

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

STEPHAN NASCIMENTO BASSO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DE UMA
REVISÃO DEMOCRÁTICA DO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO**

**CURITIBA
2010**

STEPHAN NASCIMENTO BASSO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DE UMA
REVISÃO DEMOCRÁTICA DO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de graduação em Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Paulo César Busato

**CURITIBA
2010**

RESUMO

Trata-se de uma investigação acerca do polêmico tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, desenvolvida a partir de duas perspectivas. Na primeira, de ordem político-criminal, a análise teve por escopo verificar a vigência ou não, na atual sociedade pós-industrial, do brocardo *societas delinquere non potest*. Em um segundo momento procedeu-se ao estudo daquelas categorias do delito – ação, dolo, vontade, culpabilidade e fins da pena – que, segundo parte da doutrina, constituiriam verdadeiros óbices àquela responsabilização. Constatou-se que, em um Estado social e democrático de Direito, o Direito Penal deve receber configuração idêntica, fazendo-se necessária uma revisão democrática do sistema de imputação penal. O resultado desta revisão foi a demonstração da exigência político-criminal e da possibilidade jurídica (inexistência de impedimentos dogmáticos) de imputação penal da pessoa jurídica, pelo que se atende, assim, à previsão constitucional.

Palavras-chave: responsabilidade penal, pessoa jurídica, sistema de imputação, ação, dolo, vontade, culpabilidade, fins da pena, revisão democrática, política criminal, dogmática penal.

SUMÁRIO

1. Notas Introdutórias.....	1
2. Fundamentos Político-Criminais.....	1
2.1. Os princípios iluministas e o sistema de imputação penal.....	2
2.2. Crítica à distorção dos ideais iluministas operada na Modernidade.....	7
2.3. Releitura necessária dos princípios iluministas desde uma perspectiva democrática.....	11
2.4. A política criminal de imputação penal da pessoa jurídica a partir da releitura democrática dos princípios iluministas.....	16
2.5. A exigência político-criminal de responsabilização penal da pessoa jurídica.....	22
3. Discussão Dogmática: Ação, Dolo e Vontade Penal da Pessoa Jurídica.....	26
3.1. A teoria da ação como fundamento da teoria do delito.....	27
3.2. A superação da concepção ontológica do conceito jurídico-penal de ação.....	31
3.3. O conceito significativo de ação.....	34
3.4. O dolo significativo-axiológico.....	42
3.5. Vontade penal da pessoa jurídica.....	49
4. Discussão Dogmática: Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	53
4.1. O problema da culpabilidade em Direito Penal.....	53
4.2. Os supostos elementos da culpabilidade penal.....	56

4.3. Capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica.....	58
5. Discussão Dogmática: Funções da Pena e a Pessoa Jurídica.....	63
5.1. As teorias retributivas e preventivas da pena criminal.....	64
5.2. As teorias mistas e as novas variantes da prevenção geral positiva.....	68
5.3. Controle social do intolerável: função da pena como o propósito a que ela se dirige.....	71
6. Considerações Finais.....	73
7. Bibliografia.....	81

1. Notas Introdutórias

O presente estudo sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem por propósito analisar o atual momento da polêmica doutrinária travada em torno do tema, considerado um dos mais controversos da dogmática jurídico-penal contemporânea. Evidentemente que o objetivo não é o de esgotar o tratamento da matéria, mas tão-somente o de enfrentar a discussão em torno dos principais pontos de divergência.

Sendo assim, a investigação desenvolver-se-á sob duas perspectivas. Na primeira tratar-se-á dos fundamentos político-criminais da imputação penal do ente coletivo, de modo a avaliar qual princípio, de fato, vige na atual sociedade pós-industrial, considerado o modelo de Estado social e democrático de Direito: *societas delinquere non potest* ou *societas delinquere potest*. Num segundo momento serão analisadas três objeções de natureza dogmática levantadas pela doutrina¹ para justificar a impossibilidade de imputação penal da pessoa jurídica, quais sejam: a ação penal, inclusive quanto aos seus elementos dolo e vontade; a culpabilidade penal; e a aplicabilidade dos fins da pena criminal.

Somente após essa dupla avaliação, político-criminal e dogmática, será possível concluir pela possibilidade ou não de se proclamar, nos termos da atual prescrição constitucional², a responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico-penal brasileiro.

2. Fundamentos Político-Criminais

Preliminarmente, faz-se necessário averiguar quais são os fundamentos de natureza político-criminal que podem ensejar, ou afastar desde

1 Autores contrários à imputação penal da pessoa jurídica: BITENCOURT, Cezar Roberto; CIRINO DOS SANTOS, Juarez; GRACIA MARTÍN, Luis; LUISI, Luiz; MACHADO, Hugo de Brito; REGIS PRADO, Luiz; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.

2 Conforme o artigo 225, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “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”. Em BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 128.

logo, a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Deve-se avaliar também, sendo o modelo vigente de Estado o social e democrático de Direito, e confirmando-se o reclame da sociedade contemporânea no sentido de que a empresa responda diretamente pelos crimes que cometer, se tal exigência possui fundamento material a justificar a implementação da intervenção penal.

2.1. Os princípios iluministas e o sistema de imputação penal

A Revolução Francesa constitui o marco histórico de formação do moderno Estado de Direito, sendo que os problemas penais vivenciados até então, como o abuso da aplicação da retroatividade *in pejus*, contribuíram demasiadamente para a contestação da ordem absolutista, fomentando a própria revolução. O produto principal dessa conexão foi o surgimento do princípio da legalidade como instrumento de defesa do indivíduo contra o arbítrio do Estado, ou seja, como limite ao *ius puniendi* estatal.³ Neste sentido a afirmação de LUISI, de que o fundamento histórico desse princípio encontra-se “na teoria do contrato social do iluminismo”⁴, pela qual o Estado se torna mero instrumento de garantia dos direitos do homem. Segundo BUSATO,

[...] pode-se assinalar, portanto, como base fundamental do Estado de Direito proveniente da Revolução Francesa a efeitos penais, a concreção de garantias expressas no princípio de legalidade, no direito à igualdade, liberdade e fraternidade e no direito ao julgamento justo por um poder independente de influências políticas e interesses outros que não a proclamação do justo.⁵

Assim, a carga principiológica decorrente do Iluminismo e do advento da Revolução Burguesa, que veio a constar expressamente na Declaração Universal

3 BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120.

4 LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

5 BUSATO, Paulo César. Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio *societas delinquere non potest*, desde a perspectiva do quarto Estado. *Revista Jurídica UNOESC*. Joaçaba: Edições UNOESC, ano 2002, n. 3, v. 3, 2003, p. 165.

dos Direitos do Homem, de 1789, serviu de base para a configuração do sistema de imputação penal. Este, por força do princípio da legalidade, deveria se fundar na lei, já que a vontade do governante, do rei, havia sido substituída pela vontade da lei.⁶ Só a lei, afirma LUISI a partir do pensamento iluminista, “pode estabelecer o que é anti-jurídico e a sua sanção”.⁷

Com isso, a norma de imputação tornou-se o elemento referencial de todo o sistema penal. Ocorre que, até então, sob a influência do método causal-explicativo newtoniano, de demonstração experimental dos resultados, atinente ao positivismo naturalista, a dogmática jurídico-penal se fundava em conceitos puramente mecanicistas, extraídos das ciências naturais. Exemplo disso, conforme ressalta SCHMIDT,⁸ é a investigação iniciada por BELING⁹ e desenvolvida por VON LISZT,¹⁰ que culminou no conceito naturalista de ação penal como elemento externo, autônomo e preexistente ao delito. A essa escola sobreveio o positivismo jurídico e o método técnico-jurídico, que visava, sobretudo, a ressaltar o caráter científico do Direito e a superar a escola jusnaturalista. Segundo SCHMIDT,

Tal movimento teve início, no século XIX, com a Escola da Exegese, que tinha por princípio fundamental o entendimento de que o direito positivo se resumia à lei e nela via a sua completude. Surgia, com isso a dogmática clássica, que reconhecia como sua função [...] a *pura exposição da legalidade vigente* [...].¹¹

O próprio conceito (formal) de delito passou a se confundir com a infração da norma legal, cuja estrutura tornou-se a fonte material da dogmática jurídico-penal do Estado de Direito, pois, prossegue o autor, “Em termos ideológicos, o *positivismo jurídico* pretendia uma análise *avalorada* do Direito, uma abordagem neutra e alheia a critérios de *justiça material*”¹², uma vez que tinha por referência exclusiva a norma, valor essencialmente social. Esse pensamento conduziu à

6 BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 124.

7 LUISI, L. *Os princípios...* Obra citada, p. 15.

8 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.

9 BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

10 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores, 1899, p. 193-197.

11 SCHMIDT, A. Z. Obra citada, p. 29.

12 Idem, p. 31.

separação absoluta entre as ciências empíricas e o Direito. O problema é que, enquanto a dogmática jurídico-penal se baseava em um sistema normativo, as categorias do delito eram fixadas a partir de elementos científicos empíricos, destituídos de qualquer base moral.

Mais tarde, já no início do século XX, surgiu a filosofia neokantista, que, assim como o positivismo, partia da separação, formulada por Kant, entre conhecimentos puros ou apriorísticos e conhecimentos empíricos ou *a posteriori*.¹³ Tentou-se, contudo, superar a influência do naturalismo, reconhecendo-se a existência de ciências do ser e ciências do dever ser, dentre as quais se situava o Direito, o que permitiria a estruturação de um sistema de imputação a partir de elementos de caráter axiológico e material. Buscava-se, assim, conforme informa SCHMIDT, a reconciliação entre “*direito positivo e direito ideal*, entre Direito e justiça”.¹⁴ Neste sentido a afirmação de RADBRUCH, da necessidade de “subordinação da pena a um critério de justiça”.¹⁵ O autor foi um dos expoentes deste movimento e tratou do problema da legitimidade do direito de punir, afirmando estar esta inserida na legitimidade do próprio Estado nacional, por ser indispensável a sua própria conservação.¹⁶ Tratando também dessa verdadeira separação científica, afirma MUÑOZ CONDE ter havido, sobretudo, um corte metodológico, pois

[...] As ciências da natureza estudam o seu objeto desde o ponto de vista causal explicativo, e as ciências do espírito estudam o seu empregando um método compreensivo referido ao valor. A Ciência do Direito inclui-se entre estas últimas [...].¹⁷

Contudo, por volta de 1930, surgiu uma reação a esse pensamento, vinculando o Direito Penal a concepções de raça e povo, na esteira do nacional-socialismo alemão, o que levou a uma perspectiva altamente totalitária. Segundo

13 Idem, p. 39.

14 Idem, ibidem.

15 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acresc. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 316-317.

16 Idem, p. 316.

17 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. 4. ed. rev. e amp. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

RADBRUCH, agora em análise acerca da legitimidade do fim da pena, a teoria da intimidação, fundada na ideia de justiça distributiva e em uma concepção liberal da pena, formulada por Feuerbach, experimentou um renascimento:

[...] não, de certo, sob a forma da concepção liberal do 'Estado-de-direito', mas com um carácter supra-individualista no direito penal *terrorista* do Fascismo [...]. O direito penal deste Estado não tem o carácter dum direito para a defesa da sociedade [...], mas para a defesa do próprio Estado [...], e é na intimidação e inutilização dos seus inimigos [...] que este Estado encontra o melhor meio de se garantir [...].¹⁸

Já no pós-guerra, ganhou relevância a teoria finalista de WELZEL, que pretendia superar as formulações da teoria causal-naturalista da ação e reconhecer a vinculação do legislador penal a realidades ontológicas imutáveis, pretendendo-se, assim, uma fundamentação empírica da estrutura dogmática.¹⁹ Quanto à primeira pretensão, afirma o autor que

O defeito fundamental da teoria da ação causal consiste no fato que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário *qualquer* [...].

[...]

Com isso a doutrina da ação causal inverte completamente a relação entre a vontade e a ação [...].²⁰

Aqui, explica SCHMIDT, pretendia-se “estabelecer uma ordem ôntica sobre a qual deveria recair o ordenamento jurídico”.²¹ Para WELZEL, a ação humana possuía uma estrutura ôntica preestabelecida, natural, que deveria ser captada pelo legislador para construir o tipo penal, o que resultou em um conceito pré-jurídico de supostos materiais anteriores a qualquer valoração humana e, conseqüentemente, a qualquer valoração jurídica.²² Instaurou-se, então, a discussão entre causalistas e

18 RADBRUCH, G. Obra citada, p. 321.

19 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 170.

20 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

21 SCHMIDT, A. Z. Obra citada, p. 56.

22 WELZEL, H. Obra citada, p. 27-39.

finalistas, culminando em um isolamento ainda maior da dogmática jurídico-penal quanto a considerações de ordem criminológica ou político-criminal. Como bem aponta MUÑOZ CONDE, por conta de um clareamento conceitual necessário, o que se viu operar foi uma separação radical: “Criminologia e Dogmática jurídico-penal vão caminhar cada uma por seu lado, sem relação entre si, como dois mundos distintos”.²³

A inter-relação necessária entre esses dois mundos só veio a ser restabelecida com o advento do funcionalismo, tanto em sua vertente monista, baseada no método normativista de Jakobs, como na vertente dualista de Roxin, fundada no método empírico-teleológico.²⁴ Porém, enquanto Jakobs construiu uma fundamentação do Direito Penal em sua autopoiese, ou seja, na necessidade de sua própria conservação, sem vinculação a qualquer expectativa social ou individual²⁵, ROXIN conduziu o sistema de imputação a considerar suas próprias consequências, de modo que a dogmática jurídico-penal, ao resolver as questões interpretativas dos conceitos teóricos, tenha sempre em conta os efeitos práticos daí decorrentes.²⁶ Para o autor, o Direito Penal é o meio de tradução das finalidades político-criminais em módulos de vigência jurídica, que orientam o sistema penal mediante a redefinição das categorias dogmáticas do delito.²⁷ Ou seja, os supostos fáticos da vida fixam um limite para a criação dos conceitos jurídicos.

