César (BUSATO:2005).

O injusto penal faz parte à tipicidade e a antijuridicidade (ROXIN:2002). Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são categorias imprescindíveis para a compreensão do Direito Penal, que passam a integrar a construção de um conceito de delito. A punição do agente infrator pressupõe a existência da integração destes conceitos, que vão gerar a punibilidade. Entretanto, como identificar esse autor e como motivar essa sanção? O ponto de referência é a política criminal e pode se dizer motivação justificável para a persecução penal ao agente infrator, identificar o crime e a finalidade de aplicar a pena.

No âmbito da culpabilidade principalmente, verifica-se a responsabilidade relacionada à capacidade do agente infrator se sujeitar a uma sanção penal (restritiva de direitos ou multa, aplicada a pessoa jurídica para os fins de prevenção social e coibir a impunidade no âmbito empresarial, vale dizer, a culpabilidade é termo que se “funcionalizada” poderá atender à necessidade de prevenção geral e especial como fim de justificar a pena, coibindo a impunidade empresarial e punindo a sociedade empresarial. Há um conceito de culpabilidade plenamente funcional pela necessidade de prevenção geral positiva. A alteração do conceito de culpabilidade, tendo como fundamento a prevenção geral positiva (funcionalismo sistêmico de Jakobs) poderá ser agora, apresentado para servir de justificativa à responsabilização da pessoa jurídica, desde que, no âmbito da tipicidade e antijuridicidade se estabelecesse à viabilidade de imputação da conduta (própria-objetiva ou de seus agentes internos). A conduta é a participação, em concurso necessário de agentes infratores, temo a pessoa física e jurídica na produção do resultado lesivo.

A participação real da pessoa jurídica no crime demonstra um duplo comportamento necessário, em concurso de agentes, demonstrado com atuação da pessoa física. Temos um comportamento objetivo (imputação objetiva) e outro subjetivo (dolo ou culpa). Registra-se neste ensaio, que há inicialmente inexigibilidade de culpabilidade para a pessoa jurídica, afinal o conceito tradicional somente aplicada a pessoa física.

O momento é de identificar-se uma nova culpabilidade normativa, numa interpretação que poderá ser sustentada numa interpretação quanto ao conceito funcionalista sistêmico de Jakobs, com intuito possibilitar a ser aplicada à pessoa jurídica delinqüente, como resultado motivador de responsabilização e conseqüente punição. Tais conceitos normativos deverão sustentar a criação de uma culpabilidade especial aplicada à pessoa jurídica, no qual reveste-se de mudança de conceito, com a motivação de prevenção social e prevenção geral positiva, como sustentam os doutrinadores Roxin e Jakobs.

A contribuição da pessoa jurídica para o resultado identificado como incriminador é motivado de uma participação real e objetiva

(desvinculados de aspectos psíquicos), conforme será demonstrado. O tipo subjetivo (dolo e culpa) e a culpabilidade são basilares e sustentam princípios que são aplicados à pessoa física, mas com uma atuação direta e imediata do tipo incriminador. A proposta tem como objetivo aplicar-se a justificativa de também aplicar a pena a pessoa jurídica decorrente do resultado da prevenção social e da prevenção geral positiva, conceitos aplicados pela teoria funcionalista. A nova proposta é aplicá-las como justificativas para utilizar-se da seara criminal uma possibilidade alternativa de persecução e responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Há discussões doutrinárias de modernos sistemas penais de orientação funcionalista, em face de experimentação, sendo que Paulo César (BUSATO:2007) informa que “em data recente, na doutrina penal espanhola uma pesquisa básica sobre os fundamentos do sistema penal, efetuada por Vives Anton(18), que possui a característica de apartar-se das construções filosóficas que inspiram os sistemas antes citados e propor uma nova sistemática penal que se articula sobre uma base filosófica diferente, de acordo com uma das principais correntes (talvez a de maior relevância na atualidade) de pensamento do século XX. Trata-se de um novo conceito significativo de ação e estamos assistindo ao nascimento do primeiro sistema penal do século XXI e que, ademais, está destinado a receber no futuro uma ampla acolhida na doutrina científica” (17).

Os valores que a norma jurídica transmite e as explicações normativas sob respaldo de política criminal faz como que determinadas ações tenham cunho significativo de motivar aplicações de entendimentos filosóficos de bases de sustentação normativa capaz de fundamentar uma pessoa jurídica seja agente do crime.

Nesta abordagem inicia-se um novo estudo sobre o Direito Penal específico e aplicado às pessoas jurídicas, na busca de identificar pressupostos dogmáticos aplicados na investigação e responsabilização da pessoa jurídica delinqüente fundamentado numa nova estrutura aditiva do delito, sem ofensa aos basilares aplicados a pessoa física, mas sim, alternativa para a identificação da pessoa jurídica delinqüente.

