

FUNDAMENTO DOGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA*

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Promotor de Justiça/MG

A responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui tema cujo debate é bastante atual e de solução ainda não uniforme no direito comparado.¹ Muitos são os países que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, Japão e China. Por outro lado, muitos outros como Alemanha (que estabelece um direito penal administrativo para punir a pessoa jurídica), Suíça, Itália, Bélgica e Espanha não admitem tal responsabilidade.²

É inegável que a tendência atual do Direito mundial é no sentido de admitir a utilização do direito penal contra a pessoa jurídica, nos crimes socialmente mais importantes. Nesse sentido, o XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na cidade do Rio de Janeiro em setembro de 1994, aprovou enunciado segundo o qual “os sistemas penais nacionais devem, sempre que possível no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas às entidades jurídicas e públicas”.³

No Brasil, o art. 225, § 3º da Constituição Federal e a Lei n. 9.605/98, em seu artigo 3º, estabeleceram expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Como única referência no direito positivo nacional, sua aplicação prática enfrenta algumas dificuldades teóricas e a resistência dos juristas conservadores à mudança de paradigmas. Nos estreitos limites desta exposição pre-

* Tese aprovada por maioria.

- 1 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, vol. 11, p. 21-35, e PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo francês. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 1996, n. 46. p.03.
- 2 FREITAS, Vladimir Passos e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 64 e SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42-65.
- 3 REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 8, 1994, p. 129.

tendo sustentar que o fundamento dogmático de tal responsabilidade não é a consideração de que a pessoa jurídica seja autora de crime ambiental, mas responsável pela conduta delitiva realizada por pessoa física que atua em seu nome e benefício, segundo o modelo de responsabilidade por fato de terceiro já utilizado no âmbito do direito civil.

Vale consignar que, em decisão histórica, por unanimidade, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade da responsabilização criminal de pessoa jurídica no Direito brasileiro. O julgado apreciou o Recurso Especial n. 564.960 – SC (2003/0107368-4) no qual o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pleiteou a revogação da decisão que rejeitou denúncia oferecida em face de pessoa jurídica, com base na Lei n. 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais.

1. TEORIA DO DELITO TRADICIONAL

A concepção da pessoa jurídica como uma ficção é incompatível com o reconhecimento da subjetividade jurídico-penal. Entretanto, com base na teoria da realidade objetiva, que reconhece na pessoa jurídica real capacidade de vontade e ação, alguns doutrinadores sustentam a aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica.⁴ Tal posição teórica, entretanto, enfrenta muitas e insuperáveis objeções. Realmente, a pessoa jurídica não possui elemento subjetivo que possa atender as exigência da tipicidade, nem tampouco possui a consciência de ilicitude que é exigida no exame da culpabilidade.

A concepção analítica do delito constitui modelo explicativo especialmente formulado para identificar a conduta humana punível. As etapas metodológicas propostas são referidas às qualidades da conduta humana e não às atividades da pessoa jurídica. As adaptações que se pretende realizar mostram-se muito frágeis. A construção teórica do injusto trabalha com elementos subjetivos da conduta que não podem ser aplicados ao exame da atividade ilícita atribuída à pessoa jurídica. Embora capazes de infringir as normas jurídicas a que estão submetidas, as pessoas jurídicas não possuem elemento volitivo em sentido estrito. Não se pode entender que a decisão dos diretores ou do órgão colegiado da pessoa jurídica possa caracterizar uma ação institucional finalisticamente orientada para o ataque ao bem jurídico e, portanto, subsumida ao conceito de dolo.⁵ Dolo é conceito jurídico-penal referido a vontade humana e a pessoa jurídica não tem vontade. Também não se

4 TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 30; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e outros. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 41 e 60; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Societas delinquere potest* – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 89-94; SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87; e SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001, p. 63.

5 Nesse sentido: SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p.137-138.

pode falar em tipificar, nos moldes tradicionais, o *comportamento* da pessoa jurídica.⁶ A pessoa jurídica não tem comportamento, não desenvolve conduta. Somente a pessoa física tem comportamento. A pessoa jurídica desenvolve atividades e não se pode considerar tais atividades como ações, no sentido jurídico-penal⁷ Argumentando que a pessoa jurídica não poder ser sujeito ativo de crime, por não possuir capacidade de ação, muitos juristas nacionais repudiam a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.⁸

Na tentativa de superar as dificuldades de utilizar a teoria do delito tradicional para responsabilizar a pessoa jurídica. Alguns doutrinadores recorrem à teoria da autoria mediata.⁹ Tal construção é evidentemente inadequada. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, no modelo clássico não pode se sustentar na idéia de que a pessoa jurídica possa ser reconhecida como instrumento da pessoa física ou vice-versa. Se a pessoa jurídica for considerada *instrumento* não será possível aplicar-lhe punição. Segundo a teoria da autoria mediata, o instrumento não tendo o dolo exigido pelo tipo ou não sendo culpável não recebe pena. Se entendermos que a pessoa jurídica tenha se utilizado da pessoa física, como instrumento, melhor sorte não resta. Nesse caso, como atribuir a autoria à pessoa jurídica sem considerar o aspecto subjetivo que se dirige a dominar a vontade do *instrumento*. Na teoria da autoria mediata, o autor mediato domina o fato dominando a vontade do *instrumento* e intencionalmente dirige a conduta deste para a realizar a infração da norma penal.¹⁰ Não é possível utilizar a teoria da autoria mediata, pois ela impõe observar o aspecto volitivo do comportamento do autor.

