

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA – A PESSOA JURÍDICA PODE DELINQUÏR?

ADIRSON ANTÔNIO GLÓRIO DE RAMOS
Major da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais

RESUMO: A responsabilidade penal da pessoa jurídica está ganhando novos contornos, fazendo com que haja uma reconstrução da dogmática tradicional onde as noções de ação e de culpabilidade foram construídas em torno da pessoa natural tendo como ponto de partida o homem, excluindo-se a pessoa jurídica. Nesse contexto, se destacam a corrente romano-germânica e a dos países filiados ao *Common Law*, cujo antagonismo ou dualismo jurídico-criminal é relativizado a partir da interação e auto-influência dos sistemas, fazendo com que o direito caminhe para a plenificação da responsabilidade penal do ente coletivo, principalmente em face da nova criminalidade, com destaque para os crimes econômicos e ambientais. Faz-se mister operar uma verdadeira reconstrução do ponto de partida da dogmática atual, tradicional, centrada no homem, para conceitos de ação e de culpabilidade ponto de partida a sociedade e, não, o homem.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade penal; *Common Law*; corrente romano-germânica.

ABSTRACT: The criminal liability of the legal entity is gaining new contours, and thus re-building the traditional dogma in which the culpability and action notions were based on the natural person (the legal entity is excluded). In this context, the Roman-Germanic branch and the Common Law, whose antagonism or legal-criminal dualism is relativized by means of the interaction and auto-influence of the systems, are quite detached from each other. Thus, Law steps towards thoroughness of criminal liability of the collective entity, due to the new criminality, especially the economic and environmental crimes. It is of the utmost importance to operate a real shift in the current, traditional dogma, from its center in the man to the culpability and action concepts centered in the society.

KEY WORDS: criminal liability; Common Law; Roman-Germanic branch.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Antecedentes históricos. 2.1. Babilônia. 2.2. Índia. 2.3. Direito hebreu. 2.4. Direito romano. 2.5. Os glosadores. 2.6. Os canonistas. 2.7. Os pós-glosadores. 2.8. Direito muçulmano. 2.9. Direito francês. 2.10. Direito português e brasileiro. 2.11. Contornos atuais. 3. Teorias da ficção, da realidade e do status. 3.1. Teoria da ficção. 3.2. Teoria da realidade. 3.3. Teoria do status. 4. A dogmática jurídico-penal. 4.1. Argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 4.2. Argumentos favoráveis à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A máxima expressada por meio do brocardo latino *societas delinquere non potest* (a sociedade não pode delinquir) prevaleceu soberana e majoritária por um longo tempo. Entretanto, o pensamento humano evoluiu e com ele o Direito. Esse brocardo latino foi assumido como um princípio na interpretação do direito penal, significando para a tradição germânica que não se pode ou não se poderia responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica, uma vez que o juízo penal de condenação somente é afeto ao indivíduo como pessoa física, o que foi reforçado com a distinção entre pessoa física e pessoa jurídica (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 34).

Atualmente, o entendimento de que à sociedade era inaceitável a sua punibilidade a título penal está ganhando novos contornos e juristas consagrados passam a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, antes reservada às searas do direito administrativo e do direito civil fazendo surgir um forte movimento com vistas à responsabilização penal da pessoa jurídica, principalmente no âmbito dos delitos econômicos e ecológicos. O tema é atual, bastando reportar à legislação estrangeira, em especial a entrada em vigor do novo Código Penal francês, a partir de 1994, quando se viu uma verdadeira responsabilidade das pessoas jurídicas ou morais. Cabe ressaltar ainda o anteprojeto suíço, as propostas de lei belga e canadenses em 1993 e a Recomendação 18 do Conselho Europeu, de 1988. No Brasil, tem-se o disposto no art. 173, § 5º, da Constituição Federal. Na Alemanha, doutrinariamente foram publicadas, no período de 1993 a 1994, cinco monografias abordando o tema, além do crescente número de artigos publicados em revistas jurídicas (TIEDEMANN, 1999, p. 25).

Sendo de ampla discussão na atualidade, a possibilidade de aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas encontra duas correntes antagônicas. Os países de cultura jurídica romano-germânica, dentre os quais Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica, Grécia, Suécia e Suíça, em que o princípio *societas delinquere non potest*, encontra-se fortemente sedimentado na doutrina, admite-se a punibilidade das pessoas jurídicas apenas administrativa ou civilmente, apesar do amplo debate que se tem travado em torno do assunto. Por outro lado, países como a França, Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos e Austrália, em suma, nos países de origem anglo-saxônica em que vigora o *Common Law*, admite-se a punibilidade ou responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesses países tem-se o princípio *societas delinquere potest*.

No entanto, esse antagonismo ou dualismo jurídico-criminal, é relativizado a partir do momento em que os sistemas se interagem ou se auto-influenciam. A título de exemplo, países de tradição romano-germânica como a Holanda, a França, a Finlândia e Dinamarca vêm admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo relevante mencionar que alguns países europeus têm previsão legal para tal tipo de responsabilidade.

Portanto, são duas as correntes que discutem a possibilidade de aplicar ou não sanções penais às pessoas jurídicas. Nos países filiados ao sistema jurídico romano-germânico, por sinal a maioria, vige o princípio de que a sociedade não pode delinquir, sendo inadmissível a sua punibilidade na seara penal, admitindo que ao ente coletivo cabe a aplicação de sanção somente de cunho administrativo ou civil. Por outro lado, nos países anglo-saxões e naqueles que receberam suas influências vige o princípio do *Common Law*, admite-se a responsabilização penal da pessoa jurídica (BITENCOURT, 1999, p. 51).

No Brasil a discussão teve início praticamente com o advento da Constituição de 1988 (art. 173, § 5º, e art. 225, § 3º) e da lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, as quais diante de muita controvérsia possibilitam responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, o que em tese vai de encontro ao Direito alemão e italiano, os quais influenciaram a legislação penal brasileira. Observa-se que no Direito brasileiro a discussão em torno do tema também é divergente. Autores consagrados, verdadeiros destaques revelados pela doutrina brasileira sustentam com veemência a inconstitucionalidade da disposição contida no art. 3º da Lei nº 9.605/98, “[...] contestando que a Lei Fundamental de 1988, em seus artigos 173, § 5º, e 255, § 6º, tenha autorizado a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, e enfatizam que as pessoas morais (como gostam de designar os franceses) só se sujeitam a sanções administrativas” (SOUZA, 2004, p. 26), dentre os quais elenca-se René Ariel Dotti, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, Luiz Régis Prado e José Cretella Júnior. Em oposição à tese pode-se relacionar publicistas de estirpe, dentre os quais José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, Pinto Ferreira e ambientalistas como Paulo Afonso Leme Machado e Vladimir Passos de Freitas (SOUZA, 2004, p. 26).

O art. 173, § 5º, da Constituição preconiza que “[...] a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia em particular”, abrindo espaço para uma nova interpretação dogmática. Assim, a corrente que contesta a tese de que a atual Constituição consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica baseada no dispositivo constitucional conclui que não há que se confundir a responsabilidade da pessoa jurídica com a responsabilidade pessoal de seus dirigentes, tendo a Constituição somente condicionado a responsabilidade do ente coletivo à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza. Assim, a responsabilidade penal continua a ser pessoal, nos termos do art 5º, inciso XLV, da CF/88 (BITENCOURT, 1998, p. 68).