O objetivo é identificar requisitos necessários para imputar a participação da pessoa jurídica na prática de um crime, motivando a investigação, processo penal e aplicação da pena a uma sociedade empresarial, por exemplo. Um novo conceito de ação e culpabilidade, na edificação de um sistema que possa concluir pela viabilidade de persecução criminal, devido processo penal e

posterior responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que conseqüentemente torna-se justificável a prevenção geral positiva e social, com a aplicação da pena a ser recomendada à pessoa jurídica infratora, que advém de uma culpabilidade especial da pessoa jurídica. Inicia-se a demonstração dessa nova construção normativa para identificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica e de cada um dos sócios ou representantes legais, com a individualização de cada agente do crime e responsabilização na medida de sua participação para o êxito ou nexa do resultado produzido.

No caso é necessário o nexa psíquico entre o agente (dolo ou culpa) e a participação da pessoa jurídica, através do nexa material, conforme demonstra o estudo, com introdução de critérios valorativos da imputação objetiva, em que a pessoa jurídica, instrumento ou coadjuvante mediato do crime acaba por concorrer para em concurso necessário ser também um sujeito ativo do crime.

Há fundamentação secular e continua-se atrelado à análise dogmática: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, aplicado tradicionalmente a pessoa física. Se a conduta humana viola a norma jurídica, lesando formalmente o dever jurídico e materialmente o bem jurídico, configurada estará à antijuridicidade (19). Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) “o substrato político-criminal da responsabilização penal coletiva encontra-se diretamente relacionado com a evolução, notadamente abrangente ao bem jurídico, base da construção tipológica no sistema jurídico-penal” (20). O resultado é ofensas a vários valores tutelados, como meio ambiente, a ordem econômica e tributária, normas licitações públicas e que violam interesses sociais e privados, ocorridos com a participação da pessoa jurídica, em razão de sua natureza jurídica para o resultado satisfatório para a existência formal e material do crime.

O entendimento é que a pessoa jurídica, se presentes os requisitos para imputar sua participação no crime, também, há resultado de antijuridicidade material, em razão do concurso necessário, no caso, resultado da ação finalística da pessoa física, seja ela gestor ou representante legal, ambos agentes contribuem para a violação do bem tutelado pela norma penal. Para uns, a antijuridicidade é subjetiva, ou seja, só existe em relação aos imputáveis, que possam compreender e orientar-se de acordo com a norma. Para outros ela é objetiva, independentemente do fato de ser o agente imputável ou não(21).

Há necessidade de se identificar um conteúdo de antijuridicidade aplicável à pessoa jurídica. A participação da pessoa jurídica, em concurso eventual com a pessoa física é mero auxílio material ou colaboração de existência tornando possível à atividade criminosa. O autor (pessoa física) exerce papel determinante na prática do crime e o partícipe (pessoa jurídica) exerce função acessória e dependente do autor. É por isto, que se tem que bus-

car subsídios interpretativos em bases históricas e teóricas, que então se passa a analisar.

4. PESSOA JURÍDICA: ASPECTOS HISTÓRICOS E PERSPECTIVAS DE SER SUJEITO ATIVO DO CRIME

Na antigüidade, no período romano, prevalecia o princípio da irresponsabilidade das pessoas jurídicas sob a égide da máxima *societas delinquere non potest* (22). Na Idade Média, reflexões são iniciadas e discussões ocorrem sobre a existência fictícia das pessoas jurídicas, no âmbito do direito canônico e manteve até o século XVIII(23), conforme noticiado. O sistema romano-germânico defende ser inadmissível a punibilidade penal dos entes coletivos. Reportam-se somente a punibilidade civil e administrativa, mas alguns países como França, Holanda e Dinamarca flexibilizam a viabilidade desta responsabilização penal.

Dois correntes antagônicas debatem o tema, agora formada pelos anglo-saxões, vige o princípio da *common law*, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que ganha adeptos quando as empresas passaram a ser violadoras de normas estatais. Na Alemanha e em outros países, adota posicionamento intermediário. Às pessoas jurídicas podem ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo.

Em 1988 a legislação brasileira passou por um período de transição constitucional inovando sob muitos aspectos, dentre eles pela incorporação das normas insertas nos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, que para alguns juristas representou a introdução no Direito Penal brasileiro da responsabilidade da empresa em nosso ordenamento jurídico, inclusive com fundamento constitucional. É importante também analisar as teorias originárias que abordam a responsabilidade da pessoa jurídica, através da teoria da ficção e da teoria da realidade, senão vejamos.

4.1 Teoria da Ficção

Abordar o tema da responsabilidade da pessoa jurídica, teoricamente há dois posicionamentos, o primeiro foi criado por Savigny, denominado Teoria da Ficção e prega que a pessoa jurídica não existe, sendo sua existência irreal, fictícia ou pura abstração, não tendo vontade própria e falta consciência de vontade. Neste aspecto ausente o conhecimento do injusto, necessário para a culpabilidade, o que é inviável se capaz de delinquir, por ausente requisitos do fato típico. Entretanto, por ficção jurídica torna-se um ente jurídico, mas nega a vontade real às corporações. Teoria da Ficção afirma que as pessoas jurídicas têm uma existência ficta, ou de pura abstração. Dessa forma, seria impossível a afirmação de sua capacidade de delinquir, pois não possuem a vontade de ação inerente e própria do ser humano.

