

REMINISCÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E SUA EFETIVIDADE

*Fábio Guedes de Paula Machado**

Resumo: *Há 10 anos atrás a Lei 9.605/98 inovou ao estabelecer a possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica pela comissão de crimes contra o meio ambiente. Dez anos após sua entrada em vigor, este trabalho estuda a evolução do quadro legal e das circunstâncias que levaram a sua formulação e promulgação, bem como os argumentos a ela favoráveis e contrários, e jurisprudência resultante. Conclui que hoje, embora subsistam posições contrárias, doutrinas e jurisprudência dominantes aceitam a responsabilidade indireta da pessoa jurídica, vinculando-a a seu órgão ou representante legal.*

Palavras-chave: *responsabilidade criminal. Pessoa jurídica. Crimes ambientais. Lei 9.605/98.*

Abstract: *Law 9,605/98, which deals with environmental crimes, innovated when it provided for the criminal liability of legal persons engaging in crimes against the environment. Ten years past its coming into force, this paper studies the legal framework and circumstances leading to its enactment, as well as pro and con arguments and jurisprudence on the subject. It concludes that today, despite the fact that contrary positions subsist, dominant doctrine and jurisprudence accept the indirect responsibility of the legal person, linking it to its legal body or representative.*

Keywords: *criminal responsibility. Legal person. Environmental crimes. Law 9.605/98.*

* Promotor de Justiça de Uberlândia – MG; Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP; Doutor em Direito Penal pela USP; pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca - Espanha; ex-Investigador Científico no Max-Planck Institut, Alemanha; professor do curso de Mestrado da Universidade de Itaúna e professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia.

Introdução

Decorridos 10 anos da promulgação da Lei 9.605/98, especificadora da responsabilidade penal da pessoa jurídica para a prática de delitos contra o meio ambiente, é chegado o momento de reexaminarmos alguns de seus argumentos favoráveis e contrários, para em seguida consultarmos arestos brasileiros sobre o tema a fim de compreender a posição adotada.

I. Evolução

A Constituição Federal ao estabelecer em seu art. 225, § 3.º, que condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitaram os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, e permitiu desde logo a formação do primeiro debate, qual seja: a Constituição Federal criou ou não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.¹

Naquele momento, o argumento contrário sustentava que a responsabilidade penal era sempre individual, já as sanções administrativas seriam destinadas às pessoas jurídicas. Já os favoráveis, argumentavam na direção de que a responsabilidade penal era destinada a ambos, tal como já se considerava quanto a responsabilidade civil e administrativa.²

Passados 10 anos da promulgação da Carta da República, o ordenamento jurídico foi inovado através da Lei n. 9.605/98, formuladora de um microsistema de tutela penal, processual penal e administrativa do meio ambiente. Em seu art. 3.º, textualmente atribui responsabilidade penal à pessoa jurídica, porém vinculando-a, obrigatoriamente, ao seu representante legal ou quem lhe faça as vezes, quando a decisão deste se der no interesse ou benefício da pessoa formal, e por esta razão realizar um injusto penal descrito na mencionada lei.

Com a introdução desta lei no ordenamento positivo brasileiro, há de se entender consolidada a responsabilidade penal da pessoa jurídica a

¹ CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na constituição** p. 158-166. TACrim/SP, MS nº 349.440/8, São José dos Campos, 3.ª CCrim. Rel. Juiz Fábio Gouveia, j. 01.02.00, v.u. Mais recentemente, Danielle Mastelari Levorato, sustenta a inconstitucionalidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica, e a ineficácia do Direito Penal para puni-la, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*, p. 57-85, e Guilherme José Ferreira da Silva, *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 85 e ss.

² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**, p. 269.

título formal.³ Note-se, desde logo, que não se trata apenas da novação legal, mas sim da ruptura de um sistema jurídico e de longa tradição jurídica construídos sobre a base da responsabilidade penal pessoal, isto é, do princípio da *societas delinquere non potest*.

II. Críticas a responsabilidade penal da pessoa jurídica

Se na seara legislativa o assunto estava encerrado, é certo que nos âmbitos dogmático e jurisprudencial os questionamentos estavam apenas começando, e todos a partir da compreensão de que os modelos jurídico-penais existentes até então foram construídos e se desenvolveram a partir da pessoa humana⁴, levando-se em consideração a sua natureza, características e atributos.⁵ E mais, discute-se se as sanções impostas à pessoa jurídica são penas, medidas de segurança ou sanções administrativas.

No plano político criminal, questiona-se a idoneidade de se impor penas ou outras sanções às pessoas jurídicas como forma de prevenir a ocorrência de lesão aos bens jurídicos compreendidos a partir de sua característica metaindividual. Some-se a isto a assertiva que reconhece a pessoa física como a única capaz de ser destinatária da norma, e por isto ela é autora da infração e se sujeita à sanção.⁶

Sob o aspecto dogmático, os primeiros discursos contrários vieram à tona, e em manifesta adesão aos postulados ontológicos do finalismo, reconheceu-se à pessoa jurídica a incapacidade de ação, de consciência e vontade delitiva, de incapacidade de culpabilidade e de incapacidade de sofrer pena.⁷

³ Neste sentido: Édis Milaré, **Direito do ambiente**, p. 450-453, e Paulo Affonso Leme Machado, **Direito ambiental brasileiro**, p. 660-666. Ainda, vale consultar o voto do Desembargador do (BRASIL) Tribunal Regional Federal da 4ª Região, José Luis Germano da Silva, lançado no julgamento do Mandado de Segurança 2002.04.01.013843-0/PR, e que fundamentou o acórdão.

⁴ Destaca Renato de Mello Jorge Silveira que “a grande discussão dogmática empreendida contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica baseia-se em uma teoria do delito construída a partir de paradigmas comportamentais da pessoa física”. **Direito penal supra-individual** – interesses difusos, p. 198.

⁵ Adotando idêntica posição: BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 564.960 - SC (2003/0107368-4), Relator : Ministro Gilson Dipp.

⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho español. **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**, p. 88-89; e La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas. **RPCP**, n. 4, p. 496.

⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente**. Boletim IBCCRIM. n. 65/ed.esp., p. 6; PRADO, Luis Régis. **Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Boletim IBCCRIM, n.65/ed.esp., p. 2-3; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição**. Boletim IBCCRIM, n.65/ed.esp., p. 7.

Especificamente, as categorias do delito foram elaboradas a partir do indivíduo e de suas capacidades pessoais, reunindo uma série de elementos psicológicos (v.g. elementos volitivos).⁸ Acerca do conceito tradicional de ação, este é psicológico quando afirma que só poderá ser seu sujeito quem possua capacidade psicológica, isto é, que tenha vontade para delinquir. Destarte, como a pessoa jurídica não possui vontade, ela não tem condições de praticar ação.

