

**Considerações gerais sobre a responsabilidade penal da
pessoa jurídica e algumas implicações na teoria geral do delito**

Luciano Santos Lopes

Como citar este artigo: LOPES, Luciano Santos. Considerações gerais sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e algumas implicações na teoria geral do delito. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 3, p. 11-32, 2010.



CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E ALGUMAS IMPLICAÇÕES NA TEORIA GERAL DO DELITO.

Luciano Santos Lopes

Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor da Faculdade de Direito Milton Campos (graduação e pós-graduação); Advogado criminalista.

I - Nota introdutória: a relevância da discussão.

Analisar uma opção político-criminal do legislador sempre requer cautela. O momento da produção da norma tem uma lógica de racionalidade que, não raro, distancia-se das interpretações dogmáticas e jurisprudenciais realizadas posteriormente.

O intérprete do Direito está condicionado a verificar critérios de legitimidade e de validade a partir da lei positivada. Ocorre que há uma análise, igualmente importante e extremamente mais problemática, que consiste em tentar desvendar os motivos da elaboração legislativa. Há um conteúdo de racionalidade em cada lei que é produzida.¹

A doutrina também incumbe este papel: tentar decifrar a racionalidade legislativa, desvendando a lógica operativa das vontades político-criminais. Dupla é a função da dogmática: fornecer valores que fundamentem as políticas públicas punitivas e, igualmente, interpretar a ordem expressa na normatização já produzida.

Este é o objetivo do ensaio: tentar compreender, e questionar, os argumentos dogmáticos utilizados na responsabilização penal da pessoa jurídica.

Quer-se, também, compreender o conteúdo do artigo 225, § 3º, da Constituição da República. Não é pacífica a idéia de que a norma constitucional ordenou a responsabilidade penal do ente moral. Todavia, a lei 9.605/98 posteriormente trouxe a tipificação de crimes contra o meio-ambiente e imputou censura penal à pessoa jurídica.

¹ A racionalidade legislativa é a "capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, que é coerente, com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos. Além disso, como com a legislação penal nos movemos no campo do controle social jurídico sancionador, poderíamos precisar mais dizendo que, para esses efeitos, é a capacidade para elaborar, no âmbito desse controle social, uma decisão legislativa que atenda a dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais ela incide." (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais; teoria e prática*, p. 91/92.)

Não se pretende realizar mera exegese de lei. Isto não se traduz em estudo dogmático.² Quer-se investigar o surgimento de uma concepção político-criminal que interessa à dogmática jurídico-penal há mais de 40 anos.³

Tal estudo é complexo e interdisciplinar. Não há como, neste ensaio, esgotá-lo. A idéia é apresentar iniciais reflexões dogmáticas sobre as implicações desta concepção punitiva junto às categorias da teoria do delito. Como a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade se encaixariam neste modelo político-criminal? Qual o critério de imputação necessário para se adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica?

Contudo, salienta-se que este trabalho é crítico quanto à adoção da responsabilidade penal dos entes morais. Não se concebe ruptura tão intensa na tradicional teoria do crime.

II - Antecedentes históricos e a atual legislação brasileira.

Desde a antiguidade, houve alguma preocupação teórica com a idéia da pessoa moral. Na Roma antiga⁴, em princípio, não se reconheceu a responsabilidade das Corporações. Foi um período histórico bastante pragmático, sem muitas abstrações.

Todavia, houve embrião de punição das pessoas jurídicas, distinguindo-se direitos de pessoas físicas e das Corporações. Ulpiano (Digestos)⁵ afirmou que algumas atuações do Município autorizavam a sua responsabilização (*actio de dolo malo*).

No período dos Glosadores (idade média), as Corporações adquiriram força econômica e política. A ação coletiva das pessoas físicas era a ação das Corporações, que eram punidas civil e criminalmente.⁶ Contudo, ainda não havia a noção teórica atual de pessoa jurídica. Exatamente no Direito Canônico é que se iniciou a elaboração deste conceito moderno⁷, mas ainda como ficção jurídica.

Adiante, para os pós-glosadores (final do séc. XIII), igualmente existia apenas a noção ficcional da pessoa jurídica. Todavia, admitia-se a responsabilidade penal delas. Eram imputados os crimes impróprios, que se realizavam por intermédio do representante, e os crimes próprios, que compreendiam ações relacionadas intimamente com a atividade e a essência das pessoas jurídicas (as pessoas coletivas é que responderiam por estes crimes).⁸

No Iluminismo, momento em que começaram a ser sistematizadas as atuais garantias individuais perante o Estado, houve rejeição à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal concepção era incompatível com a nova noção de liberdade experimentada pelos indivíduos.⁹ Houve esvaziamento do poder atribuído às Corporações, bem como se adotou o modelo humanístico de intervenção punitiva.¹⁰

² O método técnico-jurídico, de Rocco, forneceu objeto próprio ao estudo do Direito Penal: as normas jurídico-penais. As etapas do seu modelo são as seguintes: *exegese, dogmática e crítica*. Na fase da dogmática, contudo, é que se une as normas analisadas individualmente e se formam institutos jurídicos, distribuídos pela importância da compreensão do sistema. Nessa etapa tem-se a verdadeira ciência do Direito Penal (ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, p. 19 e ss.).

³ "Aunque el tema no es novedoso, se puede constatar que sólo ha sido tratado con cierta intensidad desde hace aproximadamente cuarenta años. Si bien aquí no es posible una comprobación exacta, parece que su desarrollo se vincula con la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas en las legislaciones europeas de post-guerra (sobre todo en materia fiscal y en Derecho de monopolios)". (BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo. *In Derecho penal económico*, p. 65.)

⁴ SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 14.

⁵ SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 15.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In GOMES, Luiz Flávio (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*, p. 54.

⁷ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 27.

⁸ SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 21.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In GOMES, Luiz Flávio (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*, p. 56/57.

¹⁰ Conforme JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal - parte geral*, p. 85.

Este Direito Penal liberal rechaçou, desde então, a punição criminal às pessoas jurídicas.¹¹ Vários foram os argumentos de resistência: a noção de culpabilidade (responsabilidade subjetiva e pessoal), a impossibilidade das categorias do delito comportarem esta estrutura punitiva, a intranscendência da pena, entre outros motivos.

Atualmente, tal concepção tem sido questionada. Diante de uma sociedade de novos riscos¹², e de complexas tutelas de bens jurídicos supra-individuais, recomeça-se a sustentar a responsabilidade penal da pessoa coletiva. Essa concepção político-criminal, mesmo longe de ser unanimidade, ganha adeptos rapidamente.

Em resumo, este é o momento atual da discussão teórica: entender se o Direito Penal consegue ajustar suas categorias dogmáticas a esta responsabilidade penal da pessoa jurídica. O problema é simples: consegue-se ultrapassar o Direito Penal, liberal e de matriz minimalista, para a adoção de tal modelo punitivo? A resposta não é simples.

Três correntes tentam responder esta questão¹³: responsabilização penal da pessoa jurídica (*common law* e países que receberam suas influências, neste tema: França, Suíça); rejeição à pessoa coletiva criminosa (Europa continental); punição da pessoa jurídica criminosa em um Direito Administrativo sancionador, com sanções pecuniárias sem caráter de pena e sem análise da culpabilidade (Alemanha, Portugal, entre outros países). No Brasil, existem menções à responsabilização penal da pessoa jurídica na Constituição Federal, especificamente nos artigos 173, § 5º¹⁴, e 225, § 3º.¹⁵

Autores que são favoráveis a tal punição afirmam que a Constituição admitiu este modelo político-criminal. É o entendimento, por exemplo, de Sanctis:

O legislador constitucional, atento às novas e complexas formas de manifestações sociais, mormente no que toca à criminalidade praticada sob o escudo das pessoas jurídicas, foi ao encontro da tendência universal de responsabilização criminal. Previu, nos dispositivos citados, a responsabilidade penal dos entes coletivos nos delitos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como contra o meio ambiente.¹⁶

O autor sugere, ainda, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não deve ser aplicada somente nas hipóteses previstas constitucionalmente (artigos 173, § 5º, e 225, § 3º). Ele entende que a censura penal, determinada pelas leis infraconstitucionais, pode atingir as pessoas coletivas em situações criminosas diversas daquelas ligadas ao meio ambiente e à ordem econômica. A Constituição Federal apenas teria determinado um modelo novo de punição, exemplificando-o em

¹¹ “Durante o século XIX foi consagrado o princípio do *societas delinquere non potest*. A liberação do indivíduo ante as relações autoritárias levou a ciência a afastar qualquer possibilidade de responsabilidade coletiva.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual; interesses difusos*, p. 193.)

¹² Para Silveira, o retorno a essa discussão se deu no final da primeira grande guerra mundial. Nesse momento ocorreu, ainda que timidamente, o surgimento das sociedades de riscos pós-industriais (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual; interesses difusos*, p. 194.)

¹³ Tiedemann divide de forma diferente: *responsabilidad civil*, subsidiária, pelos delitos cometidos; *medidas de seguridad; sanciones administrativas (financieras y otras)*, em um regime “quase penal”; *verdadera responsabilidad criminal* (hoje presente em diversos países europeus, na Austrália, Estados Unidos, Japão, entre outros); *medidas mixtas* (de caráter penal, administrativo e civil), como proposta alemã. (TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado*. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*, p. 28.)