Sobre os sistemas penais, nos países cujos sistemas se baseiam nos princípios do direito continental europeu está sedimentado o princípio *societas delinquere non potest* sendo, portanto, inaceitável a responsabilização penal da pessoa jurídica, admitindo-se somente a aplicação de sanções administrativas ou civis. Esse é o sistema adotado pela maioria dos países da Europa e da América Latina. Ao contrário, os países anglo-saxões e aqueles que receberam a influência do sistema admitem a responsabilização das pessoas jurídicas na seara penal. As questões pertinentes ao sujeito e à norma jurídica constituem o grande entrave para se admitir de forma plena a responsabilização do ente coletivo, fazendo com que a corrente doutrinária que se posiciona contrariamente ao instituto busque guarida na assertiva de que segundo a atual dogmática penal, a ação e a culpabilidade, bem como a função e a essência da pena são incompatíveis com a pessoa jurídica (BACIGALUPO, 1998, p. 29-30).

Nesse sentido, o tema adquire maior conflituosidade a partir do momento em que enxergamos como princípio basilar do direito penal a culpabilidade, centrada na imputabilidade, consciência da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa, argumento daqueles que se posicionam de forma contrária à responsabilidade penal do ente coletivo, desprovido de vontade no sentido psicológico (SOUZA, 2004). Assim, os argumentos “[...] para não se admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas resumem-se, basicamente, na *incompatibilidade* das pessoas jurídicas com os *institutos dogmáticos* da ação, da culpabilidade e da função e natureza da própria sanção penal” (BITENCOURT, 199, p. 52).

A sociedade moderna vive uma escalada crescente da criminalidade em que a complexidade de formas e meios para se praticar um ato delituoso, seja no campo ambiental, industrial, tráfico internacional de drogas, crimes econômicos e lavagem ou branqueamento de dinheiro, conduz à dificuldade de se individualizar, para fins de responsabilização penal, a pessoa física que praticou o ato com a devida consciência da ilicitude do fato, levando-nos a crer que um novo direito penal, direcionado à responsabilização penal da pessoa jurídica, possa ser uma das soluções para o enfrentamento dessas modalidades criminosas.

Nesse sentido, a sociologia nos ensina que a pessoa jurídica ou moral faz com que se crie um ambiente favorável, o qual incita as pessoas físicas ou materiais a praticarem delitos em benefício do ente coletivo. Assim, surge a idéia de não sancionar apenas a pessoa física, as quais podem ser trocadas ou substituídas por outras, mas também a pessoa jurídica utilizada ou beneficiada com a prática do ilícito, principalmente, num momento em que os delitos empresariais, ecológicos, contra o consumidor e aqueles envolvendo o crime organizado adquirem relevo. E não é por casualidade que o legislador europeu tem admitido, nos últimos 20 anos do século passado, algumas exceções ao dogma *societas delinquere non potest*, sobretudo em matéria fiscal e aduaneira. A realidade atual demonstra que a maior parte dos delitos da empresa ou socioeconômicos são cometidos com a ajuda de uma pessoa jurídica (TIEDEMANN, 1998, p. 27). Na prática jurídica, pode-se elencar

como relevantes, no que concerne à responsabilização penal da pessoa jurídica, os delitos econômicos com destaque para os relacionados ao meio ambiente, perigos do produto ou do serviço e perigo do transportador (terrestre, aéreo e marítimo), bem como os delitos praticados no âmbito da empresa, relacionados à administração desleal, contra a segurança coletiva, contra a propriedade intelectual e o delito fiscal (BACIGALUPO, 1998, p. 27-28).

Assim, nota-se que o direito penal tradicional, em face dos delineamentos da modernidade, mostra-se insuficiente perante as condutas ilícitas da pessoa jurídica. Entretanto, não se pode responsabilizar penalmente a pessoa jurídica de forma ampla e irrestrita, devendo-se ater a casos específicos e, nas situações em que o ilícito for praticado por pessoas ligadas à empresa (empregados ou prepostos) em benefício ou no interesse do ente coletivo e, por conseguinte, numa área perimetral da sua atividade, valendo-se, principalmente, do poderio econômico da pessoa jurídica, tendo como vítima a sociedade (SHECAIRA, 1998, p. 99-100).

2. Antecedentes históricos

Numa breve visão histórica, verifica-se que da Idade Antiga à Idade Média predominaram as sanções coletivas impostas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias, etc., havendo, contudo, uma certa oscilação, ora tendente ao individualismo, ora ao coletivo. Num delineamento histórico do tema, cabe ressaltar que a maioria dos ordenamentos jurídicos antigos e o Direito romano, principalmente, não conheciam, a princípio, a figura da pessoa jurídica (BACIGALUPO, 1998, p. 42-43).

Observa-se que a evolução do pensamento, seja no campo social seja no filosófico, reflete nos conceitos dogmáticos do Direito e, no direito penal, essa evolução acarretou no reconhecimento da responsabilidade individual, ou seja da pessoa física em detrimento da responsabilidade penal do ente coletivo (BITENCOURT, 1999, p. 52), sendo os conceitos construídos em torno do homem, pessoa natural, como sujeito de direito.

2.1. Babilônia

O Direito da antiguidade adotou a forma de responsabilização coletiva em que cada cidade ou vila tinha o seu próprio mundo ou regras jurídicas, caracterizando-se pelo localismo (SHECAIRA, 1998). O Código de Hamurabi, escrito por volta de 1780 a.C. preconizava em suas leis:

21 – Se alguém arrombar uma casa, ele deverá ser condenado à morte na frente do local do arrombamento e ser enterrado;

22 – Se estiver cometendo um roubo e for pego em flagrante, então ele deverá ser condenado à morte;

23 – se o ladrão não for pego, então aquele que foi roubado deve jurar a quantia de sua perda; então a comunidade em cuja terra e em cujo domínio [for praticado o roubo] deve compensá-lo pelos bens roubados;

24 se várias pessoas forem roubadas, então a comunidade deverá pagar uma mina de prata a seus parentes.

Assim, nessa responsabilização coletiva, tem-se que a pena aplicada passava da pessoa do condenado atingindo uma coletividade de pessoas (SHECAIRA, 1998), ou seja, toda a comunidade, a qual deveria efetivar a indenização, uma vez que, não sendo identificado o autor do roubo, há que se presumir que qualquer integrante da comunidade possa ser o autor, advindo-se daí o entendimento da responsabilização de toda a coletividade.

2.2. Índia

As legislações antigas tinham como características a influência da religião sobre as leis, chegando até mesmo à confusão. Na Índia, destaca-se o Código de Manu, o qual consagrava a aplicação da pena para além do condenado (SHECAIRA, 1998). Nota-se que a pena de morte era prevista para os crimes de falso testemunho, entretanto os seus efeitos ultrapassavam a pessoa do criminoso, atingindo toda a sua família, inclusive a geração futura (o nascituro).

2.3. Direito hebreu

A lei hebraica estabelecia tratamento absolutamente igualitário aos culpados pela prática do delito, independentemente da condição social, política ou religiosa, observando-se, contudo, que tinha características baseadas no sagrado, no religioso. Tem-se que a primeira punição coletiva surgiu com Adão e Eva em razão da prática do pecado originário no Jardim do Éden (Gênesis, cap. 3, versículos 16-24). O dilúvio, forma punitiva destinada àqueles que não cumpriram os mandamentos de Deus é outra forma de punição coletiva (Gênesis, cap. 6, versículos 5-7). Havia penas que atingiam até a quarta geração do condenado (Êxodo, cap. 34, versículo 7). Sodoma e Gomorra também são exemplo de penas coletivas na lei hebraica (SHECAIRA, 1998, p. 61-62).

2.4. Direito romano

Mesmo reconhecendo alguns direitos subjetivos a alguns determinados agrupamentos de pessoas, a pessoa jurídica dotada de personalidade, como é atualmente concebida, não era conhecida no Direito romano. No entanto, já se distinguia direitos e obrigações desse agrupamento ou conjunto de pessoas (corporações – *universitas*) e dos seus membros (*singuli*).