Outra construção que se pôde formular pretendeu lançar mão do artigo 30 do Código Penal na tentativa de estabelecer comunicação das características específicas da pessoa física ao ente moral, no contexto de um *concurso de pessoas*. Considerando que o nosso ordenamento jurídico-penal adotou o princípio da comunicabilidade das características pessoais, pensou-se que juridicamente foi estabelecido um vínculo de solidariedade penal entre a pessoa física e a empresa em benefício da qual o crime foi praticado.¹¹ Contudo, a construção também não é correta. A referida norma de extensão típica não se presta a presumir a existência do elemento volitivo que orienta a conduta humana. A comunicação que se estabelece por força do art. 30 do CP está restrita aos elementos objetivos do tipo, quando elementares. Não se pode estabele-

6 Nesse sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 593.

7 ROXIN, Claus. *Derecho penal- parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 258; e JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, v. 1, 1981, p. 299.

8 Nesse sentido: KIST, Ataiades. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: LED- Editora de Direito, 1999, p. 85-98; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 27-36; da mesma autora: Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal brasileiro, p. 201.

9 SZNICK, Valdir. *Op. cit.*, p. 63.

10 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, v. II, p. 919-920.

11 ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Op. cit.*, p. 90.

cer comunicação entre os elementos subjetivos do tipo incriminador. Não se pode presumir (comunicar) o dolo ou a culpa, nem tampouco a consciência da ilicitude.

A aplicação do modelo tradicional da teoria do delito ainda enfrenta importantes problemas relacionados à culpabilidade. O conceito jurídico-penal de culpabilidade é referido à consciência da ilicitude do fato que se expressa na finalidade delitiva da pessoa física. Somente a pessoa humana pode vivenciar o entendimento sobre a ilicitude do fato praticado. Não se pode utilizar o conceito de culpabilidade para responsabilizar a pessoa jurídica. O conceito de culpabilidade não foi elaborado para isso. Nem mesmo a noção normativo-social de culpabilidade se presta a reprovar a pessoa jurídica, como sustentam alguns autores. Para aplicação à pessoa jurídica, o conceito de culpabilidade deve ser modificado em sua essência, passando a apresentar outro conteúdo. A grande dificuldade dogmática é identificar esse novo conteúdo que poderá orientar o juízo de reprovação da atividade da pessoa jurídica. Uma tal alteração, na verdade, produziria um novo conceito. Não mais a culpabilidade, como se concebe nos dias atuais, e sim outro conceito teórico que teria aplicação à pessoa jurídica. Mas, de nada adiantará um conceito novo de culpabilidade se os demais elementos da teoria do delito permanecerem como foram concebidos. Seria, na verdade, necessário construir outra teoria do delito para aplicação específica à pessoa jurídica.

A resistência dos juristas nacionais concentra atenções na impossibilidade de utilização da teoria do delito para viabilizar a responsabilização criminal de pessoa jurídica. No entanto, tal fato não implica em impossibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REFERÊNCIA OBRIGATÓRIA

Pode-se concluir que não é possível utilizar a teoria do delito tradicional para fundamentar dogmaticamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A pessoa jurídica não é uma realidade ontológica sobre a qual se possa aplicar um método interpretativo cunhado para a pessoa física. Torna-se necessário, então, encontrar a fundamentação dogmática que permita realizar a vontade do constituinte de 1988.

O estado atual das discussões já permitiu perceber que o caminho adequado para resolver o problema somente poderá ser encontrado nas teorias da responsabilidade, não na perspectiva de que a pessoa jurídica seja autora de crime. Portanto, a solução do problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica deverá ser construída fora dos domínios da teoria do delito, que estabelece quem seja autor de crime. Com efeito, não há dispositivo constitucional ou legal que afirme ser a pessoa jurídica autora de crime. A Constituição e a Lei ordinária dizem que a pessoa jurídica pode ser responsável e não autora de crime.

Se o ordenamento jurídico é um sistema harmônico, cujas características fundamentais são a unidade e a adequação valorativa,¹² a construção dogmática da res-

12 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 14, 20-22.

responsabilidade civil deve constituir referência obrigatória para a compreensão da responsabilidade penal que a constituição recentemente estabeleceu para a pessoa jurídica. Os diversos ramos do Direito sempre se inter-relacionam, de modo que é a responsabilidade jurídica que se apresenta nas conseqüências distintas impostas pelo direito civil e penal.

A solução que hoje o direito civil dá ao problema da responsabilidade da pessoa jurídica deve ser considerada pelo direito penal para a construção de seu peculiar edifício teórico. Não se pode esquecer que, em essência, o ilícito civil não se diferencia do ilícito penal. A responsabilidade jurídica decorre de violação ao ordenamento jurídico e o interesse em prevenir o dano constitui o traço comum entre a responsabilidade civil e penal.¹³ A responsabilidade jurídica é definida por critérios possíveis e aptos a estabelecer quem deva suportar o ônus da violação à norma jurídica. A conseqüência da responsabilidade civil é que se apresenta distinta da conseqüência da responsabilidade penal. Por isso é sempre conveniente conciliar o estudo das áreas civil e penal. Com certeza, para melhor compreender a possibilidade jurídica de se estabelecer uma nova forma de responsabilidade penal deve-se considerar como o direito civil enfrentou os problemas surgidos para a consolidação da responsabilidade da pessoa jurídica.

Vale ressaltar, no entanto, que o tema da responsabilidade civil proporcionou aos doutrinadores o desenvolvimento de teorizações muito complexas, com detalhamentos e sutilezas que não nos interessa aprofundar. Descortinar o leque de possibilidades jurídicas para a responsabilidade e o motivo que orientou a busca por novos caminhos é o que basta para vislumbrar as novas trilhas que o direito penal busca.