De qualquer modo, adverte BUSATO, o fato é que a referência à norma como centro do sistema de imputação penal nunca se perdeu. Segundo o autor, o próprio funcionalismo, ainda que proponha uma preocupação prática com o ideal de

23 MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, p. 4.

24 Segundo o próprio ROXIN: “Parto da idéia de que todas as categorias do sistema de direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à 'matéria jurídica', aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. [...] Com isso se pode chegar a uma conclusão intermediária a respeito da relação entre normativismo e dados empíricos: eu não tenho aversão ao empírico, algo que se atribui, p. ex., à teoria de Jakobs. Eu proponho, pelo contrário, uma dogmática plena de dados empíricos [...]. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referência empírica não métodos que se excluem mutuamente, mas eles se complementam”. Em ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008, p. 61-63.

25 SCHMIDT, A. Z. Obra citada, p. 72-82.

26 ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992, p. 35-48.

27 Idem, *ibidem*.

justiça, não se liberta da necessidade do manejo de um instrumental normativo.²⁸ Mas o que também não pode deixar de ser ressaltado, na esteira de MUÑOZ CONDE, é que dogmática jurídico-penal e política criminal sempre sofreram interferências mútuas, de modo que “o condicionamento político das construções dogmáticas em qualquer momento histórico não pode ser ocultado”.²⁹ Mesmo na Alemanha dos anos 1950 e 1960, em pleno apogeu da polêmica entre causalistas e finalistas, havia uma preocupação de política criminal, ainda que disfarçada: “A decisão juridicamente correta devia ser também, portanto, politicamente conveniente”.³⁰ Mas se a dogmática jurídico-penal está sempre impregnada por questões político-criminais, ainda que de forma oculta, então o problema consiste em identificar qual é o modelo político criminal responsável por essa influência. Este problema, porém, só pode ser resolvido tendo-se em conta os modelos de Estado e de sociedade em que se insere e se utiliza esta dogmática.³¹

2.2. Crítica à distorção dos ideais iluministas operada na Modernidade

Convém verificar, pois, se os ideais traçados pelo Iluminismo, e que deram contorno à Revolução Francesa, foram efetivamente postos em prática.

É sabido que a sociedade pré-revolucionária se caracterizava pela concentração de poder nas mãos da nobreza e do clero, o que motivou o discurso iluminista de que o povo (o Terceiro Estado), que representava a verdadeira força produtiva e a fonte de riquezas do Estado, deveria assumir uma parcela desse poder.³²

Porém, o discurso inseriu no Terceiro Estado tudo o que não se enquadrava nas categorias da nobreza e do clero, sem considerar as marcantes diferenças, especialmente econômicas, existentes dentro daquele âmbito. Segundo HOBBSAWM, a sociedade era eminentemente rural “E o ponto crucial do problema

28 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 171.

29 MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, p. 49.

30 Idem, p. 56.

31 Idem, p. 55-59.

32 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

agrário era a relação entre os que cultivavam a terra e os que a possuíam, os que produziam sua riqueza e os que a acumulavam”³³, visto que o camponês típico não passava de um servo, que “dedicava uma enorme parte da semana ao trabalho forçado na terra do senhor ou o equivalente em outras obrigações”.³⁴

Havia, portanto, de um lado, comerciantes e detentores dos meios de produção, que gozavam de plena capacidade econômica, e, de outro, trabalhadores, que movimentavam esse aparato produtivo com sua força de trabalho, mas sem gozar de nada para além da própria sobrevivência. Conforme indica HOBSEBAWM, o discurso iluminista

[...] derivou sua força primordialmente do evidente progresso da produção, do comércio e da racionalidade econômica e científica que se acreditava estar associada a ambos. E seus maiores campeões eram as classes economicamente mais progressistas, as que mais diretamente se envolviam nos avanços tangíveis da época: os círculos mercantis e os financistas e proprietários economicamente iluminados, os administradores sociais e econômicos de espírito científico, a classe média instruída, os fabricantes e os empresários [...].³⁵

No mesmo sentido a constatação de BUSATO:

Conclui-se, afinal, que ademais do primeiro e segundo Estados (nobreza e clero), havia um terceiro (burguesia) e também um 'quarto Estado', que é identificado com o proletariado. Esse quarto Estado não teve alterada sua condição pelo advento da revolução. Ele nunca fez parte do sistema de poder, nem antes e nem depois da queda da Bastilha.³⁶

Ou seja, não se tinha a dimensão exata da separação de classes existente no âmbito do conceito de povo, pois a exclusão de poder, tônica da época, colocava na mesma condição todos do povo, ricos e pobres. Segundo HOBSEBAWM, a Revolução Francesa não foi realizada ou liderada por um partido ou movimento organizado, mas pelo consenso de ideias gerais entre um grupo social bastante

33 HOBSEBAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira; Marcos Penchel. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 31.

34 Idem, p. 33.

35 Idem, p. 41.

36 BUSATO, P. C. *Fundamentos...* Obra citada, p. 173.

coerente, o que deu a unidade necessária à revolução. Esse grupo era a burguesia e suas ideias liberais clássicas, que foram delineadas na Declaração de 1789. “Entretanto, oficialmente esse regime expressaria não apenas seus interesses de classe, mas também a vontade geral do ‘povo’”.³⁷ O sucesso obtido pelo Terceiro Estado, afirma HOBBSAWM, representava não a vitória de uma minoria militante e instruída, mas também a de forças bem mais poderosas, como os trabalhadores pobres das cidades e o campesinato revolucionário.³⁸

Pois bem, apesar de o discurso propugnar a retomada de poder pelo povo, o que se viu operar com a derrocada do Absolutismo foi a lenta, porém inexorável, passagem do poder das mãos da nobreza e do clero para as dos capitalistas. Ter poder passou a ser consequência direta de ter dinheiro. Essa foi a nova ordem instaurada pela Revolução Francesa. Segundo HOBBSAWM, o período revolucionário de 1789 a 1848 (ano da publicação do Manifesto Comunista de Marx), marcou o triunfo da indústria capitalista e da classe média burguesa, e não dos ideais de liberdade e igualdade.³⁹ Conforme ressalta BUSATO, “O problema está já na configuração inicial do modelo social que não foi feita ou idealizada para uma proteção das necessidades sociais e sim para a livre convivência, pondo ênfase na ideia de liberdade, ainda que a custa do sacrifício do princípio de igualdade”.⁴⁰

Assim nascia o Estado de Direito, fundado na ideia de submissão ao império da lei (princípio da legalidade) e derivado diretamente do Estado liberal burguês. Ocorre que, no início da formulação deste, o positivismo implicou a captura de conceitos naturalistas para fundamentar a dogmática jurídico-penal. A estrutura do Direito Penal, ao invés de corresponder a uma escolha político-criminal, tornou-se o reconhecimento de uma normatividade dos conceitos. Mas houve um momento de choque com essas concepções, em que a teoria do delito passou a ser determinada axiologicamente. Esse reconhecimento de elementos valorativos na teoria do delito veio a desvendar um segredo do Estado legislador: se o Estado, detentor do *ius puniendi*, impõe seus valores ao sistema penal, e estes devem, para a legitimidade do próprio Estado, corresponder aos interesses da sociedade, então os valores norteadores do sistema jurídico-penal devem guardar referência com uma

37 HOBBSAWM, E. J. Obra citada, p. 91.

38 Idem, p. 93.

39 Idem, p. 16.

40 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 175.

configuração de interesse social. Ou seja, o Estado deve ser um Estado social de Direito.

Por outro lado, essa concepção de Estado deu início à instauração de instrumentos de dominação por meio do sistema penal, pois, uma vez que foi convocado a atuar em nome da sociedade, o Estado tornou-se, em alguns países, paradigma de salvação, o que resultou em perfis altamente totalitários (socialismo real soviético e nacional-socialismo alemão). Neste sentido a afirmação de MUÑOZ CONDE, de que “a obra reformadora penal da República de Weimar, inclusive na sua vertente mais liberal e progressista [...] de Radbruch, tem em muitos aspectos o lado negativo do uso que dela fez o nacional-socialismo”.⁴¹ Ocorre que se deu primazia à política e aos fins políticos deste modelo de Estado (especialmente no que tange à pureza da raça ariana e do povo alemão) frente à dogmática, o que, no âmbito do Direito Penal, traduziu-se no objetivo de persecução daqueles fins por meio de instrumentos penais.⁴²

A consequência imediata foi, conforme indica BUSATO, o “profundo isolamento científico do direito penal do pós-guerra em considerações teóricas totalmente desligadas de seus efeitos práticos”⁴³, o que levou a um alto nível de aprimoramento técnico do sistema de imputação, por um lado, mas, de outro, “a uma cegueira absolutamente perversa quanto aos efeitos de sua aplicação”.⁴⁴ Da mesma opinião comunga MUÑOZ CONDE, para quem a divisão entre criminologia, cujo método seria o causal-explicativo, e dogmática jurídico-penal, cujo método seria o compreensivo-axiológico, gerou ciências perfeitamente delimitadas, com importância e autonomia próprias, mas também levou a ciência jurídica a uma verdadeira “esquizofrenia científica”.⁴⁵

Isto porque, vencido o totalitarismo, nas décadas de 1950 e 1960 a discussão dogmática ficou limitada à polêmica travada entre os adeptos da teoria causal da ação, nos termos propostos por BELING,⁴⁶ VON LISZT⁴⁷ e MEZGER,⁴⁸ e

41 MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, p. 15.

42 Idem, p. 57.

43 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 177.

44 Idem, ibidem.

45 MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, p. 3-4.

46 BELING, E. Obra citada.

47 LISZT, F. v. Obra citada, p. 193-197.

48 MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I. 2. ed. Rev. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, p. 216-217.

aqueles que defendiam a teoria final da ação, conforme idealizada por WELZEL.⁴⁹ Nenhuma consideração político-criminal era levada abertamente em conta, embora sempre estivesse implicitamente presente, como ressalta MUÑOZ CONDE.⁵⁰

2.3. Releitura necessária dos princípios iluministas desde uma perspectiva democrática

Somente em meados da década de 1970 recuperou-se, de forma clara e aberta, a ideia política do sistema jurídico, acrescentando-se ao Estado social de Direito mais uma característica: a sujeição política a ideais democráticos. Desta forma, a dogmática partiu em busca de um modelo jurídico-penal que correspondesse à estrutura política de um Estado social e democrático de Direito, produto da contraposição entre os modelos liberal e social de Estado. As construções dogmáticas, portanto, deveriam se redirecionar a um equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e os interesses da sociedade. Neste contexto ganhou importância o pensamento de ROXIN, por propor a vinculação do Direito Penal a valorações político-criminais e a necessidade de reelaboração de suas categorias tradicionais em função dos princípios que passavam a informá-las, e por desenvolver um programa político-criminal que deveria ser levado em conta tanto na elaboração quanto na interpretação e sistematização dogmática do Direito Penal.⁵¹

Mas foi também neste momento, alerta MUÑOZ CONDE, que surgiu o funcionalismo sistêmico de Jakobs, que propôs um modelo de dogmática jurídico-penal exclusivamente normativo, com fundamento na teoria sistêmica e cuja função única seria a de estabilização normativa do sistema social, prescindindo de quaisquer outros elementos essenciais de política criminal. Assim, o modelo autopoiético de Jakobs poderia ser aplicado a qualquer modelo de Estado, a qualquer sistema político-social. Por isso a preocupação do autor espanhol, para quem esse modelo é compatível tanto com o Estado social e democrático de Direito como com o Estado nacional-socialista alemão, ou qualquer outro modelo de Estado

49 WELZEL, H. Obra citada, p. 27-32.

50 MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, p. 72-74.

51 ROXIN, C. Obra citada, p. 35-63.

totalitário e negador dos direitos humanos.⁵²

Hoje, essas construções encontram-se em conflito com a chamada tendência de expansão do Direito Penal, cujas possíveis causas são enumeradas por SILVA SÁNCHEZ: o surgimento de novos interesses a serem penalmente tutelados, por conta da conformação de novas realidades, da escassez das realidades existentes ou da nova valoração que estas passaram a receber; o surgimento de novos riscos ou o incremento dos já existentes, especialmente em decorrência de avanços tecnológicos; a institucionalização da insegurança numa sociedade do risco; a sensação social de insegurança, com relevante atuação dos meios de comunicação na construção e manutenção de um sentimento de medo intrínseco à sociedade; a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos (pensionistas, desempregados e beneficiários em geral de serviços públicos), que se convertem nos eleitores por excelência; a conformação de uma sociedade em que as pessoas (passivas) costumam se identificar com a vítima do delito; o descrédito de outras instâncias estatais de poder, mais especificamente o Direito Civil e o Direito Administrativo, para atender aos reclames sociais; a mudança de posição de boa parte dos criminologistas de esquerda, que passaram a pretender o uso do Direito Penal para fins de emancipação; a nova atitude da esquerda política, que assumiu o discurso da segurança pública; e, ainda que como efeito colateral, o repúdio a valores inerentes ao Direito Penal, como verdade e justiça, que dificultariam sua aplicação eficiente no combate ao crime.⁵³

Ainda segundo o autor, estes aspectos

[...] sofrem um espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional. Com efeito, as peculiares exigências da reação jurídico-penal à delinquência própria de um e outro campo parecem capazes de acentuar substancialmente as tendências que [...] se acham patentes nos ordenamentos jurídicos nacionais, no sentido de uma demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o do constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal.⁵⁴

52 MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, p. 66-68.

53 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-74.

