

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - Uma Inconsistência Dogmática e de Princípios

José Danilo Tavares Lobato

Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito - Ciências Penais pela UCAM. Defensor Público/RJ. Professor de Direito Penal da EMERJ

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A problemática a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica vem sendo objeto de inúmeras monografias, dissertações e teses, além de ter sido motivadora de incontáveis debates, orais e escritos, tanto de cunho científico, quanto de cunho político. Entre os fins deste artigo não se encontra o de descrever todos os entendimentos e os sistemas legais existentes nos mais diversos países, contudo, o objetivo proposto consiste em proceder a uma análise didática e crítica das principais dificuldades que a aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica importa em nosso sistema dogmático-normativo. Assim, encontrará o leitor um recorte da problemática, que buscará trazer-lhe parâmetros de análise mais adequados à dogmática jurídico-penal adotada no Direito brasileiro.

2. PESSOA JURÍDICA E SUA PERSONALIDADE JURÍDICA - NOÇÕES GERAIS

De início, pode-se superar o debate sobre se a pessoa jurídica é uma realidade e uma ficção e aceitar, como faz Requião, “a

circunstância de possuírem” as pessoas jurídicas “uma realidade no e para o mundo jurídico”¹. Perceba-se, contudo, que esta “realidade *no e para o mundo jurídico*” das pessoas jurídicas não é absoluta nem no próprio campo do Direito Privado. Esta existência somente é válida enquanto a pessoa jurídica servir a fins lícitos. A doutrina da *Disregard of Legal Entity*, também conhecida como doutrina da penetração ou da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, foi inicialmente construída, pela jurisprudência, no direito anglo-saxão, para coibir os abusos verificados através da personalização de sociedades anônimas². Esta doutrina encontrou ampla ressonância no Brasil, de forma que sua aplicação atual não se limita apenas às sociedades anônimas e nem às relações contratuais essencialmente privadas. Por exemplo, o Direito do Trabalho, de forma construtiva, a partir do artigo 2, § 2º da CLT, também a acolhe, e de forma clara, inequívoca e expressa em Lei, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, o novo Código Civil, na redação do artigo 50, e a própria Lei de Crimes Ambientais em seu artigo 4º.

É precisa e acertada a lição de Requião ao expor que “a personalidade jurídica não se constitui em direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da *fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*”³. Não se pode contestar que, no mundo do ser, a pessoa jurídica não passa de uma reunião de indivíduos ou de um conjunto de bens. Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “o espírito criador engendra então entidades coletivas, resultantes de um agregado de pessoas ou de um acervo de bens”⁴. No entanto, não será toda e qualquer reunião de pessoas e bens que dará origem a uma pessoa jurídica, mas e tão somente aquelas que atenderem a pressupostos mínimos. Caio Mário da Silva Pereira elenca três: vontade humana criadora, observância das condições

¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. I. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 347.

² REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 351.

³ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 353.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 186.

legais e liceidade de fins⁵. De modo mais claro, não se pode fugir do fato de que a coletividade de pessoas só será convertida e valerá, produzindo efeitos jurídicos, na qualidade de pessoa coletiva (jurídica), se atender e enquanto atender aos termos da Lei. Ou seja, se a pessoa jurídica atua abusiva e antijuridicamente, poderá ter sua personalidade jurídica desconsiderada, para que a responsabilidade daqueles que agiram, por meio deste instrumento, possa ser questionada de forma individualizada.

Perceba-se que, no campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica leva à sua desconsideração e à responsabilidade das pessoas naturais que se valeram da pessoa moral para atuarem fora do amparo do Direito. Constituir ou empregar uma pessoa jurídica para a prática de crimes, isto é, fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, nada mais é do que cometer um abuso de direito. Como já se defendeu em trabalho anterior, o instituto do abuso de direito é perfeitamente aplicável no campo do Direito Penal, posto que o ordenamento jurídico é uno⁶. Se a conduta praticada representa um abuso de direito, está ela desamparada juridicamente. Em outros termos, o Direito não lhe ampara, de forma que esta conduta se localiza no campo do não-direito, isto é, no âmbito da ilicitude.

Se a conduta é ilícita, não há fundamento para que o Direito de qualquer forma a reconheça enquanto produtora de efeitos válidos e lícitos. Em termos mais claros, se, no campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica acarreta a desconsideração de sua personalidade jurídica e a responsabilidade pessoal dos indivíduos que dela se valeram ilicitamente, o mesmo há de valer no campo do Direito Penal. Cometer crimes, por meio da pessoa jurídica, é um abuso de direito tão ou mais grave que o abuso de direito cometido na seara extrapenal. Resta claro que não há a menor necessidade de serem criadas regras *ad hoc*⁷ para

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p.186.