A idéia de um código estrutural ou a mudança de conceitos aplicados num estudo sobre a participação da pessoa jurídica no

crime é uma pretensão dogmática em construção. Faz-se necessário mudar o conceito de capacidade penal que se deve identificar num conjunto de atributos a serem exigidos para que uma pessoa possa tornar-se sujeito ativo do crime, investigada, processada e gerar direitos e obrigações no campo do Direito Penal.

As pessoas jurídicas não pensam e para a teoria da ficção as decisões das pessoas jurídicas emanam de seus membros (pessoas naturais), mas esse conjunto estrutural é que contribui para a violação de uma regra incriminadora. Assim, há participação da pessoa jurídica, pois sem ela, não teria como o gestor ou representante legal conseguir seu intento criminoso. O delito passa a ser imputado, tanto ao membro ou diretor delinqüente, como também a sociedade empresarial.

A dificuldade agora é identificar quais seriam os requisitos necessários para imputar a participação da pessoa jurídica na prática de um crime, com uma nova interpretação aplicada à teoria do crime e da pena específico às pessoas jurídicas delinqüentes. A essência da pessoa jurídica são as pessoas físicas que a compõem sua constituição não ficta, mas real, conforme será analisado pela sustentação teórica de Otto Gierke, com a construção da teoria da realidade. Registra-se que todos os atos da sociedade empresarial e as decisões advindas do corpo pensante são derivadas ou exteriorizadas da vontade dessas pessoas naturais. Há então a pessoa jurídica, num conceito inicial ficto que é incapaz de pensar ou agir, no sentido humano, mas é capaz de produzir um resultado de ofensa ao bem tutelado, por sua existência normativa ou real, quando se tem unidade de propósitos do gestor ou representante legal e o ente coletivo, enquanto instrumento, ambos agentes contribuindo para o resultado lesivo.

A dificuldade é que a teoria da ficção é apoiada em vários operadores do Direito, sob fundamento do brocardo romano *societas delinquere non potest*. Há respaldo em teorias tradicionais do Direito Penal, que se verificado e ausentes os requisitos analíticos da definição de um crime, como, ausentes à falta de consciência (*dolo* ou *culpa*), falta vontade direcionada, falta culpabilidade (*imputabilidade*, *potencial conhecimento da ilicitude* e *exigibilidade de conduta*) e ausência de pena, não há justificativa legal para a punição criminal.

O questionamento que se faz é que: Se se pune a pessoa jurídica, conseqüentemente todos os demais integrantes do seu quadro social estarão sendo punidos também? Ora, a pretensão de se identificar a maneira de se punir a pessoa jurídica não é o resultado de punição de todos os seus integrantes, que sequer perpetraram uma conduta criminal, mas sim, somente aquele gestor ou representante legal, que se utiliza deste órgão coletivo, também agente do crime, para prática da infração penal e produção do resultado lesivo. O primeiro tem atuação, com uma participação mediata e este, tem uma ação direta, na execução do crime.

Tal argumento de que a pessoa jurídica não pode se sujeitar ao crivo jurisdicional criminal, não é verdadeiro. O momento é que se apresenta nova necessidade dogmática de identificar um estudo doutrinário do Direito Penal que se pode aplicar a pessoa jurídica e tornar incontestável sua responsabilidade penal. Este ente coletivo passa a ser agente infrator - que sem dúvida tem existência distinta da pessoa física. Neste sentido, aqui não se identifica e responsabiliza criminalmente todas as pessoas físicas, que integram seu quadro social, mas sim, somente será investigada e punida a pessoa delinqüente, seja pessoa física ou jurídica. É a reflexão que se faz para identificar e responsabilizar somente a pessoa jurídica e a pessoa física delinqüente, e não todos os sócios. O objetivo é individualizar a conduta infratora, por produzir ou contribuir para a produção do resultado entre o nexo causal e a ofensa ao bem jurídico tutelado, por intermédio daquele gestor criminoso.

O fato é que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto do patrimônio de seus sócios e se punida, uma opção é aplicação de pena distinta da privativa de liberdade. É por isso, que a teoria da ficção e seus adeptos respaldam fundamentação, naquilo que é mais fácil e optam pela irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. É bom lembrar que as decisões das pessoas jurídicas são tomadas por seus membros, que atuam em conjunto ou de forma isolada, neste aspecto as pessoas naturais passíveis de responsabilização concorrente com a pessoa jurídica, que contribui para o resultado lesivo. O primeiro, por suas ações e omissões, quando se utilizam os entes coletivos para satisfação no resultado lesivo do bem tutelado e o segundo por ser um instrumento com personalidade jurídica que tornou possível a existência do crime.

Neste contexto, há discussões, como a revisão promovida pelo finalismo (WELZEL:1997) o tipo deixou de ser concebido unicamente como elemento objetivo e externo da ação, passando a compreender também os elementos anímicos subjetivos do agente do fato punível(24). À vontade finalística visa a realização dos comportamentos dolosos ou culposos são aplicados à pessoa física. A ação finalística deve cumprir um grande número de funções(25), na descrição do sistema de imputação.