O município era considerado a *universitas* de maior importância, tendo Ulpiano afirmado que o ato do coletor de impostos, ludibriando os municípios ou contribuintes, locupletando-se às custas do alheio por meio de cobranças indevidas (desvio ou excesso de exação) poderia acarretar na responsabilização do município por meio da *actio de dolus malus*. Assim, observa-se que no Direito romano, *lato sensu*, teve início a formação do entendimento da responsabilidade delitiva da corporação,

considerada pura ficção, contudo ainda não se falava em responsabilidade penal. Assim, em razão da sua natureza ficta, as pessoas coletivas não podiam ser responsabilizadas criminalmente (SHECAIRA, p. 29, 1998).

2.5. Os glosadores

Os avanços econômicos, sociais e políticos do início da Idade Média fizeram com que as corporações adquirissem maior importância, fomentando, por parte dos glosadores, “[...] primeiros comentaristas do direito romano na Idade Média” (SHECAIRA, p. 31, 1998), o debate inicial sobre o tema. Nessa época os Estados começam a ser demandados em face dos excessos que cometiam contra a ordem social. Mesmo conhecendo a figura da corporação como sendo a união de pessoas titulares de direitos, os glosadores não formaram um conceito de pessoa jurídica, entretanto admitiam a sua capacidade delitiva, quando por meio do conjunto de seus membros praticava um ilícito. Assim, os glosadores admitiam a responsabilidade civil e penal dessas corporações ou *universitas*.

Para os glosadores, a *universitas* não se constituía numa entidade distinta dos seus integrantes, considerando-a ou identificando-a como sendo a totalidade de seus membros. Os atos e vontade de seus membros eram coincidentes aos atos e vontade da entidade e os ilícitos praticados pelos seus integrantes, quando agiam em seu nome, eram considerados como infrações das coletividades (SHECAIRA, 1998, p. 31), passando a ser admitida a possibilidade de se responsabilizar penal e criminalmente as pessoas coletivas. Conforme assevera Shecaira (p. 31, 1998): “Essa conclusão aflorou não só devido à distorcida interpretação dos textos romanos, mas também em face de, nesse período, serem numerosas as punições coletivas aos municípios, ou cidades, a quem eram retirados os privilégios, destruídas as fortificações, etc.”.

Na Idade Média, os glosadores limitaram-se a reconhecer à pessoa jurídica certos direitos e a admitir sua capacidade delitiva em face da prática de uma ação delituosa pela maioria de seus membros, acarretando assim, num delito próprio da corporação (BACIGALUPO, 1998, p. 46). Para os glosadores, a *universitas* respondia por seus atos nas searas cível e penal, sendo portanto, responsabilizada quando a ação era tomada por decisão da totalidade de seus integrantes.

2.6. Os canonistas

Os canonistas, no período medieval, admitiram a responsabilização penal do ente coletivo, entretanto, observa-se que o entendimento expressava o pensamento da Igreja Católica e afirmavam que os direitos não pertenciam à pessoa física ou fiéis, mas sim a Deus. A inspiração para tal afirmativa parece ter por base o trecho bíblico de Romanos 13:1: “[...] todo homem esteja sujeito às autoridades superiores; porque não há autoridade que não proceda de Deus; e as autoridades que existem foram por ele instituídas”. Assim, os canonistas elaboraram uma teoria que atendessem aos interesses da Igreja, sustentando que os integrantes ou membros da entidade

religiosa não são os detentores de direitos, mas Deus, por meio de seu representante na terra, surgindo nesse ponto a figura do Papa.

Os canonistas aceitam a capacidade jurídica da *universitas* elegendo a Igreja como sendo a corporação de maior importância, contudo elaboram uma teoria com o escopo de resguardar os interesses da Entidade e passam “[...] a sustentar que os titulares dos *direitos eclesiásticos* não são os membros da comunidade religiosa, mas Deus, na figura de seu representante terrestre” (BITENCOURT, 1999, p. 54), o que veio “[...] cristalizar o conceito de instituição eclesiástica, distinto do conceito de corporação adotado pelos glosadores, concebendo-a como pessoa sujeito de direitos” (BITENCOURT, 1999, p. 54), por ficção, dotada de capacidade jurídica. Essa corrente de pensamento não foi unânime, haja vista que encontrou no Papa Inocêncio IV o principal opositor, ao preconizar que “[...] a pessoa jurídica era uma entidade incorpórea, abstrata, não passando de uma ficção e, sendo assim, incapaz por si mesma de querer e atuar” (SHECAIRA, 1998, p. 33), desprovida, portanto, de capacidade delitiva criminal e que por ser sem alma, não poderia ser excomungada.

A “[...] concepção de pessoa ficta foi adotada pelos decretos papais seguintes, consagrada no Concílio de Lyon (1245) e na coleção de decretos de Jorge IX” (BITENCOURT, 1999, p. 55), sendo os canonistas os “[...] pais espirituais da moderna concepção de corporação”, cuja teoria carrega consigo a origem do dogma *societas delinquere non potest*. A partir dos canonistas, “[...] a pessoa jurídica passa a ser considerada uma pessoa ficta, cujo entendimento chega até nossos dias” (BITENCOURT, 1999, p. 55), assemelhando a teoria elaborada pelos canonistas à *teoria da ficção* do século XIX, concebida por Savigny.

Como os glosadores, os canonistas admitiam a prática de um delito por parte da corporação desde que existisse uma ação conjunta de todos os seus membros. Contudo, foram os canonistas os primeiros a distinguir claramente a *universitas* de seus membros, diferenciando a responsabilidade do ente coletivo e das pessoas físicas que a integram (BACIGALUPO, 1998, p. 51). Mas o entendimento no sentido de permitir ou aceitar a responsabilização do ente coletivo volta a ganhar notoriedade com “[...] a necessidade de punir certas corporações religiosas, cujo poderio se tornara inquietante” (SHECAIRA, 1998, p. 33). O pensamento canonista prevaleceu até fins do século XVIII, apesar dos pós-glosadores admitirem a capacidade delitiva da pessoa ficta.

2.7. Pós-glosadores

Assim como os canonistas, os pós-glosadores admitiram a *universitas* como sendo uma pessoa fictícia, contudo, entenderam ser ela capaz de praticar crimes. A interpretação atribuída aos primeiros glosadores não foi interrompida, haja vista que os pós-glosadores sofreram forte influência do direito canônico na concepção que tinham da *universitas*. “Bártolo, o mais importante autor para esse estudo, passou a dar um fundamento racional para a imputação às entidades coletivas do cometimento

de um crime. Para ele, se a entidade coletiva, filosoficamente, é uma ficção, ela é uma realidade jurídica” (SHECAIRA, 1998, p. 32), sendo, portanto, capaz de querer e atuar, tornando-se possível, juridicamente, imputar-lhe criminalmente uma conduta ilícita.

Assim, as associações seriam penalizadas como cúmplices ou como autoras principais dos atos delituosos, podendo a pena ser de natureza pecuniária, confisco, perda de privilégios e direitos de associação e, para os delitos de maior gravidade, poder-se-ia chegar à pena de dissolução, semelhante à pena de morte (SHECAIRA, 1998, p. 32). O delito praticado pela corporação seria considerado próprio quando a ação estivesse relacionada (*stricto sensu*) com a atividade ou deveres do ente coletivo, caso em que a corporação seria responsabilizada. No entanto, sendo o delito impróprio, ou seja, naquele em que a ação somente pudesse ser concretizada por meio de um representante, o responsável seria a pessoa física, desobrigando a *universitas* de qualquer responsabilidade (BITENCOURT, 1999, p. 55).

No fim da Idade Média, em face da corrente iluminista e influência dos jusnaturalistas (Direito natural), o autoritarismo do Estado e o poder de influência das corporações, forçados pelos ideais de liberdade e conquistas democráticas da Revolução Francesa, sofreram uma queda considerável, acarretando a modificação do pensamento, ou seja, uma nova concepção filosófica do indivíduo, do Estado e da sociedade, passando-se à aceitação somente da responsabilidade individual, tornando incompatível a responsabilidade do ente coletivo. Nesse sentido, Bitencourt (1999, p. 55) afirma que “[...] a responsabilidade coletiva é incompatível com a nova realidade de liberdade e de autodeterminação do indivíduo e que representam conquistas democráticas da Revolução Francesa”.