⁶ LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria Geral da Participação Criminal*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁷ São interessantes as considerações de Feijoo Sánchez, ao expor que não deixa de ser curioso o fato de as doutrinas de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Tributário, dentre outras, pretenderem, por razões materiais, superar a radical diferenciação formal entre a responsabilidade da pessoa física e a responsabilidade das pessoas jurídicas, valendo-se

punir os responsáveis pela criminalidade econômico-empresarial, uma vez que se forem observadas as regras básicas da constituição e desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, inexistirão as alegadas lacunas de punibilidade. Por outro lado, não se olvide que eventuais ganhos criminosos destinados à sociedade serão, com a condenação das pessoas naturais responsáveis, perdidos em favor da União, desde que não atinjam direitos de lesados ou terceiros de boa-fé, na forma do artigo 91, II, “b”, do Código Penal, em razão de constituírem produtos do crime, tal como ocorre com a *res furtiva*.

3. CAPACIDADE DE AÇÃO E PESSOA JURÍDICA

A capacidade de ação da pessoa jurídica consiste em outro obstáculo insuperável pelos defensores da responsabilidade penal dos entes coletivos. Não obstante a falta de consenso da dogmática penal a respeito do que se deva entender como ação, pode-se perceber a existência de uma estrutura minimamente aceita. Neste mínimo conceitual, a humanidade da ação seria um elemento inderrogável. Cirino expõe que o conceito de ação apresenta “funções teóricas, metodológicas e práticas de unificação, de fundamentação e de delimitação das ações humanas” compatíveis com as categorias de constituição do conceito de crime⁸.

Sem deixar dúvidas, Cirino consigna que “a ação é fenômeno exclusivo de pessoas naturais”, já que a “capacidade de ação é atributo natural de seres humanos”, de modo que não constituem ações os “atos de pessoas jurídicas”, uma vez que apenas as pessoas naturais realizam ações, mesmo que estas sejam praticadas

de teorias como o levantamento do véu e o rompimento do hermetismo da pessoa jurídica, enquanto que uma parte dos penalistas busque uma trajetória contrária, que é alheia à realidade e desconsidera o substrato sobre o qual o Direito Penal tem que trabalhar. Esta obsessão e a possibilidade de resolver alguns conflitos sociais podem fazer com que se esqueça que a pessoa física é o principal responsável pelo cometimento da infração e o “centro de decisão”, por consequência, o centro de imputação penal. SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Sanciones para Empresas por Delitos contra el Medio Ambiente - Presupuestos Dogmáticos y Criterios de Imputación para la Intervención del Derecho Penal contra las Empresas*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. P. 88, 89 e 91.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P. 23.

na qualidade de “órgãos representativos das pessoas jurídicas”⁹. Por outro lado, não se há de esquecer que o conceito de ação é a base da formação do injusto penal. Sem conduta não há tipicidade a ser investigada. Ainda que se adote uma postura crítica quanto à necessidade de um conceito de ação, e considere-se bastante a afirmativa, nos termos do uso cotidiano, de que “ação é ação”, não se supera a sua função de recordar ao jurista de que no crime há a existência de um substrato real¹⁰.

As compreensões sobre este substrato real são divergentes. Contudo, mesmo em suas inúmeras possibilidades, a humanidade da ação constitui um porto seguro. Já há época do modelo causal-naturalista, a exclusão de (f)atos não-humanos na constituição dos crimes representava um passo evolutivo na formação do Direito Penal. Beling expunha que a punibilidade vincula-se estritamente a uma ação certa praticada por determinado indivíduo, de maneira que somente o homem pode atuar e em caráter individual, o que, por consequência, resulta a inexistência de ações penais oriundas de animais, forças naturais e pessoas jurídicas¹¹.

Mesmo a partir de uma perspectiva mais atual, esta premissa não se modifica. Juarez Tavares, por exemplo, ao expor seu conceito comunicativo de ação, ressalva que se for concedida importância à fundação do “estado de garantia da pessoa humana”, a conduta deverá ser entendida como a “realização concreta” do homem em cada tipo penal, isto porque o conceito de conduta tem origem na perspectiva da dogmática penal de impedir que o legislador possa configurar como crime todo e qualquer agir¹². Assim, para Juarez Tavares, “ação é toda conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência materializada tipicamente como expressão da prática humano-social”¹³.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 24 e 25.

¹⁰ GRECO, Luís. *Tem Futuro o conceito de ação? Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs) Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹ BELING, Ernst von. *A Ação Punível e a Pena*. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2006. P. 11 e 12.