Todas as construções científicas da teoria do delito utilizam como parâmetro o ser humano como sujeito ativo da infração penal, resultando concepções de ação e culpabilidade aplicáveis a pessoa física. Na verdade, o entendimento, sob respaldo da teoria da ficção é que quem comete os delitos, neste conceito tradicional clássico, não é a pessoa jurídica e sim seus diretores ou funcionários. Os posicionamentos contrários à responsabilização da pessoa jurídica afirmam que a inadmissibilidade remonta a Feuerbach e Savigny, sendo fundamentos que se fazem para o não reconhecimento da capacidade penal desses entes morais, quais sejam, a falta de capacidade "natural" de ação e a culpa-

bilidade(26). Ademais, para Nilo Batista (BATISTA:1990) “há uma pretensa dificuldade em individualizar as condutas nos crimes de autoria coletiva na esfera processual”(27).

A idéia da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica está por seu fim, isso é justificável, pois, muitos crimes estão sendo perpetrados por organizações criminosas, que atuam em parceria com as pessoas jurídicas, quando criadas exclusivamente para atividades criminosas e são parceiros materiais ou instrumentais do crime, no qual escondem-se as pessoas físicas. Ambos agentes tem contribuição para um resultado satisfatório imediato, na ofensa ao bem jurídico tutelado. É necessário acabar com a impunidade dos entes coletivos.

Para César Roberto (BITENCOURT:2003)

“igualmente alerta para a impunidade desses entes morais, que através de pessoas físicas que se utilizam dessas empresas, continuam atuando através de outras sociedades. É necessária a construção de uma lógica estrutural do Direito Penal do século XXI justificando a aplicação de estrutura dogmática, capaz de resultar a investigação, processo e condenação da pessoa jurídica delinqüente, tendo como resultado satisfatório a sua responsabilização penal”(28).

É por isto que se inicia estudo para identificar e proporcionar que a pessoa jurídica ou sociedade empresária, se utilizada por gestores para a participação de atividades criminosas passem a ser também sujeito ativo do crime. Inicia-se a proposta de identificar os requisitos da capacidade delitiva da sociedade empresarial. É sob esta proposta se passa a analisar a teoria da realidade, senão vejamos.

4.2 Teoria da Realidade ou da Personalidade Real

A teoria da realidade penal das pessoas jurídicas é concebida pelo jurista alemão Gierke(29) na segunda metade do século XIX e fundamenta que a pessoa jurídica é um ser autônomo, um organismo realmente existente ou real, distinto da pessoa humana.

O estudo da teoria da personalidade real (ou da realidade) tem posicionamento contrário à teoria da ficção, e acredita-se que a pessoa jurídica não é um ser inanimado ou irreal, sendo portadora de vontade independente dos indivíduos físicos que a compõem.

Neste aspecto a pessoa jurídica é portadora de vontade própria, sendo capaz de delinqüir, ao lado da pessoa física. O entendimento é que a pessoa jurídica é uma realidade, um corpo social e portador de vontade absolutamente autônoma e capacidade participativa. O estudo é que os adeptos da teoria da realidade motivam fundamentar à capacidade penal da pessoa jurídica. A

pessoa jurídica tem sua criação motivada pela vontade de seus sócios, há uma existência real ou ‘física’, sendo instrumento capaz de realizar ou intervir como agente no contexto social. E a participação num resultado lesivo aos interesses para a qual foi criada, na produção de resultados lesivos aos interesses públicos ou privado, torna-se justificável a opção de buscar o Direito Penal, como alternativa de aplicar-se responsabilização aos agentes infratores: pessoa jurídica e física.

As empresas podem ser usadas para a prática de crimes ou outras atividades ilícitas, neste contexto é uma atuação mediata, por contribuir na participação ou apoio a pessoa física produzindo o resultado lesivo à vida humana ou a sociedade, além dos interesses públicos, todos tutelados pela norma penal incriminadora. Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) ao citar o doutrinador francês Aquiles Mestre aponta como fundamento da teoria da vontade real o princípio da unidade resultante da pluralidade, segundo o qual, a união de vontades individuais pode sim formar uma vontade única que, in casu, seria a vontade das corporações (30).

Agora, o momento é de sustentar argumentos dogmáticos inovadores, aplicados sem se alterar os conceitos da teoria do crime. Por exemplo, um novo conceito de ação e de culpabilidade a ser adaptada no sentido normativo e aplicada a pessoa jurídica. Para Francesco (PALAZZO:1989) leciona que “o princípio da culpabilidade possui dúplice virtude: como fundamento da pena e como limite da intervenção punitiva do Estado” (31).

À vontade da corporação é à vontade de um ou mais sócios ou representantes legais da empresa. Há uma realidade corporal do ente coletivo, entretanto há concurso de agentes para atingir a execução da infração penal. Entretanto, temos a conduta do gestor e a atividade da empresa. Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) “a diferença entre conduta e a atividade não pode depender da maneira como o legislador estrutura o tipo de injusto, pois são conceitos ônticos já que a primeira é atributo humano e a segunda representa a atuação da pessoa jurídica”(32).