2.1 Doutrina subjetiva ou da culpa

No âmbito do direito civil brasileiro, a regra predominante para a responsabilidade civil exige a comprovação da culpa daquele a quem se impõe o dever de reparar o dano. No entanto, são muitas as possibilidades da responsabilidade sem culpa e estas evidenciam que a doutrina da responsabilidade civil não se restringe à perspectiva subjetiva.¹⁴

A teoria subjetiva, ou da culpa, para a responsabilidade civil significa que a existência do dever legal de reparar/indenizar o dano depende sempre da constatação da culpa do causador desse dano. Cabe observar, inicialmente, que a doutrina do direito civil concebeu a culpa em sentido *lato*, para indicar tanto o dolo como a culpa *stricto sensu* do direito penal.¹⁵ Também cabe observar que a culpa do direito civil não se relaciona à intensidade da reprovação jurídica que possa ser dirigida ao autor do fato, como acontece no direito penal.

13 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. I, p. 42.

14 AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47.

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 30; AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 43. À intenção de produzir o dano, segundo a doutrina civil clássica (em especial a francesa), corresponde o conceito de culpa delitual, assim como o descuido em produzi-lo ao conceito de culpa quase-delitual.

Mas, mesmo para a doutrina da culpa, o aspecto subjetivo do fato não pode ser o único fundamento da responsabilidade. Certamente, existem outras exigências para caracterizar-se a responsabilidade civil. Como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva tem-se, assim, o elemento formal-objetivo da violação da norma jurídica; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa do responsável; e os elementos materiais consistentes no dano e na relação de causalidade que o mesmo apresenta com a conduta do responsável.¹⁶

A teoria subjetiva não atendeu plenamente as exigências de ordem prática ao impor a vítima o pesado ônus de provar a culpa do causador do dano. As dificuldades para a verificação da culpa nos casos concretos, muitas vezes, impedem o lesado de obter a reparação do dano. A produção do dano por interposta pessoa, inidônea a repará-lo, também se tornou problema por demais importante. Não são poucas as vezes em que o causador do dano atua em nome de terceiro, sendo que apenas este tem capacidade patrimonial para reparar/indenizar os danos produzidos. Tais inconvenientes levaram os teóricos a objetivar a noção de culpa, para que se pudesse reconhecê-la mais facilmente e estendê-la a outras pessoas, quando necessário.

A necessidade de facilitar a comprovação da culpa fragilizou o sistema da responsabilidade subjetiva. Os doutrinadores franceses, ao sustentar ser a culpa o único fundamento admissível para a responsabilidade, admitiam que esta se estabelecesse diante da menor infração aos padrões abstratos de procedimento. Isto significa que o reconhecimento da culpa poderia se dar com base em critério de natureza objetiva, utilizável em relação a qualquer pessoa, e tal critério não está relacionado com a capacidade individual daquele que se entende responsável.¹⁷

Fundamentar a responsabilidade civil essencialmente na culpa impõe superar sérios problemas quando se quer responsabilizar determinada pessoa por atos praticados por outras. A doutrina subjetiva é incapaz de equacionar uma responsabilidade por fato de outrem. Em uma sociedade que se torna cada vez mais complexa, com intervenções articuladas de várias pessoas e até mesmo com a utilização de equipamentos de alta tecnologia, a noção de culpa individual pode trazer restrições politicamente inconvenientes. Mas, a doutrina sempre foi e sempre será sensível às necessidades de ordem prática e o conteúdo da noção jurídica da culpa passou a ser concebido conforme as opções políticas. Assim, para justificar a responsabilidade de quem não produziu diretamente a lesão ao bem jurídico, foram construídas as noções de culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiando*.¹⁸ Tais elaborações evidenciam que a noção de culpa foi se

16 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 28-29; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 35.

17 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 46-47.

18 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 42. Esclarece o autor que a noção de culpa *in eligendo* se presta a responsabilizar o patrão ou comitente pelo ato lesivo e culposo praticado pelo empregado ou preposto. No caso, presume-se a culpa pela má escolha do empregado ou preposto. A culpa *in vigilando* se fundamenta na falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que está sob a guarda ou responsabilidade de quem se pretende responsabilizar. Por fim, a culpa *in custodiando* se refere à falta de atenção em relação a animal ou coisa que esteja sob os cuidados daquele que se pretende responsabilizar.

adaptando à conveniência de se atribuir a determinadas pessoas o ônus de reparar o dano produzido, sendo efetivamente presumida em favor da necessidade prática de atender ao prejudicado. Culpa presumida é manifesto contra-senso, um paradoxo que não admite solução. Ou a teoria da responsabilidade exige a constatação da culpa e apresenta índole subjetiva, ou não exige e se orienta por critério objetivo.

Os problemas da responsabilidade civil fundada na culpa foram solucionados flexibilizando-se a noção jurídica da culpa. A doutrina da culpa, em verdade, não honra a própria denominação e implica em descrédito para o sistema de responsabilidade que pretende instituir. A situação de crise estabelecida pelos problemas de ordem prática apontaram como única saída para a doutrina reconhecer a possibilidade da utilização de alguns critérios objetivos para se estabelecer a responsabilidade.

2.2 Doutrina objetiva ou do risco

A doutrina costuma apontar a revolução industrial do século XIX, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreu como os principais fatores que contribuíram para a reformulação da teoria da responsabilidade civil.¹⁹ De fato, a utilização de equipamentos de grande porte no processo de produção aumentou a ocorrência de acidentes de trabalho. O progresso tecnológico que ofereceu a todos a possibilidade do uso dos automóveis e outros meios sofisticados de transporte, por sua vez, também trouxe os alarmantes números de acidentes de trânsito. Diante de uma realidade que impõe sérias dificuldades para a comprovação da culpa do causador do dano, a doutrina da responsabilidade subjetiva não pôde oferecer o instrumental necessário a proteção do lesado. Na indústria, o operário não conseguia provar a culpa de seu patrão pelo dano sofrido no ambiente de trabalho. De mesma forma, o passageiro acidentado, muitas vezes longe de casa, ficava ao desamparo por não conseguir provar a culpa do transportador. Tal situação de injustiça produziu problema social importante. O trabalhador braçal que sofria uma lesão corporal e não podia mais trabalhar restava condenado à miséria.