¹⁴ Art. 173 § 5º, CF: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

¹⁵ Art. 225 § 3º, CF: “As atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

¹⁶ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 64.

algumas situações selecionadas, o que não implica em vedação à aplicação em outras tutelas penais.¹⁷

Saliente-se que a hermenêutica constitucional confere legitimidade aos seus preceitos (princípios e regras) exatamente por serem mecanismos protetores dos direitos fundamentais. Por isso, não se pode interpretar a Constituição apenas com as regras tradicionais da hermenêutica jurídica (interpretação lógica, teleológica, literal, sistemática, ou outras normalmente apresentadas). Esta é a posição de Sampaio:

Em matéria constitucional, discute-se a suficiência ou não desses métodos 'tradicionais' de hermenêutica jurídica, havendo quem defenda a redução das técnicas àquelas fórmulas apresentadas por Savigny e a uma preocupação com a letra da norma e o seu significado original, no sentido do originalismo antes estudado; enquanto outros, de forma dominante, sob uma compreensão mais larga que parte da 'constituição' como lei fundamental ou como contrato da sociedade, conforme a perspectiva, têm procurado acrescentar outros critérios, reclamados pela peculiaridade da hermenêutica constitucional, como os chamados 'princípios' da unidade constitucional, da maior integração social, da maior eficácia ou otimização constitucional (de sua força normativa), da razoabilidade, da ponderação, concordância prática ou balanceamento dos interesses em conflito e da interpretação conforme a Constituição.¹⁸

Os valores que a Constituição visa proteger devem ser apreciados de acordo com o projeto político-jurídico que determinada sociedade planeja. O concretismo interpretativo entende que a hermenêutica da Constituição tem que partir da verificação do plano pragmático de aplicação da norma a ser interpretada. O sentido pleno da norma constitucional somente será fornecido quando sua leitura considerar a realidade em que vive o intérprete e a situação fática que ele visa compreender normativamente. Deve haver a preocupação com a historicidade e a funcionalidade dos valores jurídicos tutelados. O método concretista de interpretação da Constituição tem as seguintes características:

(i) a consideração da norma como elemento primário do processo interpretativo; (ii) a mediação (captação/obtenção) do conteúdo (significado/sentido/intenção) semântico do texto constitucional, como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional e, ainda, (iii) independentemente do sentido que se der ao elemento literal (gramatical/filológico), o processo concretizador da norma da Constituição começa com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional.¹⁹

Ainda, é preciso entender que existem princípios conflitantes na Constituição. Melhor, há situações fáticas que podem fazer conflitar dois ou mais princípios.

Os princípios podem ser mensurados quanto à aplicabilidade ao caso específico (qual deles deve prevalecer), sem que nenhum deles perca a vigência ou mesmo a legitimidade no ordenamento jurídico. Os conflitos entre os princípios constitucionais são resolvidos com a proporcionalidade, no plano do peso, e não de suas validades.²⁰

¹⁷ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 64/65.

¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 784.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 222/223.

²⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, p. 248.

A proporcionalidade é um postulado normativo específico²¹ e se compõe de três conceitos parciais: idoneidade/adequação, necessidade e proporcionalidade (sentido estrito).²² Somente para esclarecimento metodológico, adota-se aqui a diferenciação proposta por Ávila, no que se refere aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Significa que “a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade.”²³ Não se descarta a utilidade do postulado da razoabilidade. Somente se argumenta que, no caso específico de resolução de conflito horizontal de princípios constitucionais, melhor se encaixa a utilização da proporcionalidade.²⁴

Contudo, ressalta-se que a verificação de conflitos concretos no plano da norma constitucional não é capaz de romper com a idéia de unidade axiológica da Constituição. Os princípios devem ser compreendidos e interpretados. A idéia é de que “os princípios limitadores impostos ao sistema, derivados da prévia decisão política indicativa de sua função, não apenas são inacabadas em sua elaboração como também abertos em seu enunciado.”²⁵

Assim, realizando-se interpretação adequada da ordem constitucional, percebe-se a existência de impedimentos à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Princípios constitucionais, fundantes da ordem jurídico-penal pátria, determinam tal proibição.²⁶

Existe conflito entre as regras pretensamente ensejadoras da responsabilidade penal da pessoa jurídica (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, CF) e os princípios anunciados, todos constitucionais. Há que ponderar valores e efetivar decisão defensiva dos direitos fundamentais, objeto da tutela constitucional. Certo é que resta impossível afirmar pela responsabilidade das pessoas coletivas sem agredir aos referidos princípios.

Ademais, nem mesmo a literalidade dos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, CF, é incontroversa. A interpretação deles deve ser feita em conjunto com o artigo 5º da mesma CF. Com Reale Jr., tem-se o seguinte entendimento: “o artigo 225, § 3º, (...), deve ser interpretado no sentido de que as

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 148 e ss.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 152 e ss.

Por idoneidade (ou adequação) entende-se a percepção da intenção da norma escolhida diante do conflito. Deve-se concluir da seguinte forma, quando se entender haver idoneidade na citada escolha: há possibilidade de alcançar a tutela do bem jurídico protegido pela norma escolhida através da escolha feita entre dois ou mais valores em conflito. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 152 e ss.)

O conceito de necessidade é determinado pela verificação de que o ser humano deve ser tomado como parâmetro imprescindível quando for necessário conflitar valores no sentido de retirar a sua liberdade individual, de qualquer forma e maneira. Em outros termos, somente se coloca em conflito os valores, com a intenção de decidir pela perda da liberdade individual, quando a proteção de bens jurídicos for tão importante quanto a própria liberdade individual. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 158 e ss.)

Por fim, determina-se o conceito de proporcionalidade no sentido estrito. A medida da tutela punitiva deve ser proporcionalmente equivalente à ofensa ao valor protegido. Assim, somente se resolve o conflito de forma a cercar a liberdade individual quando o bem jurídico-penal protegido for proporcionalmente equiparado à liberdade retirada. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 160 e ss.)

Alexy também conceitua estas três categorias (que denomina de *três máximas parciais* em relação à *máxima da proporcionalidade*) (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 588 e ss.).

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 146.

²⁴ A razoabilidade é outro ponto de segurança da hermenêutica constitucional. Partindo do caso concreto, o legislador deve escolher a norma que mais se adequa ao juízo valorativo que se faz da situação fática. Faz-se uma análise de harmonização do sistema jurídico sem, contudo, conflitar horizontalmente os princípios. Assim: *O princípio da razoabilidade se apresenta como um critério não escrito de aferição da correção constitucional do legislador, segundo uma multiplicidade de pautas que nos dão conta da impossibilidade de reunirmos todos os seus aspectos sob um único conceito, a menos que nos contentássemos com a fórmula singela e abstrata de uma máxima que impõe a toda conduta humana o uso de boas razões.* (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 800.)

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro I*, p. 200.

²⁶ Culpabilidade, responsabilidade penal individual, individualização das penas, intervenção mínima, etc.

*peças físicas ou jurídicas sujeitam-se respectivamente a sanções penais e administrativas.*²⁷ Quanto ao artigo 173, § 5º, CF, menos certeza existe, posto que a expressão *criminal* não consta da redação do mesmo (foi retirada, durante a votação em primeiro turno do referido artigo constante do texto constitucional de 1988).

Todavia, mesmo com as advertências de um inconstitucional simbolismo punitivo, a responsabilidade penal das pessoas coletivas foi legislada nos crimes ambientais. A Lei 9.605/98, que tipifica tais crimes, prevê isso expressamente no seu artigo 3º.

III - As teorias da personalidade da pessoa jurídica: da ficção e da realidade.

Faz-se necessário fundamentar as teorias da personalidade jurídica das pessoas coletivas: ficção e realidade. A primeira (*teoria da ficção*), fundamentou, no séc. XIX, a noção de pessoa jurídica. Para Savigny, cada direito supõe um ser ao qual ele pertence.²⁸ Era clara a idéia de que somente o ser humano pode ser capaz de direitos. Todavia, o legislador aceitou a ficção jurídica, que é a pessoa coletiva, para dotá-la de obrigações e direitos, devendo ser representada pelo ser humano. Seria o meio jurídico para realizar interesse geral.

Para esta corrente teórica, a vontade da pessoa jurídica pode ter efeitos no Direito Civil ou Administrativo, nunca no Direito Penal. Este último ramo depende da subjetividade do agente, característica inexistente na pessoa coletiva.

A teoria da ficção foi criticada por não exprimir a realidade das coisas. Não parece o caso. Efetivamente, os entes coletivos não possuem vontade real, ou consciência dos atos. São criações ficcionais da norma legislada, não devendo ser ontologicamente concebidas.

De outra forma, a *teoria da realidade* admite que a pessoa jurídica tenha existência distinta dos indivíduos que a compõem, caracterizada por fins específicos (Gierke e Zitelmann).²⁹ Sustentou-se a real existência delas (orgânica), como exigência para elas serem portadoras de direitos. Era uma a vontade real coletiva.