Observa-se que a consagração do princípio *societas delinquere non potest* teve um cunho mais político do que jurídico, haja vista que a monarquia absoluta teve necessidade de extirpar todo o poder político e os direitos daqueles que poderiam competir com o Estado, bem como o Iluminismo, que admitia, segundo determinados critérios, a limitação das liberdades do indivíduo pelo Estado, ensejando que fosse desnecessária a responsabilização penal das corporações (BITENCOURT, 1999, p. 57).

2.8. Direito muçulmano

No direito muçulmano, também de tradição religiosa, a responsabilidade não poderia ser considerada como sendo coletiva, haja vista que considerava a pessoa física como sendo o principal responsável pela conduta delituosa e, portanto, quem deveria ser punido, apesar da sua família contribuir de forma solidária para atenuar a pena. Diante da prática de um crime de homicídio, por exemplo, a comunidade não respondia com a imediata prisão do criminoso, haja vista que o patriarca da família recebia a responsabilidade de procurar a família da vítima para realizar uma espécie de composição. Por intermédio dessa composição, a família do autor indenizaria a família da vítima, o que atenuava ou abrandava a reprovação prisional. O mesmo

ocorria quanto à prática de homicídios não intencionais ou culposos em que as indenizações eram “[...] pagas pelo clã do causador da morte” (SHECAIRA, 1998, p. 34).

Observa-se, portanto, que o cerceamento da liberdade não é a razão primeira da pena, mas a busca pela indenização, sendo que a sanção ultrapassava o autor do delito, haja vista que a família, uma espécie de instituição coletiva, por meio da indenização à família da vítima poderia minimizar a reprimenda social e, até mesmo, impedir a prisão do criminoso.

2.9. Direito francês

Na França, aplicavam-se penas coletivas para os crimes cometidos por comunidades. Nota-se que o sistema vigorou até a Revolução Francesa, oportunidade em que a responsabilidade passou a ser individual (SHECAIRA, 1998, p. 36). Tradicionalmente, o Direito francês não admitia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, entretanto, com o advento do novo Código Penal francês, em 1º de março de 1994, passou-se a admitir a sanção penal do ente coletivo, cabendo ressaltar que a Constituição do País não coloca nenhum impedimento à aplicação de tal instituto. Assim, o ordenamento jurídico francês permite a responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, exceto o Estado e as pessoas jurídicas que se encontram em fase de liquidação, uma vez que a sanção penal se extingue com a liquidação da empresa.

2.10. Direito português e brasileiro

No Direito português, apesar de admitir a aplicação de sanções às pessoas jurídicas, não havia uma lei regulamentadora da responsabilidade penal dos entes coletivos. Somente “[...] no século XVIII, por ocasião do Projeto de Código Criminal de 1789, de autoria de Pascoal de Melo Freire” (SHECAIRA, 1998, p. 36) estabeleceu-se a capacidade para delinquir dos colégios, corporações e cidades e atribuiu a prática do delito à *universitas* quando todos ou a maior parte de seus representantes o cometerem, bem como “[...] ao falar das sedições ou tumultos, manda imputá-los à cidade, sempre que esses crimes forem cometidos pela totalidade ou maioria de seus cidadãos” (SHECAIRA, p. 37, 1998) penalizando-a com a privação de honras e privilégios, além de sujeitá-la ou subordiná-la à cidade ou vila vizinha.

Com a Revolução Francesa e o pensamento iluminista, bem como com a Constituição portuguesa de 1822, a pena no Direito português passa a ter o caráter pessoal, ou seja, proporcional ao delito e não passando da pessoa do delinqüente, tornando inaceitável a responsabilização penal da pessoa jurídica. “Na América do Sul, antes do descobrimento, chegou-se a adotar a responsabilidade coletiva entre os povos indígenas” (SHECAIRA, p. 37, 1998) dentre os quais o índio brasileiro, movido ou impulsionado pela responsabilização coletiva da família, aldeia, clã ou tribo em face da organização social existente. O Brasil, tendo sido descoberto pelos portugueses, adota o direito penal das Ordenações e, assim como em Portugal, não havia que se

falar em responsabilização do ente coletivo. Shecaira (p. 39, 1998) afirma que:

Assim, pensamos que até 1988 não se pode falar em responsabilidade da pessoa jurídica no direito brasileiro. Tal conclusão decorre não só de um estudo sistemático das normas penais em vigor no Brasil, mas da própria análise contextual do sistema de produção aqui predominante, a partir da segunda metade do século XIX, que consagrava o individualismo e as idéias libertárias trazidas ao mundo de forma mais enfática pela Revolução Francesa de 1789.

Somente em 1988, por meio do art. 173, § 5º, e art. 225, § 3º, da Constituição Federal e da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, é que vamos encontrar a possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo. O artigo 173, § 5º, e art. 225, § 3º, da Constituição Federal preconizam:

Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

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

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, em seu art. 3º define que:

Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil 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.

Parágrafo único: a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Salienta-se que a nova lei ambiental estabeleceu em seu artigo 21 que as pessoas jurídicas somente podem sofrer cumulativa ou alternativamente as penas de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade. As penas restritivas de direito são a suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22). Para as penas de prestação de serviços à comunidade, o legislador estabeleceu como sendo aplicáveis o custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (art. 23).

Segundo a corrente doutrinária seguida por Robaldo (1999, p. 96), tais dispositivos “[...] são de conteúdo administrativo e não penal, posto que não se compatibilizam com a dogmática penal, em especial, quanto à culpabilidade, aos fins da pena e ao direito penal mínimo, isto é, ao direito penal da *ultima ratio*”. Nesse sentido, principalmente se levado em consideração o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, a sua adoção não acarretará uma maior efetividade em termos práticos, haja vista que os bens jurídicos a se proteger já estão devidamente tutelados pelo direito civil e administrativo “[...] mais eficazes e de aplicabilidade menos burocráticas, enquanto a responsabilidade física dos responsáveis pelas pessoas fictícias já existe no sistema penal pátrio” (ROBALDO, 1999, p. 96).

Observa-se que o advento da Constituição de 1988 e da Lei nº 9.605/98 não pacificou o assunto na prática jurídica, haja vista que, na esteira do argumento de que os mencionados dispositivos são de conteúdo administrativo e civil, não se compatibilizando com os princípios da atual dogmática jurídico-penal, não autorizam a responsabilização penal do ente coletivo. Assim, estabelece-se uma tensão entre os que admitem que, a partir da Carta Magna de 1988 e da mencionada lei, cristalizou-se no ordenamento jurídico pátrio a responsabilização penal do ente coletivo e os que não admitem tal possibilidade, em face da dogmática penal, a qual foi construída para a pessoa natural, dotada de vontade psicológica.

Abordando o assunto no campo prático, tem-se o exemplo de uma madeireira envolvida num inquérito policial versando sobre a aquisição e transporte irregular de toras de madeira, que, em tese, constitui o delito tipificado no art. 46 da Lei nº 9.605/98, cuja pena é de detenção cumulativa com a multa. Nesse caso como efetivar a sanção? Aplica-se a detenção e em seguida a substitui pela pena restritiva de direitos ou multa? (ROBALDO, 1999, p. 102). Robaldo (p. 102, 1999) “[...] entende que esta solução é inaplicável à espécie, posto que afronta o princípio da legalidade. Em se tratando de responsabilidade física, tal não encontra nenhum óbice.”