54 Idem, p. 75.

Como bem se observa, as exigências sociais por mais e maiores intervenções penais tornaram-se instrumentos de ataque aos pilares representados pelos princípios garantistas do Estado de Direito. A dogmática atual se encontra, portanto, diante de um novo Direito Penal, incompatível com a estrutura elaborada em torno do ideal de liberdade. Porém, essa crise dogmática reflete a crise do próprio Estado liberal capitalista. Como menciona BUSATO,

[...] enquanto o modelo dogmático permaneceu isolado em uma estrutura asséptica, ancorada em conceitos absolutos provenientes das ciências naturais [...], os problemas não se apresentam com tanta clareza. A interpenetração da dogmática por critérios político-criminais, que, afinal, são produto do modelo político geral, transportou a discussão para mais além dos conceitos dogmáticos. Passou-se a discutir o próprio modelo de Estado que maneja o *jus puniendi*, é dizer, que tem nas mãos esse instrumento de controle social.⁵⁵

Portanto, antes de se discutir o modelo de Direito Penal adequado a um Estado social e democrático de Direito, fundado na democracia e no respeito aos direitos humanos, deve-se avaliar se há efetivamente esse modelo de Estado. Isto porque, segundo MIR PUIG, o *jus puniendi* estatal somente poderá ser legitimamente exercido no âmbito deste Estado se respeitar os rigorosos limites impostos por sua configuração estrutural.⁵⁶ Entretanto, o problema é que o sistema de garantias proposto pelo Iluminismo é essencialmente burguês, como confirma a atual crise mundial de exclusão capitalista. Desta constatação resulta que, apesar de os princípios iluministas de liberdade e igualdade serem evidentemente contrapostos, o equilíbrio entre eles deve ser o objetivo a ser buscado pelo Estado verdadeiramente inspirado por ideais democráticos.

Porém, o que historicamente ocorreu foi a acentuação muito maior do ideal de liberdade, produzindo-se um desequilíbrio favorável aos capitalistas, com a exploração por estes dos mais fracos economicamente. Esse desequilíbrio mostra

⁵⁵ BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 178.

⁵⁶ Segundo MIR PUIG, o Estado de Direito impõe a submissão do poder punitivo ao princípio da legalidade, o Estado social, ao princípio da necessidade social da intervenção penal, e o Estado democrático, aos valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da participação do cidadão. Em MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 86.

hoje sua pior face, visto que se deixou completamente de lado o discurso da igualdade material, tomando-se como referência uma igualdade meramente formal, que só faz acentuar as desigualdades.

Não se trata de defender um novo modelo de Estado, mas de revisar as propostas iluministas. Segundo BUSATO, o Estado que tem por pretensão garantir direitos fundamentais somente tem legitimidade de invocar para si a defesa dos mesmos “enquanto eles representem um reflexo dos princípios de igualdade e liberdade. Mas, o acento mais forte deve estar no pólo da igualdade”⁵⁷, concebida materialmente. A liberdade, por sua vez, deve ser entendida como o ideal de ser igualmente livre, de não submissão ao outro.

Também tratando da noção conceitual desses princípios, DIMOULIS demonstra haver, a partir da obra do filósofo francês Etienne Balibar⁵⁸, uma multitude de significados histórica e culturalmente variáveis. Segundo DIMOULIS, a noção dominante desses direitos na ciência jurídica ainda se fundamenta na primazia da liberdade. Primeiro, sustenta-se a existência de uma tensão constante entre liberdade e igualdade. O problema é que, da ponderação desses valores, opta-se sempre pela liberdade, o que resulta numa tríplice desigualdade: entre cidadãos e estrangeiros; quanto ao acesso aos recursos econômicos e às instituições políticas; e quanto aos resultados (patrimonial, cultural, e de posição social). Em segundo lugar, sustenta-se que a igualdade não é um direito autônomo, mas uma mera regra de distribuição justa da liberdade. Neste sentido, bastaria reconhecer uma igual liberdade a todos os indivíduos, concedendo-lhes, genérica e abstratamente, os mesmos direitos.⁵⁹

Mas, segundo DIMOULIS, numa releitura dos ideais iluministas de igualdade e liberdade que não parta da interpretação dominante, pode-se constatar a inexistência de qualquer contraposição ou hierarquização entre eles. Pelo contrário, são enunciados juntos no artigo 1º da Declaração de 1789: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.⁶⁰ Ainda, sustenta o autor, este

57 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, 2003.

58 Obra utilizada por DIMOULIS: BALIBAR, Etienne. *La proposition de l'égaliberté*. Les Conférences du Perroquet, v. 22. Paris, 1989.

59 DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política da igual liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 8, n. 29, jan-mar/2000, p. 219-220.

60 Idem, p. 221.

“enunciado normativo, lapidário e revolucionário”⁶¹, que fundamenta e substancia os “direitos naturais, necessários e inalienáveis do Homem”⁶², é que foi denominado por Balibar de “*proposição da igualdade*”.⁶³

Neste sentido, liberdade e igualdade são perfeitamente compatíveis, sincrônicas e equivalentes. Ambas são fortalecidas ou enfraquecidas concomitantemente. Por isso os termos se unificam. Não indicam uma situação, mas uma tendência à igualdade, que as sociedades podem realizar em diferentes graus. Conclui então DIMOULIS:

[...] Na ótica da igualdade, os direitos não dependem de prescrições normativas [...], mas se examinam numa perspectiva substancial. Os direitos são resultados de um conflito social que impõe a tendência da igualdade ou a neutraliza [...]. Assim a igualdade permite uma definição material dos direitos. Supera o esquema da liberdade formal-jurídica e analisa os direitos segundo um critério substancial: São as pessoas iguais, sendo efetivamente livres? São livres sendo efetivamente iguais? Reivindicação de direitos significa, assim, *eliminação dos obstáculos sociais da igualdade*.⁶⁴

Nesse processo de mudança de foco, o Direito Penal, por sua vez, deve receber configuração idêntica. Deve perceber a necessidade de preservação dos princípios iluministas, mas, antes disso, deve ajustar-se à preservação efetiva daqueles que realmente representem garantias individuais aos cidadãos. Mais, deve servir de referência contra abusos que costumam ser cometidos sob o falso discurso da igualdade formal e da liberdade, o que se traduz na exploração do homem pelo homem. Como ressalta BUSATO,

[...] Não se pode mais admitir uma dogmática que, ainda que responda aos clamores político-criminais, não seja, ao mesmo tempo, crítica com relação a esses mesmos valores de referência [...]. Por isso, já não é suficiente que simplesmente se dê cumprimento ao ideário de princípios burgueses, senão que se faz necessária uma reinterpretação crítica na própria preservação de tais

61 Idem, *ibidem*.

62 Idem, *ibidem*.

63 Idem, *ibidem*.

64 Idem, p. 223.

princípios.⁶⁵

Neste sentido, ressalta DIMOULIS, o Direito Penal deve se fundamentar “na concepção dos direitos humanos enquanto tendência de igualdade e na análise dos obstáculos que impedem a sua realização, tomando assim, em consideração, que os problemas começam muito antes da formulação da política criminal”.⁶⁶ A nova dogmática jurídico-penal, portanto, deve corresponder a um Direito de intervenção mínima, propositadamente fragmentário, visto que ao Direito Penal não incumbe a redução da criminalidade, mas sim responder, segundo BUSATO, às “exigências da sociedade atual com uma intransigente luta pela preservação dos princípios iluministas, os quais, por seu turno, devem submeter-se a uma releitura desde a perspectiva de um real equilíbrio, até hoje não alcançado, entre os ideais de igualdade e liberdade”.⁶⁷

2.4. A política criminal de imputação penal da pessoa jurídica a partir da releitura democrática dos princípios iluministas

O Direito Penal caminha rumo a alargar seu objeto de proteção jurídica, para abarcar também bens jurídicos supra-individuais, atendendo a um dos reclames da criminologia crítica: o de valorização das pessoas mais como integrantes de um grupamento social do que em seu individualismo. As consequências, porém, são diversas, destacando-se o acúmulo de concentração da carga penal em ofensas a bens jurídicos que afligem direitos coletivos e difusos, principalmente nos âmbitos econômico, de consumo e ambiental, e a multiplicação da variedade de sujeitos ativos dessas condutas criminosas, dentre os quais a pessoa jurídica. A tal constatação chegou SCHÜNEMANN:

[...] Os verdadeiros perigos para a sociedade pós-moderna não são provocados pela criminalidade aventureira e da miséria, senão pela criminalidade econômica e contra o meio ambiente, que é cometida

65 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 181.

66 DIMOULIS, D. Obra citada, p. 229.

67 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 181-182.

em sua maior parte no âmbito de empresas econômicas [...].⁶⁸

É o que conclui também SHECAIRA:

[...] O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos e, principalmente, as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do direito penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo. Dessa delicada tensão – garantias penais e processuais penais aos cidadãos e a necessidade de mecanismos preventivos sociais – é que aflora a necessidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas.⁶⁹

Evidente que as questões econômicas, de consumo e ambientais encontram-se associadas, geralmente, a atividades desenvolvidas por empresas.⁷⁰ A regulamentação dessas atividades, por sua vez, encontra-se bem desenvolvida nos campos civil e administrativo.⁷¹ No campo penal, porém, sempre houve resistência doutrinária⁷², tamanho o individualismo e o antropocentrismo que presidem a

68 Tradução livre de: “[...] *Los peligros verdaderos para la sociedad postmoderna no son provocados por la criminalidad aventurera y de la miseria, sino por la criminalidad económica y contra el medio ambiente, que es cometida en su mayor parte en el marco de empresas económicas.*” Em SCHÜNEMANN, Bernd. Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y los problemas fundamentales del derecho penal de empresas económicas. *Revista Electrónica del Derecho Penal*. Lima, n. 14, nov/2000, p. 3.

69 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade dos sócios, gerentes, diretores e da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: Heloisa Estellita Salomão (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 277.

70 Assim entende SHECAIRA, para quem “A empresa é, assim, um dos nódulos essenciais do modo de ser das comunidades das atuais sociedades pós-industriais. Ela [...] é [...] o *topos* de onde a criminalidade econômica pode advir. Portanto, tal concepção das coisas leva a que a empresa possa apresentar-se como um verdadeiro centro gerador de imputação penal”. Em SHECAIRA, S. S. Responsabilidade dos sócios... Obra citada, p. 277. No mesmo sentido a opinião de FARIA COSTA, para quem “É evidente que a sociedade técnica pós-industrial consagrou definitivamente uma realidade social: a empresa”. Em FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciências Penais*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 2, fasc. 4, 1992, p. 539.

71 Nesse sentido a afirmação de BUSATO, para quem “verifica-se a admissão pacífica de que a pessoa jurídica possa figurar no pólo passivo da relação criminal, bem como o reconhecimento de sua capacidade plena, inclusive ativa, de relacionar-se juridicamente nos campos civil e administrativo”. Em BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 191.

72 Nesse sentido a opinião de MACHADO, para quem a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas não passa de uma “notável inutilidade”. Em MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: Heloisa Estellita Salomão (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 111.

concepção do Direito Penal, conforme ressalta ROTHENBURG.⁷³

Essa rejeição costuma se fundamentar em fatores dogmáticos impeditivos, associados a princípios do Estado de Direito, como os princípios da legalidade⁷⁴ e da culpabilidade, e à ideia de *societas delinquere non potest*⁷⁵, preservada sob o argumento de que seu rompimento se traduziria numa flexibilização das categorias de imputação⁷⁶ e na conseqüente transgressão das garantias individuais iluministas⁷⁷. Baseia-se também em outros dois argumentos: o de que a pessoa jurídica não seria capaz de ação penal⁷⁸; e que tampouco é suscetível de reprovação com base no critério da culpabilidade⁷⁹.

SHECAIRA, num esforço de sintetização, revela haver quatro grandes

73 ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa: estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 35.

74 Neste sentido a opinião de LUISI, para quem essa “hemorrágica criminalização [...] desconhece o princípio constitucional da intervenção mínima” e encontra-se “em clara colisão com o princípio da legalidade dos delitos e das penas”. Em LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 98.

75 Na opinião de GRACIA MARTÍN, a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas decorre diretamente do princípio, ainda vigente, *societas delinquere non potest* e se fundamenta em sua incapacidade de ação, de culpabilidade e de pena. Em GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas juridicas. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 47-48.

76 Para REGIS PRADO, a sanção penal deve ser utilizada somente como *ultima ratio legis*, de modo a tornar efetivo um Direito Penal de natureza minimalista, fragmentária e verdadeiramente garantista. Em REGIS PRADO, Luiz. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 114-115.

77 Segundo SILVA SÁNCHEZ, a criminalização da pessoa jurídica viola o princípio da subsidiariedade (ou da *ultima ratio*) do Direito Penal, pois a mesma eficácia preventiva é obtida com medidas menos graves, e viola também o princípio da personalidade da pena, na medida em que esta se projeta sobre terceiros, atingindo-os. Em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 25.

78 Segundo CIRINO DOS SANTOS, o conceito (final) de ação, como fundamento psicossomático do conceito de crime representa fenômeno exclusivamente humano, inconfundível com o conceito de ação institucional atribuído à pessoa jurídica, de modo que a pessoa jurídica é incapaz de ação. Ainda, o tipo subjetivo dos crimes dolosos constitui-se por funções psíquicas do ser humano, dotado de consciência e vontade reais, o que inexistente na pessoa jurídica. Em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 433-435.