¹² TAVARES, Juarez. *Apontamentos sobre o Conceito de Ação*. *Direito Penal Contemporâneo - Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. Luiz Regis Prado (Org.) São Paulo: RT, 2007. P. 139.

¹³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 154.

Por outro lado, se se considerar o entendimento predominante no Brasil, cujas bases remontam ao conceito finalista, a ação é um agir estruturalmente humano. Como afirmava Fragoso, “ação é atividade humana consciente dirigida a um fim”¹⁴. Em momento anterior de seu pensamento, ao reconhecer a dificuldade ao buscar-se uma definição para o conceito de ação, uma vez que se poderia postulá-lo como conceito jurídico, psicológico ou naturalístico, Fragoso pontuava o erro e o excesso das defesas de que todo conceito jurídico teria um sentido próprio e característico, trazido pela norma jurídica, vez que, em verdade, a normatividade do Direito significa apenas que este tem seus conceitos estabelecidos por normas que se referem a valores, sem, contudo, denotar que esta condição leve a um abandono, nas disposições das normas jurídicas, dos conceitos oriundos do conhecimento naturalístico e do vulgar¹⁵.

A partir das premissas expostas, é possível compreender o equívoco de posições que abandonam o substrato ontológico-empírico na formulação de um conceito de ação puramente normativo. O abandono do substrato ontológico-empírico traz como consequência a concessão de uma carta branca para o legislador fazer o que bem entender, inclusive, para normativamente contrariar a realidade físico-natural na formulação de seus conceitos e dispositivos legais.

Pelo exposto, resta claro que não se mantêm firmes as defesas em prol deste entendimento. Não obstante, resistem defesas em favor de um conceito puramente normativo de ação. Assim, Galvão da Rocha que entende ser uma “evolução” a superação de um enfoque meramente ontológico do fato punível¹⁶. Se temporalmente a superação do enfoque puramente ontológico representou uma evolução na teoria do delito, pode-se, por outro lado, sem medo de errar, afirmar que a adoção de um enfoque puramente

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*. 16ª ed. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 182.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1961. P. 163 e 164.

¹⁶ ROCHA, Fernando A N Galvão da. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”. *Revista de Direito Ambiental*. Nº. 27. São Paulo: RT, 2002. P. 81 e 82.

normativo consiste um retrocesso, já que a ordem natural da vida pode ser desconsiderada para conferir espaço a uma expansão do poder punitivo sem limites.

Por esta razão, não é minimamente aceitável a afirmativa de Galvão da Rocha de que seria juridicamente possível estabelecer responsabilidade penal a não-autores de crimes, bastando, para tanto, valer-se de uma nova teoria do delito no que se refere à pessoa jurídica¹⁷. Este posicionamento desconsidera a própria essência do Direito Penal de um Estado de Direito. Perceba-se que defesas desta ordem buscam trabalhar com um *jus puniendi* rotulado de Direito Penal, mas sem condicioná-lo a atender às categorias constitutivas e essenciais do Direito Penal.

O Direito de Contra-Ordenações ou o Direito Administrativo (em sentido amplo) permitem que o *jus puniendi* venha a ser trabalhado nas bases normativas propostas, enquanto que o Direito Penal, não. Superar esta fronteira significa descaracterizar o Direito Penal, tal como constituído pela Ciência do Direito, e transformá-lo em sinônimo de *jus puniendi* e de instrumento de mera legitimação normativa da expansão e do uso poder punitivo estatal. Neste tocante, é de bom tom recordar a clássica lição de Aníbal Bruno no sentido de que o Direito Penal tem como traços distintivos de outros ramos do saber jurídico, a gravidade de suas sanções e “a severidade da sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada”¹⁸.

É um dado real que as pessoas jurídicas têm a sua existência no e para o mundo jurídico e que naturalisticamente elas não agem e nem atuam. O seu agir configura-se apenas no plano de valoração da norma. Ontologicamente esta ação não passa de uma conduta humana das pessoas que legalmente estão autorizadas a atuarem em nome da pessoa jurídica.

Por outro lado, o Direito Penal exige a prática de uma ação individualizada para que alguém possa ser punido, posto que ninguém pode responder pelo ilícito alheio. A responsabilidade ob-

¹⁷ ROCHA, Fernando A N Galvão da. *Op. cit.* p. 82.

¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. P. 12.

jetiva é rechaçada do Direito Penal. Somente a responsabilidade subjetiva é aceita na severa estrutura dogmática do Direito Penal. Ou seja, no momento em que o Direito Penal incorpora a responsabilidade penal objetiva deixa ele de ser Direito Penal para ser mero exercício do poder punitivo do estatal, isto é, irracionalidade. Dessa forma, se é da estrutura e essência do Direito Penal a existência de uma conduta individualizada e praticada por sujeito penalmente responsável, a quebra desta premissa, na responsabilização penal das pessoas jurídicas, retira-lhe seu caráter de “Direito Penal” ou, então, destrói o próprio Direito Penal, o que é extremamente perigoso para o Estado de Direito, já que o sistema jurídico-penal passa a poder ser utilizado de forma ilimitada, confundido-se com o *jus puniendi*.

Não se olvide que, na História do *jus puniendi*, este foi capaz de punir penalmente animais, pessoas em razão de obras oriundas do acaso e grupamentos humanos em virtude da conduta de apenas um de seus membros. Ao que se percebe das defesas em prol da responsabilidade penal da pessoa jurídica, todas as considerações realizadas neste tópico são conscientemente desconsideradas e a imputação de um fato alheio como próprio adquire ares de legitimidade. Esquecem-se os partidários desta linha de pensamento dos riscos para o Estado de Direito, que se originam da abertura de uma tal e desnecessária fenda no Direito Penal. Igualmente, em virtude desta crença no Direito Penal, há uma completa desconsideração das possibilidades e alternativas que o Direito Administrativo (em sentido amplo) oferece para reprimir e punir as pessoas jurídicas.

4. TIPO SUBJETIVO E PESSOA JURÍDICA

Ainda que se admitisse a capacidade prática de agir da pessoa jurídica, o que já desconsideraria o substrato natural mínimo fundante do Direito Penal, haveria, ainda, outro obstáculo insuperável, nos termos da dogmática jurídico-penal, na formulação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Este obstáculo reside na inexistência de tipicidade subjetiva.

O dolo é naturalmente impossível no atuar da pessoa jurídica. Deve-se pontuar que este mesmo legislador regulador da res-

responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei de Crimes Ambientais, no artigo 18, I, do Código Penal, normatizou o dolo como o querer ou o assumir o risco do resultado. Desta forma, se se partir da premissa utilizada pelos defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica de que o que basta é a determinação do legislador, perceber-se-á que jamais ocorrerá tipicidade subjetiva no agir da pessoa jurídica. Ao explicar este conceito volitivo de dolo, Luisi afirmava que como elemento estruturante da ação humana (finalista) está o “querer, a intenção e o propósito do agente, vale dizer, o dolo”¹⁹.

Este dolo nasce na “intimidade psíquica do agente” e materializa-se por meio de atos físicos, ainda que os realizados fossem praticados no lugar de outros normativamente devidos²⁰. Este dolo desdobra-se em dois momentos, o primeiro de natureza cognitiva e o segundo de natureza volitiva²¹. Contudo, ainda que se refutasse esta concepção de dolo e se defendesse uma concepção diversa de dolo, seja este enquanto consciência na criação ou aumento de um risco qualificado²², a pessoa jurídica permaneceria sem capacidade para dar origem ao dolo. Qual é a consciência da pessoa jurídica em relação ao tipo penal objetivo? Nenhuma, pois esta é um atributo das pessoas naturais e que, inclusive, as distinguem dos animais irracionais. Acerta Regis Prado quando expõe que os empreendimentos destinados a perceber uma “suposta vontade coletiva” funcionam, apenas, para ocultar a vontade dos indivíduos que controlam e conduzem os rumos da pessoa jurídica²³.

Percebe-se, então, que dentro das premissas dogmáticas do Direito Penal, a pessoa jurídica jamais poderá cometer uma ação dolo-

¹⁹ LUISI, Luiz. *O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. P. 62.

²⁰ LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 62.

²¹ LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 63.

²² SANTOS, Humberto Souza. “Problemas Estruturais do Conceito Volitivo de Dolo”. *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 289.

²³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005. P. 154.

sa. Poder-se-ia, por outro lado, pensar na estrutura do crime culposo. Como a culpa é uma construção normativa, este caminho pode até ser imaginado, contudo, sua adoção representaria mais um sério golpe na estrutura dogmática do Direito Penal Liberal. O crime culposo, que é a exceção e só é admitido quando o legislador expressamente consigna sua punição junto ao tipo doloso, passaria a ser a única espécie típica na responsabilização penal da pessoa jurídica.