2.11. Contornos atuais

Efetuada uma visão histórica do instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, é relevante abordar a situação em que se encontra a discussão do

tema, uma vez que, tudo demonstra, o Direito caminha no sentido de plenificar a responsabilidade penal do ente coletivo.

No final do século XIX e início do do século XX, a humanidade vivenciou um intenso desenvolvimento da economia e, por conseguinte, do direito penal econômico, fazendo com os juristas viessem a refletir com maior ênfase em torno da responsabilização penal do ente coletivo. Essa reflexão, até de certa forma mais urgente, veio com a crescente criminalidade moderna em que a utilização das pessoas jurídicas, muitas criadas para encobrir condutas ilícitas, levando à necessidade de se penalizar tais condutas. Essa necessidade de penalizar a conduta criminosa da pessoa jurídica fortaleceu-se após a Primeira Grande Guerra, uma vez que o Estado tornou-se mais intervencionista, agindo diretamente na economia, regulando a produção e circulação de produtos e de serviços, bem como prevendo sanções mais graves nos casos de violações das regras impostas e, em contrapartida, as empresas passaram a ser as grandes violadoras das normas ou determinações estatais. Assim, “[...] o reconhecimento da responsabilidade da pessoa jurídica passa a ter atenção dos juristas continentais, não mais se circunscrevendo ao pensamento do *Common Law*” (SHECAIRA, 1998, p. 42).

Numa rápida visão do mundo na atualidade, tem-se que a Inglaterra, anteriormente sob a forte influência da teoria de Savigny não admitia a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Entretanto, atualmente o direito inglês admite a punição das pessoas jurídicas com penas pecuniárias, dissolução, apreensão e limitação de atividades, constituindo-se num dos modelos mais antigos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sendo firme a idéia da empresa como sujeito de direito penal (BACIGALUPO, 1998, p. 330).

Nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, Escócia e países do *Common Law* vige o princípio *societas delinquere potest*. Na Holanda a legislação permite a responsabilidade penal tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, podendo-se aplicar as penas de multa, confisco de objetos, publicidade da decisão judiciária, retirada de certos objetos de circulação, paralisação total ou parcial das atividades da empresa por um ano, o seqüestro de bens, a privação das vantagens obtidas com a infração, a perda de incentivos e o pagamento de uma caução. Na Dinamarca não há previsão legal para a responsabilização da pessoa jurídica, contudo leis esparsas permitem a aplicação do instituto, sendo o Ministério Público o responsável (titular) pelo início do processo (SHECAIRA, 1998, p. 42-65).

Em Portugal, a doutrina inclina-se com vistas a não admitir a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, contudo a jurisprudência tem admitido o instituto, desde que haja prévia cominação legal. Na Áustria e no Japão aplica-se o instituto. Na China, como nos demais países socialistas, a doutrina baseia-se no fato de que as pessoas jurídicas têm uma natureza socialista cujos interesses são os mesmos do Estado, motivo pelo qual não há que se imaginar a prática de um crime contra o interesse comum, mas ocorrendo essa violação do interesse comum, a legislação aceita a responsabilização do ente coletivo. (SHECAIRA, 1998, p. 42-65).

Na América Latina a regra é o princípio *societas delinquere non potest*, exceto Cuba e México. O direito alemão não admite a responsabilização da pessoa jurídica, firmando a doutrina no entendimento de que inexistente reprovação ético-social de uma coletividade. Na Suíça a responsabilidade, sustentada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, é pessoal, admitindo sancionar o ente coletivo apenas no plano do direito penal administrativo. Na Itália, por força de dispositivo constitucional, a responsabilidade criminal é individual. Na Bélgica e na Espanha vige a irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica (SHECAIRA, 1998, p. 42-65), excluindo-se, portanto, qualquer possibilidade de sanção penal às pessoas jurídicas, apesar de admitir-se a responsabilização do ente coletivo na seara administrativa. O direito penal espanhol segue ancorado no princípio tradicional de que somente as pessoas físicas podem cometer delitos e de que somente elas podem ser sancionadas em sentido estrito (MIR PUIG, 2004, p. 6).

Na Bélgica, apesar da intensa discussão do tema na doutrina jurídico-penal sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, a doutrina tradicional segue firme no sentido de negar tal responsabilidade, sob o argumento de que a pessoa jurídica é incapaz de manifestar o elemento moral da infração (dolo ou culpa), sendo desprovida de capacidade de culpabilidade.

Na atualidade, os legisladores e a jurisprudência têm utilizado três modelos diferentes para resolver a questão da responsabilização penal das pessoas jurídicas. O modelo seguido pelos países do *Common Law* e que tem recebido a adesão de países do *Civil Law* reconhece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Um outro modelo nega a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o qual é seguido pela maioria dos países da Europa continental. Uma terceira via ou modelo é o dominante na Alemanha e outros países, os quais adotam uma posição intermediária, admitindo que as pessoas jurídicas possam sofrer sanções na seara do chamado direito penal administrativo, a qual consiste numa multa administrativa e, não penal.

3. Teorias da ficção, da realidade e do status

Dentre as teorias que tratam da natureza da pessoa jurídica, elenca-se as teorias da ficção, da realidade e do status, por considerar-se serem as de maior relevo no que concerne ao tema em estudo.

3.1 Teoria da ficção

Segundo a teoria da ficção, concebida por Savigny, só o homem é sujeito de direitos, uma vez que sendo as pessoas jurídicas de existência fictícia, irreal e abstrata, desprovida de vontade e de ação, são incapazes de delinquir, impondo assim, a concepção romanista e canônica.

A idéia central da argumentação funcionalista-utilitarista de Savigny é a de que só o homem é capaz de ser sujeito de direitos. Contudo, o ordenamento jurídico modificou

esse princípio, seja para retirar essa capacidade, seja para ampliar tal capacidade a entes fictícios, incapazes de vontade e que são representados como também são representados os incapazes. A pessoa jurídica é uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais, sendo tão somente sujeitos capazes a possuir por serem ficticiamente criadas para o alcance de fins especiais. Savigny coloca a pessoa jurídica não como pessoa, mas como meios para certos fins jurídicos. A existência ou o surgimento de uma pessoa jurídica está sujeito à autorização do poder estatal, seja expresso ou tácito, o qual sob a afirmativa de que há um melhor caminho para se chegar a um determinado fim poderia destruí-la por razões políticas ou econômicas (interpretação funcional-utilitarista), mesmo que não tenha cometido nenhum delito, mas em razão do interesse da coletividade. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 120-122).

Savigny, discordando da corrente de Zacharie e Feuerbach, “[...] segundo a qual uma vez que a existência da pessoa jurídica se deve a um privilégio concedido pelo Estado, tal concessão se deu para um fim ‘justo’ e, uma vez cometido um delito, a pessoa jurídica perderia sua personalidade e, desde este fato, não poderia ser enquanto tal castigada” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 122), parte para explicar a distinção entre o Direito Penal e o Direito Civil. O Direito Penal considera “[...] o homem enquanto ser livre, ao contrário da pessoa jurídica que seria um ser abstrato tão-somente capaz de possuir e que teria como fundamento as determinações de um número de representantes que, de uma ficção, consideramos como sendo suas próprias determinações” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 122), gerando efeitos voluntaristas somente no campo do direito civil.

Savigny nega qualquer reconhecimento de uma capacidade delitual às pessoas jurídicas, primeiro por um argumento teleológico – de que as pessoas jurídicas são constituídas em face de certas finalidades –, bem como pelo fato de ser-lhes reconhecida uma capacidade de direito restrita o que, para ele, não implica, em momento algum, no reconhecimento de uma capacidade de agir: afinal, quem age são os homens e individualmente devem responder pelos crimes praticados – ainda que com reflexos cíveis no patrimônio da pessoa jurídica.