Consciência e vontade são elementos antropológicos, inerentes ao ser, à pessoa humana, enfim, subjetivos, porque ele ao obter conhecimento das coisas da vida, conhecimento profano, e por ser inteligente e poder dirigir o seu comportamento, livre arbítrio, afasta-se do irracionalismo e do instinto. Por suposto, atributos desconhecidos pela pessoa jurídica.

Quanto a culpabilidade, *prima facie*, ela fundamenta o Direito Penal, e o objeto de reprovação é a vontade do autor (elemento biopsicológico que só a pessoa natural possui) que permitiu se conduzir em desacordo ao Direito. Frisa-se que o autor da infração tem liberdade, vista aqui como um ato de condução causal dos impulsos pela autodeterminação de acordo com um sentido.⁹

Sobre a pena, ela está orientada apenas ao homem, havendo em si, v.g., uma reprovação ético-social, com um conteúdo de tratamento, ou se se preferir de castigo do delinquente, o que obviamente implicaria a impossibilidade de sua aplicação a pessoa jurídica.¹⁰ Discute-se, então, se a sanção aplicável à pessoa jurídica pode ser conceituada como pena.

Também a determinação e individualização da pena (garantia constitucional do cidadão – art. 5.º, XLVI, c.c. art. 59, do CP) levam em consideração a personalidade do agente, o que é impossível de se realizar com a pessoa jurídica.

⁸ Afirmava Hans Welzel que só pode incorrer em culpabilidade o indivíduo por estar dotado de vontade, porém não uma corporação ou outro ente coletivo. **El nuevo sistema de derecho penal**, p. 80. Também: Cezar Roberto Bitencourt, **Manual de direito penal** – parte especial, p. 12-16; Luiz Régis Prado, Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações, p. 127-135; Miguel Reale Júnior, A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 137-139; Ivete Senise Ferreira, *Tutela penal do patrimônio cultural*, p. 102; e TACrimSP, MS 349.440/8, Rel. Fábio Gouvêa (vencido em parte), apontam no sentido de declarar a inconstitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em sentido contrário, afirma Klaus Tiedemann que o finalismo atual não nega a possibilidade de imputar atos humanos à pessoa moral. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. *Jornadas sobre la reforma de la justicia*, p. 38.

⁹ Neste sentido: Aníbal Bruno, **Direito penal**, Tomo 2.º, p. 207; e Luiz Vicente Cernicchiaro, **Questões penais**, p. 192.

¹⁰ **Direito penal supra-individual**, p. 196-197.

Ao reformular sua posição, e alinhando-se aos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, Günther Jakobs aponta que a pessoa jurídica não pode descumprir ou desautorizar uma norma, eis que ela é meio organizacional da pessoa natural.¹¹ Amparado em Savigny e no aspecto central de sua teoria da titularidade do negócio jurídico, o representante se mostra como portador da vontade do representado, o que quer dizer que o representado pode servir-se de si mesmo para expressar pensamentos e convertê-los em comunicação, ou de um representante como meio organizacional.¹²

Logo, é a pessoa física que possui consciência e não há de se confundir a sua identidade com a da pessoa jurídica. Isto é, só o autor, pessoa física, toma uma posição frente a norma em razão de seu ato ter significado comunicativo. Aqui há uma consciência com uma exteriorização, e esta consciência representa no plano da comunicação a capacidade do sujeito de apreender o significado da norma, agindo conforme ela ou não.

Disto resulta que, apenas e unicamente uma pessoa a que se imputa uma consciência própria é competente no plano comunicativo para comportar-se de forma culpável.¹³ Isto é, todos os fatos culpáveis são fatos próprios dos que nele participam. Neste aspecto, não há uma culpabilidade que possa ser transferida.

Ou seja, enquanto a pessoa natural se determina pela consciência, a pessoa jurídica se determina pela unidade de sua constituição. Não há transferência de culpabilidade por parte do órgão da pessoa jurídica para a própria empresa. É o órgão que infringiu deveres próprios, e em consequência não é livre para decidir negócios alheios. E mais, os comportamentos delitivos só podem ser atribuídos a quem atua para si, e a culpabilidade atribui-se aos fatos daqueles que participaram.

Diante disto, e sob a concepção de Jakobs, se a pessoa jurídica tem que reconhecer como culpa própria a culpa do órgão, então esta culpa é sua própria culpa, e não há de se falar em resto de culpa individual, o que

¹¹ Dizia Günther Jakobs: A partir desta concepção, os atos dos órgãos da pessoa jurídica se convertem em ações próprias da pessoa jurídica, pois estas pertencem ao sistema pelo qual a sociedade tratou de se organizar, comprova-se então que esta ação deve ter uma relação funcional com a atividade da empresa, excluindo do círculo de imputação qualquer ação ocorrida dentro da empresa. Noutras palavras, as ações de um órgão da pessoa jurídica realizadas de acordo com o estatuto da mesma, são ações próprias da pessoa jurídica. *Derecho penal – parte general*, p. 183.

¹² JAKOBS, Günther. Punibilidad de las personas jurídicas? **El funcionalismo en derecho penal** (libro homenaje al profesor Günther Jakobs), vol. I, p. 332.

¹³ JAKOBS, Günther. *Punibilidad de las personas jurídicas?* *Op. cit.*, p. 338.

acarretaria a dissolução da pessoa natural, eis que não poderia ser culpada por nada, e isto não é o que deseja a dogmática penal atual.¹⁴

Trata-se, então, de reconhecer que a culpabilidade da pessoa jurídica é a culpabilidade pelo fato ou decisão de outro, e se esta teoria é adotada no Direito Civil, já no Direito Penal careceria de legitimidade por ser contrária aos seus postulados básicos, em especial afrontaria os princípios da culpabilidade e da personalidade das penas.¹⁵

Tampouco se pode dizer que a culpabilidade do representante da pessoa jurídica é a culpabilidade da pessoa jurídica, porque o seu representante ou órgão é parte integrante da pessoa jurídica. Se assim for, o órgão tem isenção de pena quando delinquir, porque ele faz parte de outra pessoa. Ou seja, a pessoa jurídica tem que reconhecer juridicamente como culpa própria a culpa do órgão, e não haverá remanescente de culpa individual.

Portanto, é impossível atribuir culpabilidade à pessoa jurídica já que esta não pode desautorizar as normas por não ser autoconsciente, nem comunicativamente competente.

Assim se considerando, igualmente pode-se dizer que a pessoa jurídica é o instrumento nas mãos do “homem de trás”.¹⁶

III. Suficiência da capacidade de ação para imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica

Quanto a capacidade de ação por parte da pessoa jurídica, assevera Sérgio Salomão Shecaira,¹⁷ que seus argumentos remontam a Gierke, ao formular a teoria da realidade objetiva, ou orgânica ou da vontade real, conceituando que pessoa não é somente o homem, mas todos os entes dotados de existência real. A partir desta concepção, reconhece-se a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por ser a mesma capaz de vontade.