79 Para CIRINO DOS SANTOS, a pessoa jurídica não tem capacidade penal, pois é uma entidade incorpórea à qual não se aplica os requisitos de maturidade e de sanidade mental, não tem consciência do injusto, porque esta só pode existir no aparelho psíquico humano, e é imune a pressões ou perturbações emocionais excludentes ou redutoras da dirigibilidade normativa, próprias das situações de exculpação, que realizam a ideia de inexigibilidade de comportamento diverso. Conclui então o autor que “o conceito de culpabilidade é incompatível com o conceito de pessoa jurídica”. Idem, p. 441-445.

argumentos doutrinários contrários à imputabilidade penal da pessoa jurídica: primeiro, que não há responsabilidade sem culpa, sem vontade, sendo a pessoa jurídica incapaz, por si só, de cometer um crime; segundo, que admitir tal possibilidade significa flexibilizar o princípio da personalidade da pena, que atingiria pessoas inocentes (funcionários e sócios minoritários, por exemplo); terceiro, que é inaplicável à pessoa jurídica a pena privativa de liberdade, considerada a pena-matriz do sistema penal; por último, que a pessoa jurídica não tem consciência e é incapaz de arrepende-se, não podendo ser intimidada nem reeducada, sendo inatingíveis, por isso, os fins da pena.⁸⁰

Diante de tal quadro é que surgem as críticas de ROTHENBURG:

[...] Como o Direito se tem ocupado da pessoa jurídica enquanto sujeito ativo de crimes? Desconhecendo-a? Ignorando-a? Negando-a? Admitindo-a com reservas – reservas presas muito mais a preconceitos teóricos do que a empecilhos jurídicos de peso. Pareceu-me que as (nem sempre) tímidas vezes em que o Direito positivo e a jurisprudência ensaiam tratar do tema revelam/ocultam um verdadeiro reconhecimento de que a pessoa jurídica pode ser faltosa e deve então receber um castigo. A revelação de que a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica nunca foi, na verdade, completamente estranha ao Direito; a desmistificação do falso tabu *societas delinquere non potest*, além de constituírem um testemunho mais aproximado da realidade, só têm a contribuir para uma próxima e franca admissão do princípio.⁸¹

Assim, é óbvio que a pessoa jurídica deve ser vista em suas particularidades para eventual intervenção penal. Sua responsabilidade jurídica não pode ser dotada do elemento vontade da forma finalística como este foi concebido na teoria do delito. Também não se pode confundi-la com a pessoa física que age em nome dela. No âmbito criminológico, tem-se apontado a necessidade de se modificar o foco do estudo da criminalidade individual para a criminalidade de grupo. Além disso, tem-se verificado que as ofensas a bens jurídicos transindividuais são cometidas, em regra, por entes coletivos. Assim confirma BUSATO, para quem

80 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: de acordo com a Lei 9.605/98. São Paulo: RT, 1998, p. 88-89.

81 ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 16.

Existe uma realidade empírica que cada vez mais associa a existência do delito à atuação empresarial, em que, ademais, é flagrante a situação de impunidade das pessoas físicas que se escondem por trás do ente coletivo [...] A impressão do cidadão comum é de impunidade. O que se vê é a pessoa jurídica permanecer agindo, [...] posto que a responsabilização de seus diretores ou funcionários não impede o regular seguimento de atividades ilícitas [...].⁸²

Seguindo a mesma linha de raciocínio, adverte FARIA COSTA que

A [...] preocupação centra-se [...] na criminalidade que encontra na empresa um possível centro de imputação penal. Ela não é só o lugar 'onde' ou 'por onde' a criminalidade se pode desencadear, ela é fundamentalmente o *topos* 'de onde' a criminalidade económica pode advir. E porque assim é, uma tal concepção das coisas leva a que a empresa se apresente ou possa apresentar como um verdadeiro centro gerador de imputação penal [...].⁸³

Percorrendo este trajeto, parte da doutrina⁸⁴ já vem reconhecendo que essa criminalidade empresarial não pode ser eficientemente combatida com base nas categorias dogmáticas tradicionais, imputando-se penas às pessoas físicas que por seu intermédio agem. BUSATO, a partir da leitura de Schünemann, elenca três problemas: a dificuldade probatória e de demonstração da culpabilidade; a dificuldade imposta pela estrutura hierarquizada das empresas, que permite às pessoas a adoção de uma moral peculiar, auto-indulgente a respeito da culpabilidade; por fim, a necessidade de recorrer a sanções contra a própria empresa, justificada em modelos de explicação psicológico-coletivos existentes na criminologia.⁸⁵ SHECAIRA também trata do problema da dissuasão penal dentro da estrutura empresarial, afirmando a “insuficiência do direito penal tradicional como mecanismo de controle de condutas ilícitas vinculadas às empresas”.⁸⁶

Nesta esteira, TIEDEMANN propõe o desenvolvimento de uma nova

82 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 183.

83 FARIA COSTA, J. de. Obra citada, p. 543-544.

84 Autores que reconhecem a necessidade de imputação penal da pessoa jurídica: BAIGÚN, David; BUSATO, Paulo César; DANNECKER, Gerhard; FARIA COSTA, José de; MELLO FRANCO, Affonso Arinos de; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; ROTHENBURG, Walter Claudius; TIEDEMAN, Klaus.

85 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 185.

86 SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal...* Obra citada, p. 96.

dogmática jurídico-penal, com novas ou adaptadas categorias, para dar conta da criminalidade empresarial, visto que existe, neste âmbito, um notório contraste entre as reivindicações político-criminais e as possibilidades de resposta da dogmática penal tradicional.⁸⁷ Todavia, a construção de uma nova dogmática específica para a imputação penal da pessoa jurídica, nos termos propostos por BAIGÚN⁸⁸ (sistema da dupla imputação), provavelmente não representa a melhor solução⁸⁹, sendo preferível proceder-se à releitura dos institutos clássicos da teoria do delito, numa perspectiva abrangente dessas novas reivindicações político-criminais.

A doutrina também vem reconhecendo, cada vez mais, informa ROTHENBURG, que a delinquência das pessoas jurídicas faz parte da realidade criminológica, especialmente nos âmbitos econômico, de consumo e ambiental.⁹⁰ É o que sustenta também TIEDEMANN, para quem a maior parte dos delitos no âmbito sócio-econômico são cometidos por meio de uma empresa.⁹¹ Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, apesar de sua posição contrária, identifica que parte da doutrina reconhece a existência de uma necessidade político-criminal de se punir a empresa pela criminalidade empresarial.⁹² Por isso, a vigência do princípio *societas delinquere non potest*, de que a pessoa jurídica seria uma ficção insuficiente para ser sujeito ativo de crimes, vem sendo questionada.

Mas um problema a ser enfrentado, para ROTHENBURG, é o de que “A pretendida criminalidade das empresas [...] parece não atingir a sensibilidade das pessoas de modo comparável à criminalidade tradicional”⁹³, individual e violenta, embora seja igualmente presente e potencialmente mais lesiva. Segundo o autor, é bem sucedida a “estratégia de desvio de foco, de atribuição de menor importância e

87 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, jul-set/1995, p. 28.

88 BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

89 SCHÜNEMANN, neste sentido, indica dois caminhos possíveis: “*Estos problemas [...] pueden ser resueltos fundamentalmente de dos maneras diferentes: O bien se puede crear un propio Derecho penal de la empresa, [...] o se pueden extender y perfeccionar las formas de imputación para el delito individual, para mejorar a su vez la eficiencia preventiva mediante posibilidades de imputación más amplias*”. Em SCHÜNEMANN, B. Obra citada, p. 3.

90 ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 36-37.

91 TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 22.

92 SILVA SÁNCHEZ, J.-M. Responsabilidad penal... Obra citada, p. 11. Como exemplo desse reconhecimento pode ser citado GALVÃO. Em ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 9-17.

93 ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 38.

até mesmo de aceitação dos riscos (perigos) empresariais”.⁹⁴ Assim, o empresário, muito antes de ser considerado um criminoso, participa ativamente da formulação das políticas criminais, estando do lado repressor e provedor do sistema. Por isso surpreende o fato de que alguns dos autores mais críticos do sistema capitalista também defendam, paradoxalmente, a validade do brocardo *societas delinquere non potest*.⁹⁵

2.5. A exigência político-criminal de responsabilização penal da pessoa jurídica

Parece claro que a política criminal atual está a exigir a imputação penal da pessoa jurídica. Por outro lado, somente o reconhecimento social não basta para justificar a intervenção penal.⁹⁶ Faz-se necessária uma fundamentação material que demonstre a urgência e a necessidade da medida, bem como que sua adoção não fere princípios coerentes com a proteção das garantias individuais. Daí a necessidade de se reconhecer a pessoa jurídica como centro de direitos e deveres e, portanto, também de imputação, em todos os aspectos, inclusive o penal. Neste sentido a opinião de BUSATO:

Primeiramente, [...] as pessoas jurídicas contribuem para a realização de um grande número de delitos, quer fornecendo meios materiais, quer estruturando, quer organizando a atividade delitiva [...]. Em segundo lugar, [...] dentro da estrutura hierárquica e complexa de uma empresa, principalmente onde as decisões operacionais emanam de órgãos colegiados, frequentemente a vontade expressa como guia da intervenção viabilizada pela pessoa jurídica não corresponde com a vontade individual de nenhum de seus sócios. Há alguns crimes, como os ligados à concorrência desleal, que são praticados efetivamente pela empresa e não por seus representantes ou funcionários [...]. Finalmente, as investigações mais modernas a respeito de autoria e participação em aparatos organizados revelam a necessidade político-criminal de que a responsabilidade penal ultrapasse o simples executor material e

94 *Idem*, p. 39.

95 Como exemplo pode ser citado CIRINO DOS SANTOS, J. Obra citada, 2007.

96 Conforme assevera FARIA COSTA, “é insuficiente fundamentar a punibilidade das pessoas colectivas em um modo de argumentação cegado à idéia de necessidade”. Em FARIA COSTA, J. de. Obra citada, p. 547.

alcance o chamado 'homem de trás'.⁹⁷

Alguns avanços doutrinários já apresentam soluções convincentes⁹⁸, embora ainda passíveis de aprimoramento no campo da teoria do delito, especialmente no que se refere à capacidade de ação⁹⁹ e à capacidade de culpabilidade¹⁰⁰.

Ora, se a dogmática jurídico-penal se inspira em considerações político-criminais e se as investigações dogmáticas e político-criminais apontam em direção da pessoa jurídica como responsável por parcela considerável da criminalidade moderna, conclui-se que nem a dogmática e nem a política criminal são fatores impeditivos à responsabilização criminal da pessoa jurídica. Neste sentido afirma BUSATO que “O fundamento do brocardo *societas delinquere non potest* deve residir, então, em outros interesses”.¹⁰¹

Ocorre que o modelo de imputação penal até hoje manejado foi desenvolvido tendo em vista os interesses do capital. A ascensão da pessoa jurídica, especialmente a empresa, no âmbito econômico é produto também dessa ordem social. Conclui, então, BUSATO:

Se é assim, parece absolutamente lógico e conseqüente, desde um ponto de vista ideológico, que a estrutura jurídica – e, conseqüentemente, jurídico-penal – corresponda a uma isenção de responsabilidade no que se refere aos desvios de conduta perpetrados pela organização capitalista por excelência: a empresa.

97 BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 186-187.

98 Segundo BUSATO, “Modernamente se admite dois diferentes sistemas para fundamentar a responsabilidade penal de pessoa jurídica, tanto de modo direto [...] como por *reflexo* ou *ricochete*”. Idem, p. 187.

99 Segundo BUSATO, “Não obstante as objeções normalmente formuladas ao reconhecimento da responsabilidade penal das empresas, não se pode deixar de reconhecer que as pessoas jurídicas podem ter – e têm – decisões reais. Elas fazem com que se reconheça, modernamente, sua vontade, não no sentido próprio que se atribui ao ser humano, resultante da própria existência natural, mas em um plano pragmático-sociológico, reconhecível socialmente. Essa perspectiva permite a criação de um conceito novo denominado 'ação delituosa institucional', ao lado das ações humanas individuais”. Idem, ibidem.

100 Segundo BUSATO, “Tiedemann defende a tese da existência de uma culpabilidade por defeito de organização [...], consistente na infração do dever de vigilância pelo correto funcionamento da empresa [...]. De outro lado, há autores, como Bajo Fernández, que propõem, seguindo a opinião de Schünemann que 'não é possível fundamentar a responsabilidade das pessoas jurídicas na culpabilidade, mas sim na simples necessidade preventiva' [...]. Outros, ainda, fundamentam a culpabilidade da pessoa jurídica com o suporte da teoria de comunicabilidade das circunstâncias subjetivas como, por exemplo, Araújo Júnior”. Idem, ibidem.

101 Idem, p. 188.

O que não seria lógico nem conseqüente é que os mesmos ideólogos que programaram a organização social em bases firmemente capitalistas permitissem que esse mesmo Estado organizado empregasse o seu instrumental mais violento, ou seja, o penal, contra a base de toda a estrutura capitalista.¹⁰²

Ora, a evolução do Direito Penal sempre foi no sentido de responsabilização dos entes coletivos. Segundo MELLO FRANCO,

[...] quando as civilizações atingem periodos em que predominam as tendencias collectivistas, as diversas modalidades de pessoas juridicas, [...] adquirindo importancia e capacidade de acção, tornam-se, em razão dessa mesma força, ameaçadoras e lesivas aos interesses alheios aos seus. Como consecuencia inevitavel disso aparece logo a reacção dos Estados, procurando limitar-lhes as actividades, e surge, como resultado igualmente natural, a inclinação da doutrina scientifica, no sentido de considerar, nas pessoas juridicas, possiveis agentes de infracções penaes.¹⁰³

Com base nessa constatação, o autor aponta que já na Grécia antiga admitia-se a punição de certas corporações, mediante a teoria da imputabilidade criminal de Aristóteles.¹⁰⁴ Da mesma forma em Roma, onde, apesar da pessoa jurídica ser considerada uma ficção e da noção já existente de *societas delinquere non potest*, paradoxalmente admitia-se, de forma implícita, é verdade, a possibilidade de cometimento de delitos por aquelas pessoas, uma vez que lhes eram aplicadas sanções penais.¹⁰⁵ Já na Idade Média, berço do corporativismo, surgiram inúmeras modalidades de comunidades em busca de um melhor sistema de produção e distribuição econômica. Com tamanha importância na vida social, esses agrupamentos de pessoas passaram também a ser temidos, visto que ameaçavam constantemente a lei e os direitos alheios.¹⁰⁶ Assim, a questão da capacidade criminal ativa das pessoas jurídicas voltou à tona: “cidades, colégios, monastérios ou corporações de ofício eram sujeitos criminais ativos reconhecidos

102Idem, p. 188-189.

103MELLO FRANCO, Affonso Arinos de. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. These apresentada à Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, para a livre docência da cadeira de Direito Penal. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930, p. 10.

104Idem, p. 19-23.

105Idem, p. 23-27.