3.2 Teoria da realidade

A teoria da realidade, concebida por Gierke, baseia-se em entendimento antagônico a Savigny, uma vez que considera a pessoa jurídica não como um ser artificial, criado pelo Estado, mas um ente dotado de personalidade real, independente daqueles que a integram. Assim, para Gierke a pessoa coletiva é dotada de vontade própria, capacidade de ação e, portanto, possui capacidade delitiva. Seria uma realidade própria de uma pessoa jurídica, diferente da pessoa natural, constituindo uma nova fundamentação dogmática.

A teoria da realidade objetiva de Gierke também chamada orgânica ou da vontade real, parte de base diametralmente oposta à da ficção. Pessoa não é somente o homem, mas todos os entes dotados de existência real. Os seguidores da teoria

sustentam que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser equiparáveis, como seres sociais que são, às pessoas físicas .(CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 123-125), sendo, portanto, dotadas de corpo e alma, podendo expressar a sua vontade.

3.3 Teoria do *status*

Segundo Jellinek a personalidade, “[...] ultrapassando qualquer leitura moral, seria um status, uma relação do indivíduo com o Estado – em face do Estado – por este concebida” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 125). “Como membro do Estado, o homem, para Jellinek, ‘em geral’ seria sujeito de direito, seria pessoa, porque dotado de capacidade para participar na tutela jurídica” .(CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 126). O Estado cria a personalidade. “Enquanto Savigny compreende a personalidade do indivíduo a partir de uma liberdade moral, Jellinek radicaliza o argumento positivista e reduz sua verificação à concessão estatal” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 126). Como exemplo, o escravo, homem não dotado de personalidade, pois não é sujeito de direitos, mas um sujeito de dever. A personalidade é um *status* que pode ser ampliado ou diminuído conforme as leis ou atos que modifiquem o Direito. E isso levaria a personalidades mais amplas entre os indivíduos, sem que seja ferido o princípio constitucional da igualdade. Haveria desigualdade somente se, frente às mesmas condições objetivas e subjetivas, um indivíduo tivesse sua personalidade reconhecida como mais vasta que a de outrem .(CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 126). Numa leitura de Jellinek, Chamon Júnior (2006, p. 127) afirma que:

Não somente os indivíduos podem ser sujeitos de direito, enfim, dotados de personalidade enquanto capacidade de poder ser titular de direitos (capacidade jurídica). Partindo da noção de que cada sujeito de direitos deve possuir uma vontade, e que o ordenamento jurídico pode também criar organizações juridicamente reguladas, aprofunda no sentido de que a vontade emanada de uma pluralidade de indivíduos não se trataria de um “vínculo fictício”, mas formaria uma unidade intrínseca.

Segundo o autor, Gierke é retrabalhado no sentido de interpretar o Estado tanto como organismo quanto como pessoa, reconhecendo-se a sua personalidade no mesmo momento em que “[...] o reconhecêssemos como dotado de uma vontade unitária diversa das individuais que se refeririam aos súditos que constituiriam o próprio Estado. Assim, o Estado, ao criar seu próprio ordenamento, *se afirmaria enquanto sujeito de direito*”(destaques do autor) (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 127).

4. A dogmática jurídico-penal

Inicialmente cabe ressaltar que a grande resistência ou dificuldade para admitir de forma pacífica, ou pelo menos com maior amplitude ou adesão, a responsabilização penal da pessoa jurídica encontra-se nos conceitos de culpabilidade, centrada na

imputabilidade, consciência da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa, em suma, no próprio conceito de ação.

Portanto, o argumento daqueles que se posicionam de forma contrária à responsabilidade penal do ente coletivo, por sinal, a maioria, é a assertiva de que somente o ser humano ou pessoa natural é dotado de capacidade de ação e vontade no sentido psicológico e que a culpabilidade está centrada numa reprovação ético-moral, que não pode ocorrer em relação às pessoas jurídicas e que o ente coletivo não pode ser destinatário da sanção penal, em face da sua finalidade: preventiva e retributiva.

Nessa linha doutrinária, as dificuldades da dogmática penal tradicional para acolher a responsabilidade penal das pessoas jurídicas reside no conteúdo das noções fundamentais da doutrina penal: ação, culpabilidade e capacidade penal. Tem-se que a ação sempre estará ligada ou relacionada a um comportamento humano e a culpabilidade ou culpa, adquire o significado de uma reprovação ética ou moral, incompatível com a pessoa jurídica, as quais não podem ser destinatárias ou sujeitos passivos de penas criminais, em face da sua finalidade preventiva e retributiva (TIEDEMANN, 1999, p. 36).

O primeiro ponto dogmático levantado por Tiedemann (1999, p. 36) é a capacidade de agir criminosamente da pessoa jurídica. Argumenta o autor no sentido de que se uma pessoa jurídica tem capacidade para contratar, torna-se sujeito de obrigações e, assim, é ela quem pode violar as regras obrigacionais estabelecidas no contrato, podendo, portanto agir criminosamente. Outro aspecto comentado pelo autor é o fato de no direito econômico existirem ilícitos cuja prática é exclusiva da pessoa jurídica, por exemplo, os crimes contra a livre concorrência. Os opositores da responsabilidade penal do ente coletivo contra argumentam no sentido de que não se pode imputar a ação de uma pessoa natural a pessoa moral, uma vez que a punibilidade do agente somente pode recair sobre aquele que pratica a ação delituosa, segundo características pessoais previstas no tipo legal. Contudo, há ordenamentos jurídicos em que, inclusive o brasileiro, inserido na teoria do concurso de agentes está o princípio da comunicabilidade das circunstâncias, o qual estabelece uma solidariedade penal entre o agente pessoa física e a pessoa jurídica beneficiada com a prática do crime. Assim, a pessoa jurídica tem vontade e capacidade de agir e reagir por seus órgãos, sendo suas ações e omissões atos da pessoa jurídica, possuidora de vontade própria, que na maioria das vezes, independe da vontade dos seus dirigentes (política de empresa). Assim, as pessoas jurídicas têm capacidade de vontade e de ação (ARAÚJO JÚNIOR, 1999, p. 90-91). O segundo ponto é a capacidade de culpa da pessoa jurídica. Dissertando sobre o assunto, Araújo Júnior (1999, p. 91 – 92) acentua que:

A admissão da capacidade de agir conduz, necessariamente, à da capacidade de culpa. Podemos entretanto agregar que a teoria do risco da empresa, conseqüente da culpa na própria organização e atuação legítima a responsabilidade penal da

pessoa jurídica e justifica a atribuição a ela, cumulativa ou isoladamente, do crime cometido por seus representantes em proveito da empresa. É esta a teoria da vantagem econômica, que fundamenta o juízo de reprovação pelo crime.

A corrente oposicionista baseia-se no fundamento moral da reprovabilidade, afirmando que a pessoa moral não tem capacidade de responsabilidade moral e que o juízo de reprovação sobre suas ações seria fundado em algo que o Direito Penal tradicional não reconhece, ou seja, imputar a uma pessoa jurídica a culpa de uma pessoa física. Nesse caso, a solução seria dada pelas teorias da co-participação e da comunicabilidade das circunstâncias (ARAÚJO JÚNIOR, 1999, p. 93).

Os opositores ainda apresentam o argumento de que as pessoas jurídicas não têm capacidade para serem sujeitos passivos ou destinatárias de penas criminais, uma vez que não são intimidáveis, por serem desprovidas de consciência e, portanto, incapazes de sentir as conseqüências da pena, bastando, tão somente, penas de caráter patrimonial ou pecuniário. Cabe salientar ainda que o ente coletivo não é reeducável ou ressocializável, não havendo como proporcionar-lhe a integração social.

Araújo Júnior (1999, p. 93) argumenta no sentido de que esta “[...] é uma estrutura de pensamento antiga, que gerou uma dogmática clássica, dedutivo-ontológica, absoluta, ahistórica, de caráter metafísico, alheia às realidades socioculturais do crime”, sendo que o caráter retributivo e intimidativo da pena já não prospera perante o direito penal moderno, o qual adotou um conceito funcional de prevenção geral e especial positiva.