Algumas variantes da teoria da realidade merecem destaque.³⁰ Houve sustentação de *critérios biológicos* na verificação da real existência dos entes coletivos. A comparação era entre o homem e o conjunto de órgãos e sistemas do corpo humano. Concluiu-se que havia na pessoa jurídica inteligência e vontade própria. O *critério fisiológico* não trabalha com a idéia do corpo humano, mas com a constatação da criação de um novo ser, a partir da associação de homens, com vontade una e diferente das individuais. A *teoria sociológica* entende que a pessoa jurídica tem existência objetiva, possuindo bases na teoria da realidade social.

Ainda como variantes da teoria da realidade, existem as teorias da *instituição*³¹, afirmando que a personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica confere a determinados entes coletivos. Por fim, a concepção da *realidade técnica* determina que a idéia da vontade comum se coloca no plano jurídico.³² É uma realidade criada pelo Direito, naquilo que não restar exclusivamente atribuído à existência natural humana.

²⁷ REALE Jr., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. In: PRADO, Luiz Régis (coord.). *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 138.

²⁸ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 07.

Antes da teoria da ficção, de Savigny, existiram algumas aproximações conceituais, que fundamentaram de forma provisória a responsabilização da pessoa coletiva criminosa. Cita-se o exemplo da *La Ordenanza*, de 1670, que fez conviver uma teoria ficcional da pessoa jurídica com a sua responsabilidade penal. Conclui-se que estas duas idéias contraditórias somente se harmonizaram em face da ausência da noção do individualismo no Direito Penal. Quando o liberalismo/iluminismo trouxe esta noção, imediatamente abandonou-se a idéia do "delito corporativo". (SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 33.)

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 113-114.

³⁰ Apresentadas por Sanctis (SANCTIS, Fausto Martin. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 9).

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 114.

³² SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 37.

Percebe-se que, nestas duas últimas variantes da teoria da realidade, o argumento é normativo: realidade criada pelo Direito. Todavia, toda normatização é valoração da realidade, e não a realidade em si mesma. Parece óbvia a conclusão de que se voltou a uma teoria ficcional, com outra denominação e outros referenciais teóricos.

Conforme o artigo 4º do Código Civil pátrio, a pessoa natural adquire a personalidade civil quando nasce com vida (lhe é reconhecida a personalidade jurídica). À pessoa jurídica, contudo, é atribuída a personalidade civil no momento em que são registrados seus contratos, estatutos ou atos constitutivos nos órgãos adequados (não há mero reconhecimento, como à pessoa física. Ao contrário, há constituição).

Assim, aquilo que ao ser humano é reconhecido de forma inata (personalidade e seus direitos e deveres inerentes), às pessoas jurídicas deve ser constituído. E isso se deve ao fato de que são entes com diferentes potencialidades para direitos e deveres.

IV - Implicações dogmáticas, na teoria do delito, oriundas da responsabilização penal da pessoa jurídica.

A tradicional concepção analítica de crime começou a ser formulada de forma sistemática a partir do final século XIX: fato típico³³, ilícito e culpável. Tal momento, como antes se anunciou, foi marcado pela adoção de responsabilização penal exclusivamente direcionada ao ser humano. Significa afirmar que as categorias dogmáticas não foram originariamente elaboradas para comportar a punição da pessoa coletiva. Esta é a tradição do Direito Penal.

Entretanto, a opção legislativa pela responsabilização penal da pessoa jurídica é realidade em parte considerável dos ordenamentos jurídicos. Assim, houve necessária reformulação dogmática, para as categorias do delito comportarem tal modelo punitivo.

Qual o sistema de imputação deve ser adotado, para autorizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica? Ao responder esta pergunta, igualmente deverão ser apresentadas as implicações desta intervenção punitiva nas demais categorias do delito.

Repete-se, por oportuno, que a apresentação de doutrinas que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica não significa apoio a esta idéia.

4.1 – A adoção de um novo sistema de imputação.

A primeira escolha que deve ser feita é a da manutenção, ou da desconstrução, da tradicional dogmática penal.³⁴ Se a idéia for utilizar a dogmática do Direito Penal tradicional, algumas adaptações deverão ser feitas, para as teorias do delito e da pena admitirem a responsabilidade da pessoa coletiva. Não parece viável tal escolha.

Ao contrário, se um novo modelo dogmático for construído, tal responsabilização poderia ser admitida normativamente, fazendo surgir um Direito Penal afastado de suas origens humanísticas. Neste caso, uma nova concepção de imputação deve ser construída. Esta opção reúne mais adeptos atualmente.

³³ Coloca-se, como marco histórico inicial, o sistema causalista de Lisz-Beling, porquanto antes deste período ainda não existia conceituação dogmática do tipo penal, da forma como atualmente se utiliza o conceito. Beling, em 1906, apresentou à doutrina penal a expressão *Tatbestand*, concebendo o crime, seus elementos e os pressupostos de punibilidade. (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 76 e ss.). Inicia-se, ali, o estudo do tipo penal como categoria autônoma da teoria do delito.

³⁴ “A opção política do constituinte deve se sustentar em construção dogmática bem definida. Tal construção teórica é indispensável para, nos casos concretos, orientar o operador do direito na aplicação prática dos dispositivos que estabelecem a responsabilidade penal responsabilidade (sic). No momento, é possível vislumbrar três opções teóricas para sustentar a responsabilidade. A primeira se utiliza da teoria do delito tradicional e trabalha a noção de autoria do crime para a pessoa jurídica. A segunda apresenta o desafio de construir-se uma nova teoria do delito que seja compatível com a natureza especial da pessoa jurídica, o último caminho possível a seguir impõe utilizar as noções de responsabilidade pelo fato de outrem cunhadas para o direito civil para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.” (GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 31.)

Galvão sustenta a inviabilidade de o modelo tradicional de imputação autorizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal concepção foi construída visando às pessoas físicas. Todavia, ele admite que o legislador (lei 9.605/98) não fundamentou a censura penal com a criação de uma nova teoria do delito.³⁵

Assim, o citado autor adota a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma condicionada à intervenção subjetiva do autor material da conduta punível. No Direito Penal, como os tipos se referem a condutas humanas (não às atividades da empresa), a responsabilidade da pessoa jurídica somente pode ser indireta.

Galvão usa mecanismos cíveis de imputação, utilizando a teoria da responsabilidade civil por ato de terceiro (pessoa jurídica responde por ato de seu representante): “No âmbito do direito civil já é consolidada a construção dogmática que sustenta a possibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica, por fato praticado pela pessoa física que age (sic) em seu nome e benefício.”³⁶ Trata-se da culpa civil. Com esse argumento, não se resolve uma série de problemas de imputação. Por exemplo, não se verifica culpa em todas as situações de responsabilidade indireta pelo fato de outrem.³⁷ Assim, ele complementa o argumento com a responsabilidade objetiva (teoria do risco), que difere totalmente da teoria subjetiva da culpa e é normalmente usada na responsabilização dos atos danosos causados pelo Poder Público.³⁸

Em que pese o rigor dogmático de tal teorização, é de se constatar que a posição de Galvão traz um retrocesso complicado. Indiretamente, admite-se a volta de uma responsabilidade objetiva como mecanismo de imputação de responsabilidade penal.

Assim, merecem destaque as outras tentativas de delimitação da imputação, para a determinação de responsabilidade penal da pessoa coletiva. Duas serão analisadas, em especial. Foram elaboradas, respectivamente, por Silvina Bacigalupo e David Baigún.

A primeira dessas construções, de Silvina Bacigalupo, sustenta a existência de um sistema de imputação baseado no funcionalismo penal (sistêmico). Tratou-se de trazer ao Direito Penal os ensinamentos do funcionalismo sistêmico de Luhmann.³⁹

A autora entende ser necessária a re-construção do conceito de sujeito no Direito Penal, para a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Partindo da premissa de que Welzel iniciou a transposição do conceito do sujeito formalmente ético (sem, contudo, afastar a

³⁵ GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 45.

³⁶ GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 57.

³⁷ “Considerando a pessoa jurídica isoladamente, os critérios para sua responsabilidade são objetivos. No entanto, a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de pessoa física e a análise da conduta dessa possui sempre aspectos de natureza subjetiva.” (GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 70.)

³⁸ Na responsabilidade objetiva do Estado, desaparece a necessidade de demonstração de culpa do servidor na sua ação/omissão. Tal modelo decorre da atuação da Administração e vincula-se à própria noção de Estado de Direito (finalidade de fornecer bem-estar social). Assim, não se admite causar dano aos indivíduos, pela ação desastrosa do Estado, independente de sua culpa.

Dessa idéia surge a teoria do risco: a Administração assume o risco de que a sua atuação pode causar prejuízo. Basta determinar a autoria e o nexos causal para a sua responsabilização, independente de culpa. Somente não se indeniza ao indivíduo/vítima se este agiu com culpa (concorrente ou exclusiva), salvo se houver adoção da teoria do risco integral (pouco admitida na doutrina).

³⁹ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 360/362.