Em relação à pena, que abordaremos oportunamente, não ultrapassa a pessoa da empresa infratora, uma vez que investigada e processada, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa – representada em juízo por regular advogado constituído pelos demais sócios, isentos de condutas lesivas – torna-se justificável aplicação de penas substitutivas da privativa de liberdade, no caso restritivas de direito ou multa. O momento é de se definir quais seriam os requisitos para se identificar a capacidade delitiva da pessoa jurídica que tornaria a sociedade empresarial sujeito ativo do crime e/ou quais seriam as penas restritivas de direito e o valor das multas a serem individualizadas para gerar a responsabilização penal da pessoa jurídica? O objeto destes novos conceitos é que se pretende apresentar oportunamente.

O fato é que somente, respaldado no positivismo, a ação finalista está sendo valorada pelo direito, tendo exclusivamente o homem capacidade de exercer atividade finalista (exercício de uma conduta dirigida pela vontade à consecução de um fim). Apresenta-se o entendimento de que a pessoa jurídica passando a ser conceituada como agente delinqüente, num resultado participativo de ofensa ao bem jurídico tutelado torna-se justificável identificar requisitos aplicáveis para fundamentar a responsabilidade penal. Não há dúvidas que a pessoa jurídica também é capaz e há responsabilização civil e administrativa, com resultados lesivos que produz, em prejuízo de terceiros. A pessoa jurídica é o agrupamento de homens, que, reunidos, para um fim tem realização e vida própria, distinta dos indivíduos que a compõem.

A teoria realista (teoria da realidade, teoria da realidade objetiva ou realidade orgânica), como apresenta Otto Gierke, pode ser agregada em torno da idéia da realidade da pessoa jurídica. Tal realidade poderia ser compreendida à luz da noção de realidade objetiva (33) (organicismo) ou de uma realidade técnica (ou jurídica) (34). Há autonomia e a vontade própria da pessoa jurídica e porque não dizer também existência física, afinal há um local que se encontra e desempenha suas atividades para a qual foi constituída.

Sob esta questão, Francesco Carnelutti (CANELUTTI:1999) ensina que

“Para a existência da sociedade é preciso: o fim comum (patrimonial), a ser alcançado pela corporação dos sócios; contribuição dos sócios em esforços ou recursos e affectio societatis. A pessoa jurídica, como acontece com a pessoa natural, nasce, vive e morre. No que tange ao seu nascimento, ocorre com o contrato da sociedade, em que há obrigações dos sócios para a formação do capital social e cooperar na realização do fim comum; desempenhando atividades mercantis (vive). Posteriormente o seu fim (morte) ocorre o rateio dos lucros de forma solidária, em face da administração da sociedade” (35).

A pessoa jurídica é uma realidade física (organicista) e jurídica, mas é distinta de seus membros. Estas entidades dotadas de existência própria e não se confundem com as pessoas naturais, gestores ou representantes que as criaram e exercem as atividades para o fim que se propõe. De acordo com a teoria da vontade real a pessoa jurídica refere-se à forma de realização do tipo objetivo. O entendimento é que a pessoa jurídica não pode agir exclusivamente como autor ou co-autor de uma conduta direta e imediata voluntária, mas tem somente participação material ou

objetiva para a produção de ofensa ao bem jurídico tutelado. Não há vontade, dolo ou culpa, mas sim, uma ação fictícia e significativa para produção do resultado lesivo.

O fato é que esta criação da pessoa jurídica é para ser utilizada nos interesses humanos e não contrários às finalidades sociais. Há necessidade de apresentar as pessoas jurídicas como agentes infratores, quando contribuem para a participação no crime e atua como seres autônomos, (sem dolo ou culpa) o que significa reconhecer como “ação mediata ou indireta” na participação objetiva sendo instrumento ou meio para contribuir com a lesão das emissões volitivas das pessoas naturais, que se consuma com o resultado de ofensa ao bem jurídico tutelado. Tenho entendimento que a atuação da pessoa jurídica é mera participação objetiva, na criação deste subsistema (norma penal aplicada à pessoa jurídica criminosa, sem prejuízo da punição da pessoa física, em decorrência de concorrência de ações), que é decorrente da ação imediata da pessoa física. Mas essa vontade atribuída à pessoa jurídica não se confunde com a vontade individual da pessoa física.

A pessoa jurídica tem em si, como tal, a sua própria personalidade, exprime a sua própria vontade, é titular de seus próprios direitos (e obrigações), trata-se de uma realidade no mundo jurídico. Tem o exercício de seus direitos e responsabilidades condicionadas aos órgãos de deliberação e representação. Entretanto, uma só pessoa física, pode contrariar essa deliberação e não todos os sócios.

A pessoa física que pode ser o gestor ou um representante legal da pessoa jurídica, se violar a norma penal, com atuação ou participação da pessoa jurídica atinge o resultado lesivo, com a adequação do tipo penal incriminador. Ambos agentes infratores na atuação e contribuição real no resultado lesivo e ofensa ao bem jurídico tutelado devem ser identificados, processados, condenados e responsabilizados criminalmente. O objetivo é identificar uma construção dogmática de circunstâncias desse Direito Penal específico, capaz de construir um subsistema penal aplicado à pessoa jurídica delinqüente.