Na atualidade, a concepção teórica do direito penal mudou, o qual não tem mais por missão fazer justiça, compensando a culpa com a pena, num caráter meramente metafísico ou teleológico. O direito penal atual tem por finalidade o funcionamento da sociedade, por meio da adoção de um conceito funcional de prevenção geral e especial positiva, abandonando a idéia de que o autor do delito precisa sofrer para emendar-se ou arrepender-se. O direito penal tem por missão “[...] reforçar no âmbito da cidadania a idéia de vigência, utilidade e importância, para a convivência social, da norma violada pelo criminoso” (ARAÚJO JÚNIOR, 1999, p. 94) e, para a consecução de tal objetivo, pouco interessa se o violador da norma é uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica. O direito penal se baseia na culpabilidade que, por sua vez, é centrada na imputabilidade, na consciência da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, no que pertine à dogmática jurídico-penal, tem-se argumentos contrários e a favor da responsabilização penal das pessoas jurídicas.

É evidente que uma pessoa jurídica não pode realizar propriamente nenhum dos elementos que exige a dogmática da teoria geral do delito, da forma consagrada nos países do *Civil Law*, haja vista que esta teoria vê o delito como sendo uma conduta humana e a pessoa jurídica não pode realizar nenhuma conduta humana, sequer pode atuar por si mesma. Sendo assim, a pessoa jurídica não pode agir com voluntariedade e dolo. A teoria do delito, elaborada segundo os atuais contornos da

dogmática penal não é a única possível sob o um ponto de vista lógico. Do mesmo modo que temos desenvolvido um conceito do delito como obra do homem ou da pessoa física, podemos construir dentro de uma lógica possível, outro conceito de delito recepcionando ou permitindo a imputação penal aos entes coletivos em razão da atuação de determinadas pessoas físicas (MIR PUIG, 2004, p. 8).

É evidente que uma pessoa jurídica é uma criação do direito, sendo, portanto, incapaz de atuar e agir por si mesma, uma vez que é desprovida de consciência e de senso de responsabilidade, necessitando de uma pessoa física que aja e pense em seu nome (MIR PUIG, 2004, p. 9 - 10). É o que ocorre com o recém-nascido e com o absolutamente incapaz, por exemplo, legalmente representados, têm capacidade jurídica sendo, portanto, detentores de direitos e de obrigações.

4.1 Argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas

O estudo da função do direito penal é um dos fortes argumentos daqueles que se opõem à responsabilização penal do ente coletivo. O direito penal tem função ético-social, uma vez que visa a tutela dos valores ou bens jurídicos vitais da sociedade e do indivíduo e preventiva, na medida em que protege o comportamento humano daqueles que buscam a construção positiva da vida em sociedade, garantindo segurança e estabilidade ético-social e, reage, valendo-se da pena, contra o rompimento da ordem ou violação do ordenamento jurídico, o que na realidade, vai limitar a liberdade do indivíduo na vida comunitária (BITENCOURT, 1999, p 57 – 58).

Forte argumento contrário reside no fato da pessoa jurídica não ter capacidade de ação, sendo que todos os seus atos ou atividades, lícitas ou ilícitas, são realizadas por intermédio de uma pessoa natural ou física, ou seja, para o direito penal somente o homem é dotado de capacidade de ação. Tem-se que a doutrina penal adota a teoria finalista da ação, a qual tem como principal criador Welzel e, conforme acentua Jesus (1995, p. 205):

A ação é uma atividade final humana. Partindo disso, Welzel afirma que a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista não somente causal. A finalidade, diz ele, ou atividade finalista da ação, se baseia em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é vidente.

Assim, a ação é o comportamento voluntário, de conteúdo psicológico, com vistas à produção de determinado fim, o qual abrange o objetivo ou fim que se pretende alcançar, a escolha dos meios a serem empregados e as consequências secundárias.

Nesse sentido, Bitencourt (1999, p. 60) indaga como é possível sustentar que a pessoa jurídica, um ente abstrato, fictício, desprovido de sentimentos, emoções ou impulsos, possa ter vontade e consciência a ponto de antecipar mentalmente o resultado pretendido, escolher os meios a serem empregados e aferir as consequências secundárias de sua ação. Prossegue o autor afirmando que o crime é uma ação humana, cuja autoria somente pode ser imputada ao ser vivo, nascido de uma mulher, “[...] embora em tempos remotos tenham sido condenados, como autores de crimes, animais, cadáveres e até estátuas.” Assim, “a *capacidade de ação* e de *culpabilidade* exige a presença de uma *vontade*, entendida como *faculdade psíquica* da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter” (BITENCOURT, 1999, p. 60, grifo nosso).

Consciência e vontade são elementos exclusivos da pessoa natural e, tecnicamente, é praticamente impossível excluí-los quando se fala em ação, primeiro elemento estrutural do crime, salvo se a pretensão for assumir deliberadamente a responsabilidade objetiva, suprimindo o conceito de “Direito Penal como meio de controle social formalizado” (BITENCOURT, 1999, p. 62). Conforme a teoria normativa pura, a culpabilidade tem como elementos a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto ou potencial consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa, todos juízos puro de valor (JESUS, 1995, p. 403), excluindo-se assim o fator psicológico. A consciência da ilicitude é excluída do dolo e incluída na culpabilidade.

A partir do entendimento de que culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico individual, Bitencourt (1999, p. 64) indaga “[...] como se poderá exigir que empresa comercial ou industrial [uma pessoa jurídica] possa formar a ‘*consciência da ilicitude*’ da atividade que, através de seus diretores ou prepostos, desenvolverá” e que “[...] nessas circunstâncias não seria razoável formular-se um *juízo de reprovabilidade* em razão da ‘conduta’ de referida empresa que, por exemplo, contrarie a ordem jurídica”.

Assim, ausentes a imputabilidade e a consciência da ilicitude, não há que se falar em exigibilidade de conduta obediente ou em conformidade ao direito e, a ausência de um dos elementos impede que se configure a culpabilidade e sem culpabilidade não se admitirá, na seara do Direito Penal, a aplicação de pena, posto que *nullum crimen nulla poena sine culpabilidade* (BITENCOURT, 1999, p. 64.). Assim, não há como imaginar a aplicação da pena sem levar em consideração ou mensurar a culpabilidade do agente em face das circunstâncias que o levaram a cometer o delito, evidentemente, um ser humano ou pessoa natural, o qual manifesta a sua vontade por meio de uma conduta ou comportamento positivo ou negativo (DELMANTO, 2002, p. 29). Delmanto (p.29, 2002) afirma:

Pessoa jurídica não comete crime; os seus administradores, sócios-proprietários ou não, é que, através de e em seu nome, podem perpetrar crimes contra o meio ambiente. Por outro lado, além da violação do inafastável e elementar primado da

culpabilidade ou reprovabilidade da conduta do ser humano que é punido, há outro intransponível obstáculo à efetivação da intenção do legislador constituinte: a ofensa ao princípio da *responsabilidade pessoal*, através do qual a pena não pode passar da pessoa do condenado (CR/88, art. 5º, XLV).

Finalmente, os opositores argumentam que as penas privativas de liberdade são inaplicáveis às pessoas jurídicas, por sinal, a mais elementar sanção aplicada pelo direito penal às pessoas físicas.