Assim, em LUHMANN: “concebir a la propia sociedad como un sistema social diferenciado presupone una teoría general de los sistemas sociales que pueda vérselas no sólo con el sistema comprensivo de la sociedad como un todo, sino también con otros sistemas sociales, como la interacción cara a cara, o las organizaciones.” (LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: *No hay derecho*, n. 11, p. 29. Apud MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça européia. In: *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*, p. 247.)

responsabilidade penal exclusiva dos seres humanos), ela utiliza os estudos de Jakobs, para justificar tal responsabilidade penal.⁴⁰

Para a autora, o sujeito é construído pelas necessidades sociais de elaboração de expectativas e papéis. O Direito seria, nesta perspectiva, um subsistema, que deve ser regulador do sistema social. As instituições têm fins a que se destinam. Por isso, pode-se afirmar que a sociedade é funcional (daí o nome da teoria).

Nessa normatização absolutizada do Direito Penal, a política criminal que orienta os valores do Sistema Penal está teleologicamente voltada à proteção do Estado, que é considerado o regrador confiável do sistema social. E cada "ator social" tem um papel que lhe pertence, na harmonização dos subsistemas sociais. Cabe, ao Direito Penal, orientado a este fim normativo, regular as expectativas, de forma a demonstrar a confiança necessária no sistema social. Afasta-se o ontologismo finalista.

Se necessário, portanto, deve existir orientação político-criminal no sentido de conformar a dogmática à responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a finalidade de proteção desta confiança nas expectativas sociais (para que ela não fique abalada com o crime). Cria-se, então, um sistema de imputação, de cunho funcional.

O instrumento teórico utilizado pelo funcionalismo, para obter êxito na seara da imputação de condutas às pessoas jurídicas, é a imputação objetiva, que é sistematizada para trabalhar questões de causalidade no tipo penal objetivo. Imputa-se objetivamente uma conduta a alguém quando o autor da ação/omissão cria um perigo juridicamente desaprovado pelo ordenamento jurídico, que se materialize em um resultado lesivo.⁴¹

⁴⁰ A teoria de Roxin, para Silvina Bacigalupo, apesar de ultrapassar o ontologismo finalista, não consegue oferecer sistema adequado de imputação às pessoas jurídicas. O modelo de ação pessoal, dele, ainda é dirigido às manifestações de vontade humanas: "*pues ni su nuevo concepto de acción, como acción personal, ni su Idea de culpabilidad orientada en La prevención especial permiten abarcar a la persona jurídica, ya que continúan siendo conceptos orientados estrictamente em el modelo de una persona física.*" (BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 88.)

Roxin determina um modelo pessoal de comportamento humano: "*En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ('somática') del hombre, o 'del ámbito material, vital y animal del ser', sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano.*" (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 252.)

Preocupado com a excessiva abstração do finalismo, Roxin propõe uma dogmática penal funcionalista, orientada por concepções político-criminais, de forma a não restar distante da realidade. Ele pensa o sistema jurídico-penal de forma teleológico-racional, respeitando limites de atuação do bem jurídico na construção da tutela punitiva. (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 20.)

Jakobs é mais radical em sua proposta funcionalista, rompendo totalmente com o finalismo ao afirmar que não existem conceitos pré-jurídicos na ordem penal. Todos os conceitos são construídos em função do sistema. O autor, além de rejeitar as estruturas lógico-reais na construção do Direito Penal, propõe soluções em sentido contrário, normatizando toda a dogmática. A norma se legitima em si mesma, e desta forma fundamenta o ordenamento jurídico. (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación, p. 47 e ss.) O autor constrói as categorias do Direito Penal, orientando-as pelas necessidades de manutenção do sistema social, sem se preocupar com a tutela de bens jurídicos. Visa confirmar a confiança na norma violada, que permanece intacta.

⁴¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 24 e ss.

O autor coloca como elementos da imputação objetiva: as questões referentes ao princípio da confiança; o incremento do risco; a proibição de regresso; e a competência (capacidade) da vítima.

Para Jakobs, incumbe à "*teoria da imputação objetiva fornecer o instrumental conceitual com base no qual a sociedade interpreta o comportamento de determinada pessoa e o entende como comportamento delitivo, questionador da norma.*" (GRECO, Luiz, fazendo a introdução do livro de ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 122.)

Roxin acrescenta a idéia do fim protetivo da norma – que Jakobs trata dentro da questão do incremento do risco –, que hoje ele mesmo denomina 'alcance do tipo'. Trata-se de terceiro plano de discussão, sendo que os outros dois seriam o incremento do risco e a realização do resultado. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 352 e ss.)

Com esses argumentos, conclui Silvina Bacigalupo, estar-se-á constituído um novo sujeito no Direito Penal, autorizador da imputação penal às pessoas coletivas.⁴²

Por fim, há a teoria de David Baigún, sobre a possibilidade de imputação penal de condutas às pessoas jurídicas. Ele criou um sistema específico⁴³, sem identificar a vontade da empresa, com base na ação institucional e na responsabilidade social.

Baigún aceita uma ação institucional empresarial, executável pela pessoa jurídica (através das pessoas físicas), em termos diferentes da ação naturalística dos seres humanos. Faz-se, posteriormente, uma dicotomia entre a culpa individual e outra coletiva. As pessoas físicas, que representam o ente coletivo, apenas executam a decisão institucional.

A imputação à pessoa jurídica se faz presente através da ação institucional⁴⁴, indiretamente executada pela pessoa física que representa a vontade daquela. Com tais fundamentos, percebe-se, com o autor, que o componente individual da decisão (da pessoa física) não se separa da decisão coletiva. Ao contrário, é vetor de integração. Ele afirma que a vontade coletiva é capaz de querer e de cometer crimes.

4.2 - Alterações necessárias na teoria do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Além da alteração paradigmática quanto ao sistema de imputação, sustenta-se que a teoria geral do delito deve adaptar suas categorias para a hipotética admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tipicidade, ilicitude e culpabilidade devem ser revisitadas dogmaticamente, no sentido de comportarem tais novidades.

No âmbito da *tipicidade*, é de se perceber que o conceito se dirige claramente às condutas do ser humano. Tipo significa modelo, forma de classificação. No Direito Penal, é um modelo abstrato, que configura uma representação genérica contida em lei de um comportamento humano proibido⁴⁵ e que ofenda a bens jurídicos protegidos.⁴⁶

A dogmática penal, desde o causalismo de Lizst e Beling, construiu o conceito destinado a regulamentar as condutas humanas. Ressalte-se que o tipo penal desenvolve funções bem definidas pela teoria do crime. Uma primeira função seria a de garantia, afirmando que o agente somente poderá ser punido se e quando cometer uma daquelas condutas proibidas por lei ou, ainda, deixar de praticar aqueles mandamentos também impostos legalmente. Desse princípio decorre a segurança jurídica, corolário do princípio da legalidade. Nesse sentido, Roxin definiu o conceito que retrata bem o princípio da legalidade: o "tipo de garantia".⁴⁷ Na verdade, não há um tipo de garantia, somente existindo uma função de garantia no tipo penal, resultado da verificação do princípio constitucional da legalidade.⁴⁸

Outras funções seriam as de selecionar as condutas proibidas ou impostas pela lei penal, e de relacionar os valores ali identificados com a ilicitude (*ratio essendi* ou *ratio cognoscendi*, conforme a teoria a ser adotada).

Todavia, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica trouxe à dogmática penal a necessidade de recriação do conceito de tipicidade. Explica-se. A pessoa jurídica não tem capacidade de ação. Isto é fato incontroverso.

⁴² BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 364.

⁴³ As categorias do delito, como previstas na dogmática penal tradicional, não comportam imputação às pessoas jurídicas. Assim, o autor pretende adaptá-las, sem rechaçá-las, para a tal necessidade político-criminal. (Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 27 e ss.)

⁴⁴ Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 41.

⁴⁵ Assim, por todos, ver esse conceito em Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 19 e ss.).

⁴⁶ Conforme determinam as modernas teorias sobre a tipicidade (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal*; V. 2, parte geral, p. 236 e ss.)

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 170.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; a nova parte geral, p. 156.

Mais que isso, a ação deve ser uma atividade final⁴⁹ e o ser humano deve conseguir prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. A ação penalmente relevante se compõe de um comportamento exterior, que é a execução da conduta. Contudo, integra também esse conceito o comportamento psicológico, traduzido pela vontade dirigida a uma finalidade, que pressupõe a representação mental dos meios, fins e de outras consequências. A vontade é, pois, o eixo central do conceito de ação. Assim, o dolo (como expressão mais aperfeiçoada da vontade) é o elemento subjetivo por excelência do tipo penal. Pressupõe conhecimento do fato e vontade de realizar a conduta.⁵⁰

Somente um ser humano pode realizar as condutas que se traduzam nas ações penalmente relevantes, identificando-as e conduzindo-se pela vontade e pela consciência. Somente ele pode antecipar mentalmente a ação que irá praticar.