A teoria da responsabilidade civil teve que ser reformulada. Como observa Aguiar Dias, “um direito só é efetivo quando sua prática está assegurada; não ter direito e tê-lo sem o poder exercer são uma coisa só”.²⁰ As exigências sociais impuseram a superação das dificuldades impostas pela teoria da culpa. A opção política em favor da vítima, que na maioria das vezes ficava sem indenização por não conseguir comprovar a culpa do causador do dano, fez a doutrina buscar novos caminhos para o reconhecimento da responsabilidade civil.

A teoria objetiva da responsabilidade surge, então, como complemento à teoria subjetiva. Segundo Aguiar Dias, “como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo

19 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p.141-142.

20 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 61.

em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista da reparação do dano.”²¹

A perspectiva objetiva se funda no risco da atividade desenvolvida e que causa o dano ao bem jurídico. Esclarece Sérgio Cavaliere Filho que “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano”.²²

Certamente, a admissão da responsabilidade objetiva ou sem culpa não se daria facilmente. De início, a jurisprudência facilitou a comprovação da culpa, trabalhando com as noções de normas ordinárias de cautela e os antecedentes dos envolvidos. Posteriormente, trabalhou-se com a noção de culpa presumida, a qual implicava na inversão do ônus da prova. O causador do dano, presumivelmente, era considerado culpado, até prova em contrário. Essa situação, na verdade, já caracterizava a adoção de uma responsabilidade objetiva. A teoria da responsabilidade ainda foi influenciada pela idéia da ampliação da responsabilidade contratual (como no caso do transportador que deve conduzir, em segurança, o passageiro ao seu local de destino), até que se admitiu, em alguns casos, dispensar a investigação sobre a culpa.

A teoria objetiva foi concebida no final do século XIX, pela doutrina alemã, mas somente foi consolidada graças a sistematização dos doutrinadores franceses.²³ As contribuições de Raymond Saleilles e Louis Josserand constituíram o marco inicial da teoria da responsabilidade objetiva.²⁴ Saleilles sustentou nova interpretação para o artigo 1.832 do código civil francês de 1804 segundo a qual a palavra culpa utilizada na disposição legal foi empregada no sentido vulgar de causa. Desenvolvendo doutrina de índole social, o autor francês sustentou que o dever de ressarcimento independe de culpa, já que o homem faz parte de uma coletividade e que o causador do dano deve ser considerado em sua relação com as individualidades que o cercam. Seguindo os passos de Saleilles, Josserand ressaltou que a responsabilidade tende a objetivar-se, substituindo a noção de culpa pela de risco, para cada vez melhor atender às necessidades das vítimas.

Cabe observar que a doutrina objetiva não substituiu a subjetiva. Agora, a responsabilidade civil tanto pode se fundamentar na culpa ou objetivamente na situação de risco, conforme o caso. “Culpa e risco são títulos, modos, casos de responsabilidade civil. Não importa que a culpa conserve a primazia, como fonte de respon-

21 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 16.

22 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 143.

23 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 52-55.

24 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 17; AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 57-64; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 143.

sabilidade civil, por ser o seu caso mais freqüente. O risco não pode ser repellido, porque a culpa muitas vezes é, sob pena de sancionar-se uma injustiça, insuficiente como geradora da responsabilidade civil.”²⁵

A dispensa da investigação da culpa, na teoria objetiva do risco, não significa abrir mão das demais exigências da responsabilidade civil. Para haver responsabilidade é necessário que ocorra um dano injusto (ilícito), vinculado por nexo de causalidade à conduta do responsável.

A teoria da responsabilidade objetiva, por seus efeitos práticos, foi cada vez mais conquistando adeptos e enriquecendo seu suporte dogmático. Hoje em dia, a doutrina do risco subdivide-se em cinco modalidades: o risco-proveito; o risco profissional; o risco excepcional; o risco criado e o risco integral.²⁶

No direito brasileiro, inicialmente, a responsabilidade civil foi tratada sob a orientação da teoria subjetiva. Com o passar do tempo, a legislação foi acolhendo a teoria objetiva do risco²⁷ e hoje o Código Civil de 2003, em seu artigo 927, parágrafo único, adotou expressamente a responsabilidade com base no risco.

Cabe-nos perceber que a teoria do risco foi construída a partir de explícita opção política em favor das vítimas. A mudança de paradigma que a teoria do risco proporcionou foi exatamente deslocar o foco de atenção do autor do fato para a vítima. O surgimento da teoria do risco inspirou-se em razões de ordem prática e social. As mesmas razões, agora, desafiam o direito penal a superar o paradigma da culpa individual para estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2.3 Responsabilidade pelo fato de outrem

Necessidades de ordem prática também fizeram com que o direito positivo e a doutrina estabelecessem a possibilidade de se atribuir responsabilidade a quem não

25 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 14.

26 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p.143-146.

27 A primeira referência legal para a responsabilidade objetiva em nosso direito positivo encontra-se no artigo 26, do Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que responsabiliza as estradas de ferro pelos danos causados, na exploração de suas linhas, aos proprietários marginais. Posteriormente, a responsabilidade objetiva foi acolhida no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.208, que impunha responsabilidade ao locatário pelo incêndio havido no imóvel locado, salvo excluído o nexo de causalidade; e no artigo 1.529, que responsabiliza o habitante do imóvel pelos danos decorrentes das coisas que dele caírem ou forem lançadas. O acidentado no trabalho recebe proteção jurídica, com base na teoria do risco, desde 1919, com o Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro. Hoje, a Constituição Federal tratou do tema no artigo 7º, inciso XXVIII, que foi regulamentado pela Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e, com base na teoria do risco integral, o trabalhador fica amparado mesmo diante da exclusão do nexo causal. Também com base na idéia do risco integral, a Lei n. 6.194, de 19 de dezembro de 1974, instituiu o seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores. Os riscos advindos da circulação de veículos são tão significativos que a lei estabeleceu verdadeira responsabilidade social, que garante uma indenização mínima ao acidentado, independentemente de culpa do causador do dano. Com a constituição federal, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, com fundamento na idéia de risco administrativo (art. 37, § 6º). Tam-

foi o causador do dano. Embora sob o signo da excepcionalidade, o artigo 932 do Código Civil estabelece responsabilidade para determinadas pessoas por fatos praticados por outras. Para fundamentar essa possibilidade, a doutrina construiu as noções de responsabilidade direta e indireta.

