



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DE JUSTIÇA

Φ
R DPG/RJ
n. 50
1997

**REVISTA DE DIREITO
DA
PROCURADORIA GERAL**

50

1997

**PUBLICAÇÃO DO CENTRO
DE
ESTUDOS JURÍDICOS**

Governador: MARCELLO NUNES DE ALENCAR

Procurador-Geral: RAUL CID LOUREIRO

R. Dir. Proc. Geral	Rio de Janeiro	nº 50	p. 1 a 584	1997
---------------------	----------------	-------	------------	------

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

OBSERVAÇÕES DE ASPECTOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL

Luiz Vicente Cernicchiaro

Professor na Universidade de Brasília
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 - Introdução. 2 - Ordem Econômica. 3 - Fato-crime. 4 - Direito Econômico. 5 - Direito Público Econômico e Direito Tributário. 6 - Crime Tributário: a) Situação Dogmática. b) Objeto Jurídico. 7 - Sujeito Ativo: Pessoa Física e Pessoa Jurídica.

1- O Direito é sistema. Como unidade, há harmonia das normas, completam-se. Não se contradizem. Não há lacuna.

Esse o ponto de partida para análise de qualquer setor dogmático.

A unidade, é certo, não sacrifica a pluralidade jurídica, no sentido de o todo ensejar partes. Cada uma, embora vinculada aos princípios gerais, apresenta complexo de princípios que lhe são próprios.

O Direito Constitucional, como ápice das normas formalizadas, síntese dos princípios jurídicos, não exclui a existência de áreas especializadas, de que são exemplos o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal e o Direito Tributário.

A vida é extensa e complexa. O Direito, por isso, projeta extensão e complexidade.

A distinção entre as áreas ou setores jurídicos é trabalho que sempre preocupou os juristas. Os Romanos elaboraram a ainda repetida divisão: Direito Público e Direito Privado, respectivamente, voltado, de preferência, para o interesse público, ou para o interesse privado. Hoje, fala-se (sem unanimidade) em relação jurídica de subordinação e relação jurídica de coordenação.

O Direito acompanha a vida, caso não seja a própria vida. As mudanças sociais ensejam novas relações, juridicamente relevantes. Reclama-se, por isso, solução jurídica adequada.

A relação jurídica vincula o sujeito pretensor e o sujeito devedor. O conteúdo reúne o complexo de direitos e deveres contrapostos. O fato histórico comparece como causa dessa relação. A causa, por sua vez, responsável para constituição, modificação e desconstituição do vínculo.

O mundo moderno projeta feixe de causas que o distingue de tempos passados. Recentemente, assistiu-se à profunda, marcante modificação política. A queda do Muro de Berlim teve conseqüências significativas no mundo. Desconstituiu-se o monobloco do "Leste Europeu". A unidade da União Soviética provocou a pluralidade de Estados independentes. A repercussão no Direito foi imediata. O regime de economia centralizada no Estado que controlava os meios de produção cedeu espaço à iniciativa privada, admitindo a livre concorrência. Da Economia dirigida passou-se ao neoliberalismo. Transformação econômica de evidentes, imediatos efeitos jurídicos. Virou-se importante página da história. O Direito, por isso, precisa ser repensado. E mais. As normas jurídicas relidas conforme outros princípios.

2 - Todos os países disciplinam a riqueza, no sentido amplo do termo: produção, distribuição, circulação, consumo.

A Constituição da República (Título VII), no Capítulo I, enuncia os "Princípios Gerais da Atividade Econômica". O art. 170 ostenta esta orientação:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios.

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Ainda com esteio na Carta Política, a Ordem Econômica compreende a Política Urbana, a Política Agrícola, Fundiária e a Reforma Agrária e o Sistema Financeiro Nacional.

A "ordem econômica", assim, está caracterizada como - bem jurídico.

O objeto jurídico corresponde ao bem juridicamente tutelado. Do ponto de vista penal, ganha relevo quando afetado (dano), ou criada probabilidade (não basta simples possibilidade) de dano (perigo).