Assim, a doutrina tradicional tem dificuldades em adequar a tipicidade à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Todavia, os adeptos dessa idéia solucionaram este problema dogmático: elaboraram o conceito de ação institucional.⁵¹

A vontade coletiva seria, desta forma, capaz de querer e de cometer crimes. O ser humano elabora e executa a decisão institucional/coletiva. Essa ação institucional passaria sempre pela prática de conduta material, a ser executada por pessoa física. Haveria, sempre, responsabilidade por ato de terceiro.

Outra advertência ainda deve ser feita, quanto à tipicidade. O legislador sempre descreveu condutas humanas, ao elaborar normas proibitivas/mandamentais. Como a pessoa jurídica não tem capacidade de realizá-las (veja-se o conceito de ação institucional), um novo modelo de descrição de atividades típicas deveria ser pensado.

Por fim, ainda no tipo penal, um último problema deve ser solucionado para a adoção da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a questão do nexo de causalidade. A solução é apresentada de forma simples: acresce-se à teoria da *conditio sine qua non* a idéia da imputação objetiva, que surge com o funcionalismo para trabalhar questões de causalidade no tipo objetivo. É, por exemplo, a proposta de Silvina Bacigalupo, como já foi exposto.

Imputa-se objetivamente uma conduta a alguém quando o autor da ação/omissão cria perigo juridicamente desaprovado pela ordem jurídica, que se materialize em resultado lesivo.

Todas as atividades humanas contêm riscos. Alguns são aceitos socialmente e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico. Todavia, existe limite a esse risco. Quando uma pessoa ultrapassa o risco permitido, com sua ação ou omissão, há a criação de uma situação juridicamente desaprovada. Se ocorre o resultado jurídico, e a questão está inclusa nos fins protetivos da norma, verifica-se a imputação objetiva.

No que se liga à *ilicitude*, também há o que se modificar para a adoção da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, segundo os adeptos dessa teoria. Basicamente, e por motivos muito parecidos com aqueles elencados na discussão sobre a tipicidade, na *ilicitude* deve-se retirar o elemento subjetivo das causas de justificação.

Tal estratégia dogmática se faz necessária, de acordo com Baigún⁵², em virtude da ausência naturalística de consciência e vontade da pessoa jurídica. Assim, não seria possível condicionar a

⁴⁹ Mesmo que não se adote o finalismo em todas as suas premissas (algumas já revisitadas por doutrinas mais atuais e menos ontologizadas), é conceito interessante, que merece ser analisado com atenção, este da *atividade finalisticamente dirigida*. (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*, p. 27 e ss.)

⁵⁰ "em la actualidad, gracias al finalismo, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como 'dolo natural'. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad)." (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal; parte especial*, p. 261.)

⁵¹ A ação institucional, tal como sistematizada por David Baigún, apresenta três alicerces: a regulação normativa, a organização e o interesse econômico. (Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 41 e ss.) Nela, se verifica, inclusive, dolo e culpa. (p. 79 e ss.)

⁵² Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 116 e ss.

existência de uma excludente de ilicitude à manifestação de vontade de execução de um tipo permissivo por parte da pessoa coletiva.

É de se ressaltar que tal idéia não representa propriamente uma novidade, posto que já está presente na obra de alguns autores que, ainda no Direito Penal tradicional, adotam a idéia de inexistência de elementos subjetivos nas excludentes de ilicitude.⁵³

Contudo, também há outra estratégia argumentativa, que consiste em transferir a verificação do elemento subjetivo somente para o executor material da ação institucional que constitui o tipo permissivo da excludente de ilicitude. Assim, seria na conduta humana, executora da vontade institucional, que haveria constatação das vontades permissivas (excludentes de ilicitude). O problema é que essa concepção tiraria a autonomia de vontade institucional, que surge como centro reitor da discussão em questão. Não convence a idéia.

Por fim, para viabilizar a censura penal às pessoas coletivas, faz-se necessário apresentar o que se altera na *culpabilidade*. Basicamente, deve existir uma culpa coletiva paralela à culpa individual dos executores materiais das condutas proibidas, de natureza ética. Aquela primeira seria fundada igualmente na necessidade de reprovação, mas com essência mais pragmática. Já esta última tem fundamento na imputabilidade, na liberdade individual do ser humano e na capacidade deste se portar conforme a norma. É, a culpa individual, natural.

Quanto à culpa coletiva, ela teria fundamento na necessidade de maior intervenção estatal para prevenir o crime.⁵⁴ Esse modelo de culpabilidade parece ter sido construído com as bases epistemológicas do funcionalismo penal. Nitidamente se percebe que a idéia da prevenção geral positiva aparece nessa fundamentação de culpabilidade.⁵⁵

Esta dicotomia explícita a existência de duas realidades que se condicionam reciprocamente. Os teóricos que sustentam tal teoria entendem que se deve fornecer autonomia à culpabilidade individual e à coletiva, enquanto disciplinas de relevo e que podem ter aplicações paralelas, por ocasião da adoção desse modelo de punição. Esse sistema dicotômico pode ser chamado de modelo de dupla imputação.⁵⁶

Os autores afirmam que a pessoa jurídica é capaz de vontade e, portanto, de escolhas, através da ação institucional. Vontade, esta, que se dissocia das vontades dos seus integrantes e cria independência. É pragmática, deslocando a discussão do problema da vontade individual para o plano metafísico. Por isso o sistema de dupla imputação se justifica, enquanto modelo determinante de culpa concomitante para as pessoas físicas e coletivas.

⁵³ Alguns autores sustentam esta tese, mesmo rechaçando a responsabilidade penal da pessoa jurídica. É o caso, por exemplo, de Zaffaroni/Alagia/Slokar: "*Cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permissivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria e incluso aberrante en un estado de derecho: nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo.*" (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 469.)

⁵⁴ Assim explica Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 83/84). Baigún tem proposta um pouco diversa. Para ele, há a substituição do conceito de culpabilidade coletiva pelo de responsabilidade social, baseado na atribuíbilidade e exigibilidade de outra conduta. Trata-se da autorização valorativa de reprovação à pessoa jurídica que praticou o injusto penal (ato típico e ilícito). (Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 132 e ss.)

⁵⁵ Embora não sejam objetos desse estudo as implicações que a responsabilidade penal da pessoa jurídica traz para a teoria da pena, é inevitável constatar que as suas teorias fundamentadoras interferem de forma direta na concepção de culpabilidade adotada por determinado modelo teórico.

Assim, ao realizar a transposição da noção de culpabilidade individual para um modelo coletivo (exigível à pessoa jurídica), faz-se uma clara opção pela adoção do fundamento funcionalista sistêmico da prevenção geral positiva (teoria da pena), como mecanismo dogmático de legitimação da responsabilidade penal para essa situação.

⁵⁶ Tal como preceitua o art. 3º da lei 9.605/98, "*a prática de um delito pela empresa, ao mesmo tempo em que determina a necessidade de sua punição, gera, também, a possibilidade de sancionar a pessoa física que se relaciona com o fato delituoso, sem que se possa falar em bis in idem.*" (SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 132/133.)

Assim, afirma-se que a dicotomia entre culpa individual e coletiva se liga à noção de ação institucional, com natureza qualitativamente diversa da ação humana.

V – Limitações dogmáticas, na teoria do delito, impeditivas da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Não bastasse a desaprovação de determinados setores político-criminais, quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas, existem reprovações também de ordem dogmática, dentro da teoria geral do delito. As alterações na concepção dogmática do crime⁵⁷, para admitir a censura à pessoa coletiva, não são recomendáveis. Tais mudanças agridem uma ordem teórica construída de forma adequada e co-relacionada com teorias filosófico-jurídicas fortemente estruturadas em torno dos fundamentos e das funções essenciais do Direito Penal de tradição humanística e garantista.

O primeiro aspecto dogmático a ser analisado, no sentido crítico, relaciona-se à *incapacidade de ação* por parte das pessoas coletivas. Tal impossibilidade decorre da falta de capacidade natural de ação finalisticamente dirigida, pela pessoa jurídica.

A ação penalmente relevante se compõe do comportamento exterior, que é a execução da conduta, e do comportamento psicológico, que é a vontade dirigida a um fim. Pressupõe a representação mental dos meios, fins e outras consequências. Vontade e consciência são conceitos centrais desse conceito.

Certo é que, sem vontade, não há ação. E o dolo é a representação, por excelência, da vontade (elemento subjetivo) expressa no tipo penal.⁵⁸ Pressupõe conhecimento do fato e vontade de realizar a conduta. Sem a delimitação do dolo, não há como definir a ação/omissão penalmente relevante executada pela pessoa jurídica.

A ação institucional, que fundamenta a responsabilidade penal da pessoa coletiva, altera toda essa estrutura dogmática apresentada. Assim o faz, normatizando de forma absoluta tal conceito, retirando todo o ontologismo do conceito de ação.

A utilização dos institutos do funcionalismo penal (extraídos da versão extremada e sistêmica de Jakobs), como mecanismos reguladores do critério de imputação de condutas às pessoas coletivas, é prova desse caminho teórico seguido pela doutrina favorável à responsabilização da pessoa jurídica.⁵⁹ Retirou-se totalmente a verificação naturalística das finalidades na ação. Normatizou-se totalmente a dogmática penal das pessoas coletivas.