Com bem esclarece Alvino Lima, a responsabilidade é “direta, quando se trata de danos derivados de fato próprio, isto é, derivados de uma atividade que provém diretamente do sujeito ao qual a responsabilidade deve ajustar-se. Indireta, quando se trata de responsabilidade pelo fato de outrem, relativamente à pessoa a que se atribui a responsabilidade derivada da atividade de um sujeito diverso, existindo entre os dois uma relação de vigilância e de serviço, tendo como fundamento uma presunção de culpa no exercício dessa vigilância, ou uma pura e simples relação de utilização.”²⁸

A doutrina tradicional da culpa é incapaz de fundamentar a responsabilidade civil por fato de outrem. Para sustentar a responsabilidade de alguém que não foi o causador direto do dano foi preciso ainda superar o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet* –, e isso aconteceu para estabelecer, em casos excepcionais a responsabilidade pelo fato de outrem.

Na verdade, embora esteja consolidada a possibilidade jurídica da responsabilidade civil pelo fato de outrem, não se chegou a uma fundamentação dogmática definitiva. Afinal, trata-se de presumir a culpa ou de impor responsabilidade pelo risco da atividade desenvolvida? Com efeito, predomina o entendimento de que a responsabilidade civil por fato de outrem se fundamenta na omissão que concorre para o dano ao faltar com o cuidado ou vigilância para com a conduta do causador do dano.²⁹ A culpa decorrente da violação do dever de vigilância não precisa ser comprovada, sendo presumida de maneira relativa, o que significa a admissão de prova em contrário. A doutrina não chega a lançar mão da teoria do risco para fundamentar a responsabilidade por fato de terceiro. Porém, tal entendimento paradoxalmente contraria a construção de responsabilidade indireta. Se a responsabilidade pelo fato de outrem tem fundamento na própria culpa, ao violar o dever de vigilância, trata-se de responsabilidade direta.

bém com base na idéia do risco integral os danos nucleares são sempre de responsabilidade da União (art. 21, inciso XXIII). O Código de Mineração, Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967, em seu artigo 47, inciso VIII, estabelece responsabilidade objetiva aos que exploram a lavra mineral, pelos danos e prejuízos causados a terceiros, direta ou indiretamente, no exercício de sua atividade. Também é objetiva a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, conforme o artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. Esta hipótese materializa a idéia do poluidor-pagador, decorrente do princípio do risco integral. O Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7.565/86, em seus artigos 268 e 269, estabelece responsabilidade objetiva para os danos causados por aeronave a terceiros em superfície. Por fim, não se pode deixar de citar, o Código de Defesa do Consumidor que, em vários de seus dispositivos, acolheu a responsabilidade objetiva. Como exemplos, pode-se mencionar os artigos 12 e 14, que dispõem sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

28 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 161.

29 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 111. No mesmo sentido: AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, v. II, p. 594.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que se, na atualidade, predomina o entendimento de que a responsabilidade civil por fato de terceiro tem fundamento na presunção de culpa, a doutrina caminha para sustentar tal responsabilidade segundo a teoria do risco.³⁰ Nesse sentido, Alvino Lima esclarece que “se no domínio das atividades pessoais, o critério predominante de fixação da responsabilidade reside na culpa, elemento interno que se aprecia ‘em função da liberdade, da consciência e, as vezes, do mérito do autor do dano’, no caso da responsabilidade indireta, de responsabilidade pelo fato de outrem, predomina o elemento social, o critério objetivo”.³¹

O fato é que, segundo a opção política acolhida no Código Civil, o pai responde pelo dano injusto causado pelo filho menor. Tal responsabilidade decorre da necessidade de satisfazer o direito de crédito do lesado e as construções teóricas evidenciam somente o esforço de justificação da opção política adotada pelo direito positivo.

O exame da dogmática construída para responsabilidade civil deve oferecer elementos para a melhor compreensão da atividade política que determina a dogmática jurídico-penal. 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 agem em seu nome e benefício. Como os diversos ramos do Direito devem se relacionar, não pode causar estranheza que a elaboração teórica do direito civil possa ser utilizada para justificar as opções políticas do direito penal.

2.4 Responsabilidade da pessoa jurídica

A doutrina e o direito positivo sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas, ao longo do tempo, apresentou significativo processo de transformação. As pessoas jurídicas de direito privado, que sob a perspectiva da ficção foram consideradas irresponsáveis, passaram a suportar amplo dever de reparação. As pessoas jurídicas de direito público, inicialmente também consideradas irresponsáveis passaram a ser responsabilizadas segundo a noção civilista da culpa e, posteriormente, pela idéia do risco.³²

Cabe notar que a doutrina da responsabilidade civil da pessoa jurídica deve se conciliar com a natureza reconhecida à pessoa jurídica. A solução a ser dada para a questão da responsabilidade é sempre condicionada pela lógica imposta pela natureza jurídica que se reconhece ao ente moral.

Com base na concepção da ficção legal da pessoa jurídica é muito difícil sustentar sua responsabilidade civil ou penal.³³ Não se pode reconhecer responsabilidade para um ente fictício, que não existe. Se a pessoa jurídica é uma ficção incapaz de

30 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.88.

31 LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

32 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.117-133. No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 157-166.

33 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 153; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 118.