A idéia é que o brocardo romano *societas delinquere non potest* é relativo e identificado os novos requisitos para se imputar a participação da pessoa jurídica na prática do crime, também deve ser investigada, processada, condena e responsabilizada criminalmente, como por exemplo, em crimes ambientais, contra a ordem econômica, relações de consumo, por violações às normas de licitações públicas e outros ilícitos penais, como forma de política criminal, alternativa a impunidade de crimes que envolvem organizações criminosas, que utilizam pessoas jurídicas, no intuito de isentar de responsabilidade seus agentes infratores e conseqüentemente a pessoa jurídica.

Enfim, para Carlos Eduardo (PELLEGRINI:2001) “os finalistas,

por sua vez, lançam verdadeiro arsenal dogmático no sentido de tentar provar que os entes jurídicos não possuem capacidade natural de ação e, por corolário, não têm culpabilidade, qualidade inerente apenas às pessoas físicas” (36). Entretanto, as realidades da política criminal, com novas construções filosóficas criaram um novo pensamento jurídico para adequar-se a uma orientação funcionalista do Direito Penal, com uma nova dogmática penal.

Para Carlos Mertínez (BUJÁN PÉREZ:2007)

“a dogmática não é, pois, uma ciência, mas somente uma forma de argumentar em torno de alguns tópicos (um conjunto ordenado de tópicos), que em nosso caso vem representado por uma ação e por uma norma jurídica e pelo processo em virtude do qual podemos julgar aquela desde esta e desde os valores que a norma jurídica transmite. Assim, é bastante interessante assinalar a conclusão a que, em seguida, chega Vives(38) com relação à questão dos valores que a norma canaliza: tais valores podem resumir-se certamente em um, que constitui o valor central de todo o Ordenamento jurídico, ou seja, a Justiça, mas evidentemente subentendendo que a materialização deste valor central deve satisfazer outros requerimentos, como são ‘segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, etc., que não são mais que aspectos parciais da idéia central de Justiça que o ordenamento jurídico pretende instaurar” (37).

O jurista Alexandre Alves (ALVES:1998) defende “a tese da realidade técnica e faz uma distinção entre o ser humano e a pessoa jurídica, porquanto esta será uma realidade apenas naquilo que não for, por natureza, exclusivo da pessoa física” (39).

Há realidade existencial da sociedade empresarial, com seu registro na Junta Comercial. Outro aspecto é a identificação daquela pessoa física que compõe sua estrutura social ou seus gestores, que tenham contribuído na atuação direta e imediata da pessoa jurídica para o resultado lesivo ou criminoso, em que se faz necessário à devida individualização de condutas ilícitas, que tenham contribuído para a tentativa ou consumação do crime que sem a existência do ente coletivo, não poderia ocorrer à lesão ao bem jurídico tutelado.

*Assim, vem consolidando as jurisprudências a teoria da dupla imputação, senão vejamos:
Tribunal de Justiça. Direito Penal. Crimes Ambientais. Responsabilidade penal da pessoa*

jurídica. Teoria da dupla imputação. “(...)’admitem-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’. Saliou S. Excia., com menção ao art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 9.608, que o legislador infraconstitucional adotou o sistema da dupla imputação: a coautoria necessária entre as pessoas físicas (agente individual) e a pessoa jurídica (coletividade). Por isso mesmo é que o delito praticado pela pessoa jurídica é sempre o delito de coautoria necessária, sendo certo que a pessoa moral não pode cometer delitos, senão por ações de seus dirigentes, como decidido naquele acórdão deste relator” (Ementa não oficial). (TJSP – 10.ª Câm. Crim. – EDcl. 0309119-29.2011.8.26.00/50000 – rel. Carlos Bueno – j. 13.09.2012 – public. 02.10.2012 – Cadastro IBCCRIM 2822).

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça admite a responsabilidade penal de pessoa jurídica condicionada à denúncia concomitante de uma pessoa física. Nesse sentido temos o seguinte julgado:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que ‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’ – cf. REsp 564960/SC, 5.ª T. , Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.06.2005” (STJ – REsp 889.528/SC – Rel. Min. Felix Fischer – j. 18.06.207; e REsp 847.476/SC – Rel. Ministro Paulo Gallotti – j. 08.04.2008).

A pessoa jurídica que não tem como prioridade suas atividades fins, para que foi criada, mas é mero colaborador mecânico ou instrumental, com atuação indireta, torna-se partícipe material para a conduta criminosa de seus gestores. Conforme Weser Francisco (FERREIRA NETO:2011) registra que “as pessoas jurídicas e as pes-

soas físicas devem ser alvo de investigações, não só na seara administrativa (infrações administrativas) ou na órbita civil (reparação dos danos), como também a alternativa de persecução às infrações penais, para coibirem-se os criminosos que se refugiam em sociedades empresariais”(40) e a proposta atual é identificar os requisitos que torne possível ser a sociedade empresarial ser sujeito ativo do crime.

Nesse sentido, o Paulo José (COSTA JÚNIOR:2002) adverte que

“solidariamente e em conjunto com as pessoas jurídicas responderão as pessoas físicas que tenham participado do ilícito, como autoras, coautoras ou partícipes. Não se trata da responsabilidade por ricochete ou de empréstimo, feita pela pessoa moral à física e referida pela doutrina francesa. São pessoas físicas que respondem por sua conduta efetiva”(41).