O risco desta postura está na abertura de que todo e qualquer crime passe a ser trabalhado como desobediência ou violação a deveres de organização²⁴. Não devendo o leitor esquecer-se de que tal postura franquearia passagem às concepções favoráveis ao Direito Penal do Inimigo. Sem chegar a este grau de intensidade, Planas procede à crítica do posicionamento favorável à “tipificação específica dos ilícitos das pessoas coletivas”, afirmando que o emprego de tipos penais antecipadores das “barreiras de protecção e da infracção de deveres específicos de organização da pessoa coletiva para evitar a prática de crimes” sofre de um grave problema de legitimação material do ilícito enquanto ilícito penal. Isto porque a formulação de crimes de perigo abstrato de “mera desorganização empresarial” permite que toda e qualquer infracção de deveres formais venha a ser criminalizada, de forma que se deve firmar posição contrária à legitimação de espécies delitivas que punam “a não adoção de medidas organizativas empresariais só pela mera possibilidade de um terceiro auto-responsável utilizar a pessoa coletiva como instrumento para delinquir”, uma vez que este modelo típico consagra a responsabilidade por fato de terceiros e, por consequência, não respeita o princípio da personalidade da responsabilidade penal²⁵. Nestes termos, não é difícil perceber

²⁴ “La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”. (...) Sobre este papel social, explicita Jakobs “se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho”. JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Moderna Dogmática Penal - Estudios Compilados*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2002. P. 241 e 242.

²⁵ PLANAS, Ricardo Robles. *Crimes de Pessoas Coletivas? A Propósito da Lei Austríaca sobre a Responsabilidade dos Agrupamentos pela Prática de Crimes*. *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 136 a 138.

as desvantagens, para o Estado Democrático e Substancial de Direito, a serem trazidas pela adoção de uma responsabilidade, em tese, penal da pessoa jurídica e pelo, inevitável, rompimento dos pilares do Direito Penal Liberal.

5. CAPACIDADE DE CULPABILIDADE E PESSOA JURÍDICA

A ausência de culpabilidade consiste em mais um fator a tornar impossível a responsabilização da pessoa jurídica nos termos da dogmática jurídico-penal. Mesmo que não se parta do entendimento predominante de que a culpabilidade materializa-se em um juízo de reprovação pessoal no uso, contrariamente ao mandamento legal, do livre-arbítrio²⁶, pode-se, desde já, verificar que a responsabilização penal da pessoa jurídica não se compatibiliza com o juízo criminal de culpabilidade. Ainda que se admitisse, por ficção, a capacidade de ação da pessoa jurídica, o fato por ela praticado não passaria de fato típico e antijurídico, não configurando um crime por ausência de culpabilidade. Nenhum dos elementos da culpabilidade seria encontrado no injusto praticado pela pessoa jurídica. Em outras palavras, a pessoa jurídica não tem capacidade de culpabilidade. Esta incapacidade deve-se à inexistência de um sistema psicofísico na pessoa jurídica a ser aferido quanto à sua possibilidade, na qualidade de autor do fato, de se distanciar da prática do injusto²⁷.

Um dos elementos da culpabilidade é a imputabilidade. Imputabilidade é a capacidade genérica de entender o caráter ilícito do fato e de se autodeterminar. Como ensinava Maurach, é imputável aquele que, em função de seu desenvolvimento espiritual e moral, for capaz de compreender o ilícito de seu fazer e de atuar conforme a este conhecimento²⁸. A idéia de imputabilidade funda-

²⁶ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal - Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. P. 125.

²⁷ DONNA, Edgardo. *Breve Síntesis del Problema de la Culpabilidad Normativa*. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. James Goldschmidt. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 2ª.ed. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002. P. 48.

²⁸ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. P. 94.

se em algumas concepções, tais como: existência de vontade humana, capacidade do indivíduo de ser senhor de suas decisões e de definir sua conduta a partir de uma liberdade de eleger suas ações²⁹.

Zaffaroni, por exemplo, ao delinear o princípio da culpabilidade, trabalha seu fundamento antropológico e expõe que suas bases escoram-se na concepção do homem como pessoa, isto é, alguém que tem capacidade para decidir suas ações³⁰. No entanto, não é preciso seguir adiante na doutrina, basta que se verifique, nos Códigos Penais brasileiros, que o conceito de imputabilidade é e sempre foi construído em bases biopsicológicas. Assim, é correto o pensamento de Bitencourt quando expõe que a pessoa jurídica é inimputável, uma vez que o Direito Penal condiciona a existência de imputabilidade a que o agente apresente “condições de normalidade e maturidade psíquica” e a pessoa jurídica “carece de maturidade e higidez mental”³¹. Neste sentido, a partir de uma análise das bases biopsíquicas fundantes da culpabilidade, apresenta-se com clareza meridiana a inviabilidade de se exigir da pessoa jurídica a realização de uma conduta diversa da que fora praticada. Ou seja, não há meio ou modo de se cogitar a exigibilidade de conduta diversa frente a ações imputadas às pessoas jurídicas.