106Idem, p. 29-41.

pela lei”.¹⁰⁷ Esta mesma linha de pensamento foi seguida pelos glosadores e pós-glosadores, culminando no reconhecimento expresso na Ordenança Francesa de 1670, que consagrou um título específico ao processo das comunidades por atos de rebelião, violência ou outros crimes a elas imputáveis.¹⁰⁸

Essa tendência só foi obstada pela Revolução Francesa e seu individualismo. Segundo ROTHENBURG, “O declínio do sistema feudal e os albos do Renascimento trouxeram o enfraquecimento do poder das coletividades, com uma repressão violenta por parte do Estado”.¹⁰⁹ Extintas as corporações, impossível seria atribuir-lhes capacidade penal ativa. Esse rompimento, porém, adverte BUSATO, não foi produto exclusivo do antropocentrismo iluminista e da redução do poder dos entes coletivos por sua incompatibilidade com as ideias políticas centradas no indivíduo. Não são fruto da decadência do perfil associativo medieval, mas sim,

[...] do interesse em criar um espaço de atuação mais livre ao capitalista. Mas, em verdade, 'não foram razões jurídicas, mas necessidades políticas que determinaram a desaparecimento da punibilidade das corporações, posto que estas perderam a importância e o poder que tinham na Idade Média'.¹¹⁰

Portanto, se a pretensão de releitura da carga ideológica do Iluminismo, em busca de um princípio da igualdade em sentido material, ou então da concreção da tendência à igualdade, mencionada por DIMOULIS, mostrar-se viável, indispensável será também, afirma BUSATO, reconhecer sua influência no sistema de imputação, “o que se traduz na concepção igualitária da pessoa física e da pessoa jurídica como centro de imputação jurídico-penal”¹¹¹, não só no polo passivo como no polo ativo. Compete, então, revisar os princípios iluministas para reforçar o ideal de igualdade, a partir do estabelecimento de critérios materiais, sempre em busca de um equilíbrio real e efetivo com o ideal de liberdade. Esta releitura implica, conforme BUSATO, na “eliminação de alguns descabidos privilégios

107ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 30.

108Idem, p. 29-31.

109Idem, p. 32.

110BUSATO, P. C. Fundamentos... Obra citada, p. 191.

111Idem, ibidem.

perante as instâncias de controle”¹¹², dentre os quais a proteção que se confere ao sistema capitalista, traduzida, em termos jurídico-penais, na vedação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Ora, pode-se concluir então que, se não há óbices de natureza político-criminal e criminológica a impedir a responsabilização penal da pessoa jurídica, estes obstáculos, se é que realmente existem¹¹³, só podem ser de natureza exclusivamente dogmática. Sendo assim, tais impedimentos devem ser enfrentados por meio da reconstrução e da revisão das categorias fundamentais da teoria do delito, já que a dogmática jurídico-penal é sempre instrumental frente à política criminal, e esta, por sua vez, está a reivindicar a imputação penal da pessoa jurídica pelos crimes que cometer.

3. Discussão Dogmática: Ação, Dolo e Vontade Penal da Pessoa Jurídica

Constatada a completa ausência de impedimentos de ordem político-criminal à responsabilização penal da pessoa jurídica, cabe agora verificar se as categorias dogmáticas enumeradas pela doutrina¹¹⁴ como óbices a esta imputação tem alguma procedência. Segundo DANNECKER, essas categorias são “a capacidade de ação, a capacidade de culpabilidade e a capacidade de aplicação dos fins da pena”.¹¹⁵ O grande problema, adianta o autor, é que estas categorias foram construídas e orientadas tendo em conta a pessoa humana, isto é, sua aplicação aos comportamentos humanos.¹¹⁶ Por isso, ressalta, “deve-se averiguar se

112Idem, p. 192.

113Para FARIA COSTA, citando Figueiredo Dias, “se, em sede político-criminal, se conclui [...] 'pela alta conveniência ou mesmo imperiosa necessidade de responsabilização das pessoas colectivas em direito penal secundário', não se vê 'razão dogmática de princípio a impedir que elas se considerem agentes possíveis dos tipos-de-ilícito respectivos'”. Em FARIA COSTA, J. de. Obra citada, p. 549.

114Autores enumerados na nota 1.

115Tradução livre de: “la capacidad de acción, la capacidad de culpabilidad y la capacidad de aplicación de los fines de la pena”. Em DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. Ana Cristina Rodríguez Yagüe. *Revista Penal*. Madrid: La Ley, n. 7, 2001, p. 44.

116Como prova dessa constatação pode-se indicar o seguinte precedente jurisprudencial: REsp nº 622.724-SC (Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer. DJ 18/11/2004): “Na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal à

movimento corporal voluntário.¹²³ Em seguida veio a tentativa neokantista de superação deste conceito, estabelecendo-se um dualismo metodológico por meio do qual isolou-se o mundo dos valores do mundo natural. De qualquer modo, a ação seguiu como elemento fundante do delito, reduzida ao conceito mínimo de conduta humana.¹²⁴ Já na década de 1930, WELZEL¹²⁵ propôs o modelo final de ação, como conduta humana determinada por uma vontade específica, dirigida a um fim preestabelecido.¹²⁶ De toda sorte, o modelo final também partia de uma concepção puramente ontológica do conceito de ação.¹²⁷ GALVÃO corrobora tal constatação:

Com a revisão promovida pelo finalismo de Welzel, o tipo deixou de ser concebido unicamente como elemento objetivo e externo da ação, passando a compreender também os elementos anímicos subjetivos do agente do fato punível. O exame do dolo e da culpa passa a integrar a análise típica. [...] o conteúdo dos tipos penais tornou-se mais complexo e cheio de significado [...]. Welzel ressaltou que a conduta possui um importante sentido social.

[...]

Lamentavelmente, o sentido valorativo-social que Welzel considerou em sua doutrina da adequação social não foi por ele suficientemente desenvolvido, e o penalista alemão findou por circunscrever o conteúdo da ação apenas na vontade final de sua execução. A intencionalidade não é ingrediente normativo, mas de índole naturalística. A *teoria finalista* não fez mais que enriquecer a concepção naturalista dos causalistas, sem construir dogmática social-normativista que considere o sujeito como integrante de um sistema social [...].¹²⁸

Visando à aproximação entre estes dois modelos, causal e final, é que foi desenvolvido o conceito social de ação.¹²⁹ Esta seria, então, o comportamento

123BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 1-9. No mesmo sentido ressalta GALVÃO que “Beling concebeu um tipo exclusivamente neutro, desprovido de qualquer ingerência de ordem filosófica ou valorativa, restringindo-se meramente à descrição objetiva da conduta humana”. Em ROCHA, F. A. N. G. da. *Imputação...* Obra citada, p. 13.

124BUSATO, P. C. *Idem*, p. 9-13.

125WELZEL, H. Obra citada, p. 27-32.

126Dessa forma, ressalta MASCARENHAS JR., “O conteúdo da vontade é levado ao cerne conceito da ação e corresponde a uma espécie de energia propulsora que confere direção à finalidade”. Em MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 19.

127BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 13-23.

128ROCHA, F. A. N. G. da. *Imputação...* Obra citada, p. 14-16.

129Conforme ressalta o próprio WESSELS: “a teoria social não exclui, mas inclui os conceitos final e causal de ação. [...] Sua reflexão se mostra exatamente em que ela pode compreender o conteúdo de sentido da conduta humana relevante para o Direito Penal em suas variadas formas de aparecimento, sem exigir que se associe a construção da teoria do crime, desde o princípio, a um determinado sistema”. Em WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral* (aspectos

humano socialmente relevante,¹³⁰ concebido como fenômeno social, devido a seus efeitos na realidade. Segundo GALVÃO, para esta concepção,

[...] o conceito de ação decorre de solução conciliatória entre a pura consideração ontológica e a normativa. A *teoria social* pretende fazer com que a ação seja entendida como conduta socialmente relevante, dominada pela vontade humana. [...] Tal posicionamento, sem dúvida, pressupõe a incidência de juízo de valor sobre a conduta em relação a seu ambiente social.¹³¹

No entanto, esta proposta, embora já trouxesse, pela primeira vez, uma consideração axiológica acerca do conceito de ação¹³², não teve maior reconhecimento na doutrina¹³³, de modo que restou instalada, em torno desse conceito, a polêmica entre causalismo e finalismo.¹³⁴ Por conta desta discussão¹³⁵, travada de forma mais contundente no pós-guerra, é que a importância do conceito jurídico-penal de ação atingiu seu auge. Neste momento, ressalta BUSATO,

[...] ganha importância a discussão teórico-dogmática. Atribui-se um grande número de funções ao conceito de ação, bem como se discute quais são as funções que um tal conceito pode ou deve efetivamente cumprir. Além disso, entra em debate seu caráter ontológico ou normativo. No campo dogmático, as divergências partem do significado que se atribui à vontade de atuar. Por tudo isso, o conceito de ação assume importância capital na teoria do

fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 22.

130Ou, nas palavras de WESSELS: "Ação no sentido do Direito Penal é [...] a *conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana*". Idem, *ibidem*.

131ROCHA, F. A. N. G. da. *Imputação...* Obra citada, p. 17.

132Segundo WESSELS, "*Socialmente relevante* é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas consequências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor". Em WESSELS, J. Obra citada, p. 22.

133Segundo BUSATO, isto decorre de dois fatores: primeiro, o modelo social de ação foi criticado por sua imprecisão conceitual, já que nenhum de seus defensores demonstrou o que é relevância social; segundo, porque, uma vez que buscava conciliar os modelos causal e final, e não sua mútua exclusão, ficou exposta às críticas dirigidas às duas concepções. Em BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 29.

134Idem, p. 23-33.

135Vale ressaltar aqui que esta polêmica se instaurou especialmente a partir da publicação da Monografia "Modernas orientações da dogmática jurídico-penal", publicada no pós-segunda guerra mundial e pela qual seu autor, Edmund Mezger, defensor do causalismo de Von Liszt, procurou atacar os pilares do finalismo de Welzel. Mas, segundo MUÑOZ CONDE, o objetivo implícito de Mezger era o de omitir o seu passado nazista, já que suas concepções haviam sido de grande importância durante o regime nacional-socialista alemão. Em MUÑOZ CONDE, F. Obra citada, 2005.

delito.¹³⁶

Se, por um lado, causalistas e finalistas concordavam sobre o caráter eminentemente ontológico da ação, por outro, foi estabelecido o conflito sobre o ser deste conceito, especialmente sobre a configuração do elemento vontade.¹³⁷

O resultado dessa polêmica foi, para BUSATO, a identificação da ação “como uma superestrutura capaz de cumprir uma série de funções específicas”¹³⁸: a função de classificação, que se refere à centralidade da ação na teoria do delito, de modo a congrega todas as formas de sua realização (dolosa e imprudente, comissiva e omissiva)¹³⁹; a função de delimitação ou coordenação, que se refere à capacidade do conceito de ação de constituir o substrato ao qual se agregam os adjetivos valorativos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ordenando-se todo o estudo do delito a partir daquele conceito fundamental¹⁴⁰; a função de enlace, que diz respeito à neutralidade axiológica do conceito de ação, que deve ter um conteúdo bem definido, de modo a não invadir o campo dos demais elementos do delito¹⁴¹; e a função negativa, de delimitação ou de definição, que consiste em funcionar, o conceito de ação, como elemento seletivo do delito, excluindo da apreciação jurídico-penal tudo o que fique fora de seu campo.¹⁴²

Assim, pode-se afirmar, a partir da amplitude das funções que foram exigidas do conceito de ação, que esta tornou-se o elemento fundamental na estruturação da teoria do delito. Embora a proposta finalista tenha sido a última a gerar tal consequência, toda a estrutura dogmática jurídico-penal manejada hoje desenvolveu-se, segundo BUSATO, “a partir dos sistemas concebidos tendo por base o conceito de ação”.¹⁴³ Porém, ainda que se reconheça a relevância de sua contribuição para a construção da dogmática moderna, restou comprovada sua incapacidade para cumprir com todas aquelas funções, o que levou à falência do conceito de ação de base puramente ontológica.¹⁴⁴

136BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 34.

137Idem, p. 35.

138Idem, p. 45.

139Idem, p. 47-49.

140Idem, p. 49-51.

141Idem, p. 51-52.

142Idem, p. 52-53.

143Idem, p. 55.

144Idem, *ibidem*.

3.2. A superação da concepção ontológica do conceito jurídico-penal de ação

A superação das explicações causal e finalista para o conceito jurídico-penal de ação, que importou na necessária redução de sua importância, derivou, primeiro, da reconciliação, proposta por ROXIN, entre dogmática jurídico-penal e política criminal¹⁴⁵, segundo, da percepção dos problemas dogmáticos associados ao sistema finalista e, terceiro, da demonstração da incapacidade do conceito ontológico de ação¹⁴⁶ para o cumprimento de todas as funções dele exigidas. O intento de transpor esses problemas levou ao desenvolvimento de novos conceitos para os elementos do delito, inclusive a ação.¹⁴⁷

Nesta perspectiva, ROXIN, considerando a abstração das teorias causal e final da ação, propôs redimensionar cada elemento componente do delito a partir de sua função político-criminal.¹⁴⁸ Em sua proposta, porém, o conceito de ação deixou de ser fundamental e teve suas funções amplamente reduzidas.¹⁴⁹ Já no que

145Para ROXIN, “A idéia de estruturar categorias basilares do direito penal com base em pontos de vista político-criminais permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social”. Em ROXIN, C. *Estudos...* Obra citada, p. 77-78. No mesmo sentido, afirma GALVÃO que, “A partir da década de 1970, [...] Com a contribuição de Claus Roxin, percebeu-se que o direito penal é orientado, político-criminalmente, pela consideração de suas consequências”. Em ROCHA, F. A. N. G. da. *Imputação...* Obra citada, p. 18.

146Segundo GALVÃO, “Modernamente, não se percebe mais qualquer capacidade de rendimento nas discussões sobre o conceito de ação, sendo que para o direito penal tornou-se mais importante definir quando e até que ponto se pode imputar como fundamento da responsabilidade um resultado lesivo”. Em ROCHA, F. A. N. G. da. *Imputação...* Obra citada, p. 18.

147BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 69.

148Segundo o autor, “Trata-se afinal de uma questão de sentido e de valoração que apenas pode resolver-se mediante considerações teleológicas orientadas para as características da matéria de regulação de que se trate, mas nunca mediante consequências extraídas do conceito ou essência ontológica de algo”. Em ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luis Natscheredactz. Lisboa: Vega, 1986, p. 104. Em outra obra o autor trata do mesmo assunto, afirmando que ambas as teorias “fundamentam o sistema jurídico penal em categorias ônticas, avaliadas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais. O nexa causal (no sentido da teoria da equivalência) e também sua supradeterminação finalista tentam descrever leis estruturais de acontecimentos do mundo exterior, que são anteriores a toda valoração”. E prossegue: “não se pode caracterizar o ilícito penal através de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provam os crimes omissivos”. Em ROXIN, C. *Estudos...* Obra citada, p. 79-80.

149Segundo ROXIN, “se um conceito ontológico de ação se entende apenas de modo a abarcar o controlo do processo de um acontecimento material e sem valor, tal conceito não tem então qualquer utilidade [...]. Porém, se incluirmos a dimensão do sentido no conceito de ação, este perde o seu carácter prévio, converte-se num produto jurídico-normativo por excelência e não

tange às críticas dogmáticas ao sistema finalista, elas concentraram-se, afirma BUSATO, em duas direções: contra a capacidade de aglutinação, sob um mesmo conceito de ação, do dolo e da imprudência, e da comissão e da omissão; e contra sua validade geral como substrato ontológico do crime.¹⁵⁰

No que tange a esta segunda crítica, verificou-se que o conceito final de ação tinha um problema de base, na medida em que, para WELZEL,¹⁵¹ a ação seria determinada sempre por uma finalidade. A intencionalidade do agente estaria na sua percepção do objeto e no produto desta percepção. De outro lado, essa finalidade seria isenta de qualquer valoração normativa. Com isso, os adeptos do finalismo visavam a demonstrar que a escolha do sujeito seria determinada pelo objeto, sendo a ação ontológica vinculante perante a lei. A responsabilidade penal, assim, seria determinada pela realidade e não pela lei.¹⁵²

Mas ROXIN demonstrou a inexistência de uma estrutura final pré-jurídica, visto que o estabelecimento do que é e do que não é final depende exclusivamente do tipo legal. Nas palavras do autor:

'[...] a estrutura final repousa na causalidade, a primeira estrutura ôntica não é concebível sem a segunda', [...] e nesta união indissociável se costuma apoiar geralmente a pré-existência e imutabilidade da acção e do dolo. [...] E assim efetivamente diz Welzel que 'a finalidade é um conceito tão ontológico como a causalidade'.

No entanto, é nessa crença que reside [...] a falha decisiva de toda a concepção. [...] se existe uma lei causal, a que nenhum legislador do mundo pode acrescentar ou retirar alguma coisa, não existe uma estrutura final pré-existente. O que é final e o que não é, depende exclusivamente das finalidades de ordem jurídica [...].¹⁵³

Ou seja, é necessário que o conceito de ação final inclua uma dimensão de sentido para ter alguma utilidade, pois os fenômenos jurídicos não são meros processos causais.¹⁵⁴ Neles existem, afirma ROXIN, “conteúdos de

apresentando igualmente qualquer utilidade. Sendo assim, é possível desenvolver as teorias do dolo e da participação [...] desligando-as totalmente do conceito de acção e partindo dos conteúdos de sentido próprio das mesmas”. Em ROXIN, C. *Problemas...* Obra citada, p. 104-105.

150BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 84.

151WELZEL, H. Obra citada, p. 27.

152ROXIN, C. *Problemas...* Obra citada, p. 91-98.

153Idem, p. 101-102.

154Segundo GALVÃO, “Definitivamente, o tipo penal não mais poderá ser concebido sob a perspectiva naturalista. O enfoque positivista é por demais dogmático e formalista, incapaz de

significação social que não se podem entender como controlo de factores causais”.¹⁵⁵ Deste modo, tal conceito deixa de ser exclusivamente ontológico, já que, para seu reconhecimento, além de o autor deter esse controle, faz-se necessária a verificação do seu grau de compreensão do sentido das circunstâncias fáticas. E continua: “O sujeito que não apreende o carácter injurioso das suas palavras, a alienidade da coisa ou a desonestidade do seu comportamento, não actua nem dolosa nem finalmente: em sentido jurídico-penal, não actua em absoluto”.¹⁵⁶

Resta evidente, portanto, o fracasso das tentativas de construção de um conceito unívoco e amplo de ação desde uma perspectiva ontológica, por sua comprovada incapacidade de cumprir com todas as funções que lhe foram exigidas, especialmente a de classificação dos delitos¹⁵⁷. Isto leva à sustentação de que a teoria do delito não tem mais sua estruturação dependente do estabelecimento daquele conceito. Assim, afirma BUSATO, trata-se de “restituí-lo aos seus reais limites funcionais”¹⁵⁸, preservando-se tão-somente sua função negativa.

Todavia, reconhece o autor, se, por um lado, esta necessidade de redução funcional encontra guarida em grande parte da doutrina, por outro, muitas são as divergências a partir dessa constatação. Neste sentido, esclarece que ainda há quem insista em tentar formular um supraconceito de ação a partir de seu viés negativo (omissão). Outros entendem que o conceito de ação cede primazia às ideias normativas de tipo e antijuridicidade. Outros, ainda, incluem no conceito de tipo todos os elementos do delito, inclusive a ação. Uma quarta vertente defende que o conceito de ação, embora não seja pré-jurídico e se sujeite a considerações valorativas, deve seguir como referência do sistema de imputação penal. Por fim, há quem entenda que a superação do conceito ontológico da ação não acarreta sua

desvendar o carácter ideológico que é subjacente ao sistema repressivo. Em um caminho sem volta, os estudiosos e operadores do direito penal passaram a conceber o fenómeno delitivo em seu aspecto social-valorativo [...]. Não importa agora somente o dado objetivo da realidade natural, mas também a valoração normativa de tal objeto”. Em ROCHA, F. A. N. G. da. *Imputação...* Obra citada, p. 18-19.

155ROXIN, C. *Problemas...* Obra citada, p. 103.

156Idem, p. 102-103.

157Ocorre que a concepção finalista pecou, primeiro, por tentar conciliar sob a mesma base ontológica – movimento voluntário –, ação e omissão (ausência de movimento). Igualmente pecou em relação ao dolo e à imprudência, como ressalta BUSATO: “enquanto o dolo para Welzel seguia sendo uma concepção ontológica, ficava clara sua incompatibilidade com uma imprudência que é específica e irreduzivelmente normativa”. Em BUSATO, Paulo César. A imprudência a partir do conceito significativo de ação. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: Notadez; ITEC, ano X, n. 36, jan.-mar./2010, 2010, p. 33.

158BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 102-110.

desconsideração completa, reconhecendo uma estrutura significativa no conceito de ação.¹⁵⁹

3.3. O conceito significativo de ação

A superação do conceito ontológico de ação levou ao surgimento de soluções inovadoras¹⁶⁰, dentre as quais a do conceito significativo de ação, que pressupõe uma nova interpretação do conceito de ação e aponta, assevera BUSATO, “na direção de um novo paradigma para o conceito de conduta penalmente relevante”.¹⁶¹ Quanto a esta mudança paradigmática, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ reflete:

Pois bem, em um momento no qual se pode afirmar que os modernos sistemas penais de orientação funcionalista encontram-se ainda em fase de assentamento e de desenvolvimento [...] sendo que apareceu, em data recente, na doutrina penal espanhola uma pesquisa básica sobre os fundamentos do sistema penal, efetuada por VIVES ANTÓN, que possui a característica de apartar-se das construções filosóficas que inspiraram os sistemas antes citados e propor uma nova sistemática penal que se articula sobre uma base filosófica diferente, de acordo com uma das principais correntes (talvez a de maior relevância na atualidade) de pensamento do século XX.

[...] Daí que, sem dúvida, estamos assistindo ao nascimento do primeiro sistema penal do século XXI e que, ademais, está destinado a receber no futuro uma ampla acolhida na doutrina científica e na práxis de nossos Tribunais.¹⁶²

A essa concepção significativa de ação chegaram VIVES ANTÓN¹⁶³, partindo da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação comunicativa

¹⁵⁹Idem, p. 110.

¹⁶⁰Conforme MASCARENHAS JR., as categorias jurídico-penais passaram a sofrer um considerável distanciamento das categorias ontológicas e uma gradual reaproximação ao normativismo com o advento do funcionalismo, “seja a partir das contribuições de Roxin preocupado em integrar a dogmática penal à Política criminal, através de seu funcionalismo moderado (ou dualista), seja a partir dos estudos [...] de Jakobs na elaboração de seu funcionalismo radical (ou monista)”. Em MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 13.

¹⁶¹BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 151.

¹⁶²MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 2-3. No mesmo sentido a opinião de MASCARENHAS JR., em MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 46-47.

¹⁶³VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

de Habermas¹⁶⁴, e FLETCHER¹⁶⁵, desenvolvendo um aspecto dogmático das formulações de Welzel,¹⁶⁶ de modo que, conclui BUSATO,

O conceito significativo de ação parece ser o que melhor se coaduna com a perspectiva de um Direito penal moderno, que a um só tempo responda aos anseios de uma nova Dogmática e seja a respeito para com os direitos e garantias fundamentais do homem, historicamente conquistados. Isto porque sua perspectiva metodológica apresenta-se mais de acordo com uma interpretação humanista do Direito penal, suas propostas político-criminais são permeáveis à crítica do próprio Sistema e sua expressão dogmática, ainda que não completamente desenvolvida, promete bases bastante seguras.¹⁶⁷

A assunção de tal proposta acarreta, de imediato, o reconhecimento de uma nova base filosófica, na qual a intenção subjetiva, de ordem individual, fica relegada a um segundo plano, cedendo espaço à interpretação, de ordem social.¹⁶⁸ Conforme assevera VIVES ANTÓN, “A ação [...] passa [...] a ser entendida não como o que os homens fazem, senão como o *significado* do que fazem, *não como substrato, senão como sentido*”.¹⁶⁹ A reflexão filosófica em torno do conceito significativo de ação deixa de focar o sujeito e o impenetrável aspecto subjetivo residente em sua mente e passa a centrar-se na linguagem e na dimensão social do atuar humano.¹⁷⁰ Neste sentido a opinião do autor, para quem

O grande descortino do estudo da ação, porém, pode ainda estar em marcha e traduz-se em uma alternativa para assimilar a ação do

164Conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Vives Antón parte do “giro pragmático” de Wittgenstein, como filosofia desenvolvida em torno da ação e da racionalidade prática, orientando sua reflexão filosófica a partir da ação e da linguagem, em lugar do sujeito. Já quanto ao método empregado, segue manifestamente a Habermas. Em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 7-8.

165FLETCHER, George. *Conceptos basicos de derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

166BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 151-152.

167Idem, p. 152-153.

168Segundo MASCARENHAS JR., para Vives Antón, “a determinação da ação a ser realizada não depende da concreta intenção do sujeito, senão do código social conforme aquilo que se interpreta, a partir do que é realizado. [...] As ações são concebidas como interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais podem dar-se ao comportamento humano”. Em MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 44-45.

169Tradução livre de: “*La acción [...] pasa [...] a entenderse, no como lo que los hombres hacen, sino como el significado de lo que hacen, no como sustrato, sino como sentido*”. Em VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 197.

170MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 10-11.

autor, sem precisar enfrentar o obscuro e tenebroso conteúdo da sua mente, pois desde o 'causalismo' até, pelo menos, o conceito de Roxin, se percebe certa sujeição ao *dualismo* ou ao *materialismo* que envolve a problemática 'mente-corpo' [...].¹⁷¹

Ou seja, segundo MASCARENHAS JR., o conceito de ação significativa rompe com a dogmática que a antecede e se notabiliza, dentre outros fatores, por prescindir do dualismo de se considerar a ação como fato composto por um aspecto físico ou de movimento corporal, e outro mental ou volitivo, “tornando vazia a concepção cartesiana da mente como substância e trazendo à tona uma concepção da ação, da qual seja possível *interpretar, significar e/ou manifestar* um 'sentido'”.¹⁷²

É o que também afirma BUSATO: “Os fundamentos de um conceito significativo de ação se encontram na idéia de percepção da ação como algo que transmite um significado”.¹⁷³ Ou seja, o conceito não é nem ontológico nem exclusivamente normativo. Conforme VIVES ANTÓN, a ação deixa de ser compreendida como um substrato para sê-la como um sentido.¹⁷⁴ Este não provém do sujeito (aspecto interno) nem do objeto (aspecto externo), mas da inter-relação ente eles, que produz uma percepção. Esta, por sua vez, não é uma realidade nem tampouco um valor em si mesma, mas tão somente um sentido. A ação, portanto, não é mera expressão de fatores psicológicos ou normativos, mas algo capaz de expressar seu significado. Logo, sua essência situa-se na comunicação.¹⁷⁵ Desse modo, não há por que rechaçar, de forma apriorística, a capacidade de ação da pessoa jurídica.

Consequentemente, afirma BUSATO, “O significado da ação, produto

171MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 24.

172Idem, p. 31.

173BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 155.

174VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 205. No mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ afirma que Vives Antón, de um lado, questiona a concepção cartesiana da mente humana como substância, que no marco do Direito Penal resultou no conceito de ação composto por um aspecto físico (movimento corporal) e outro mental (vontade), e, de outro, põe em relevo a mudança paradigmática ocorrida na filosofia da ação, de tal modo que a concepção da ação deixa de ser ontológica, como algo que os homens fazem, e passa a ser significativa, como o significado do que os homens fazem. Deixa de ser um substrato e passa a ser um sentido. E finaliza: “É, definitivamente, o novo conceito significativo de ação”. Em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 11.

175BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 155-162.

da comunicação, corresponde à linguagem escolhida”.¹⁷⁶ Logo, havendo pretensão de correspondência entre o sistema de Direito Penal manejado e o modelo de Estado social e democrático de Direito, a linguagem dessa comunicação deve assegurar um sistema normativo pleno de garantias individuais. É justamente por essa razão que esse sistema normativo, como reflexo das aspirações político-criminais da sociedade, pode tranquilamente refletir também a exigência, de mesma ordem, de incriminação das pessoas jurídicas.

Ocorre que o modelo ontológico de ação correspondeu a um momento de interesse na separação radical entre dogmática e política criminal. Todavia, uma vez reconhecida a influência político-criminal na determinação da dogmática, a esta restou a busca de um modelo correspondente ao Estado social e democrático de Direito. Dentre as soluções possíveis, a melhor alternativa parece ser a de reorientação das construções teóricas jurídico-penais a partir da teoria da comunicação, preservando-se as garantias iluministas, mas ajustando-as às necessidades sociais, estabelecidas por meio de uma razão comunicativa.¹⁷⁷ Segundo BUSATO, “Somente através da comunicação se pode lograr a aglutinação de interesses necessários à efetivação de um Estado social e democrático de Direito”.¹⁷⁸

Neste percurso o Direito Penal deve receber configuração idêntica, incumbindo-lhe, assevera BUSATO, “enfrentar as exigências da sociedade com uma intransigente luta pela preservação dos princípios humanistas”¹⁷⁹, o que se traduz na recusa do determinismo ontológico e na crítica a uma visão exclusivamente normativa. A ênfase não deve ser determinada nem pelo sujeito nem pelo objeto, mas pela relação holística entre eles. Neste sentido a opinião do autor:

Por tais razões, enquanto se busca identificar um conceito de ação jurídico-penalmente relevante, cumpre rechaçar os conceitos exclusivamente ontológicos ou exclusivamente normativos, optando por uma idéia de que se situa na relação comunicativa do sujeito com o objeto, do autor do delito com o Sistema de controle social manipulado pelo Estado, e mais, com o próprio contexto social de tal atuação. Deste modo, se estará dotando o conceito de ação de um

176Idem, p. 169.

177Idem, p. 169-181

178Idem, p. 181.

179Idem, p. 184.

sentido de realidade social legitimado não por verdades universais nem por determinação das instâncias de poder, mas por um filtro interpretativo absolutamente dinâmico que é a evolução da própria sociedade à qual se refere.¹⁸⁰

Por isso faz-se necessária a adoção do conceito significativo de ação, que implica na percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz, para efetivar uma política criminal adequada a um Estado social e democrático de Direito. Ou seja, o referencial que dá sentido ao conceito de ação deve corresponder ao contexto social em que se determina. Isto porque a configuração social que estabelece o sentido da ação é a mesma que determina a escolha normativa dos tipos de ilícito. Logo, conclui BUSATO, “é forçoso admitir que o significado da ação relevante para o direito penal deve ser coincidente com o significado do estabelecimento dos tipos penais”.¹⁸¹ Neste ponto, afirma VIVES ANTÓN que

[...] a determinação de se se está ante uma ação – e a do tipo de ação ante o qual se está – já não se efetua com parâmetros psico-físicos, mediante o recurso à experiência externa e interna, senão que tem lugar em termos de regras, isto é, em termos normativos. É o *seguimiento de reglas* (e não um inapreensível acontecimento mental) o que permite falar de ações, ao dar lugar ao que as constitui como tais (o *significado*) e as *diferencia* dos simples fatos.¹⁸²

Assim, a ação dotada de sentido jurídico-penal, no Estado social e democrático de Direito, somente é aquela cujas figuras típicas correspondam às aspirações sociais. Portanto, ressalta BUSATO,

[...] o controle social exercido pelo Direito Penal é, a um só tempo, *determinante da e determinado pela* ação significativa. Determinante porque a identificação socialmente desvalorada deriva do sentido jurídico-penal da ação e determinado porque a aspiração de

180Idem, p. 185.

181Idem, p. 190.

182Tradução livre de: “[...] *la determinación de si se está ante una acción – y la del tipo de acción ante el que se está – ya no se efectúa con parámetros psico-físicos, mediante el recurso a la experiencia externa e interna, sino que tiene lugar en términos de reglas, esto es, en términos normativos. Es el seguimiento de reglas (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y las diferencia de los simples hechos*”. Em VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 197.

estabelecimento de normas no sentido do exercício efetivo daquele controle social depende da existência prévia de um sentido, um significado como eixo da norma [...].¹⁸³

Ou seja, se os tipos penais e, conseqüentemente, a tipicidade, são determinados pela configuração social do Estado, fica claro que o mecanismo de seleção de validade social daqueles tipos é o que determina o que seja ação ou omissão, dolo ou imprudência, jurídico-penalmente relevante¹⁸⁴. Assim, para VIVES ANTÓN “a ação, como portadora do *sentido*, é o resultado de um *processo de interpretação* conforme a regras. [...] Cada interpretação, até onde a imputação possa levar-se a cabo, constitui uma nova ação”.¹⁸⁵ Prossegue o autor, concluindo que “*Movimiento corporal, interpretación e sentido resultante constituyen los componentes del concepto de acción, a la que equivale la omisión*”.¹⁸⁶ No mesmo sentido, para BUSATO “a ação não é o sentido de um substrato típico, mas o sentido de um substrato social”.¹⁸⁷ Dessa forma, tipo e ação são determinados pela interpretação comunicativa da necessidade de controle social, derivado da necessidade de proteção de bens jurídicos. Se assim é, então parece não subsistir nenhum óbice dogmático à responsabilização jurídico-penal da pessoa jurídica.

Este foi o caminho percorrido por VIVES ANTÓN, partindo da filosofia da linguagem para chegar ao conceito significativo de ação.¹⁸⁸

FLETCHER alcançou noção semelhante a partir do aprimoramento da própria dogmática jurídico-penal.¹⁸⁹ Desenvolveu seu raciocínio fazendo uma passagem pelas noções de ação penal presentes na dogmática e concluiu pela

183BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 190.

184Conforme assevera BUSATO, a ação representa um processo simbólico cujo sentido é ditado por regras que a rege. Para o autor, “a expressão de sentido, contudo, não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendem expressar, mas do 'significado que socialmente se atribua ao que fazem'. Assim, não é o *fim*, mas o significado que determina a classe das ações; logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos”. Em BUSATO, P. C. *A imprudência...* Obra citada, p. 63-64.

185Tradução livre de: “*la acción, como portadora del sentido, es el resultado de un proceso de interpretación conforme a reglas. [...] Cada interpretación, hasta donde la imputación pueda llevarse a cabo, constituye una nueva acción*”. Em VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 195.

186Tradução livre de: “*Movimiento corporal, interpretación y sentido resultante constituyen los componentes del concepto de acción, a la que equivale la omisión*”. Em VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 195.

187BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 191. À conclusão semelhante chegou MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 10-11.

188VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada.

189BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 197.

necessidade de percepção do seu significado, propondo, conforme afirma BUSATO, a conjugação de dois fatores: “um alto grau de contextualização na percepção da conduta e uma 'compreensão humanista' que substitua a idéia de 'explicação' do conceito”¹⁹⁰, nos seguintes termos:

Uma compreensão humanista da ação exige que abandonemos a ideia de uma *explicación* científica que conceba a ação como um produto de fatores causais. A chave para uma aproximação humanista não é a explicación da ação como produto das forças causais, senão a *comprensión* de como os seres humanos atuam quando efetivamente o fazem. [...] A ideia é que a conduta humana – como algo oposto aos fenômenos naturais – somente pode ser compreendida, mas não explicada em termos científicos.

[...]

[...] o mundo circundante e o contexto não são os meios para explicar a conduta, senão para percebê-la e compreendê-la.

Esta é, pois, a aproximação humana e contextualizada ao conceito de ação.¹⁹¹

Nesse sentido, compreende-se a ação de modo global, orientada não ao ato mecânico e isolado que gera o resultado, mas como o produto de tudo que a envolve e a determina¹⁹², de acordo com a compreensão humanista de seu significado contextualizado.¹⁹³ Por isso torna-se importante recorrer às valorações que dotam de sentido a ação. Mas estas valorações dependem do contexto em que a ação se realiza.

O elemento subjetivo final presente na ação deixa de ser relevante, ganhando importância o conjunto de fatores que permitem a apreensão do propósito do sujeito. Segundo BUSATO, “é da percepção e compreensão do global das

¹⁹⁰Idem, p. 199.

¹⁹¹Tradução livre de: “[...] *Una comprensión humanista de la acción exige que abandonemos la idea de una explicación científica que conciba la acción como un producto de factores causales. La clave para una aproximación humanista no es la explicación de la acción como producto de las fuerzas causales, sino la comprensión de cómo los seres humanos actúan cuando efectivamente lo hacen. [...] La idea es que la conducta humana – como algo opuesto a los fenómenos naturales – sólo puede ser comprendida y no explicada en términos científicos. [...] el mundo circundante y el contexto no son los medios para explicar la conducta, sino para percibirla y comprenderla. Esta es, pues, la aproximación humana y contextualizada al concepto de acción*”. Em FLETCHER, G. Obra citada, p. 90-91.

¹⁹²BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*. Porto Velho: EMERON, ano 2001, n. 8, 2001, p. 300.

¹⁹³BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 200.

circunstâncias relativas ao fato que se deduz sua qualidade final”.¹⁹⁴ Torna-se essencial, então, apreender a linguagem daquele propósito. A ação passa a ser configurada por outros valores além da vontade subjetiva, mais precisamente, pelo contexto social em que se produz. A própria existência ou não de uma conduta passa a depender do seu entorno.¹⁹⁵ Portanto, se a pessoa jurídica é ou não capaz de ação em sentido jurídico-penal é algo que independe de ela possuir ou não qualquer instância psicológica formadora de vontade subjetiva, no sentido atribuído ao ser humano pelo finalismo.

No que concerne à teoria do delito, a determinação de seu eixo sistemático depende de se considerar as funções desempenhadas por cada um dos elementos pretendentes a ocupar este posto, dentre os quais a ação. Dada a impossibilidade comprovada, conforme ressalta MASCARENHAS JR.¹⁹⁶, de tal conceito desempenhar toda a gama de funções que lhe foram atribuídas pela dogmática clássica, parece clara a necessidade de se promover a redução das mesmas, permanecendo apenas a função negativa, bem como a sua conversão estrutural de um substrato material em um sentido.¹⁹⁷ Definitivamente, afirma BUSATO, “a ação exerce uma função de dar sentido ao tipo, ou [...] de dotar de pretensão de relevância o *tipo de ação*”.¹⁹⁸ Esta foi, segundo MASCARENHAS JR., a primeira grande virtude de Vives Antón ao conceber sua teoria da ação significativa, pois em nenhum momento buscou desenvolver um supraconceito de ação capaz de responder às exigências dogmáticas que dele se exigia tradicionalmente.¹⁹⁹

Portanto, pode-se concluir que a pessoa jurídica é capaz de expressar o sentido de um tipo penal. Ou seja, é perfeitamente possível compreender-se que uma pessoa jurídica pratique a ação prevista nos núcleos de alguns tipos, tais como:

194Idem, p. 201.

195Idem, p. 202-204.

196Para o autor, “Cada vez mais se evidencia desprezível a utilização de um conceito *multifuncional* de ação que atenda a todas as exigências sistemáticas do Direito penal, até porque, de todas aquelas funções a única que ainda merece algum prestígio é a de *delimitação*”. Em MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 22.

197BUSATO, P. C. *Direito penal...* Obra citada, p. 211.

198Idem, p. 212.

199MASCARENHAS JR., W. A. Obra citada, p. 43.

a fábrica causou poluição²⁰⁰; a empresa suprimiu tributo.²⁰¹

3.4. O dolo significativo-axiológico

O dolo, como categoria da teoria do delito, sempre foi compreendido, a partir das concepções clássicas da ação ontológica, como um acontecimento físico, psíquico, que se passa na mente do sujeito, e do qual, portanto, seria incapaz a pessoa jurídica. Todavia, desde que adotado um conceito axiológico de ação, como o de ação significativa, o dolo deixa de ser ontológico e torna-se axiológico-normativo, ainda que continue a representar uma expressão de vontade. Assim, não há problema algum quanto à identificação de uma conduta criminosa da pessoa jurídica, já que o dolo, longe de ser uma realidade física, pré-jurídica, é uma atribuição normativa. Trata-se, na verdade, de uma desvalorização normativa superior à da imprudência, quanto à qualificação de uma conduta como criminosa. Em suma, a compreensão da ação como manifestação de vontade de produção de um resultado desvalioso não importa em qualquer exigência dogmática que torne a pessoa jurídica penalmente incapaz.

Não se trata, desde logo, de invalidar a estrutura tradicional de distribuição dos elementos do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). O próprio VIVES ANTÓN deixa claro que seu objetivo não é o de demolição das categorias dogmáticas construídas ao longo de dois séculos, senão o de oferecer uma nova perspectiva que permita clarificar os conceitos básicos do sistema penal, isto é, o de propor um novo modo de determinar seus significados (sentidos).²⁰² A esse propósito a afirmação de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: “Definitivamente, não se trata, no fundo, nada mais que de uma nova maneira de analisar e ordenar os

200“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. Em BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências..* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 23 jul. 2010.