Assim, todos os agentes infratores ou colaboradores, ainda que uma estrutura de natureza jurídica, como as empresas devem ser responsabilizadas em análise de concorrente da violação aos interesses tutelados pela norma penal incriminadora, num direito penal atual, que tem objetivo de também responsabilizar as pessoas físicas e jurídicas delinqüentes.

Nesse diapasão Luiz Flávio (GOMES:2004), citando Milaré relata que “no que se refere à pessoa jurídica, entretanto, por força do que dispõem o art. 3º e seu parágrafo único, da Lei 9.605/98 que prevêm a corresponsabilização entre pessoa jurídica e as pessoas físicas, autoras, coautoras e partícipes, o delito por ela praticado será sempre de coautoria necessária”(42).

Noutro giro, muitas sociedades empresariais têm nascimento jurídico, com os respectivos registros na Juntas Comerciais dos respectivos Estados, constituindo-se potenciais agentes e/ou sujeitos ativos do crime. Uma análise sistêmica é a proliferação de sociedades empresariais que podem ser parceiras de atividades criminais e se não estão regularizadas devem ser canceladas. Registra-se ainda que, em 2012, foram canceladas 29.113 empresas e, para 2013, estão previstos 26.860 novos cancelamentos as sociedades empresariais e os empresários que não arquivaram documentos e autenticaram livros mercantis na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG), o que motiva serem declaradas inativas e perderão seus nomes empresariais, com seus registros cancelados. A medida é feita com base nas disposições do artigo 60 da Lei Federal 8.934/1994, no decreto federal 1.800 de 1996, e na instrução normativa 72 de 1998, do Departamento Nacional de Registro do Comércio. Neste caso, as autoridades arrecadadoras – como Receita Federal, Receita Estadual, INSS e Caixa Econômica Federal – são comunicadas, não eximindo as or-

ganizações de suas responsabilidades tributárias, previdenciárias e outras, perante o poder público (43).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensaio normativo é identificar, uma norma penal alternativa, respaldada nas teorias e preceitos legais, com aplicação justificável para se identificar os sujeitos ativos e responsabilizar a pessoa jurídica delinqüente, o que se torna possível, ante a dificuldade de punição eficaz à criminalidade moderna, em que muitos agentes do crime se utilizam da estrutura da pessoa jurídica para a atividade criminosa. Está é uma alternativa de política criminal repressiva e racional, em razão da pessoa jurídica contribuir para a ofensa aos bens jurídicos tutelados, com uma atuação mediata. É a atuação policial, na investigação deste o agente infrator real, no qual se deve utilizar todo aparato da Segurança Pública para direcionar o acervo investigatório, como motivador de busca de provas indiciárias para um futuro processo e a conseqüente responsabilização criminal da pessoa jurídica, por meio de sanções restritivas de direito ou multa.

Neste aspecto, conclui-se se inicia a pretensão de criar-se um esquema de categorias essenciais do novo sistema de delito, paralelo a responsabilidade subjetiva e da pessoa física, sem ofender os princípios basilares e tradicionais do direito penal aplicado a pessoa física. Agora, trata-se de uma alternativa de persecução criminal com uma responsabilização penal aplicada à pessoa jurídica delinqüente, através de critérios de dupla imputação: pessoa física e pessoa jurídica. São novos paradigmas e análises dogmáticas, com uma nova doutrina em construção, no intuito justificar uma subcategoria de dogmas penais esquemáticos e aplicados à pessoa jurídica delinqüente.

A proposta em estudo é a aplicação de novas idéias de que as pessoas jurídicas somente podem praticar crimes através de seus representantes legais, mas através de critérios objetivos de imputação, com uma análise paralela ao tradicionalismo do século XIX. E a proposta de identificar uma conduta fictícia e ao mesmo tempo significativa para se responsabilizar uma pessoa jurídica, no caso, uma sociedade empresarial de fins lucrativos, mas voltada eventualmente para atividades criminosas. Registra-se que somente será possível sob o crivo do contraditório e ampla defesa, se condenada deverá sujeitar-se a uma pena alternativa a privação de liberdade.

Portanto, se faz necessário identificar as pessoas jurídicas que podem ser delinqüentes e/ou que foram criadas para fins ilícitos, sendo que a alternativa contemporânea é a proposta de um direito penal empresarial do terceiro milênio, como forma de se coibir à impunidade das atividades empresariais, que estão se organizando para as diversas atividades criminosas, sob pressuposto de blindar seus ges-

tores da repressão criminal e a obtenção de vantagens ilícitas. Enfim, todos estes agentes devem ser investigados, denunciados, processados e condenados, quando se identifiquem como sujeitos ativos do crime. A sociedade e o erário público não podem mais permitir que a estrutura mecânica ou organizacional de uma sociedade empresarial venha a ser utilizada em atividades criminosas permaneça isenta de responsabilização criminal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção. *A pessoa jurídica e dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BUSATO, Paulo César; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos y DÍAZ PITA, Maria del Mar. *Modernas tendencias sobre o dolo em Direito Penal*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CESANO, José Daniel. *En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Córdoba: Alveroni, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. "Edmund Mezger y el Derecho Penal de sua Tiempo. Los Orígenes de la Polémica entre Causalismo e Finalismo", in "Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araujo Junior", Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2001.