Aqui, as pessoas físicas atuam na qualidade de órgão ou de representante legal da pessoa jurídica, porém a imputação da ação se faz

¹⁴ Idem, p. 338.

¹⁵ FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad y punición de las personas jurídicas? *El funcionalismo en derecho penal* (libro homenaje al profesor Günther Jakobs), vol. I, p. 354.

¹⁶ FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Cuestiones básicas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, de otras personas y de agrupaciones y asociaciones de personas. *Revista do IBCrim*, nº 27.

¹⁷ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 84-87.

à pessoa jurídica. Serão ações aquelas havidas no benefício da própria pessoa jurídica e em atendimento ao seu estatuto social, que contaminem o meio ambiente, infringam a prevenção de riscos laborais ou exponham ou vendam produtos impróprios para o consumo humano.

Por derradeiro, as pessoas jurídicas também são destinatárias da norma porque podem produzir os efeitos exigidos pela norma, ao mesmo tempo em que poderão ser autoras da infração. Assim, as ações de um órgão da pessoa jurídica (fato de referência) realizadas de acordo com determinados critérios normativos de imputação, são ações da própria pessoa jurídica. Conseqüentemente, estende-se a culpabilidade deste órgão à pessoa jurídica.

Verifica-se neste contexto a despreocupação sobre a utilização de conceitos dogmáticos precisos, bastando para a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica uma subsunção formal do fato à lei penal, senão a utilização no todo ou em parte de institutos da teoria do delito ou do processo penal concebidos para a pessoa física.¹⁸

IV. Argumentações intermediárias

É pacífico o entendimento de que a construção da culpabilidade da pessoa jurídica encontrou mais dificuldades e proporcionou maiores debates. Curiosamente, alguns autores negam a capacidade de culpabilidade para a pessoa jurídica, conquanto que extraíam conclusões diversas.

Günther Stratenwerth reconhece a necessidade político-criminal de introduzir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, porém nega a capacidade de culpabilidade a elas, e propõe, em troca, a aplicação de medidas de segurança.¹⁹

¹⁸ Neste sentido: Eládio Lecey, **Direito ambiental em evolução**, p. 47-50, formula a culpabilidade da pessoa jurídica como juízo de reprovação, sem o elemento consciência da ilicitude. No mesmo sentido: FREITAS, Vladimir Passos de, e FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**, p. 70; Ney de Barros Bello Filho, **Crimes e infrações administrativas ambientais : comentários à Lei n° 9.605/98**, p. 60; Fernando Galvão, **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 166, autoriza a partir de interpretação extensiva sobre o Código de Processo Penal, arts. 3.º e 311 c.c. 799, do CPC, a decretação de medidas cautelares, olvidando-se que dispositivo incriminador ou de persecução penal só poderá ser utilizado se previsto em lei, vedando o sistema qualquer hipótese de analogia *in malam partem*.

¹⁹ *Strafrechtliche Unternehmerrndhaftung? Em Festschrift für Rudolf Schmidt*, Tübingen, 1992, p. 295, *apud* José Miguel Zugadía Espinar, **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**, p. 156.

Por sua vez, Bernd Schünemann também nega à pessoa jurídica capacidade de culpabilidade, porém admite a responsabilidade penal e a possibilidade de impor penas, quando a punição do órgão resulte insuficiente desde o ponto de vista político-criminal, e assim o faz baseado no estado de necessidade preventivo de bens jurídicos. Isto é, pugna a complementação do Direito Penal individual por um Direito Penal coletivo.²⁰

Já Carlos Gómez-Jara Díez considera que a capacidade da empresa para a sua auto-organização, condução e determinação, conduz a um conceito construtivista de culpabilidade, fundamentado na cultura do cidadão empresarial fiel ao Direito, e na igualdade entre as pessoas físicas e jurídicas de questionar a vigência das normas. Esta teoria retrata o *déficit de motivação* vinculado à legitimação da pena através da teoria da prevenção geral positiva.²¹

Hans Joachim Hirsch, tradicional defensor do finalismo e discípulo de Welzel, admite a capacidade de culpabilidade própria das pessoas jurídicas, porém o faz partindo da responsabilidade solidária desta com o órgão ou representante. Trata-se de uma construção orientada pelas categorias sociais e jurídicas.²²

V. Os argumentos favoráveis

A partir da segunda metade do século XX, a sociedade global despertou para a necessidade de protegermos o ambiente ao constatar que o funcionamento lícito de indústrias e fábricas lesam bens jurídicos fundamentais do homem, como a vida, a saúde e o meio ambiente, notadamente a partir da tecnologia utilizada e exploração dos recursos naturais. Some-se, ainda, o modelo social e econômico. Potencializados os danos ambientais havidos pelo planeta e diminuída a qualidade de vida dos povos, mais recentemente acresce as alterações climáticas já percebidas, e agrupadas todas estas questões põe-se em xeque a

²⁰ La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. *Hacia un derecho penal económico europeo* – Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann p. 565-600.

²¹ Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial (Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal*, 2006. <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08.html> Consultado em 01/05/08.

²² Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. *ZStW*, 107, 1995, p. 286, apud José Miguel Zugladi Espinar, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, p. 158.

possibilidade de futuro promissor às próximas gerações. Enfim, o discurso entorno do meio ambiente concentra as discussões políticas, jurídicas e detém preocupações dos povos e nações.

De outro lado, o Direito Penal clássico de proteção de bens jurídicos se concentra numa relação individualizável entre autor e vítima. Seus critérios de atribuição proporcionaram segurança jurídica e assim se desenvolveram. Porém, tal como afirma Günther Heine, o Direito Penal não exclui que se integrem novas necessidades sociais de proteção.²³

A partir disso, e em obediência aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, atribui-se ao Direito Penal a necessidade de reacionar frente a lesão ao bem jurídico meio ambiente, tipificando na lei penal condutas lesivas a ele. Ora, se se imputa ao degradador ou poluidor (pessoa física) infração penal, com maior razão se fará à pessoa jurídica, eis que ela possui capacidade ofensiva de lesar o ambiente muito superior àquela da pessoa física. Trata-se aqui, também, de lógica jurídica e adoção de regras de proporcionalidade.

Some-se a isto a utilização das normas penais como instrumento hábil a criar a conscientização coletiva sobre determinado problema em obediência às novas exigências sociais, reconhecendo-se o efeito simbólico da norma penal para toda a coletividade.

Não obstante sejam várias as razões políticas e sociais que legitimam a intervenção do Direito Penal para tutelar o bem jurídico meio ambiente, e conseqüentemente atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, o impasse agora estabelecido reside na escolha ou composição de um modelo dogmático que fundamente a realização de uma imputação penal plena e legítima.