“querer”, a doutrina da culpa indica não ser possível imputar-lhe um fato danoso. Se não existe vontade na pessoa jurídica, também não pode existir responsabilidade. Por outro lado, argumentou Savigny que a possibilidade de existência das corporações é criada por lei para o desenvolvimento de atos lícitos. A prática do ilícito contraria o conceito e a destinação específica da pessoa jurídica. Sob essa ótica, os atos ilícitos são atos próprios às pessoas físicas e não podem responsabilizar a pessoa jurídica. Entretanto, a solução da irresponsabilidade da pessoa jurídica não pôde ser aceita sem constrangimentos. Como se admitir que a pessoa jurídica possa ser capaz de auferir benefícios com a atividade ilícita, sem arcar com o ônus decorrente dos danos em seu nome causados? Diante da necessidade concreta de corrigir-se a iniquidade, só restou conceber uma responsabilidade indireta, pela atuação dos representantes da pessoa jurídica. Nesse sentido, a responsabilidade da pessoa jurídica há de ser sempre indireta, ou seja por fato de outrem.

A idéia de que as pessoas físicas representam a pessoa jurídica, igualmente, não facilita a fundamentação da responsabilidade do ente moral. Muito ao contrário. Esclarece Caio Mário que “se entendesse que os dirigentes e empregados são os seus representantes, a consequência seria a irresponsabilidade dela pelos danos causados a terceiros, porque não se compreende a outorga de poderes para a prática de ilícito, e não existe representação sem outorga de poderes”.³⁴ A tendência que se verifica de substituir a idéia da representação pela concepção da atuação pelos órgãos, na perspectiva da ficção, conduz a discussão ao ponto de partida. Se a pessoa jurídica é uma ficção, seus órgãos também são fictícios.

Entre os sistemas negativos da personalidade da pessoa jurídica destaca-se a concepção de León Duguit. Segundo o autor francês, não se deve reconhecer qualquer subjetividade na entidade corporativa, sendo que o fundamento da responsabilidade da pessoa jurídica repousa na idéia objetiva do risco. Para Duguit, na responsabilidade civil o problema não é de imputabilidade, mas o de estabelecer qual patrimônio deve suportar o risco inerente à atividade desenvolvida pelo ente coletivo.³⁵ Com efeito, os sistematizadores da responsabilidade civil tendem a deslocar o foco da atenção da noção abstrata da responsabilidade para a configuração concreta de quem deva ser responsável.³⁶ Se a pessoa jurídica desenvolve suas atividades por intermédio de pessoas físicas, seu patrimônio deve suportar os riscos decorrentes da intervenção das mesmas. A ampliação das possibilidades de intervenção deve corresponder à responsabilidade pelos danos causados no âmbito dessa ampliação. No direito penal, essa perspectiva pode se traduzir no dever de suportar a pena criminal imposta por lesão ao bem jurídico causada por pessoa física que atuou em nome e benefício da pessoa jurídica.

As concepções da realidade objetiva e da realidade jurídica da pessoa coletiva possibilitam fundamentar, com maior facilidade, a responsabilidade da pessoa jurídica.

34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 118.

35 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 154.

36 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 08-09.

dica.³⁷ Nesses sistemas, a “responsabilidade é uma consequência lógica da real e amplíssima capacidade de agir reconhecida pelo direito a estas poderosas individualidades coletivas... Dotada, portanto, de capacidade de agir, por intermédio de seus órgãos ou representantes, cuja vontade se considera como vontade da própria pessoa jurídica, os atos destes representantes ou órgãos se verificam não só no campo do lícito, como também do ilícito. A capacidade de agir se desdobra, portanto, em capacidade de querer e delinquir.”³⁸ O Direito constrói a realidade da pessoa jurídica e para ela constrói também a realidade de sua vontade e de sua ação. Sendo possível atribuir à pessoa jurídica uma vontade que se vincula ao dano produzido, encontra-se legitimada a sua obrigação de indenizar. Reconhecendo-se real capacidade jurídica para o ente moral, como se fora uma pessoa física, não há obstáculos para fundamentar a responsabilidade pelos danos produzidos. As dificuldades para fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica desaparecem quando se entende que é a própria pessoa jurídica que pratica o fato danoso, embora por seus órgãos. Nesse prisma, a responsabilidade civil da pessoa jurídica é direta.

No direito positivo brasileiro, para as pessoas jurídicas de direito público, desde a constituição de 1946, a responsabilidade civil expressamente é objetiva, assegurado ao poder público o direito de regresso contra o funcionário que agiu com culpa.³⁹ Para fundamentar a responsabilidade do Estado, pode-se identificar na doutrina três sistemas distintos, orientados pelas teorias: a) do risco integral, também denominada de risco administrativo ou por causa do serviço público; b) da culpa administrativa; e c) do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público. Sem dúvida, a teoria do risco integral ou administrativo é que melhor retrata a opção política constitucional de proteção ao particular ofendido, já que esgota a discussão na verificação do nexo de causalidade material: o dano sofrido deve ser consequência do funcionamento (regular ou irregular) do serviço público.⁴⁰ A responsabilidade da administração pública é direta. O dano é injusto e merece ser reparado quando tem como causa a atividade pública.⁴¹ As teorias da culpa admi-

37 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 119.

38 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 154-155.

39 Vide art. 194, parágrafo único da CF de 1946; art. 105 da CF de 1967; art. 107 da CF de 1969; e art. 36, segunda parte, da CF de 1988.

40 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.33; No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 166; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.133.