COSTA JUNIOR, Paulo José; MILARÉ, Édis. *Direito Penal Ambiental*. Comentários à Lei 9.608/98. Campinas: Millenium, 2002.

FERREIRA NETO, Weser Francisco. *Fraudes Empresariais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Direito Comercial (Empresarial)*, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FRANZ von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, s.d., tomo II, 1927.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º - 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Ibccrim, 2004.

GUZMAN, Garrido. *Manual de Ciência Penitenciária*, Madrid, Edersa, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

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. *Derecho Penal: Parte General*, 5ª ed., Barcelona: Reppetor, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 35ª ed. SP: Saraiva, 1997.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 1989.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. *A pessoa jurídica com o sujeito ativo do crime*. Disponível na internet:<http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 08.11.2001.

PEREZ, Carlos Martínez-Buján. *A concepção significativa da ação*. T.S Vives e sua correspondencia sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

TEDESCO, Ignacio. *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica del Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NOTAS DE FIM

Professor de Direito da Universidade Newton Paiva. Delegado de Polícia Civil/MG. Estudante do Curso de Doutorado em Direito Penal pela Universidade Buenos Aires - UBA/Argentina; Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos; Pós-graduado em Ciências Penais/PUC/MG; Pós-graduado em Direito Público/PUC/MG; Especialista em Criminologia – ACADEPOL/MG; Especialista em 'Política e Estratégia' – ADESG/MG e associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM-SP). Autor do Livro: Fraudes Empresariais. Editora Fórum. E-mail: weser@bol.com.br

- [2] BUSATO. Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático, p. 120.
- [3] CONDE. Edmund Mezger y el Derecho Penal de sua Tiempo. Los Orígenes de la Polémica entre Causalismo e Finalismo, p. 257.
- [4] PEREZ. A concepção significativa da ação. T.S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, p. 48-49.
- [5] BUSATO et al. Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal, p. 94.
- [6] CESANO. En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica, p. 24-25.
- [7] SILVA. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, p.44.
- [8] TEDESCO. El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural, p. 125.
- [9] TEDESCO. Ob. cit., p. 435.
- [10] KELSEN. Teoría pura del derecho, p. 104-105.
- [11] KELSEN. Ob. cit., p. 105.
- [12] MESTRE. Las personas morales y su responsabilidad penal: asociaciones, corporaciones, sindicatos. Trad. César Camargo y Marín, p. 104.
- [13] BACIGALUPO. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 63.
- [14] ZAFFARONI; PIERANGELI. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 400.
- [15] ROXIN. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal, p.29.
- [16] BUSATO. Direito penal e ação significativa, p. 35.
- [17] PEREZ. A concepção significativa da ação. T.S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, p. 2.
- [18] VIVES. Fundamentos del sistema penal, 33 a 98.
- [19] LUNA. Capítulos de Direito Penal, Parte Geral, p. 76-77.
- [20] SILVA. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, p.27.
- [21] FUHRER. Resumo de Direito Comercial (Empresarial), p. 65.
- [22] FRANZ. Tratado de Derecho penal, p.259.
- [23] MIR PUIG. Derecho Penal: Parte General, p. 170.
- [24] WELZEL. Derecho penal alemán, p. 60.
- [25] BUSATO. Direito penal e ação significativa, p.45-52.
- [26] BITENCOURT. Tratado de Direito Penal: parte geral, p.166.
- [27] BATISTA. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 104.
- [28] BITENCOURT. Tratado de Direito Penal: parte geral, p. 168.
- [29] GUZMAN. Manual de Ciência Penitenciária, p.86.
- [30] SILVA. Op. cit. p. 37.
- [31] PALAZZO. Valores constitucionais e direito penal, p. 94.
- [32] SILVA. Op. cit., p. 59.
- [33] MONTEIRO. Curso de Direito Civil, p. 99.
- [34] Caio Mário reúne neste grupo autores como Gêny, Clóvis Beviláqua, Kohler, Oertmann, De Page e Cunha Gonçalves, salientando que, cada qual, a seu modo e com argumentos próprios, defenderam a idéia da realidade do ente coletivo. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 193.
- [35] CARNELUTT. Teoria geral do direito. Trad. Antônio Carlos Ferreira, p. 181.
- [36] PELLEGRINI, Carlos Eduardo. A pessoa jurídica com o sujeito ativo do crime. Disponível na internet:<http://www.ibccrim.org.br>, 08.11.2001.
- [37] PEREZ. A Concepção Significativa da Ação. T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológicas-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, p. 15.
- [38] VIVES. Fundamentos del Sistema Penal, p. 482.
- [39] ALVES. A pessoa jurídica e dos direitos da personalidade, p. 39.
- [40] FERREIRA NETO. Fraudes Empresariais, p. 216/217.
- [41] COSTA JUNIOR, Paulo José; MILARÉ, Édis. Direito Penal Ambiental. Comentários à Lei 9.608/98, p. 41/42.
- [42] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º - 69-A e 77 a 82). p. 34/38.
- [43] <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticias/empresas-nao-regularizadas-junto-a-jucemg-terao-registros-cancelados/> Acesso em 18.04.2013