Dentre as possibilidades destacam-se: a) Expansão dos conceitos tradicionais do Direito Penal para abrigar a responsabilização da pessoa jurídica; b) Criação de um novo ramo do Direito denominado de Intervenção; c) Reformulação do sistema penal, tornando-o único às pessoas físicas e jurídicas; d) Criação de um sistema penal à margem do sistema tradicional exclusivamente para pessoas jurídicas.

Expandir os conceitos penais tradicionais para possibilitar a responsabilização da pessoa jurídica, ou reformular o sistema penal, tornando-o único às pessoas físicas e jurídicas; significa estender características antropológicas a quem não as tem, porém o sistema penal

²³ Accesoriadad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 46, p. 291.

as adota, o que geraria absoluta incongruência metodológica e contradições insolúveis.²⁴ Questões decorrentes do concurso de pessoas, nexos causal e outros não teriam coerência. Isto porque a dogmática foi construída a partir da concepção de que o delito se constitui na lesão de um bem jurídico, a partir da realização de uma conduta de um sujeito individual que o vulnera e causa dano a uma vítima.

Acerca da criação de um novo ramo do Direito, sustenta Winfried Hassemer, o Direito de Intervenção como sendo o mais adequado a responder aos problemas específicos das sociedades modernas, formando-o com elementos do Direito Penal, tipicidade, e ausência do juízo de culpabilidade, Direito Administrativo, quanto a sanções, Direito Civil, na parte de obrigações e contratos e aspecto dos mercados de capitais, proporcionando, em troca, flexibilização das garantias constitucionais, ex. permissão de obtenção de provas ilícitas etc. Objetivo deste ramo é a prevenção e impedimento de resultados danosos aos bens difusos.²⁵

Em sentido contrário a criação, disponibiliza-se o próprio texto constitucional, eis que o mesmo não autoriza o relaxamento das garantias fundamentais do cidadão.

Reconstruir os conceitos dogmáticos do Direito Penal, em consideração das particularidades da sociedade contemporânea, surge como necessidade imperiosa, possibilitando-se assim a responsabilização da pessoa jurídica, e lhe garante legitimidade e eficácia no combate ao delito.²⁶ A propósito, a tendência da moderna dogmática penal é a de funcionalizar conceitos servindo-se de critérios político-criminais,²⁷ ou normativos puros.²⁸

Enfim, para a estruturação de um sistema de delito capaz de justificar

²⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal** – prescrição funcionalista, p. 59.

²⁵ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**, p. 72.

²⁶ De acordo com esta posição: Claus Roxin, *Tem futuro o direito penal?* RT n.º 790, p. 474.

²⁷ Propõe o funcionalismo a flexibilização dos conceitos de ação e omissão, a reformulação da função da culpabilidade de limite e fundamentação da pena para considerá-la como limite da intervenção estatal, cabendo às necessidades preventivas a fundamentação da pena, posicionando-as lado a lado sob o conceito reitor de responsabilidade e modificando-se o objetivo da pena de retribuição e compensação da injustiça para a prevenção do dano, isto entre outras providências a seguir apontadas.

²⁸ “O Direito gera por si mesmo o contexto normativo; especialmente este não fica pré-configurado pela natureza. Esta é a idéia da normativização. Contudo, se se pretende que o Direito mantenha sua capacidade de conexão na vida cotidiana, não pode contradizer de maneira radical as constatações cotidianas consolidadas. Ex.: só pode ser pessoa jurídico-penal ativa, isto é, o autor ou participe de um delito, quem disponha de competência de agir de modo vinculado à estrutura social, precisamente o Direito. JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**, pp. 22 e 44.

a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é necessário obter a legitimação da intervenção penal a partir dos fundamentos materiais da imputação penal, da teoria dos fins da norma penal, da prevenção geral de condutas para a proteção de determinados bens jurídicos considerados importantes para a sociedade.²⁹ E mais, um modelo adequado a apresentar a estrutura da conduta e da culpabilidade. Caso contrário teremos a incidência da responsabilidade penal objetiva, o que seria inadmissível, daí muitos autores e legislações aderirem à imputação da pessoa jurídica a título de Direito Administrativo Sancionador,³⁰ e outros preferirem a ampliação da autoria.³¹

VI. Os modelos de imputação à pessoa jurídica

Com amparo em José Miguel Zugaldía Espinar, “os dogmas da dogmática são decisões e eleições primeiras de cadeias argumentativas não suscetíveis de uma fundamentação última (e por conseguinte, não excludentes de outras decisões racionalmente fundadas).³² Significa dizer que considerar a existência de um único conceito válido e verdadeiro de ação ou de culpabilidade, metodologicamente não é correto. Em face do exposto, alguns modelos são possíveis de construção.

1. O fato referêncial

Tal como acentua Zugaldía Espinar, uma construção coerente com os princípios constitucionais e dogmáticos tradicionais, nos conduz a compreender que o fato de referência é aquele que se estabeleça entre a

²⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa. **RPCP**, n. 7/8, p. 990.

³⁰ Na Alemanha admite-se a imposição de sanções à pessoa jurídica (Lei sobre contravenções - *Ordnungswidrigkeiten*), e prevê a imposição de multa administrativa (*Geldbusse*) não só por contravenções, mas também por delitos cometidos por seus representantes em benefício da empresa. Por sua vez, a Espanha adotou modelo intermediário estabelecendo consequências jurídicas preventivas e reafirmativas (acessória e atuação por outro, conforme arts. 31 e 129 do Código Penal de 1995), estabelecendo penalidades semelhantes àquelas previstas na Lei brasileira 9.605/98, tais como dissolução, suspensão de atividades etc. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal – prescrição funcionalista**, p. 59.

³¹ Nos termos do Código Penal espanhol, o ‘atuar por outro’, alarga a possibilidade da pessoa física ser considerada responsável criminalmente, compreendendo a atuação em nome de uma pessoa jurídica e a realizada a favor de outra pessoa natural, alcançando tanto o representante legal como o voluntário ou fático.

³² **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**, p. 138.

pessoa física que lesione ou ponha em perigo um bem jurídico (ação, resultado e imputação objetiva) e que sirva de base para a responsabilidade penal da pessoa jurídica.³³ E mais, o fato de referência se realizou no exercício de atividades sociais e em respeito às competências da pessoa física e jurídica. Equivale a dizer que a pessoa física atuou pela pessoa jurídica e dentro do seu marco estatutário.

A determinação do tipo subjetivo da pessoa jurídica obedece a regra de que deverá responder dolosamente ou imprudentemente, segundo os conhecimentos (dolo) ou desconhecimentos evitáveis (imprudência), do órgão ou de quem não deveria realizar o fato.³⁴

2. O modelo de responsabilidade indireta: o sistema vicarial

Conclui-se deste modelo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se deduz de modo indireto, isto é, advém da pessoa natural que praticou o delito. Trata-se de uma responsabilidade que é construída pela figura do representante, também chamada de teoria da identificação ou do *alter ego*. Noutras palavras, a pessoa jurídica é criminalizada em razão da ampliação feita sobre a pessoa física, o que acarreta afirmar que aqui a pessoa jurídica é objeto da pessoa física, conquanto seja aquela a punida.