4.2 Argumentos favoráveis à responsabilidade penal das pessoas jurídicas

A corrente dos doutrinadores que admitem a responsabilização penal da pessoa jurídica afirma que o Código Penal brasileiro, em sua parte geral apresenta como formas de punição as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e multa e que, nenhuma delas, aplicadas, deixa de atingir, direta ou indiretamente, terceiros. Como exemplo, com a condenação a uma pena privativa de liberdade de um chefe de família, sua mulher e filhos ficam privados do estio do lar. Também seria atingida a família de um motorista profissional que tivesse suspensa a autorização ou habilitação para dirigir veículo. As penas pecuniárias atingiriam diretamente o patrimônio do casal, o que não deixa de ser uma forma de atingir a esposa (SHECAIRA, 1998, p. 90).

Contra o argumento daqueles que afirmam que a pena de prisão é inaplicável às pessoas jurídicas, tem-se que num Estado Democrático de Direito é função do direito penal rever, de forma constante a função punitiva, criando critérios restritivos da necessidade ou não de punir, pregando-se a desnecessidade da pena privativa de liberdade, haja vista que a pena de prisão deve ser a *ultima ratio*, reservada para os crimes de maior gravidade. Por outro lado, na seara do direito econômico e do direito ecológico, âmbito em se defende a responsabilização do ente coletivo, a pena de prisão é desnecessária e descabida, caso em que a pena de multa criminal, dissolução, a perda de bens e proveitos ilicitamente obtidos, a injunção judiciária, o fechamento da empresa, a publicação da sentença a expensas da condenada, adquirem importância, uma vez que têm sido instrumento de repressão às pessoas jurídicas (SHECAIRA, 1998, p. 91 - 92). Nesse sentido, Shecaira (1998, p. 91) afirma que:

O tipo particular de agente que comete crimes econômicos, que a criminologia moderna, a partir de Sutherland, batizou de 'crimes do colarinho branco', não precisa de qualquer 'ressocialização', por se tratar de pessoa altamente socializada, integrada ao corpo social e de boas qualificações profissionais.

No que tange ao fato da pessoa jurídica ser incapaz de arrepender-se e de ser intimidada, emendada ou reeducada por meio da pena, levanta-se o argumento de que uma das principais funções ou objetivos da pena é reprovar a conduta ilícita,

validando o conceito de bem jurídico para o grupo social, tendo portanto, relevância pública e não objetivos morais. Assim, é um contra-senso impor objetivos morais a uma pessoa jurídica numa época em que já não se deve aplicar às pessoas físicas. Argumenta ainda, que ao cometer um crime, o indivíduo deixa a sua condição pessoal e passa a agir no interesse exclusivo do ente coletivo (SHECAIRA, 1998, p. 92 - 93).

O argumento de que não há responsabilidade sem culpa e que a vontade é inerente somente à pessoa física é rebatido pelo fato de se punir nas searas cível e administrativa uma pessoa jurídica, que não tem consciência e nem vontade, por exemplo, pela prática de um crime ecológico e não operacionalizar uma reprovação na seara do direito penal. Assim, tem-se que a vontade da empresa é diferente da vontade do ser humano, uma vez que resulta de sua própria formação surgida no seio da sociedade que a legitima, contexto em que se reconhece “[...] que a empresa tem vontade, uma vontade pragmática, que desloca a discussão do problema da vontade individual para o plano metafísico” (SHECAIRA, 1998, p. 94), podendo-se “[...] afirmar que a vontade da pessoa jurídica, executada por seres individuais, é uma realidade, não uma ficção” (SHECAIRA, 1998, p. 95).

5. Conclusão

O Direito Penal, segundo a dogmática tradicional, traz conceitos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica, haja vista que as noções de ação ou conduta e de culpabilidade foram construídas de acordo com a pessoa natural, pessoa humana ou física, excluindo-se a pessoa jurídica. A dogmática jurídico-penal concebeu o direito penal sob os seguintes paradigmas: o homem, o Direito, a sociedade e a pena, sendo que os conceitos de ação e culpabilidade e a pena foram construídos somente para o homem como sujeito de direito. Portanto, o ponto de partida da dogmática atual é o homem.

A discussão em torno da responsabilidade penal das pessoas jurídicas continua centrada nas questões de política criminal, na capacidade de ação, na capacidade de culpabilidade, no problema da personalização das penas e nas penas que seriam aplicadas aos entes coletivos (BACIGALUPO, 1998, p. 147), sendo que a resposta ou solução deve ser buscada na configuração de um novo sujeito de direito e não na função da pena do direito penal.

Em face da nova criminalidade que aflora no seio social, com destaque para o Direito Econômico e Ambiental, tem-se forçado a adequação do sistema penal com vistas a apresentar novas soluções diante dessa nova realidade. Nesse sentido, o Direito Penal clássico deve ser reestruturado com o intuito de explicar ou solucionar os delitos penais praticados pelas pessoas jurídicas, devendo-se ampliar o âmbito da imputabilidade no intuito de buscar respostas para esses novos conflitos sociais.

No que tange à capacidade de ação, esta nova dogmática deve ser construída no sentido de afastar o seu cunho psicológico, pois caso contrário não haverá

outra resposta, ou seja, da incapacidade de ação da pessoa jurídica. Em torno da culpabilidade da pessoa jurídica duas linhas de pensamento se destacam. A primeira delas tem optado por preservar o conceito tradicional e, ao mesmo tempo, busca elaborar um conceito exclusivamente para as pessoas jurídicas. A outra linha de pensamento busca elaborar um novo conceito de culpabilidade válido tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas.

Na realidade não se trata de simplesmente reformular os conceitos atuais, mas de substituir os pressupostos fundantes do direito penal, ampliando o seu âmbito de atuação de forma a bifurcá-lo em dois braços diferenciados. Um deles pertinente às pessoas individuais ou naturais, conforme a atual dogmática e o outro, aplicável às corporações ou pessoas jurídicas, construído segundo princípios distintos, alheios à atual dogmática, rompendo com dogmas tradicionais, principalmente no que tange ao conceito de pessoa, de modo que “[...] não existe um único conceito válido de ação e um único conceito válido e verdadeiro de culpabilidade” (SANTOS, 1999, p. 112).

Assim, operar-se-ia uma verdadeira re-interpretação da legitimidade argumentativa a partir da superação da compreensão do Direito e do conceito de ação, com vistas a uma compreensão deontológica de imputação, reconhecendo o Direito como um sistema de ação e saber aberto ao mundo da vida em que argumentos jurídicos assumem um papel diferencial e determinante num discurso de aplicação do Direito, ao contrário de argumentos éticos, morais e pragmáticos, os quais não são legítimos para determinar uma decisão jurídica (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 153 – 182).

Não basta interpretar, estudar e decompor o texto legal, atendo-se às palavras e ao sentido respectivo, é preciso ir além. Deve-se examinar as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência deduzindo, assim, uma obra sistemática, um todo orgânico, com o objetivo principal de descobrir e revelar o Direito, construindo, recompondo e reconstruindo, compreendendo-a, “[...] achando o direito positivo, lógico, aplicável à vida real” (MAXIMILIANO, 1981, p. 45), haja vista que não há verdade absoluta, objetiva e indubitável, mas verdade relativa, reconstruída segundo o sujeito que recompõe e aplica o Direito.

Uma reconstrução de forma a entender como sujeito de direito penal não quem causou ou provocou o resultado, mas quem é competente para decidir, quem tem o dever de (BACIGALUPO, 1998, p. 35), elaborando conceitos de ação e de culpabilidade para a pessoa jurídica como sujeito de direito, tomando como ponto de partida não o homem, mas a sociedade.

6. Referências bibliográficas

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Societas delinquere potest* – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luís Flávio. (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

BÍBLIA. Português, *A Bíblia Sagrada*. Tradução por José Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luís Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIR PUIG, Santiago. Una tercera via en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Barcelona, n. 06-01, p. 01:1 – 01:17, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em 21/11/2009.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: direito penal na contramão da história. In: GOMES, Luís Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luís Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luís Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília a. 41 n. 162, p. 23 – 30, abr./jun. 2004.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: GOMES, Luís Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.