Em acréscimo, percebe-se que o elemento da culpabilidade denominado potencial consciência da ilicitude também não é aplicável à pessoa jurídica. Como expõe Figueiredo Dias, no tipo subjetivo, a consciência é psicológica e o erro radica neste nível, enquanto que, na culpabilidade, o erro se origina de uma deficiência “da própria consciência ética do agente, que não lhe permite apreender correctamente os valores jurídico-penais”³². Este

²⁹ MAURACH, Reinhart. *Op. cit.* p. 94.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. V. IV. Buenos Aires: EDIAR, 2004. P. 33 e 34.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. A (l)-responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica; Incompatibilidades Dogmáticas. *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 106.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*. 1ª.ed. Br. e 2ª. ed. Pt. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2007. P. 545.

critério constitui a essência da culpabilidade e como se visualiza ele não é de forma alguma dirigido a pessoas jurídicas, mas a indivíduos. Esta apreensão de valores éticos só ocorre no processo de socialização do indivíduo.

A pessoa jurídica não se socializa, ela é a própria sociedade de indivíduos. A pessoa jurídica reflete apenas a conjugação das expressões éticas daquelas pessoas naturais que a constituem e a utilizam em suas práticas. Em outros termos, a pessoa jurídica não apreende valores e nem possui uma consciência ética. Cada indivíduo que age por meio deste ente legalmente criado, denominado pessoa jurídica, apreende valores e possui consciência ética.

Por outro lado, também não há que se falar em capacidade de entendimento da pessoa jurídica, uma vez que ela nada entende. A pessoa jurídica é entendida e compreendida, mas não detentora de compreensão, posto ser fruto da concepção intelectual humana. Desse modo, torna-se evidente a impossibilidade de se afirmar que uma conduta imputada à pessoa jurídica possa vir a ser qualificada como culpável. A culpabilidade restringe-se a ser um juízo do agir individual humano e não se destina a perquirir as condutas realizadas por intermédio de instituições jurídicas.

6. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Ao contrário do que possa, a primeira vista, parecer, a Constituição de 1988 não exigiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica na seara ambiental. Como expõe Bitencourt, a previsão do artigo 225, § 3º, da CRFB é obscura e tem levado a que numerosos penalistas brasileiros defendam equivocadamente a introdução desta espécie de responsabilidade no sistema jurídico-penal brasileiro³³. Não obstante, não se pode negar que, independentemente de qualquer controvérsia hermenêutica na leitura do texto constitucional do artigo 225, § 3º, o legislador brasileiro expressamente regulou a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica no Direito brasileiro ao editar o artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 110.

Há uma questão prévia a de ser investigada. Ou seja, inicialmente, deve-se pesquisar o substrato essencial e constitutivo do Direito Penal. O ilícito criminal caracteriza-se por ter como referência irrenunciável à existência de um bem jurídico ameaçado ou lesionado, mesmo que esta referência não signifique exclusividade, uma vez que o bem jurídico pode ser protegido por outros ramos do saber jurídico. No entanto, este parâmetro funciona como um critério deslegitimador, isto é, se não houver bem jurídico lesionado ou ameaçado, não há conduta criminal a ser reprovada. Consigne-se que este pressuposto é um pilar de constituição do Direito Penal. Contudo, apesar de sua relevância no estruturamento da responsabilização penal, para a análise da viabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, deve-se ir além, posto há outros pressupostos a serem investigados.

O primeiro a ser percebido reside na diferença entre poder punitivo e pena de caráter criminal. O poder punitivo, que se fundamenta no *jus puniendi* estatal, é o gênero, enquanto a pena criminal é apenas uma de suas materializações. Como lecionam Zaffaroni e Batista, o Direito Penal só pode ser afirmado após serem respondidas algumas questões fundamentais, dentre as quais a de se saber “sob quais pressupostos pode ser requerida a habilitação da pena (teoria do delito)”³⁴.

O leitor percebeu, ao longo da leitura do artigo, que os pilares da teoria do delito encontram-se ausentes na responsabilização “penal” da pessoa jurídica. Não há o substrato real fundante do Direito Penal, que exige a capacidade de ação, de obrar dolosamente e de culpabilidade para que se imponha uma pena criminal. Resta claro que toda e qualquer punição à pessoa jurídica, ainda que venha, pelo legislador, a ser denominada de “penal” e fundamentada na prática de um tipo penal, não será uma sanção de Direito Penal, uma vez que não haverá o preenchimento da estrutura delitiva mínima, mas, sim, um sancionamento de natureza diversa à do Direito Penal.

³⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; *et. al.* *Direito Penal Brasileiro - I.* 1ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 39.

Este sancionamento manifesta e materializa o poder punitivo do Estado mesmo sem a presença das características do Direito Penal. O Direito de Contra-Ordenações e o Direito Administrativo Sancionador manifestam o poder punitivo estatal e comprovam que este não se resume à esfera criminal. O poder punitivo não se confunde e nem se limita à aplicação das penas criminais. Não será em razão de estar escrito na lei que as pessoas jurídicas serão penalmente responsabilizadas, que esta responsabilidade efetivamente decorrerá do Direito Penal. Apesar de o legislador expressar o termo “penal”, não se trata de algo diverso de uma mera sanção de caráter administrativo. Eventual tentativa de refutação desta constatação terá como consequência a indefinição da fronteira entre as esferas penais e administrativas das sanções aplicadas judicialmente, o que representaria um retrocesso perante o atual estágio adotado na evolução de nosso Direito.

O segundo pressuposto a ser considerado na estruturação da responsabilidade penal consiste na insuperável personalidade da sanção criminal. O termo personalidade faz referência ao indivíduo enquanto pessoa, trazendo, por consequência, a exclusão de terceiros, em especial, daqueles que cercam o punido. Este princípio humanizador da pena criminal é um pilar de fundação do Direito Penal. Ou seja, a individualidade da pena com a rejeição de sua coletivização é uma característica base do Direito Penal moderno. Carvalho Filho expõe que, a partir do século XVIII, o princípio da personalidade da pena consagra-se no Direito Penal³⁵. Dessa forma, logrou-se alcançar um novo estágio na cultura jurídica, de maneira que a “justiça penal” abandonou as perpetuações da “maldição do crime até a descendência do criminoso”³⁶.

A Constituição de 1988 assumiu este estágio civilizatório e dispôs expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLV, que a pena não passará da pessoa do condenado. Os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica desconsideraram que o punido na responsabilização da sociedade será o sócio, que sofrerá uma redução em seu

³⁵ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. V. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 85.

³⁶ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Op. cit.* p. 80.

patrimônio, quando advier a condenação da pessoa jurídica a pagar a multa. Verifique-se que todos os sócios serão penalizados patrimonialmente, independentemente de fazerem ou não parte da cadeia de comando da organização societária responsável por seu agir. Resta claro que, se for seguida a ótica da Lei de Crimes Ambientais, a conduta criminosa e antissocietária (contrária à Lei Penal e aos atos constitutivos da sociedade) de alguns membros da pessoa jurídica impingirá uma pena de caráter “penal” - conforme os termos da lei - a todos os sócios, não importando a posição e a atribuições de cada um. Esta responsabilidade “penal” de terceiros, que não agiram tipicamente, está mascarada por meio da alegada punição da personificação da coletividade de indivíduos. Sob este aspecto, é inconstitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A responsabilização da pessoa jurídica só pode ser aceita se for reconhecido o caráter administrativo desta forma de sancionamento, uma vez que o alegado processo de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica não se mostra capaz de configurar a tipicidade e nem a culpabilidade do fato praticado pelo ente coletivo.

Há outra questão capaz de suscitar dúvidas. Esta se origina da proibição constitucional da pena de morte prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”. A partir do momento em que se abandona o aspecto real e o fundamento antropológico do Direito Penal para equiparar a pessoa jurídica à natural para fins de responsabilização penal, inclusive afirmando sua capacidade de ação, há de se reconhecer que as vedações constitucionais ao exercício do *jus puniendi* de caráter criminal serão aplicadas em todas as hipóteses. Neste sentido, em obediência ao sistema legal, impende que se reconheça que o artigo 24 da Lei de Crimes Ambientais³⁷ é inconstitucional. A liquidação forçada da pessoa jurídica nada mais é do que a execução de uma pena de morte, de forma que seu conteúdo viola a proibição constitucional de que haja penas de morte, em tempos de paz, na República Federativa do Brasil.

³⁷ Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Se contrafaticamente se iguala a pessoa jurídica à pessoa natural, deve o intérprete aceitar todas as consequências de sua tomada de posição. Por óbvio, até um leigo reconheceria ser um erro alegar a impossibilidade de se liquidar uma sociedade constituída e/ou destinada para fins ilícitos em razão da norma prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da CRFB/1988. No entanto, este erro é de igual medida ao da defesa da capacidade de ação e de culpabilidade da pessoa jurídica, bem como, em termos gerais, de toda e qualquer forma responsabilização penal da pessoa jurídica. O erro de ambas as afirmativas reside justamente na descon sideração do fundamento antropológico do Direito Penal. Nunca é demais repetir que, por ser o Direito Penal um instrumento de extrema força, foi empregado como *ultima ratio*, constituído e estruturado em bases reais tendo o Homem como referência insuperável.