A crítica insuperável a este modelo recai sobre por qual motivo empresas devem ser consideradas responsáveis penalmente por atos praticados por seus empregados, ainda que em seu benefício, pois aqui teríamos uma extensão objetiva da responsabilidade penal à pessoa jurídica.³⁵

3. A responsabilidade direta

Sustenta esta posição a afirmativa de que a pessoa jurídica deve responder por sua própria ação ou culpabilidade, sem que seja necessário pronunciar-se sobre o comportamento da pessoa física. Para tanto, é necessário construir uma teoria do delito para a pessoa jurídica, e que normalmente redefina as categorias da imputação penal individual.³⁶

³³ Op. cit., p. 216.

³⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 223.

³⁵ Entre nós é verificar-se o emprego da responsabilidade civil como referência obrigatória na fundamentação da dogmática penal, vid. Fernando Galvão, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 67; Também MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*, p. 170-171.

³⁶ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 181.

Considera que pessoa física e jurídica são sistemas que atuam conjuntamente, ainda que possam ser responsabilizadas separadamente.³⁷ Em seguida, sendo o tipo objetivo praticado pela pessoa física, estabelece-se critérios normativos de imputação que permitem considerar a pessoa jurídica autora do fato e suscetível de impor-lhe a pena prevista na lei. Sucede que o comportamento da pessoa jurídica é o das pessoas físicas (com poder de decisão) que a integram. Porém, diz Zugaldía Espinar, não é a responsabilidade destas que torna responsável a pessoa jurídica, mas sim os “critérios normativos de imputação” do fato referência (o da pessoa física) à pessoa jurídica.³⁸ Ou seja, se trata de determinar sob quais condições normativas se pode atribuir diretamente o fato à pessoa jurídica como próprio, ainda que entre ambas haja uma acessoriedade ou concorrência.

Portanto, não se trata de transferir o fato da pessoa para a empresa, tampouco afirmar que o cometido pela pessoa natural equivale ao da pessoa jurídica

4. O funcionalismo

4.1 A concepção de Tiedemann

Noutro sentido, e considerado por muitos o maior precursor do Direito Penal Econômico, leciona Klaus Tiedemann que também no âmbito empresarial possibilita-se o cometimento de delitos ligados a sua existência. Identifica o autor que o Direito Penal tradicional é incapaz de atuar com eficiência na prevenção e retribuição destas condutas dado o funcionamento da pessoa jurídica, sendo necessário desenvolver uma dogmática penal adequada para responsabilizar a pessoa jurídica.³⁹ Para proceder a esta imputação, parte de critérios dados pelo Direito Civil e Direito Administrativo, onde as suas estruturas e importância decidem as suas obrigações. Em suma, preconiza que havendo falta de organização atribui-se a infração à pessoa coletiva, isto porque elas também são destinatárias das normas jurídicas e estão revestidas por um caráter ético. Deste modo, a organização correta da pessoa jurídica é o seu próprio dever, e não apenas das pessoas físicas.

³⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**, p. 143.

³⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 143.

³⁹ Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º 11, p. 28 e 32.

4.1.1. Os modelos de responsabilização da pessoa jurídica

Antes de apresentar a sua compreensão teórica, Tiedemann sintetiza os modelos concebidos entorno da responsabilização da pessoa jurídica pelos danos⁴⁰:

1. responsabilidade civil, que será subsidiária ou cumulativa da pessoa jurídica pelos delitos cometidos por seus empregados;
2. medidas de segurança, integradas no sistema moderno do Direito Penal, porém sem negar que procedem do Direito Administrativo;
3. sanções administrativas (financeiras e outras) impostas por autoridades administrativas, que chegam a se constituir num regime “quase penal”;
4. uma verdadeira responsabilidade criminal, introduzida em muitos países, com a necessidade de que o Direito Penal não desatenda as diferenças de fato que existem entre o autor físico e a pessoa jurídica;
5. medidas mistas de caráter penal, administrativa ou civil, tais como a dissolução da pessoa jurídica ou a sua colocação em “curatela”, ou “administração forçada – *public interest director*”, ou colocação à prova – *corporation's probation*”, e, por fim, a prestação de serviço pela pessoa jurídica. Nestes sentidos, destacam-se os códigos penais francês e peruano e as legislações americanas e australianas.

O modelo propugnado pela responsabilidade civil das pessoas jurídicas apresenta-se através das multas pronunciadas contra seus dirigentes, e poderá ser cumulativa ou subsidiária. Afirma-se que este modelo é clássico em países que recusam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante outros países a mantêm junto a responsabilidade penal.

Sobre as medidas de segurança atribuídas as pessoa jurídicas em face de sua perigosidade, tais como o confisco, o fechamento do estabelecimento, ou suspensão das atividades, ao dizer de Tiedemann, estas não se revestem de caráter preventivo considerável, ao argumento de que privar o autor (pessoa física ou jurídica) apenas do enriquecimento obtido com o ilícito não constitui uma sanção idônea. Melhor se se aplicasse uma pena em dinheiro de duas ou três vezes mais que o valor do prejuízo, o que fatalmente levaria as empresas à dissolução.

Acerca do modelo propugnado pela aplicação de medidas de caráter penal, administrativa ou civil, de nítido conteúdo pragmático e curativo,

⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 91-94.

portanto, de natureza não-penal, é certo que as dificuldades práticas são enormes e vão desde a não localização de pessoas aptas a administrar ou vigiar até os riscos de ter de pagar pelos prejuízos, danos etc.

De comum entre estes modelos é a dúvida acerca da efetividade da prevenção criminal no âmbito empresarial.

Já quanto ao sistema propugnado pela aplicação de sanções administrativo-penais, *Geldbusse* (multa) ou quase penais, permite punir as agrupações com sanções intimidatórias e possuem finalidade preventiva e retributiva, não obstante não possuam caráter ético ou moral.⁴¹

Assevera Tiedemann, que este sistema quase-penal ou de sanções administrativo-penais pode ser considerado suficiente, porém, desde que sofra algumas reformas, como por ex. através da “introdução de um adequado direito da prova, possibilidade de apelar para um juiz penal ou administrativo, publicidade das sanções” etc.⁴²

Da extensa lista de países adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica,⁴³ há de se destacar a posição de vanguarda adotada na Suíça, que vinculou a responsabilidade penal das empresas (não unicamente das pessoas jurídicas) à reprovação por não ter tomado as medidas necessárias de organização para prevenir a realização do delito.