Não se trata, como pode parecer, de ratificar o ontologismo finalista, sem reparos. Todavia, rechaçá-lo totalmente, normatizando absolutamente o ordenamento apenas por necessidades punitivas simbólicas, é erro dogmático inescusável.

Adiante na crítica. O conceito de ação institucional é tão deficitário em seus termos, que a sua execução material só pode ser realizada pelo ser humano. Ou seja, toda ação institucional da pessoa jurídica somente pode ser materializada por uma pessoa física. Isso porque, pode-se atestar, somente o ser humano tem consciência de seus atos. Somente ele pode antecipar mentalmente a

⁵⁷ Tais alterações foram descritas no capítulo 4, anterior.

Ressalte-se que outras desaprovações, quanto a tal responsabilidade penal, surgem, igualmente, na teoria da pena. Contudo, não é objetivo deste ensaio ultrapassar as discussões para além da teoria do delito. Somente a título de ilustração, são algumas das análises feitas no campo do estudo da pena: quando se aplica a pena a uma pessoa jurídica, ela vai ultrapassar a esta personalidade coletiva, atingindo aos sócios minoritários, empregados e todas as pessoas que se colocaram contra a atividade delituosa; a pessoa jurídica, como não tem consciência, por não ter existência natural, não pode se arrepender, ressocializar-se ou se intimidar; entre outras implicações.

⁵⁸ Sem o esquecimento dos demais elementos subjetivos do injusto.

⁵⁹ Tal como fez Silvina Bacigalupo. Os autores que apresentam outras justificativas teóricas (como Galvão e Baigún, antes apresentados nesse ensaio) também utilizam, ao menos indiretamente, uma argumentação fundamentalmente normatizada. Veja-se a questão da teoria do risco, que Galvão usa para substituir a imputação subjetiva. Ainda, veja-se a resposta de Baigún à ausência de capacidade de culpabilidade naturalística, que ele substitui por outra culpa, agora coletiva. Por fim, veja-se a adoção das finalidades gerais positivas que a pena teria nesses casos (Baigún).

ação. Desconhecer isto é praticar um Direito Penal de responsabilidade objetiva. Tal proposta não merece aceitação.

Nesse sentido, até a questão do concurso de pessoas fica complicada de ser analisada. São requisitos desse conceito: pluralidade de agentes e de condutas; relevância causal de cada conduta; liame subjetivo entre os agentes; e identidade de infração penal.

Como se percebe, o vínculo subjetivo entre os co-autores é requisito que tem importância ímpar para a configuração do concurso de pessoas. É a vontade da obra comum. Todavia, este vínculo não é verificável entre seres humanos e entes morais.

O simples conhecimento da ação delituosa não configura o vínculo psicológico, se o conhecedor não quis tomar parte do crime. Esta pessoa não será punida, a menos que a sua convivência constitua, por si mesma, proibição.⁶⁰ A vontade de concorrer no crime deve ser anterior, ou contemporânea, à realização do mesmo. Com Cerezo Mir:

Estamos ante la coautoría, em cambio, cuando varias personas, entre las que existe um acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan cada una de ellas alún elementos del tipo. El acuerdo de voluntades puede ser anterior o simultáneo, expreso o tácito.⁶¹

Salvo por imposição normativa de uma ficção, é impossível constatar o vínculo subjetivo entre um ser humano que tenha consciência de seus atos (com todas as conseqüências que essa consciência implica) e um ente que não tem tal capacidade de compreensão e de ação naturalística (capacidade de vontade e consciência).

Pelo exposto, não convence o conceito de ação institucional. Ali, a única vontade, com a posterior execução material da ação, é do ser humano. Tal vontade se transforma em pseudo-intenção da pessoa coletiva, por uma imposição simbólica totalmente normatizante da vontade humana.

Igualmente, no âmbito da *ilicitude*, outros problemas surgem na teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Resumindo o conceito de *ilicitude*, devem-se verificar basicamente dois momentos. Primeiro, constata-se a existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa, antagonica ao comando normativo (fazer o que é vedado ou não fazer o que está obrigado). Depois, verificam-se as possíveis conseqüências danosas ao meio social, oriundas dessa mesma conduta, ponderando-se a partir dos bens jurídicos tutelados.⁶² Percebe-se a adoção de um conceito unitário de *ilicitude* que, superando a concepção meramente formal, acresce-lhe materialidade e valora o injusto com a verificação da ofensa a bem jurídico-penal protegido.

Para a corrente subjetivista, surgida a partir da teoria finalista, a *ilicitude* não pode ser compreendida sem referência ao desrespeito subjetivo ao comando emitido pela norma. Tal concepção tem como característica o respeito à compreensão dos aspectos valorativos e imperativos como complementares, não podendo ser compreendidos separadamente. A norma não valora nem comanda de forma separada.

Para os autores que ultrapassaram o causalismo, resta impraticável a idéia do injusto sem subjetivação. Isto é incontroverso. Assim, para a maioria deles, não se pode pensar no tipo permissivo sem verificação da vontade do agente, seja no Direito Penal tradicional, ou nas inovações dogmáticas proporcionadas pela responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com Figueiredo Dias:

Doutrinariamente afastada pode hoje dizer-se a idéia segundo a qual os tipos justificadores operariam em pura objectividade, independentemente, portanto, da exigência de quaisquer elementos subjetivos. (...) A verdadeira

⁶⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, t. 2, p. 251.

⁶¹ CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 1094.

⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*, p. 163.

razão por que se impôs a exigência de elementos subjectivos da justificação reside em que os elementos objectivos do tipo justificador só apresentam virtualidade para excluir o desvalor do resultado, enquanto os elementos subjectivos servem para caracterizar, por excelência, a falta do desvalor da acção. (...). Por isso, elementos subjectivos da justificação devem considerar-se essenciais à exclusão da ilicitude.⁶³

Zaffaroni, Alagia e Slokar, todavia, usam argumentação diferente, separando os comandos imperativos e valorativos da norma penal. E, mais que isto, eles separam os momentos legislativos e judicantes na apreciação da proibição da conduta.⁶⁴ Os autores aceitam o injusto finalista, subjetivado. Todavia, na ilicitude verificam uma inicial valoração subjetiva na fase pré-legislativa e uma análise concreta objetiva. Acertadamente, eles concordam que a valoração da proibição antecede a elaboração do tipo penal. Há a constatação valorativa da ilicitude, de forma a somente tipificar condutas que sejam abstratamente manifestações das intenções do agente no sentido da execução de condutas proibidas (e que causem ofensa aos bens jurídicos protegidos).

Em resumo, na ilicitude igualmente há problemas sérios a serem resolvidos na teoria que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Por fim, resta mencionar a incapacidade de *culpabilidade* por parte das pessoas coletivas. É inconcebível a criação de uma culpa paralela à culpa individual. Não convence o argumento de que, por ser questionável o livre arbítrio individual, seria possível a existência da culpa coletiva. O fato de a culpa naturalística ser contestada não autoriza a criação desta outra. Antes, um modelo crítico de culpa individual deve ser pensado.⁶⁵

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 392/393.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, 468.

Veja-se, também, Maurach e Zipf: "*Que el derecho manda es algo evidente; pero no existe orden alguna que surja de una situación sin un presupuesto. Si el ordenamiento jurídico ordena hacer una cosa y dejar de hacer otra, es porque antes ha examinado el valor de la acción y reconocido que una es buena y la otra mala. En este sentido se habla de una función de valoración y de determinación del derecho y entre éstas no cabe poner en duda que la preeminencia temporal y lógica corresponde a la primera.*" (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 419.)

⁶⁵ Roxin critica o tradicional conceito de culpabilidade: "*El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente em esta segunda función.*" (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*, p. 43.)

Figueiredo Dias também censura as concepções trabalham de forma metafísica os conceitos de livre arbítrio e poder-agir-de-outro-modo: "*A primeira e mais radical dificuldade provém de que, nesta perspectiva, o 'poder de agir de outra maneira', em que se traduz a liberdade consubstancial ao conceito material de culpa, há-de ser comprovável não apenas na vertente teórica de saber se em geral um tal poder existe, mas também na vertente prática de saber quando e em que medida se depara com ele, como capacidade real de uma pessoa individual, na situação concreta de acção.*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 516.)

Propõe, o referido autor, um modelo funcional de culpabilidade, nos seguintes termos (evidentemente diverso daquele proposto por Jakobs): "*Ficou já dito que, em nossa opinião, se a culpa jurídico-penal se encontra inevitavelmente funcionalizada ao sistema, na medida em que quer cumprir uma função político-criminal primária de limitação do intervencionismo estatal em nome de uma defesa consistente da eminente dignidade da pessoa, justamente por esta via ela tem de participar, segundo o seu conteúdo, de uma violação ética, como violação pela pessoa do dever originário e essencial de realização e desenvolvimento do ser-livre (do dela e do de todos os outros).*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 514.)

Sem apresentar a inteireza do seu pensamento (bem mais complexo), conclui o autor: "*culpa é ter que responder pelas qualidades pessoais – juridicamente censuráveis – que se exprimem no concreto ilícito típico e o fundamentam.*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 528.)