O conceito de bem jurídico, sempre bom lembrar, é normativo. Não se confunde com o sentido material do termo. Podem coincidir fisicamente. Conservam, entretanto, normativamente, os respectivos conceitos.

O bem jurídico não pode ser descurado. Integra os elementos essenciais da infração penal. E mais. Para individualizar o crime, CARRARA, ao conceituar o delito, incluiu, na definição, a cláusula - politicamente danoso. Com efeito, a conduta deverá repercutir no plano da experiência. E mais. Desde que provoque dano socialmente relevante. Ou, pelo menos, perigo.

3 - O fato-crime sempre existiu. O quadro de nossa cultura permite afirmar que sempre existirá. JIMENEZ DE ASÚA, em seu **Tratado**, no capítulo - "Direito Penal do Futuro"- registra que o Direito Penal tende a exaurir-se, ou seja, com o aperfeiçoamento dos homens, quando houver absoluto respeito mútuo, os conflitos deixarão de existir. Logicamente, desaparecerão as sanções repressivas.

Teoricamente, procede. Não é, entretanto, para hoje. Sequer para um tempo previsível.

E por que o crime sempre existiu, existe e continuará a existir?

Crime (substancialmente) é conduta qualificada. Evidente, negativamente qualificado. Enquanto a sociedade não for perfeita, haverá comportamentos contrastantes com o permitido, ou, pelo menos, tolerado. Daí, serem censurados, reprovados e, tantas vezes, punidos.

Quando a censura, a reprovação atingem intensidade inquietante, a resposta se faz de modo mais rigoroso. Juridicamente (decorrência política), projetam-se as sanções mais severas, denominadas sanções penais.

A sanção está vinculada ao resultado do crime (enquanto bem juridicamente tutelado). A doutrina reconheceu o - princípio da proporcionalidade. Confere dimensão para cominar a pena.

Não é momento oportuno para maiores considerações, entretanto registre-se, embora o legislador, ao elaborar a lei, goze de am-

plo poder discricionário, resta, contudo, vinculado a princípios. E mais. Cumpre ser coerente. Quando se trata de definir qualidade e quantidade da pena. A coerência reclama projetar a intensidade do dano (ou do perigo) e a reprovação ao agente.

4 - Justifica-se realçar espécie (setor) do gênero - direito - em havendo bem jurídico que, por suas características, reúna normas, cuja disciplina reclama e identifica a espécie. Evidente, compreende princípios que também lhes dão autonomia.

Quando se fala - Direito Econômico - pensam-se duas grandes: ordem econômica e crimes econômicos.

A produção, distribuição, acumulação e consumo de bens materiais podem ser analisados em dois aspectos, conforme o destino que se lhes der a direção que se quer imprimir ao bem jurídico a ser preservado.

Decorre, então, importante distinção que reúne dois setores, responsáveis por duas ordens ou categorias: a ordem pública econômica e a ordem privada econômica.

A distinção resulta da finalidade das normas. Quando visam a preservar o econômico, como Política do Estado tem-se a ordem pública econômica. Em se voltando para proteger o conjunto de bens como expressão de valor de troca preocupado com o patrimônio individual, configura ordem privada econômica.

A história das idéias e instituições jurídicas demonstra, no âmbito do Direito Penal, sempre se conferiu atenção ao patrimônio. A economia, como Política do Estado, só mais tarde, bem mais tarde, ganharia mesma preocupação e dignidade. No Decálogo está contido - não furtarás. Não encerra nenhuma preocupação com as diretrizes do Estado. A propósito, urge observar, a política econômica se impõe, ingressa nas Constituições com o avançar, embora lento, dos postulados democráticos.

Impõe regram-se a atividade do Estado, conferindo direitos aos cidadãos.

O Direito Tributário (expressão do Direito Econômico) ganha espaço bem antes. Contemporâneo do Direito Penal, diga-se, irmãos gêmeos histórica e politicamente contemporâneos, notadamente depois da vitória dos postulados da Revolução Francesa.