No direito anglo-saxão, diz Tiedemann, primeiramente a responsabilidade penal da pessoa jurídica recaiu sobre os delitos imprudentes e de omissão, depois para os *public welfare offences*, e finalmente para todos os casos, ainda que na prática se aplique à delinquência empresarial.⁴⁴

Nesta concepção, o agente superior (órgão ou diretor) é considerado como o cérebro e o “alter ego” da associação, de maneira que sua atuação é a da pessoa jurídica (doutrina da identificação). Por sua vez, um agente subordinado, de nível inferior, seria apenas o braço da entidade jurídica, o que quer dizer que aqui também a responsabilidade não seria pessoal, mas sim está baseada na idéia da delegação ou imputação (*vicarius liability*). Nota-se a formulação de uma responsabilidade penal sem culpabilidade ou desvinculada de uma prova de culpabilidade (*strict liability*), seja para a pessoa jurídica, seja para a pessoa física.

⁴¹ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 98.

⁴² TIEDEMANN, Klaus. *Idem*, p. 98.

⁴³ Inglaterra, Escócia, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Noruega, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Japão, Bélgica, França, cfe. TIEDEMANN, Klaus. *Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 99.

⁴⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 100.

Reafirma Tiedemann que as dificuldades dogmáticas tradicionais para apontar à pessoa jurídica a responsabilidade penal residem na ação, culpabilidade e capacidade penal. A ação porque está sempre ligada ao comportamento humano. A culpabilidade porque significa uma reprovação ética ou moral, e estaria excluído no caso das pessoas jurídicas. E, por fim, quanto a capacidade penal, pelo fato de as pessoas jurídicas não serem destinatárias de penas criminais com finalidades preventivas e retributivas.⁴⁵

Acerca da ação, há uma tendência que busca estabelecer a responsabilidade do chefe da empresa pelos fatos constitutivos do delito cometido por seu empregado, sob a condição de que poderia ter impedido a comissão. Aqui a pessoa jurídica seria um autor indireto ou funcional, como dizem os holandeses; ou autor moral como dizem os portugueses,⁴⁶ e é por isto que no direito anglo-saxão surgiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os delitos de omissão e imprudentes, porque aqui a ação física é a violação de medidas e expectativas normativas para imputar um resultado nocivo a uma pessoa natural.

Em conclusão, portanto, parte da consideração de que a ação da pessoa física é ação da pessoa jurídica, responsabilidade cumulativa, porque surge dos atos ou omissões de parte dos órgãos ou representantes legais, juridicamente qualificados para atuar em nome da empresa. Significa dizer, noutras palavras, que a pessoa moral atua através de seus órgãos, e por isto reconhece-se a sua capacidade de ação.

Também sobre a culpabilidade da pessoa jurídica surgem alguns fundamentos bem interessantes. Nos Estados Unidos, Japão, Itália, Países Baixos, Noruega e Suíça, falam em falta de organização o que tornaria possível a realização da infração pela agrupação e determinaria a responsabilidade penal.⁴⁷

Há também o pensamento de que estrutura a idéia do risco da atividade empresarial para legitimar *de lege ferenda* sua responsabilidade penal ou para justificar a imputação dos delitos de seus representantes às empresas. Nesta linha, discorre sobre o critério da “vantagem econômica” que a empresa obtenha de sua atividade delituosa como base da imputação.

Outra tendência fala em culpabilidade fundada não só na imputação, senão em critérios que tradicionalmente são conhecidos do Direito Civil.

⁴⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁶ *Idem*, p. 103.

⁴⁷ TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**, p. 105

Aqui a imputação limita-se a questões psicológicas de intenção, motivo etc. Já a pessoa jurídica, refere-se a imprudência e delitos omissivos. A intenção delituosa se daria através da *corporate culture*, que será, também um critério legitimador da punibilidade da agrupação, senão constitui a própria culpabilidade.

Na posição de Tiedemann, a culpabilidade a ser atribuída deve ser a da própria pessoa que se vai condenar. A Corte de Justiça da Comunidade Européia fala em culpabilidade determinada segundo critérios do Direito Civil e Administrativo, onde a estrutura e a importância da empresa decidem as suas obrigações, por ex. de informar as regras jurídicas existentes.

Também Tiedemann fala em “falta de organização” como legitimação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que permitiria a imputação da culpabilidade individual dos dirigentes à empresa.⁴⁸ Nesta estrutura, há uma transferência da culpabilidade dos órgãos da empresa para esta, desde que provada a ação ou omissão da pessoa natural e a sua culpabilidade.

Por sua vez, se em sociedade falamos de culpabilidade da pessoa por uma infração penal-ambiental, e ela não está isenta de vestígio ético ou moral, tem-se que ela não está baseada apenas da imputação da culpabilidade de outro. Reconhecer no Direito Penal a culpabilidade (social) da empresa significa expor as conseqüências da sua realidade social e por outro lado as obrigações correspondentes aos direitos da empresa. Tampouco é impossível introduzir por via legislativa o conceito de culpabilidade coletiva junto a culpabilidade individual, se se segue um ponto de vista ideológico que reservará aos indivíduos a responsabilidade na sociedade.⁴⁹

Em suma, concebe Tiedemann a culpabilidade da pessoa jurídica por defeito de organização, não extensiva à pessoa natural, sem se olvidar que a norma jurídica violada também se dirige a ela empresa, e sua violação merece uma reprovação social.

Quanto aos fins da pena, assevera Tiedemann que ela tem natureza retributiva e preventiva. Pelo primeiro fim, as pessoas jurídicas por possuírem patrimônio podem sofrer sanções patrimoniais. Acerca dos efeitos preventivos, quanto aos órgãos da empresa estes serão intimidados

⁴⁸ TIEDEMANN. *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁹ p. 107. No mesmo sentido: TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 11, p. 28 e ss.

pela condenação criminal e reforçarão sua mentalidade de obediência às normas jurídicas. Também a pessoa jurídica será intimidada para que não reincida no delito.⁵⁰

Enfim, no sistema proposto por Tiedemann impõem-se sanções às pessoas física e jurídica, o que se denomina de punição paralela.

4.2. A concepção de Heine

Sob o pensamento funcionalista, constata Heine que qualquer tentativa de solução que tome como ponto de partida a idéia de uma comparação entre a pessoa física e a jurídica está destinada ao fracasso, porque elas, em sua opinião, não são suscetíveis de comparação. A pessoa jurídica constitui um sistema que funciona, tal como a pessoa física. Aqui, o fato referência não deve ser tomado em consideração, ao contrário, ele é prescindível.

Para estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica, Günther Heine discorre sobre três modelos. Pelo primeiro, o ato do órgão como ação incorreta da empresa (teoria da identificação), isto porque uma corporação deve ser identificada com as pessoas que de maneira ativa são responsáveis por ela. No segundo, organização deficiente da corporação, implica na assertiva de se estabelecer a responsabilidade pelo dever de vigilância tendo em vista os riscos empresariais e a esperada organização. Por isto diz Heine, não é necessário que se verifique se o ato é obra de um representante da empresa, porém devem estar presentes deficiências em sua organização. No terceiro modelo (princípio de causalidade), o Estado deixa de verificar os erros cometidos no contexto das empresas porque ele não reúne condições de fazê-lo em razão da complexidade da sociedade industrial, por conseguinte renuncia completamente a prova de tais erros. É suficiente comprovar a organização complexa de uma empresa para poder imputar-lhe, como causadora, determinadas desordens sociais, por exemplo, a violação de determinados valores fixados pelo Estado.