O Direito Penal não parte de tese absolutamente indeterminista de um livre arbítrio total.⁶⁶ Todavia, o ser humano tem responsabilidade pelo conhecimento do sentido da norma e tem capacidade de se portar de acordo com este conhecimento (com liberdade de escolha).

Culpabilidade é o elemento do crime que determina a censura ao autor, responsável, de um fato injusto que tomou uma decisão em desconformidade com o sentido (com livre autodeterminação). Trata-se de verificar se uma pessoa pode agir de outro modo, diante do conhecimento do ilícito.

E, como já se sustentou, somente a pessoa natural pode ter conhecimento do caráter ilícito de uma conduta, podendo agir de outro modo. A capacidade de conhecer e de se portar de acordo com este conhecimento é inexistente na pessoa jurídica.

Esses elementos do tradicional conceito de culpabilidade são procedimentos cognitivos absolutamente incompatíveis com a natureza constitutiva das pessoas coletivas. E a criação da culpabilidade coletiva (ou, para Baigún, responsabilidade social) não corrige as impossibilidades de capacitação de juízo de censura às pessoas coletivas. Apenas constata a situação e determina que essa responsabilidade se dará por critérios pragmáticos de necessidade de maior intervenção estatal para prevenir o crime.

Novamente, percebe-se a evidente aproximação desse modelo com o funcionalismo de Jakobs. A sua concepção de culpabilidade parte de uma compreensão funcionalista do direito e da sociedade. Atuando apenas como limite da pena (que é instrumento para estabilizar ordem jurídica, que está abalada pela conduta do agente), essa culpabilidade não tem conteúdo material. É absolutamente baseada na normatização da proteção estatal contra o crime. Há um descrédito total na concepção naturalística de culpabilidade e livre arbítrio, afastando-se da idéia de responsabilização do autor do fato pela sua capacidade de compreensão do caráter proibitivo das normas e de condução pelo sentido.⁶⁷

Tal concepção de culpabilidade (de Jakobs) reflete apenas as necessidades estatais de punição (manutenção do sistema). Ainda, identifica a motivação contrária ao Direito, que autoriza a censura, pelo déficit na fidelidade às normas estatais que determinam as expectativas sociais.

Oportunas, então, são as palavras críticas de Figueiredo Dias⁶⁸: "(...) retirar todo o substrato ao conceito de culpa, transformando-o em 'puro juízo de censura', é solução que furta ao conceito o cumprimento da função que deve desempenhar no sistema e fora do qual ele perde seu caráter irrenunciável e sem alternativa."

Ao que parece, a culpabilidade coletiva proposta às pessoas jurídicas cumpriria esse mesmo papel funcionalista, simbólico e normativo, a se julgar pelas propostas dogmáticas apresentadas pelos autores que defendem a tal concepção político-criminal.

⁶⁶ "La culpabilidad se entiende como un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de auto-determinación con que actuó. De ello se sigue que el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no há sido resultado de su libre determinación y que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación, sea un mínimo requisito de racionalidad.

Esta cuestión no se vincula al concepto idealista o romántico de libre albedrío, entendido como ficción según la cual todos los humanos son igualmente libres. En tal caso la culpabilidad resultaría innecesaria porque para ser todos igualmente libres en cualquier circunstancia, sería necesario que fuésemos iguales e inmutables. Precisamente por tener diferentes ámbitos de autodeterminación se hace necesario precisar cuál fue el que, en concreto, tuvo la persona en el momento de realizar el acto, teniendo en cuenta sus condiciones personales generales, la modificaciones que sufría en esa coyuntura y las circunstancias en que se hallaba en concreto.

Ademas, si sobre la base de una antropología romántica se admitiese la libertad de decisión como absoluta, ilimitada e incondicionada, se caería en la paradoja de permitir en cualquier caso concluir, con facilidad, en la responsabilidad tanto como en la irresponsabilidad. Un ser absolutamente libre puede ser considerado absolutamente responsable, pero también debe reconocérsele la posibilidad de destruirse y rehacerse en forma igualmente absoluta, o sea, de suprimir su identidad y construir permanentemente outra." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general p. 508.)

⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación, p. 575 e ss.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 513.

Certo é que o conceito de culpabilidade deve significar um limite à intervenção punitiva, evitando seus abusos. Não o contrário.

Assim, e em conclusão, também no campo da culpabilidade existem sérios problemas para a configuração de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica.

VI – Nota conclusiva: o afastamento da seara penal e a adoção do Direito Administrativo sancionador.

A atual discussão doutrinária acerca dos limites e fundamentos da tutela penal guarda contornos interessantes. Ao passo que há a opção por uma melhor compreensão e respeito aos direitos fundamentais, verifica-se um movimento expansionista da tutela punitiva, nem sempre respeitosa à fundamentação constitucional que lhe é conferida.

O final do século XX destacou definitivamente uma forma de poderio econômico: a globalização. Trata-se de uma dominação plena e irreversível, com a legitimação de uma nova ordem mundial. O mercantilismo e colonialismo dos séculos XV e XVI cederam à revolução industrial e ao neocolonialismo dos séculos XVIII e XIX, que por sua vez desembocaram na revolução tecnológica e na globalização dos séculos XX e XXI.⁶⁹

Este fenômeno sócio-econômico, ao maximizar os mercados e expandir as comunicações, trouxe problemas. Os conflitos individuais são substituídos pelos supra-individuais.⁷⁰ Os riscos, que sempre existiram, agora são proporcionalmente maiores, posto que são criações humanas (não mais oriundos apenas de fenômenos naturais).⁷¹

O fenômeno agora investigado tem base na verificação de uma sociedade de riscos, e que ingressa nessa já mencionada globalização desinteressada na preservação do indivíduo enquanto ser humano.⁷² Há uma crise da tradicional concepção penal. O sistema punitivo perdeu espaço para uma intervenção agressiva e, não raras vezes, equivocadamente afastada do marco legitimador constitucional.

Como já foi assinalado, há uma mudança considerável nas premissas sociais que requisitam a intervenção punitiva estatal. As proteções a bens jurídicos adquirem novos contornos à medida que se constata a existência de uma sociedade de maiores riscos. Há a experimentação de um Direito Penal em constante expansão.

Silva Sanchez sustenta a idéia de que o Direito Penal tem diversas velocidades.⁷³ A primeira velocidade existiria no que ele determina ser o Direito Penal “*da prisão*”. Nesse caso, todas as garantias individuais e outros princípios constitucionais deveriam ser rigorosamente mantidos por ocasião da tutela punitiva. Já a segunda velocidade do Direito Penal é caracterizada pela substituição da sanção de privação de liberdade pela restrição de direitos e pelas penas pecuniárias. Neste caso, existiria a possibilidade de relativizar as referidas garantias, proporcionalmente à menor agressão da censura.

O autor constata, ainda, um Direito Penal de terceira velocidade, com a flexibilização dessas garantias constitucionais em algumas situações de aplicabilidade de pena privativa de liberdade. Sem contestar que o espaço dessa velocidade seja restrito, ele acolhe, com reservas a seguinte opinião: “(...) a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 341 e ss.

⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 37.

⁷¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual: interesses difusos*, p. 36.

⁷² GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*, p. 27 e ss.

⁷³ SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 148.

imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável."⁷⁴

A ligação desse pensamento de Silva Sanchez com a idéia do Direito Penal do Inimigo, proposto por Jakobs, é clara. Ali se concretiza uma política criminal na qual a questão dos bens jurídicos fica relegada a uma premissa menor, perdendo importância em detrimento à verificação da validade da norma. Trata-se de paradigma no qual o delinquent (inimigo) tem que ser combatido em atenção a uma ordem estatal baseada em expectativas que devam ser cumpridas.⁷⁵ Inimigo é todo aquele indivíduo que abandonou o Direito de forma duradoura. Ele traz insegurança social (reincidência, crime organizado, etc) e é considerado perigoso. Tem que ser aniquilado e não deve merecer as garantias processuais de forma plena, tais como os demais cidadãos que acidentalmente cometem crimes.

Conclui-se que esta distorcida manipulação social faz com que o simbolismo penal, afastado da logicidade constitucional, apareça como ilusória resolução de conflitos sociais.

Em meio a essa expansão punitiva surgem, ainda, proteções penais especiais: ordem econômica, meio-ambiente, bioética, etc. Existe, na atualidade, uma intervenção punitiva prevencionista (com excessiva tutela do perigo abstrato) e que tende a se afastar do princípio da ofensividade. O bem jurídico desloca atenções à coletividade (direitos supra-individuais).

Este é o contexto sócio-jurídico no qual se intensificou a discussão dogmática (e a crescente aceitação) em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ocorre que tal expansão do Direito Penal, que cuida desta moderna criminalidade da sociedade de novos riscos, não pode desconsiderar a dogmática jurídico-penal tradicional. Igualmente, deve respeito à legitimação constitucional do sistema punitivo.⁷⁶

Em oposição a este discurso expansionista, que tornou simbólico e irracional o discurso punitivo, ainda existe espaço (e necessidade) na dogmática penal para uma argumentação de ordem constitucional, sob pena de se transformar tal intervenção estatal em um império normativo punitivo autoritário.⁷⁷ É o que se convencionou denominar *Teoria do Garantismo Penal*, sistematizada por Ferrajoli.⁷⁸

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 148/149.