Consagram o princípio da legalidade (fato típico e fato imponível). Mais, entretanto, do que Política Econômica, visava a proteger o patrimônio do contribuinte contra as investidas, cada vez mais gananciosas, do soberano.

5 - Volte-se a atenção para o bem jurídico tutelado pelo Direito público econômico. Insista-se, não se confunde com o Direito privado econômico.

O Direito público econômico reúne normas jurídicas para disciplinar a intervenção do Estado na ordem econômica. Nas últimas décadas, embora, atualmente, haja visível tendência contrária, o Estado, buscando realizar justiça social, interferiu na área econômica, disciplinando-a, estabelecendo regras e sanções. Não faltaram, aliás, as sanções penais.

O Direito público econômico, assim, tem extensão maior do que o Direito Tributário. Aliás, compreende-o. Importante esta observação. Importante também, e, a seguir, procura-se explicar, quando o Direito Tributário e o Direito Penal se encontram, entrelaçam-se as respectivas normas. Não se deve tomar esta afirmação como mera soma de normas. Ao contrário, interligam-se e bem identificam o setor jurídico.

6 - Há debate doutrinário, aparentemente, sem repercussão no sistema. Isto é, deve-se preferir o *nomen iuris* - "Direito Penal Tributário", ou "Direito Tributário Penal"?

Aparentemente, repita-se, a pergunta é de mero deleite intelectual. Interessa, porém, à interpretação jurídica, especialmente à interpretação lógico-sistemática. Conforme a colocação do instituto no mundo jurídico, os respectivos princípios comandarão as conclusões. Somente com a visão integral do sistema, poder-se-á extrair conclusão a respeito do significado de uma norma jurídica.

O Direito projeta relação entre pessoas. Repita-se. Sujeito pretensor e sujeito devedor. Esse vínculo resulta de um fato histórico (causa). Manter-se-á, outrossim, enquanto a causa continuar a manter efeito. Entre a constituição e a desconstituição da relação jurídica, pode-se ter a declaração, manutenção, ou modificação dessa relação (conteúdo).

Constituição, declaração, modificação, conservação, ou desconstituição da relação jurídica projetam-se de modo diferente no mundo jurídico, conforme as características das normas de cada setor dogmático.

Assim, exemplificativamente, a morte do devedor, para o Direito civil, é, até certo ponto, irrelevante para o credor; aqui, a responsabilidade é patrimonial. Os herdeiros, no limite das forças da herança, responderão pelo débito. No Direito Penal, a morte do réu, incontinenti, implica extinção do processo, ou sequer será iniciado, dado vigorar o princípio da responsabilidade pessoal (personalíssimo).

A) - Importante, pois, situar a norma no mundo do Direito.

A expressão - "Direito Tributário Penal"- é imprópria. Traduz, é certo, uma idéia, todavia, sem precisão científica.

Retome-se, para exata explicação, o conceito de - relação jurídica.

No Direito Penal, a causa é - o fato definido como infração penal (O Direito brasileiro adota o critério dicotômico - crime e contra-venção penal). No Direito Tributário a causa é - o fato definido como tributo (a jurisprudência antes, hoje, também a Constituição da República, compreendem as contribuições sociais. Pelo menos para envolvê-las nos princípios do Direito Tributário).

O mesmo fato histórico pode ser, ao mesmo tempo, relevante no Direito Penal e no Direito Tributário. Assim, por exemplo, o não pagamento do tributo. Normativamente, no entanto, será diferente no Direito Penal e no Direito Tributário. Evidente, receberá tratamento do Direito Penal, quando relevante a essa área, e à disciplina do Direito Tributário quando interessar somente a esse setor dogmático.

A ilustração evidencia, creio, a importância de localização do instituto jurídico no sistema. Somente assim, estar-se-á apto a gerar a interpretação correta.

Insista-se, Direito é sistema. A divisão não é didática, embora para ensino nas Faculdades de Direito, a análise setorial facilite a compreensão inicial do estudo.