Por fim, falta tratar da questão referente ao princípio da igualdade no tocante à aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Esta questão refere-se à aceitação ou não da responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público. Prado expõe que, em França, excetua-se o Estado detentor do poder de punir e as coletividades territoriais em hipóteses não relacionadas à concessão de serviço público³⁸. Já a lei austríaca exclui o Estado Federal, os Estados federados e os municípios enquanto atuem na execução da lei³⁹. No Brasil, há defesas de que as pessoas jurídicas de Direito Público não são passíveis de responsabilização penal. Os irmãos Passos de Freitas argumentam em favor desta posição e expõem que as entidades de Direito Público não poderiam cometer um crime em seu interesse, uma vez que elas somente poderiam buscar fins que se coadunem com o interesse público, sendo que eventuais desvios finalísticos nada mais seriam do que desvios ou abusos de poder do administrador público, que seria aquele submetido à responsabilidade penal e em caráter individual⁴⁰.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p.165.

³⁹ PLANAS, Ricardo Robles. *Op. cit.* p.141.

⁴⁰ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2006. P. 70.

Olvidam-se os autores que entidades de Direito Privado também só podem almejar fins lícitos. O Direito não confere qualquer juridicidade a entidades criminosas, tanto que qualquer agrupamento de indivíduos reunidos com o fim de cometer ilícitos penais dará ensejo à ocorrência do crime de quadrilha ou bando e não ao surgimento de uma pessoa jurídica de Direito Privado. Neste sentido, todo o crime ocorrido no âmbito das entidades de Direito Privado também não passaria de um desvio de finalidade do administrador, que deveria ser punido individualmente tal como ocorre com o seu correlato na esfera pública.

A falha deste pensamento localiza-se na suposição de que quando a pessoa jurídica de Direito Privado “comete” um ilícito penal todos os seus integrantes encontram-se de acordo com este escopo criminoso, ao contrário do que teoricamente ocorreria com as pessoas jurídicas de Direito Público. Não se precisa ir muito longe para encontrar, ao longo da história, Estados Nacionais governados em um estado permanente de criminalidade contra seus súditos. Por outro lado, percebe-se que negar a responsabilidade penal da pessoa jurídica de Direito Público e afirmar a das entidades de Direito Privado viola frontalmente o princípio constitucional da isonomia. Em contrapartida, há de se reconhecer que não deixa de causar estranheza a possibilidade de o detentor do poder punitivo aplicar uma autopunição de caráter criminal. Poderia o Estado decretar sua autoliquidação? Haveria efetiva punição na aplicação de uma pena de multa pelo próprio Estado, posto que o numerário desta pena permaneceria com o próprio sujeito ativo do delito? Ainda que se condenasse o Estado à pena de prestação de serviços à comunidade na modalidade contribuição a entidades ambientais, enfrentar-se-ia a violação do dogma da intranscendência da pena criminal, isto porque o contribuinte seria o punido com a transferência de verbas pertencentes ao erário público.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, por toda a exposição elaborada ao longo deste artigo, pode-se verificar que a incorporação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico-penal

brasileiro não passa de uma regra simbólica, que desconsidera a realidade fática e dogmático-jurídica, e dá origem ao tão combatido Direito Penal Simbólico. Para se insistir neste caminho, deve-se abandonar toda a estrutura do Direito Penal atualmente aceita e adotar conceitos flexíveis, imprecisos e incongruentes, que não necessitam da correção e da precisão exigidas e das garantias conquistadas pela dogmática jurídico-penal moderna, de forma a que toda e qualquer punição possa ser rotulada de “penal” pelo legislador. Ou seja, não há caminho intermediário.

O reconhecimento de que existe uma incompatibilidade insuperável entre o que se entende por Direito Penal em nossa cultura jurídica e a regulamentação de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil representa um avanço neste debate. Entretanto, a pergunta fundamental a ser respondida consiste em saber o grau de abalo sofrido pelo Estado - Substancial - de Direito, no momento em que se abandonam as premissas do Direito Penal Liberal, enfraquecendo as garantias dos cidadãos, em prol da construção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Somente a partir desta medida será possível constatar o equívoco do caminho que vem sendo trilhado no Brasil nestes últimos anos. 📄