Posto isto, decorre da leitura de Heine que ele não está disposto a redefinir as categorias do delito, tampouco introduzir variante para facilitar a sua aplicação à pessoa jurídica, e por isto elabora um sistema diferente.

O sistema de imputação proposto por Heine tem como características estabelecer os critérios de imputação em função da teoria da elevação do risco específico do âmbito da empresa e de maneira culpável. Para tanto,

⁵⁰ P. 108.

leva em consideração a situação individual da empresa, particularmente, o seu ramo de atividade e os riscos que dele advêm baseados em dados tecnológicos (teoria da produção de novos riscos tecnológicos). Nota-se que a empresa assume a condição de garante de controle (*Überwachungsgarant*),⁵¹ e para ser configurada e provada a sua imputação mister que estejam presentes os requisitos da administração incorreta do risco ou atividade de risco defeituosa (*fehlerhaftes Risikomanagement*), e que este origine a materialização do perigo típico da empresa (*betriebstypisches Gefahreverwirklichungs*) ou o próprio dano.⁵²

Em suma, esta teoria determina os critérios de imputação que permitem afirmar que a pessoa jurídica aumentou o risco da empresa de maneira culpável.⁵³ Outrossim, e em razão das particularidades da pessoa jurídica nenhum dos conceitos formulados à pessoa natural deve ser utilizado.

Ou seja, o objeto de imputação à pessoa jurídica é o aumento do risco próprio da atividade da empresa, da que é garante, e que incorreu em atividade de risco defeituosa ou administração incorreta do risco, e esse risco tenha se realizado em lesões ou colocações em perigo do bem jurídico protegido. Neste sentido, é irrelevante o comportamento individual errôneo.⁵⁴

Quanto a autoria da pessoa jurídica, sustenta que a capacidade de um indivíduo para atuar como autor desaparece nas modernas formas de agrupação em razão da descentralização e diferenciação das competências. Na era do *lean management* ou do *top quality management*, a capacidade para atuar como autor pode decompôr-se, penalmente, em funções estratégicas e operativas: uma grande empresa moderna adquire, finalmente, capacidade de atuar mediante a coordenação de diversas tarefas mais ou menos autônomas relacionadas às seções empresariais e às divisões administrativas.⁵⁵

Assim, cria Heine a teoria do domínio de organização funcional-sistemática (*funktional-systematische Organisationsherrschaft*) em contraposição à teoria do domínio do fato (*Tatherrschaft*) do Direito Penal

⁵¹ Idem, p. 69.

⁵² Idem, p. 69.

⁵³ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁴ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁵ **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas**: una perspectiva comparada, p. 51-52.

individual. A organização defeituosa se dá quando a empresa não aproveita a possibilidade de tomar medidas a tempo para evitar riscos ou quando desatende os programas de inversão.

Logo, a realização de um risco típico da atividade empresarial (perigo e resultados típicos da empresa) deve se entender como condição objetiva de sanção (*objektive Ahndungsbedingungen*), isto porque o resultado no Direito Penal das empresas não é produto de um comportamento dominado pela vontade de um autor, senão que é percebido como consequência de processos acumulativos de uma administração deficiente ocorrida durante longo tempo. A relação entre esta condição objetiva de punibilidade e a administração defeituosa do risco é regida pela teoria do aumento do risco próprio das organizações, ao invés da causalidade estrita.⁵⁶

Neste contexto, a pessoa jurídica torna-se autora quando não toma a iniciativa de eliminar os riscos previsíveis, embora esteja no seu alcance, originando o domínio de organização defeituosa (teoria do domínio de organização funcional-sistemático), típicos da atividade empresarial. Tem-se então presentes a imputação e a condição objetiva de punibilidade.⁵⁷

Acerca do dolo, da culpa e da consciência da ilicitude da empresa, estes também devem ser determinados de modo funcional-coletivo, isto é, de acordo com a natureza da pessoa jurídica. Para Heine, os elementos subjetivos são fixados de acordo com critérios sociais, não mais através do conhecimento real do autor.

A imputação da culpabilidade se denomina “culpabilidade pela condução da atividade empresarial” (responsabilidade integral da empresa no tempo por desenvolvimentos sistêmicos defeituosos de investigação, planejamento, produção e organização). Resulta que a culpabilidade será pró-ativa quando as práticas e os comportamentos corporativos são inadequados para prevenir a realização do delito; e reativa, que é a reação ou resposta corporativa frente ao fato delitivo.⁵⁸

Quanto a “categoria pela condução da empresa, forma de responsabilidade específica da empresa, obriga o juiz a justificar a diferença do que ocorre em matéria civil ou administrativa, que considerou na individualidade da empresa concreta.”⁵⁹

Enfim, extrai-se do pensamento de Heine que a imputação penal da pessoa jurídica é normativa e se materializa a partir de uma incorreta

⁵⁶ Idem, p. 70.

⁵⁷ Idem, p. 70-71.

⁵⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁹ Idem, p. 71.

gestão de riscos e sua elevação, posição de garante, realização do risco e má gestão no evitar do risco.

VII. A posição da jurisprudência brasileira

Compulsando alguns arestos, o que se percebe é que os Tribunais de um modo em geral superaram o princípio do *societas delinquere non potest*, e reconhecem a previsão constitucional da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, art. 225, § 3.º, regulamentada, posteriormente, pela Lei Federal 9.605/98, em seu art. 3.º e ss., para admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Outrossim, exigem que haja imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício (mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social), uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (*nullum crimen sine actio humana*).⁶⁰

Em suma, manifesta-se a adesão ao sistema da dupla imputação, que reconhece a co-existência de um fato protagonizado pelo ente coletivo, sendo este imputado à pessoa jurídica como unidade independente, e de outra parte, a atribuição tradicional às pessoas físicas que integram a pessoa jurídica.⁶¹

Porém, é certo também que os julgados em geral não se aprofundam quanto as questões entorno da ação ou omissão, dolo ou culpa, nexo de causalidade, culpabilidade e finalidade da pena.⁶²

Ou ainda, “a autoria da pessoa jurídica deriva da capacidade jurídica de ter causado um resultado voluntariamente e com desacato ao papel social imposto pelo sistema normativo vigente. Esta é a *ação* penalmente relevante. O sócio administrador foi apenas o protagonista do desenvolvimento das atividades empresariais que visava ao lucro.