Como sistema, é de repetir-se, as normas intercomunicam-se. Daí o conceito próprio de uma área, como regra ser acolhido por outro. "Pessoa", ilustre-se, é próprio para todas as áreas, indicando o ser dotado de personalidade jurídica. O conceito de outros institutos, contudo, tem sido reelaborado. "Domicílio", para o Direito Penal não se confunde com o conceito do instituto no Direito Civil, no Direito Comercial, no Direito Administrativo, no Direito Eleitoral. Tantas outras vezes, o Direito Penal define conceitos que dele se tornam exclusivos: estrada de ferro e funcionário público (Código Penal Brasileiro). De outro lado, recebe idéias de outras áreas, como acontece com - cheque - definido no Direito Comercial.

A intercomunicação opera-se também em nível de princípios. O princípio da igualdade, vedada a discriminação de pessoas quanto à idade, raça, sexo, cor ou qualquer outra espécie de modo a implicar tratamento jurídico distinto, apesar da identidade das causas das relações jurídicas.

O Direito Penal é governado por princípios que se plasmam no correr do tempo. Alguns universalmente consagrados e, nos dias de hoje, sintetizados (expressa e implicitamente) na Declaração dos Di-

reitos do Homem. A Constituição da República do Brasil, tradicionalmente, os relaciona, desde a Constituição de 1824, a primeira após a independência política. Antes, aliás, vigoraram entre nós, as **Bases para a Constituição da Monarquia Portuguesa de 1821**.

Em resumindo, e praticamente: se a "causa", posta a relação jurídica, situar-se no âmbito do Direito Penal, disciplinada será pelos princípios e normas dessa área.

O Direito Penal, outrossim, enseja divisões. A referência ao bem jurídico ganha, hoje, a preferência dos escritores. Responsável, aliás, pelo chamado - Direito Penal comum e o Direito Penal Especial. Os bens jurídicos reunidos na Parte Especial do Código formam o primeiro; os demais integram a outra área, também chamada - Direito Penal Extravagante.

Como as áreas jurídicas não são estanques, nada impede, é até lógico que assim aconteça, algum instituto próprio do Direito Tributário ser atraído para o Direito Penal. Com isso, mantém-se a unidade do sistema.

O fato imponível interessa (é relevante) ao Direito Tributário e ao Direito Penal. Ao primeiro para legitimar a exigência do pagamento. Ao segundo, para punir o agente da sonegação.

Lógico, os princípios que governam a cobrança não são os mesmos que comandam a punição.

O Direito Penal enseja subdivisões, tomando-se como referência bens juridicamente tutelados. A unidade (Direito Penal) reúne princípios e normas que disciplinam a aplicação da sanção penal. No Brasil, seguindo a trilha de outras legislações, adotou-se (para reforçar o direito de liberdade) critério formal, ou seja, pela categoria da sanção jurídica: reclusão, detenção e multa (crime ou delito) e prisão simples e multa (contravenção penal). A definição é dada pela Lei de Introdução ao Código Penal.

Assim, todas as vezes que a sanção de um instituto jurídico for uma dessas espécies, atraí-lo-á para o Direito Penal, ainda que outros aspectos sejam originários e disciplinados por outro ramo do Direito. O imposto, com regra, interessa ao Direito Tributário. A sonegação do imposto, entretanto, como categoria normativa, é própria do Direito Penal. Normativamente, o dever de recolher o tributo não se confunde com a omissão (dolosa) de fazê-lo. E não se identificam porque o Direito os disciplina diferentemente. Em termos de Teoria Geral, situam-se de modo próprio, inconfundível.

Em se considerando que as infrações penais são unidas conforme o objeto jurídico tutelado, ter-se-ão tantas categorias quantos forem

os bens protegidos. Pessoa, Patrimônio, Administração Pública, Ordem Política, Ordem Econômica, Ordem Tributária e assim por diante.