⁷⁵ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, p. 72.

Ainda: SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal*, p. 149.

Todavia, é acertada a crítica de Zaffaroni a esta idéia do inimigo (*El enemigo em el derecho penal*, p. 188 e ss.)

⁷⁶ Não parece viável, portanto, o entendimento de Galvão: "A mudança de paradigma, certamente, encontrará a resistência dos conservadores. Mas importa lembrar que cabe ao legislador definir os contornos da política criminal a ser implantada em nossa sociedade. Se o legislador, legitimamente, fez a opção por responsabilizar a pessoa jurídica não podem os operadores do direito inviabilizarem essa opção política. Uma tal resistência é manifestamente ilegítima. Feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário a realizar a vontade do legislador." (GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 6/7.)

Pode-se afirmar que a Constituição que não respeite o paradigma dos direitos fundamentais não adquire legitimação para normatizar racionalmente um Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*, p. 67.). Somente tais valores podem, dentro da Constituição, fundamentar um Direito Penal legítimo e racional. A resistência de idéias que atentem contra esses princípios é legítima.

⁷⁷ "a concepção constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal, sobre a qual muito se escreveu e que, mesmo atualmente considerada em crise por alguns, além de prospectar um fundamento constitucional, sem dúvida mais garantista e, portanto, mais compatível com os Estados sociais e democráticos, tanto enriqueceu a elaboração doutrinária dos já existentes princípios constitucionais e político-criminais, e.g., da personalidade, da humanidade, da extrema ratio, e colocou bases para a rica elaboração ainda em curso sobre a ofensividade." (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 96/97.)

⁷⁸ " 'Garantismo', com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados. É

É necessário entender a hermenêutica constitucional sob outra perspectiva: uma interpretação adequada da Constituição é capaz de ratificar seu direcionamento normativo e sistematizador em relação ao resto da ordem jurídica.⁷⁹ A construção interpretativa do Direito passa pelo reaprendizado da leitura da Constituição.⁸⁰

Um Direito Penal incluso nessa lógica constitucionalizada deve ser, inevitavelmente, minimalista e fragmentário. Essa é a política criminal que se espera como resposta punitiva estatal ao crime. Trata-se, pois, de orientação valorativa que deveria impedir a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Em uma constitucionalizada teoria geral do crime, deve-se concluir que esse novo "Direito Penal" não ocasionou um rompimento tão intenso com a tradicional dogmática penal (humanística e respeitadora das garantias individuais). Em outras palavras, a concepção de responsabilidade penal da pessoa jurídica, símbolo claro dessa nova "era" do Direito Penal, não deve ser analisada como etapa necessária e inevitável dessa transposição.

É evidente que não se pode desconsiderar as novas formas de intervenção penal nesta sociedade de riscos. Tal negligência seria uma temeridade e não é isto que aqui se propõe. Ocorre apenas que este novo modelo punitivo, na contramão do discurso simbolista, deve respeito à argumentação garantista e constitucional antes proposta.

Um ordenamento jurídico, racional, baseia-se no respeito e na proteção dos direitos e garantias fundamentais. Então, o Estado que se queira democrático, e constitucionalista, deve reconhecer seus limites intervencionistas na liberdade dos indivíduos. Importa discutir a legitimação constitucional do sistema penal. É o caso.

Assim, por tudo o que se expôs nesse ensaio, não é recomendável admitir-se a responsabilização penal para a pessoa jurídica.

No espaço de atuação político-criminal, constata-se que tal postura punitiva traduz-se em um populismo simbolista e inoperante. Acresça-se a crítica de ordem dogmática, com a verificação de que as três categorias do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) não estão aptas à responsabilização penal da pessoa jurídica. Repete-se que este ensaio não pretendeu discutir a teoria da pena, na qual há outras críticas.

A admissão desta política punitiva significaria o rompimento com a teoria do crime, tal como é estruturada dogmaticamente. Contudo, o sistema penal, por vezes, encontra-se obsoleto ao lidar com essa nova criminalidade, da era dos riscos aumentados e de ampliação das necessidades protetivas. Isto também é inegável.

Qual solução possível de ser adotada? Até que ponto pode-se alterar a estrutura dogmática do Direito Penal, sem ofender princípios constitucionais e garantistas?

O certo é que deve haver uma contração do sistema penal, como imperativo de racionalidade no Estado Democrático de Direito. Melhor, então, é ter um Direito Penal de conformidade com a Constituição Federal: subsidiário, limitado minimamente às situações de absoluta necessidade, e que seja garantidor das liberdades individuais.

Mas, repete-se, qual solução para a censura aos atos ilícitos cometidos pelas pessoas jurídicas?

Parece uma melhor escolha político-criminal a adoção de um modelo de repressão penal para as pessoas físicas envolvidas nos crimes empresariais (com respeito a todas as garantias individuais) e, às pessoas coletivas, o uso do Direito Administrativo sancionador.⁸¹

precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos o direito penal e o próprio princípio majoritário." (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 271.)

⁷⁹ "Consequentemente, a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico." (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 237.)

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional; a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, p. 11.

⁸¹ Assim explica Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 199 e ss.).

Também denominado Direito de intervenção (Escola de Frankfurt), tal modelo retiraria do Direito Penal as tutelas de bens jurídicos que podem ser exercidas em outro ramo do Direito, evitando a questionável expansão da intervenção penal. Assim, seria possível censurar as pessoas jurídicas sem ofender as garantias constitucionais aplicáveis ao sistema penal. E, o que é mais importante, haveria punição com eficácia.

Seria uma forma de evitar, ao mesmo tempo, as ofensas aos mecanismos dogmáticos que regulam a tradicional teoria do delito, e também a intervenção simbolista do Direito Penal, resgatando seu caráter fragmentário e garantista.

VII – Referências.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5ª ed. Alemã, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo. In BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. P. 65 – 89.
- BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.
- BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de um nuevo modelo teórico*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, v I, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Trad. Alberto Silva Franco e Paulo José da Costa Júnior.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 51 -71.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almadina, [s.d.].
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal; parte general*. 1 ed. Brasileira. São Paulo/Lima: Revista dos Tribunais/ARA Editores, 2007.

Figueiredo Dias trabalha com idéia semelhante, anunciando a existência de um Direito Penal Secundário para resolver essas questões ligadas aos bens jurídicos difusos, com autonomia em relação ao Direito Penal tradicional. Assim é o conceito: “de um ponto de vista jurídico-formal, direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal secundário*, p. 27.). Nessa seara seriam tratadas as questões da responsabilidade penal da pessoa jurídica. (p. 25)

Por fim, ao contrário de outros autores portugueses, Figueiredo Dias entende haver separação entre os seguintes três conceitos: Direito Penal Secundário, Direito Penal Administrativo e Direito das Contra-Ordenações: “Se perguntarmos às doutrinas que – como é sobretudo o caso da alemã-ocidental, da portuguesa e, em data recente, também da suíça e da italiana – ao problema têm dedicado cuidada atenção, qual o estado actual do problema do direito penal administrativo, a resposta gozará de singular unanimidade. Ela dirá que o que até ao fim da II Guerra Mundial se chamava direito penal administrativo corresponde essencialmente àquilo, ou não é senão mesmo aquilo, que hoje se chama direito de ordenação social, de mera ordenação social ou das contra-ordenações. (...) Não creio, porém, que esta tese possa considerar-se procedente. Julgo, diferentemente, não dever aceitar-se a identificação entre direito penal administrativo e direito de mera ordenação, pois que este é fruto de problemas, de preocupações e de finalidades distintas das que presidem àquela: julgo, em suma, que o direito de mera ordenação não é filho ou herdeiro de um direito penal administrativo já falecido, não é a sua máscara presente, mas é sim limite negativo de um direito penal administrativo que evoluiu e surge hoje renovado sob a face do direito penal secundário.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal secundário*, p. 27-30.)

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal; parte geral, tomo I*. 2 ed Portuguesa/1 ed Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal secundário*. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2006. P. 13 – 69.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais; teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Tradução Luiz Régis Prado.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer. et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trola, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal; a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____; MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Direito penal; V. 2, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1997/Reimpressão 2002.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed, corregida. Traducción por Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. Org. e trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal; parte general*. 4 ed. Granada: Comares, 1993. Tradução José Luiz Manzanares Samaniego.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia. In: ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: J M editora, 1997. P. 243-278.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal; parte especial*. 7 ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- REALE Jr., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. In: PRADO, Luiz Régis (coord.). *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. Versión de Rodrigo Naranjo Vallejo.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979. Versión castellana del Enrique Bacigalupo.
- _____. *Derecho penal; parte general*. T. I. 5 reimpressão. Traducción de la 2 ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista de Tribunais, 2003.
- _____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista de Tribunais, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Terceira edição revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 25 -45.
- VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*. Traducción de Sebastián Soler y análisis de Carlos M. de Elía. s/ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.
- WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal; uma introdução à doutrina da ação final. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Tradução de Luiz Régis Prado.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; et. al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- _____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal; parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.