⁶⁰ BRASIL. STJ, Resp nº 564960/SC, 5.ª Turma, DJ de 13/06/2005; STJ, RMS 16696/PR, 6.ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 13/03/2006; STJ, Resp 610114/RN, 5.ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 19/12/2005; TJSC, RCR n. 03.003801-9, de Curitiba, Rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 01.04.2003.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal** – parte geral – Teoria constitucionalista do delito, p. 97. Também: BRASIL, STJ, Resp nº 564960/SC, 5.ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005; STJ, Resp nº 889.528 – SC, Rel. Min. Félix Fischer.

⁶² Merece particular menção o acórdão do (BRASIL) TRF 4.ª Região. MS nº 2002.04.01.013843-0/PR, 7.ª Turma, Rel. Des. Fábio Bitencourt da Rosa, DJU 26/02/2003, p. 914 e ss., pelo enfrentamento da matéria.

Submetendo-se a esse papel representa a responsabilidade social penal, e também a individual penal, ou seja, a pessoa jurídica e o sócio serão réus na ação penal.”⁶³

Quanto ao elemento subjetivo propriamente dito, “o colegiado mantém o poder decisório, direciona a ação final da pessoa jurídica, os rumos do investimento. A decisão sobre a conduta adequada, dentro da margem de risco permitida, parte da gerência.

Quando são vários os indivíduos encarregados da administração, basta que um dirija a vontade da empresa para certa atividade, sem a previsão exigível, para que se considere consumado o crime culposos da pessoa jurídica. Tal não acontecerá, certamente, se o administrador tiver traído os objetivos contratuais, regulamentares ou regras costumeiras do empreendimento.”⁶⁴

Acerca da culpabilidade da pessoa jurídica, há o entendimento de que se trata de responsabilidade social, e neste contexto limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.⁶⁵ Logo, o objeto de censura resultante da norma só pode ser a ação praticada pela empresa, que se traduz no comportamento do administrador em nome e em proveito da pessoa jurídica.⁶⁶

Quanto a pena, sua natureza e fins, habitualmente sustenta-se a idéia da retribuição, porém merece destaque: “a pena visa prevenir o crime, não castigar ou remendar o defeito psicológico ou moral. E, nessa dimensão, pode ser aplicada tanto a pessoas naturais como a pessoas jurídicas. Estas, ao sofrer a sanção, corrigirão seu defeito de organização.”⁶⁷

Conclusão

Superados os primeiros embates sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, ainda que mantenha-se presente posição contrária, porém minoritária em face da dogmática internacional e jurisprudência brasileira, entre nós sustenta-se a responsabilidade indireta para a pessoa coletiva, precisamente vinculando-a ao seu órgão ou representante legal. Sob este entendimento ela é condenada, não obstante o pensamento jurídico-brasileiro não tenha se filiado à dogmática funcionalista, notadamente de

⁶³ TRF 4.^a Região. MS nº 2002.04.01.013843-0/PR, 7.^a Turma, *op. cit.*

⁶⁴ TRF 4.^a Região. MS nº 2002.04.01.013843-0/PR, *op. cit.*

⁶⁵ BRASIL. STJ, Resp 610114/RN, 5.^a Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 19/12/2005.

⁶⁶ BRASIL. TRF 4.^a Região. MS nº 2002.04.01.013843-0/PR, *op. cit.*

⁶⁷ Idem.

Heine, que indiscutivelmente estabelece um sistema dogmático harmônico e hábil o bastante para legitimar a imputação jurídico-penal à pessoa jurídica.

Referências:

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

BELLO FILHO, Ney de Barros., **Crimes e infrações administrativas ambientais : comentários à Lei nº 9.605/98**. 2.^a ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.65/ed.esp., abril 1998.

_____. **Manual de direito penal – parte especial**. 6.^a ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**, 3.^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967, Tomo 2.^o

CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal na constituição**. 3.^a ed. São Paulo : RT, 1995

_____. **Questões penais** : Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José e CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na constituição**. 3.^a ed. São Paulo : RT, 1995

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones Basicas sobre la Responsabilidad de las personas jurídicas, de otras personas y de agrupaciones y asociaciones de personas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, nº 27. São Paulo : RT.

_____. *Culpabilidad y punición de las personas jurídicas? El funcionalismo en derecho penal* (libro homenaje al profesor Günther Jakobs). Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, Vol. I.

_____. **Prevención general positiva:** estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs. Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Madrid : Civitas, 2008.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela penal do patrimônio cultural.** São Paulo : RT, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de, e FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza.** 8.^a ed. São Paulo : RT, 2006,

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica,** Belo Horizonte : Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – parte geral – Teoria constitucionalista do delito.** São Paulo : RT, 2004, vol. 3.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial (Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Eletrónica de Ciência Penal,** 2006. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08.html> Consultado em 01/05/08.

GRACIAMARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas. **Revista Peruana de Ciencias Penales,** n. 4. Lima : Jurídica Grijley, 1994.

_____. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho español. **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo.** Madrid : Boletín Oficial del Estado, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad.** (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal). Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.

HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente. Trad. Paz M. de la Cuesta Águado. **Anuário de direito penal y ciências penales.** Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993.

_____. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas:**

una perspectiva comparada. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozo. Valencia : Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal** – parte general. – *fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1995.

_____. **Punibilidad de las personas jurídicas? El funcionalismo en derecho penal** (libro homenaje al profesor Günther Jakobs), Trad. Carlos J. Suárez González. *El funcionalismo en derecho penal* - Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, Vol. I.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid : Civitas, 2003.

LECEY, Eládio. **Direito ambiental em evolução**, 2.^a ed. 4.^a tiragem. Organiz. Vladimir Passos de Freitas, Curitiba : Juruá, 2006.

LEVORATO, Danielle Mastelari Levorato. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais**, São Paulo : RT, 2006.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal** – prescrição funcionalista. São Paulo : RT, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 4.^a ed. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2007.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.65/ed.esp., abril 1998.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 2.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : RT, 2001

PRADO, Luiz Régis. **Crime ambiental**: responsabilidade penal da pessoa jurídica. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.65/ed.esp., abril 1998.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Coord. Luiz Régis Prado. São Paulo : RT, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Coord. Luiz Régis Prado. São Paulo : RT, 2001.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Trad. de Luís Greco. **Revista dos Tribunais**, n. 790. São Paulo : RT, 2001.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo : RT, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. *Hacia un derecho penal económico europeo* – **Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann**. Madrid : Boletín Oficial del Estado, 1995.

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 : RT, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º 11. São Paulo : RT, 1995.

_____. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. **Jornadas sobre la reforma de la justicia**. Trad. Diego Iniesta. Castelló : Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997.

_____. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. 2.ª ed.

Trad. Manuel Abanto Vasquez. Lima : Grijley, 2007.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal.** - Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona : Ariel, 1964.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Valencia : Tirant lo Blanch, 2008.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n.º 7/8. Lima : Jurídica Grijley, 1998.