A doutrina costuma, ao promover a reunião das mesmas, subdividi-las em espécies. Toma como categoria geral (no Brasil e nos países que adotam a mesma orientação) a Parte Especial do Código Penal. Tudo o mais é tido como Direito Penal Especial. Trata-se de arranjo meramente formal. Substancialmente, qualquer "fato-infração penal" é próprio do Direito Penal. Queira ou não o legislador. Prevalece, sem dúvida, a natureza das coisas.

Direito Penal e Direito Tributário convivem harmoniosamente. Cada qual com as normas que lhes são próprias. Uma lei, tantas vezes reúne em um só texto, matérias próprias de vários setores jurídicos. Comumente disciplinam o chamado direito material e o denominado direito instrumental. Nem por isso, o Direito Penal e o Direito Civil se identificam com o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil.

Impõe-se, assim, na lei tributária, distinguir o instituto tributário do instituto penal. E mais. Faz-se importante para bem identificar (sentido lógico) as espécies. Cada qual regida pelos princípios e normas das áreas a que pertence.

Nesse contexto, soa mal, impróprio, insisto, mais um vez. Direito Tributário Penal. Preferível a denominação - Direito Especial (compreende várias espécies, dentre as quais, a categoria tributária). Tolerar-se - Direito Penal Tributário - como integrante do Direito Penal Especial. O Direito Penal é uno. A presença do instituto próprio, oriundo de outra área jurídica não reclama (seja para facilitar a colocação do instituto) eleger nova espécie. É crime o ascendente não prestar assistência material e moral ao descendente. O tema é próprio do Direito Civil. Não se vai, entretanto, por isso, compor o Direito Penal Civil (muito menos o Direito Civil Penal). No mesmo sentido, o peculato repercute no Direito Penal e no Direito Administrativo. Sem sentido falar Direito Penal Administrativo (com razão mais enfática, cumpre evitar Direito Administrativo Penal). Não se justifica, ademais, promover subdivisão Direito Penal Comercial (Direito Comercial Penal, menos ainda) porque definida como crime a emissão de cheque sem a suficiente provisão de fundos em poder do sacado.

A infração penal ou fato-infração penal, como fenômeno jurídico, projeta-se no plano normativo e no mundo físico. Compreende, ademais, conduta e resultado. Conduta é comportamento (ação ou omissão) do homem. Resultado, o evento que se projeta no âmbito da experiência (juridicamente considerado).

O crime tributário (pense-se a relação jurídica) tem como causa fato tributariamente relevante. Assim o é quando a norma conferir

relevância a fato que incidir no âmbito do Direito Tributário. Relevância, no sentido de acarretar expressão normativa para a arrecadação (respectiva disciplina) de tributos.

O Direito Tributário, como o Direito Penal, submete-se ao princípio da reserva legal. Faz-se, por isso, necessária definição de lei (sentido formal) para gerar obrigação de recolhimento de tributo e contribuições sociais.

Própria, também nesse âmbito, a imagem que se dá ao Direito Penal, de ser descontínuo, no sentido de a ilicitude ser tópica, na medida e nas condições postas pela lei.

Ademais, sacrifica a verdade real em favor da verdade formal, no sentido de em atenção ao bem jurídico ser admissível a cobrança somente nas hipóteses previamente definidas, ainda que isso deixe à margem situações semelhantes, análogas.

B) Além da conduta (ação, ou omissão) impõe-se considerar também o objeto jurídico.

Objeto jurídico é o bem tutelado pelo Direito. Sendo valor, necessita ser resguardado. Toda norma jurídica é teleologicamente orientada.

O Direito Público Econômico, reunindo a Política Econômica do Estado, visa ao interesse público. Compreende o Direito Tributário disciplinador da arrecadação dos tributos. O bem jurídico, em consequência, é bifronte: de um lado, compreende o interesse público de o Estado obter os meios para a realização de suas atividades; de outro avulta o interesse do Tesouro, patrimonial, relacionado com a receita do Estado. Assim, o bem jurídico não traduz apenas interesse patrimonial. Alcança também os limites da política econômica, o que faz aumentar o significado do delito tributário. Quem, ilustrativamente, sonega o tributo não afeta apenas o patrimônio público, repercutindo na arrecadação. Vai além. Atinge a Economia, ocasionando, com isso, reflexo nas atividades do Estado.