41 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 49-76. O consagrado professor da Universidade de São Paulo apresenta estudo aprofundado sobre a ocorrência de relação de causalidade da atividade estatal com o dano injusto, esclarecendo que a responsabilidade civil tem como pressuposto a produção de dano injusto, ainda que por atividade regular do estado. Para casos específicos, afirma que o dano deve se caracterizar como injusto se, embora verificado por ocasião de acontecimentos naturais, tem sua causa exclusiva na deficiência ou falha do serviço público; Por outro lado, o dano não se caracteriza como injusto se encontra sua causa exclusiva na força maior ou em fatos necessários ou inevitáveis da naturezas que não possam ser evitados pelo poder público, bem como nos fatos dolosos ou culposos praticados pelo próprio ofendido. Se o dano foi produzido por uma pluralidade de causas, todas devem ser consideradas na determinação proporcional da indenização.

nistrativa e do acidente administrativo implicam em adaptações da teoria subjetiva à perspectiva publicista que repercutem em menor proteção ao administrado e não se compatibilizam com o mandamento constitucional.⁴²

Para as pessoas jurídicas de direito privado, o artigo 931 do Código Civil de 2003 estende a regra da responsabilidade pelo fato de terceiro prevista em seu art. 932, ao referir-se à responsabilidade pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. A pessoa jurídica, assim, deve responder civilmente pela atuação da pessoa física que age em seu nome.

A responsabilidade civil da pessoa jurídica, de direito público ou privado, por ato praticado por pessoa física que age em seu nome é inquestionável, qualquer que seja a concepção adotada para definir a natureza da pessoa jurídica. Apesar da polémica existente sobre ser a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado ser direta ou indireta, o direito positivo fez clara opção por responsabilizar a pessoa jurídica por dano praticado por pessoa física que age em seu nome.

A doutrina da responsabilidade civil da pessoa jurídica evoluiu segundo os critérios da teoria do risco para melhor atender aos interesses práticos de proteção ao lesado. Os operadores do Direito aceitam tal opção política e as pretensões que são deduzidas em face de pessoas jurídicas são acolhidas sem questionamentos. Note-se que a tendência do direito atual é superar a noção de responsabilidade individual com a idéia da socialização dos riscos. Com esse novo sentido, “a vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil...de uma dívida de responsabilidade evoluiu-se para um crédito de indenização”.⁴³

3. RESPONSABILIDADE PENAL INDIRETA

No direito civil, constitui tema relevante a natureza da responsabilidade aquiliana da pessoa jurídica de direito privado. Alvino Lima resume o problema: “o ato do órgão ou representante da pessoa jurídica de direito privado é um ato pessoal, individual, pelo qual responde aquela pessoa jurídica, ou deve ser considerado um ato da própria pessoa jurídica como expressão da vontade coletiva?”.

Se entendermos que a pessoa física ao atuar em nome da pessoa jurídica está materializando a vontade desta, de modo que seus atos se considerem atos praticados

42 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 32-35. Esclarece o autor que segundo a teoria da culpa administrativa, só há direito à indenização quando se prova que houve uma imprudência, uma negligência, uma culpa de qualquer espécie da parte dos órgãos e dos prepostos da administração, dos funcionários e empregados públicos. Tal doutrina é oriunda do pensamento clássico da responsabilidade civil da culpa. A teoria do acidente administrativo, por sua vez, tenta conciliar os postulados da teoria objetiva do risco integral com a teoria subjetiva da culpa administrativa. Nessa perspectiva, a indenização decorre do funcionamento irregular do serviço público que se expressa na culpa do funcionário. A indenização depende, portanto, da não funcionamento do serviço público. Em ambas as teorias a proteção conferida ao administrado é sensivelmente mitigada.

43 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p.153-154. O autor cita como valiosa referência para esse novo paradigma o trabalho da autora francesa Geneviève Viney – *O declínio da responsabilidade individual*.

pela própria pessoa jurídica, tem-se a responsabilidade direta da pessoa jurídica. Por outro lado, caso entenda-se que os atos da pessoa física são atos próprios, individuais e autônomos, a responsabilidade da pessoa jurídica se caracteriza como indireta, ou seja, como responsabilidade pelo fato de outrem. Nestas hipóteses, toma-se em consideração a responsabilidade do autor material do ato lesivo ao bem jurídico para fazer estender tal responsabilidade à pessoa jurídica beneficiada pela conduta da pessoa física.

Para o direito civil, a doutrina majoritária reconhece o caráter indireto da responsabilidade da pessoa jurídica.⁴⁴ A responsabilidade do ente moral depende do ato material e culposos da pessoa física. A responsabilidade da pessoa física projeta-se para a pessoa jurídica a qual esteja vinculada. Fala-se, assim, em responsabilidade reflexa ou de propagação.

Porém, alguns sustentam que a responsabilidade da pessoa jurídica é direta, na medida em que entendem que seus órgãos são partes integrantes da pessoa jurídica e formam com ela um todo indivisível. Esta posição é consequência lógica da concepção da pessoa jurídica como realidade objetiva ou orgânica.

No direito civil, a resposta ao problema depende da compreensão que se tenha da relação existente entre a pessoa jurídica e a pessoa física que atua em seu nome e benefício. Alvino Lima sustenta a necessidade de distinguir a atividade material que realiza as deliberações ideológicas da empresa, que é desenvolvida pela pessoa física a serviço da pessoa jurídica, das atividades próprias da pessoa jurídica. A atividade material é compensada com alguma forma de remuneração, e o proveito da atividade cabe à pessoa jurídica. Nesse caso, a utilização dos serviços da pessoa física gera responsabilidade indireta. Contudo, quando a pessoa física define o sentido ideológico da atividade, ou seja, toma as decisões da pessoa jurídica ou age como funcionário da pessoa jurídica, a responsabilidade é direta. Mas, ressalta que a consideração sobre ser o fato próprio ou de outrem é feita sempre sob um critério jurídico.⁴⁵ Dependerá da amplitude e dos limites da representação a natureza da responsabilidade. Se a pessoa física atuar nos limites da representação, a responsabilidade deve ser considerada como direta.