Esse pormenor não é de interesse meramente literário. Em sendo característica do fato-infração penal, confere-lhe identidade normativa. Integra-se à unidade do Direito, submetendo-se, logicamente, ao sistema.

Daí, e não raro, as normas tributárias, ao lado dos tipos descritivos de omissão do contribuinte, ou seja, não cumprimento das obrigações, relacionar outros, impondo obrigações de fazer. Assim, por exemplo, esclarecer, mediante atos formais, o histórico da atividade fiscal.

7 - Conduta é manifestação de vontade. Projeta-se através de fazer (ação, comissão) e não-fazer (omissão). Manifestação de vontade

de é exclusiva do homem. Só o homem é ser pensante. No Brasil, a responsabilidade penal (imperativo da Constituição da República) é pessoal. Consagra-se o princípio da personalidade (art. 5º, XLV). Está afastada a responsabilidade objetiva (cada vez mais aceita no Direito Civil) e a odiosa responsabilidade por fato de terceiro.

Em conseqüência, longo e penoso trabalho conduz, no Direito Penal moderno, à consagração de vários princípios. Alguns formalizados em nossa Carta Política: reserva legal, retroatividade benéfica, personalidade, individualização da pena; sanções conforme a dignidade humana, inimputabilidade. Outros implícitos, resultantes da expressão moderna e axiológica do Direito Penal: certeza, responsabilidade subjetiva da culpa, proporcionalidade, necessidade, significância. Por seu relevo, merece registro especial a culpabilidade - no sentido de reprovabilidade (censurabilidade) ao agente do fato ilícito.

A pena é medida político-jurídica de resposta ao autor da infração penal. Tem significado de qualidade e quantidade. Busca comunicar ao agente a repulsa jurídica, pois, mensagem de conteúdo valorativo. Urge, assim, ser compreendida pelo condenado. Caso contrário, ter-se-á simples relação formal entre o preceito e a sanção da norma jurídica. Ao inimputável, reservam-se as medidas de segurança.

O tema traz a debate a polêmica relativa à pessoa jurídica como sujeito ativo da infração penal. Legislação quanto a alguns delitos, entre os quais os chamados delitos econômicos e do ambiente, visando a ampliar a esfera de proteção dos bens jurídicos, estão a admitilas. No Brasil, alguns autores, notadamente, invocando o disposto nos artigos 173, § 5º e 225, § 3º, da Constituição da República, subscrevem opinião favorável.

O pomenor merece ser considerado.

Repita-se. Um setor jurídico não se forma apenas pelo trabalho do legislador. Caracteriza-se, isso sim, pelo complexo de princípios. Evidente, a lei a eles se adapta. Antes de tudo, deve haver compatibilidade entre tais princípios e o texto legal.

Evidenciada a incompatibilidade, a conseqüência será o deslocamento da lei para outra área jurídica.

O Direito Penal moderno apóia-se fundamentalmente no princípio da culpabilidade. Repita-se: traduz idéia de censurabilidade, reprovabilidade ao agente da conduta que, podendo agir de modo diferente, deixa de fazê-lo. Vive-se o momento do Direito Penal da culpa. Sem censura ao agente, nada há que punir. (Entendo, por opção doutrinária, a culpabilidade compõe os elementos constitutivos da infração penal. Não é mero pressuposto para a aplicação da pena).

Essa colocação é suficiente para evidenciar: no Direito Penal, a pessoa física e a pessoa jurídica reclamam tratamento diferente.

O complexo de princípios que, através do tempo, lentamente foi se definindo, teve como preocupação política o homem, em homenagem ao direito de liberdade e, mais recentemente, também à dignidade humana.

A pessoa jurídica nunca chamou a atenção para isso.

Hoje, por questão prática, tem-se procurado estender o alcance da sanção penal.