No direito penal, entretanto, o problema deve ser visualizado sob outro prisma. A fonte imediata de conhecimento/produção do ilícito é a norma jurídico-penal que está subjacente ao tipo incriminador. No caso das disposições incriminadoras da Lei n. 9.605/98, todos os tipos penais se referem às condutas humanas que violam o bem jurídico. Não há previsão típica referida à atividade de pessoa jurídica. Isto significa que apenas a pessoa física pode satisfazer as exigências típicas. A responsabilidade da pessoa jurídica, portanto, é sempre indireta, decorrente da conduta da pessoa física que atuar em seu nome e benefício. Se o legislador quisesse conceber uma responsabilidade direta para a pessoa jurídica, teria trabalhado com tipos

44 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 157-158; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 121.

45 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 159-161.

incriminadores referidos à atividade lesiva ou potencialmente lesiva ao bem jurídico (o que implicaria na construção de nova teoria do delito). Nos termos da legislação em vigor, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não se fundamenta em intervenção que se possa reconhecer como própria. Com observância obrigatória ao tipo incriminador, a responsabilidade penal estabelecida pela Lei n. 9.605/98 para a pessoa jurídica é sempre indireta, decorrente de conduta realizada por pessoa física que atua em seu nome e benefício.

Cabe notar que a responsabilidade indireta, ou pelo fato praticado por terceiro, não constitui nenhuma novidade em direito penal. No concurso de pessoas é possível responsabilizar pessoa que não violou diretamente a norma jurídico-penal, mas contribuiu de alguma forma para a conduta violadora de outra pessoa. Veja-se o exemplo do indivíduo que fornece a arma para terceiro praticar crime de homicídio. Nesses casos, a responsabilidade daquele que contribui para o crime fica manifestamente dependente da execução da conduta delitiva pelo terceiro. Não se pode olvidar que o art. 31 do CP dispõe que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Nos casos de autoria mediata sempre ocorrerá também responsabilidade penal por fato praticado por terceiro. Quem executa a conduta material que viola a norma jurídica é o indivíduo considerado *instrumento*, mas como esse não possui culpabilidade e serve aos propósitos do autor mediato, a responsabilidade somente recai sobre o autor indireto. A construção teórica, já antiga, reserva a denominação de autor àquele que domina o fato por meio do domínio da vontade e conduta do instrumento. A responsabilidade pesa sobre quem recebe a denominação de autor (ainda que mediato), mas quem executa materialmente o crime é outro (o instrumento).⁴⁶ Nos casos de autoria mediata, a responsabilização do autor depende do início da execução do crime pelo instrumento. Se o instrumento não iniciar a execução do crime, salvo em relação ao crime praticado contra o instrumento, não há responsabilidade penal para o pretense autor mediato. Nos crimes culposos, também é muito comum a responsabilização pelo fato praticado por terceiro. É, por exemplo, o caso do pai que se descuida na guarda de arma de fogo que é utilizada pelo filho menor. Em todos estes casos, o direito penal concebe norma jurídica que produz extensão da tipicidade para atribuir responsabilidade a quem não violou o bem jurídico. É o que acontece com o artigo 3º da Lei n. 9.605/98, que estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica por fato praticado por pessoa física que age em seu nome e interesse.

O art. 3º, a Lei n. 9.605/98 dispõe que as pessoas jurídicas *serão responsabilizadas* administrativas, civis e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Deve-se reconhecer que tal disposição não estabelece que a pessoa jurídica seja autora

46 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.350.

de crime, mas apenas responsável. A regra do art. 3º não produz qualquer efeito sobre a teoria do delito, que foi construída com muito sacrifício para identificar a pessoa física autora de crime. Não se trata de norma de extensão típica ou de culpabilidade. Não se trata de co-autoria entre a pessoa jurídica e a pessoa física, mas sim de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela conduta realizada pela pessoa física, porque tal comportamento se deu em nome e benefício da pessoa jurídica. É hipótese de responsabilidade pelo fato de outrem, mas que não possibilita investigar elementos subjetivos na pessoa responsável.

Para a responsabilização da pessoa jurídica utiliza-se a teoria do delito apenas para identificar a autoria de crime naquele que atua em nome ou benefício do ente moral. Sempre dependente da intervenção de pessoa física, que responde criminalmente de maneira subjetiva, a da pessoa jurídica não apresenta elemento subjetivo ou consciência da ilicitude que viabilize comparação com as construções da teoria do delito. A responsabilidade da pessoa física é subjetiva, pois se deve aplicar a teoria do delito com suas exigências de natureza subjetiva. A responsabilidade da pessoa jurídica, contudo, decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime.

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 desta possui sempre aspectos de natureza subjetiva. Há que se ressaltar que para a responsabilização da pessoa jurídica não é necessária a responsabilidade da pessoa física que concretamente viola a norma jurídica, posto que esta pode não ter cometido um fato típico (diante da ausência de elemento subjetivo – como no caso de erro) ou pode ter agido sem culpabilidade (sob coação moral irresistível, por ex., como no caso de ameaça de perder o emprego).

4. CONCLUSÕES

O tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda desafiará os operadores do direito por algum tempo. Toda mudança de paradigma exige tempo para a adaptação dos mais conservadores. Com a nova opção política de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica acontece à mesma coisa. De todo o exposto, pretende-se chegar às seguintes conclusões:

1. A Constituição Federal acolheu opção política no sentido de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica e, portanto, cabe aos operadores do direito construir caminho dogmático capaz de materializar, com segurança, a vontade política.
2. Não é possível utilizar a teoria do delito tradicional para identificar na pessoa jurídica a autoria de crime ambiental e, assim, responsabilizá-la.
3. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é de natureza indireta, por fato praticado pela pessoa física que age em seu nome e interesse, aplicando-se os mesmos parâmetros dogmáticos utilizados para a responsabilização civil da pessoa jurídica, por atos praticados pelas pessoas físicas que agem em seu nome.