Sem dúvida, ninguém desconhece, o progresso científico e a política econômica (até de alcance internacional) conferem às pessoas jurídicas importância e presença crescentes nas relações, notadamente de conteúdo econômico. Atuam isoladamente ou em conjunto, ultrapassando fronteiras de países. As empresas participam nesse e em outros setores mais do que as pessoas físicas. Nada mais é preciso dizer para marcar a importância das pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas são constituídas, comandadas, dirigidas, representadas por pessoas físicas. Assim, fazem-se presentes as grandezas e as vilanias do homem. Não se pode, sem dúvida, desconhecer o fato ou, o que é mais sério, restar de braços cruzados.

Acontecem, então, condutas ilícitas.

Os investimentos de maior vulto, sem dúvida, são movimentados por pessoas jurídicas.

Não obstante a importância do fato, insista-se, só por isso, não podem, sem mais, serem atraídas pelo Direito Penal. Entenda-se. Direito Penal construído até aqui.

O Direito Penal, sublinhe-se mais uma vez, contém princípios que só fazem sentido relativamente à pessoa física.

A sanção penal, foi observado, é mensagem, como apenas o homem será seu destinatário. Só se pode censurar alguém, por causa de sua conduta, em havendo liberdade de agir. Censurar alguém é qualificar sua conduta. Evidente, precisar que poderia atuar de modo diverso.

A pessoa jurídica desenvolve a personalidade jurídica através de pessoas físicas. Estas, sim, dotadas de liberdade atuam de uma forma ou de outra. O juízo de reprovabilidade (sentido penal) só se justifica se a elas dirigidas.

Nada impede, pragmaticamente, e disso há exemplos, repita-se, em outras legislações, estabelecer sanções penais às pessoas jurídicas.

Cumprido, no entanto, consignar significativa distinção. A teoria geral do delito funda-se, e isto já foi consignado, no princípio da responsabilidade pessoal. Impõe-se relevância ao elemento subjetivo, indispensável à economia do crime.

O elemento subjetivo é incompatível com a pessoa jurídica. Daí, decorre relevante consequência: também, aqui, faz sentido invocar a culpabilidade.

As sanções penais, de outro lado, em grande parte evidenciam-se incompatíveis, seja quanto à aplicação como em relação à eficácia.

Ampliar a área de sujeitos ativos, atraindo também as pessoas jurídicas, implicará reviver proposta da Escola positiva ao repousar a responsabilidade penal na responsabilidade social. Responder-se-ia criminalmente porque se vive em sociedade. Tão só por isso, em havendo a prática de infração penal, justificar-se-ia a reação do Estado.

Como a responsabilidade subjetiva é moral (não basta o fato; reclama-se também o elemento subjetivo do fato-infração penal), evidente, manifesta flagrante incompatibilidade com a pessoa jurídica. Somente se pode aplicar a responsabilidade social, em consequência impróprio se revela também o princípio da culpabilidade. A pena, por sua vez, ganha significado diferente. Deixa de ser mensagem para traduzir simples resposta. Análise mais profunda mostra que restará, como identidade, o princípio da anterioridade da lei penal.

Nota-se, pois, são institutos distintos. Estruturalmente, para os efeitos penais, a pessoa física e a pessoa jurídica só têm em comum a personalidade jurídica. Não é, entretanto, suficiente para o sistema do Direito Penal.

Em termos de teoria geral, é impropriedade atrair a pessoa jurídica para o âmbito penal. Não se ajusta aos respectivos princípios.

Que se queira policiar a atuação dos entes. Tudo bem! Faz-se necessário, sem dúvida, recrudescer o tratamento jurídico. Urge, no entanto, ficar atento ao sistema. A solução deve ser coerente no plano material. Não basta o sentido meramente formal. Os temas jurídicos não se esgotam **nomem iurist!**

Aplicar o Direito Penal às pessoas jurídicas, na verdade, é fazer aplicação de princípios de outra área dogmática. Poder-se-á, quando muito, por transigência e homenagem à denominação, dizer - Direito Penal II.