201“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório”. Em BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências..* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

202VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 29.

problemas propostos na teoria jurídica do delito”.²⁰³

Todavia, se forem mantidos os elementos do conceito finalista de tipo, o problema permanece, visto que a vontade é um de seus componentes.²⁰⁴ Ocorre que, quando se fala em vontade, sob uma perspectiva finalista, presume-se como sua fonte natural e unívoca a subjetividade humana.²⁰⁵ Trata-se, portanto, de um dado psicológico. Assim funcionam as concepções doutrinárias que persistem em tratar a ação como comportamento humano determinado pela vontade subjetiva, o que implica, sempre, em uma finalidade íntima (psicológica). Para estas teorias, informa SCHÜNEMANN, “O delito é ainda concebido como a obra objetiva e subjetivamente imputável e culpável de um autor individual”²⁰⁶, o que impede, obviamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Entretanto, a vontade remanesce como elemento do conceito jurídico-penal de ação não em função de qualquer classe de sobrevivência da concepção finalista, mas em razão de integrar o tipo de ação doloso. Neste sentido, pela proposta da ação significativa, embora o tipo de ação contenha elementos objetivos e subjetivos, estes não necessariamente correspondem à intenção subjetiva do agente enquanto expressão mental (íntima) de uma intenção.²⁰⁷ Assim, o elemento subjetivo do injusto perde o aspecto psicológico da perspectiva finalista e adquire um perfil significativo, cuja essência contém, também, um elemento axiológico.²⁰⁸ Ou seja, afasta-se, desse modo, o principal óbice dogmático à imputação penal da pessoa jurídica.

Ocorre que as concepções ontológicas, dentre as quais a causal-

203MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 5.

204Segundo HASSEMER, analisando a teoria finalista de Armin Kaufmann, “*Dolo e imprudencia se diferencian con ayuda de aquel criterio que ya ontológicamente caracteriza la acción: la voluntad de realización. Por ello la teoría del dolo encaja sin fisuras en la teoría de la acción*”. Em HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde; Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 120.

205BUSATO, P. C. Vontade penal... Obra citada, p. 301. Tal conclusão extrai-se, por exemplo, de MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN: “*Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. [...] El contenido de la voluntad es siempre [...] un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final*”. Em MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 238.

206Tradução livre de: “*El delito es aún concebido como la obra objetivamente y subjetivamente imputable y culpable de un autor individual*”. Em SCHÜNEMANN, B. Obra citada, p. 1.

207BUSATO, P. C. A imprudência... Obra citada, p. 65.

208BUSATO, P. C. *Direito penal*... Obra citada, p. 214-216.

naturalista e a finalista, bem como as que delas derivaram ou que nelas ainda se fundam, sempre buscaram conceituar o dolo como um fenômeno psíquico existente na mente do sujeito²⁰⁹, competindo ao jurista, no processo penal, observá-lo e descrevê-lo. Porém, avverte BUSATO, para atingir tal objetivo “seria necessário acudir, de qualquer maneira, à mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer, em essência, seu plano”.²¹⁰ E mais, prossegue o autor, dada a relação entre o dolo e a teoria da prova no processo penal, “o dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva”.²¹¹ Mas o que se pode observar é que a demonstração do dolo como realidade psicológica revelou-se impossível, primeiro, por conta da inacessibilidade física à intenção subjetiva residente na mente do sujeito no momento do crime e, segundo, porque a busca da verdade real no processo penal se confirmou um objetivo inatingível, simplesmente por inexistir.²¹²

Diante do fracasso das teorias ontológicas em demonstrar o dolo como fenômeno psíquico, parte da doutrina²¹³ passou a desenvolver uma concepção normativa do dolo – como resultado de uma atribuição. O dolo deixou de ser puramente ontológico, como na perspectiva finalista, e passou a ser normativo, de modo que “não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal”.²¹⁴ Segundo DÍAZ PITA,

A perspectiva normativa se apóia, fundamentalmente, em três pilares básicos: em primeiro lugar, a recepção da realidade [...] não já como realidade empírica [...], mas como uma realidade *valorada*; em segundo lugar, e como consequência do anterior, os conceitos subjetivos (como é o dolo) consideram-se *títulos de atribuição*; por fim, nesta concepção, o Direito processual adquire um papel relevante quanto à proposta de definição desses elementos assim

²⁰⁹Conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Segundo a concepção psicológica, [...] o conhecimento em que se baseia o dolo se projeta sobre uma realidade acontecida no passado, a respeito da qual não se pode verificar determinados fenômenos psicológicos que existiam na mente do sujeito no momento em que realizou o fato”. Em BUSATO, Paulo César; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; DÍAZ PITA, María del Mar. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39, nota 7.

²¹⁰BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 100.

²¹¹Idem, p. 102.

²¹²Idem, ibidem.

²¹³BUSATO cita como exemplos Hassemer e Fletcher. Idem, p. 104, nota 27.

²¹⁴BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 105.

considerados: com efeito, o objetivo do processo penal não será já o descobrimento da verdade empírica, mas da verdade forense [...].²¹⁵

A abordagem, portanto, deixou de ser descritiva e tornou-se valorativa. Porém, a negação da realidade do dolo ou a incongruência entre a realidade psicológica da intenção do agente e a mera atribuição que se lhe faz levam ao risco de decisões arbitrárias de imputação jurídico-penal.²¹⁶ Assim, enquanto a perspectiva ontológica carece de capacidade de demonstração do dolo para confirmar sua validade, a concepção puramente normativa carece de legitimidade ao afirmar que o dolo é mera atribuição.²¹⁷ Para superar esta constatação, resultou essencial a determinação de critérios objetivos seguros, ou parâmetros racionais, segundo DÍAZ PITA²¹⁸, para a afirmação da existência do dolo.

Neste ponto torna-se crucial a tese dos indicadores externos de HASSEMER²¹⁹, que não se preocupa em discutir o ser do dolo, propondo tão somente discutir a *ratio* de sua penalidade, isto é, a razão pela qual se pune mais gravemente os crimes dolosos frente aos imprudentes, nos seguintes termos:

Se, em busca das corretas características do dolo, renuncia-se a definições apriorísticas de tipo ontológico e a desfigurações de elementos do dolo, coloca-se, em primeiro lugar, desde o ponto de vista deontológico, a pergunta de qual é a razão que justifica por que em nosso direito penal se incrimine de modo mais grave o comportamento doloso que o imprudente. Quem não puder responder a esta pergunta, não poderá fundamentar os limites do dolo em critérios normativos aceitáveis: que grupos de casos, situações, fatos, não de ser valorados como dolosos e quais como culposos não se decide segundo uma presumida natureza ante ou extrapenal do dolo ou da imprudência em si mesmos considerados, senão segundo uma lógica normativa, a qual serve de base ao diferente tratamento penal que recebem os grupos de casos dolosos e culposos; o que se considera como 'já doloso' ou como 'todavia culposo' somente pode decidir-se em função da *ratio* pela qual se sanciona com maior energia o dolo.²²⁰

215Idem, p. 17.

216Idem, p. 107.

217Idem, p. 97.

218Idem, p. 25.

219Trata-se do artigo “*Los elementos característicos del dolo*”, publicado na obra HASSEMER, W. Obra citada, p. 119-155.

220Tradução livre de: “*Si en la búsqueda de las correctas características del dolo se renuncia a definiciones apriorísticas de tipo ontológico y a desfiguraciones de elementos del dolo, se plantea en primer lugar, desde el punto de vista deontológico, la pregunta de cuál es la razón que justifica*

Prossegue o autor, concluindo que a maior gravidade da criminalização do dolo justifica-se porque “o autor de um delito doloso lesiona não somente o bem jurídico senão também a norma que obriga a observar esse bem jurídico”²²¹. Propõe ainda que, se o dolo, como decisão contra o bem jurídico, composto pelos elementos cognoscibilidade e vontade, não pode ser diretamente observado e descrito²²², sua aproximação deve se dar de forma indireta, por meio de critérios externos, objetivos, que cumpram os seguintes requisitos: “observabilidade, plenitude e relevância dispositiva”.²²³ Evidentemente que, adverte HASSEMER, não há como representar o dolo por meio de um único indicador (como a “ação de evitação” de Armin Kaufmann, por exemplo), visto que são inúmeros os indicadores externos que preenchem aqueles requisitos, devendo-se, na realidade concreta, recorrer-se à análise de todas as circunstâncias que envolvem o atuar.²²⁴ Segundo o autor, a ordenação sistemática desses indicadores deverá demonstrar a existência concreta e real do perigo para o bem jurídico, a representação do agente acerca desse perigo e sua decisão a favor da realização do mesmo.²²⁵ Em síntese, segundo BUSATO,

Hassemer entende que o dolo é uma 'decisão a favor do injusto', mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que, sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, esses indicadores só podem ser procurados na mesma *ratio* do dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação

el que en nuestro derecho penal se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, fatos, han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la qual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como 'ya doloso' ou como 'todavía culposo' solo puede decidirse en función de la ratio por la que se sanciona con mayor energía el dolo". Idem, p. 128-129.

221Tradução livre de: “*el autor de un delito doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico*”. Idem, p. 133.

222Idem, p. 145.

223Tradução livre de: “*observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva*”. Idem, ibidem. Para BUSATO, tais requisitos podem ser entendidos como: “caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão”. Em BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 111.

224HASSEMER, W. Obra citada, p. 148-150.

225Idem, p. 152.

perigosa.²²⁶

Não resta dúvida, pois, que a identificação do dolo independe da descrição de um fenômeno psicológico, devendo ocorrer por meio de indicadores externos e, portanto, normativos. Segundo BUSATO, “O dolo, definitivamente, não 'é' um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico”.²²⁷ Não é visto e reconhecido, mas sim compreendido e atribuído. O dolo, como expressão de consciência e vontade, é, enfim, normativo. Se assim é, então não há impedimento dogmático à atribuição do dolo às pessoas jurídicas.

Todavia, para que se proceda a essa mudança de perspectiva, devem ser revisitadas as categorias ontológicas do tipo, construídas sob o advento do finalismo e pouco inovadas pelas concepções que lhe sucederam, dentre as quais o funcionalismo. Para BUSATO, é preciso “negar o tipo subjetivo como condicionante ontológico e, a partir disso, não há porque o dolo figurar no substrato da organização do sistema de imputação”.²²⁸

Assumindo-se a teoria significativa de VIVES ANTÓN, concebida sobre a filosofia da linguagem de Wittgenstein e o agir comunicativo de Habermas²²⁹, a teoria do delito fica assim estruturada: tipo de ação, como pretensão conceitual de relevância – que expressa a noção de tipicidade – e como pretensão de ofensividade – que representa a antijuridicidade material; antijuridicidade formal, como pretensão de ilicitude – que se traduz na verificação da falta de ajuste entre o comportamento significativo e o ordenamento jurídico; culpabilidade, como pretensão de reprovação; e punibilidade, como pretensão de necessidade de pena.²³⁰ Diante desta estrutura, o dolo e a imprudência, como instâncias de imputação de anti-normatividade, situam-se no âmbito da antijuridicidade formal. Conclui, então, BUSATO:

Resulta, pois, que, em termos normativos, há tantos casos imprudentes quanto dolosos, sendo que o que identifica estes últimos – por certo –, normativamente, é a expressão de sentido que se

²²⁶BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 112.

²²⁷Idem, p. 113.

²²⁸Idem, p. 114.

²²⁹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 27.

²³⁰BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 116-117.

traduz no compromisso com a produção do resultado típico, que não ocorre na imprudência.²³¹

Ou seja, o dolo é identificado como um compromisso de atuar do agente, como uma intenção de realizar o fato antijurídico, como uma decisão em desfavor do bem jurídico. Logo, se a ação é significado, o dolo nada mais é que o compromisso com esse significado. Porém, para a verificação da existência desse compromisso, necessário faz-se determinar, sempre a partir de manifestações externas, e não psicológicas, o saber (conhecimento) e o querer (vontade) do autor do fato. Neste sentido, DÍAZ PITA afirma haver uma dupla vinculação do sujeito com o seu entorno: “uma vinculação cognitiva e uma vinculação desiderativa”.²³² Igualmente, VIVES ANTÓN configura o conhecimento como “domínio de uma técnica”²³³ e decisão como “compromisso com o resultado lesivo”.²³⁴ Ressalta então MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que, para a identificação do dolo normativo

[...] é preciso examinar, antes de tudo, dois parâmetros: em primeiro lugar, fixar as regras (códigos externos), sociais e jurídicas, que definam ação como uma ação típica e, em seguida, pôr em relação tais regras com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (ou seja, as técnicas que este dominava), de tal modo que, desde o ponto de vista externo, seja possível afirmar que é o que o autor *sabia*. [...]

[...]

Apoiado em um autêntico conhecimento [...], o elemento cognitivo proporciona a bagagem intelectual, prévia e imprescindível, com que conta o sujeito e lhe proporciona os dados necessários para a adoção de uma determinada decisão. Porém, [...] para afirmar a presença de um comportamento doloso [...] deve existir ademais um *compromisso* com a vulneração do bem jurídico, que nos revela que o sujeito adota uma decisão *especial*, a saber, a decisão de enfrentar à sociedade, porque esta qualificou tal bem como valioso para a convivência ao protegê-lo através de uma norma penal.²³⁵

Portanto, deve-se recorrer à ideia de sentido para determinar a existência do compromisso de atuar contra o bem jurídico, já que o que justifica o

231BUSATO, P. C. A imprudência... Obra citada, p. 65.

232BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 21.

233Tradução livre de: “*dominar una técnica*”. Em VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Obra citada, p. 237.

234Tradução livre de: “*compromiso con la lesión*”. Idem, p. 238.

235BUSATO, P. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; DÍAZ PITA, M. del M. Obra citada, p. 41-47.

dolo “é uma idéia central de capturar uma realidade subjetiva através da avaliação de elementos objetivos”.²³⁶ E esta determinação se torna possível, eficiente e mais conforme aos pressupostos de um Estado social e democrático de Direito por meio da assunção dos fundamentos do processo comunicacional proposto pela filosofia da linguagem. Feita essa assunção e admitidos a ação e o dolo como conceitos significativos, poder-se-á, perfeitamente, proclamar a existência de uma vontade penal da pessoa jurídica.

3.5. Vontade penal da pessoa jurídica

Quanto ao campo empresarial, muitas das decisões são tomadas em colegiado, não se podendo falar, efetivamente, de responsabilidade penal individual das pessoas envolvidas. Segundo DANNECKER, as pessoas físicas e os órgãos que atuam dentro da empresa são, ao mesmo tempo, componentes e diferentes desta. Segundo o autor, “As empresas são sujeitos reais, sociais e autônomos [...] capazes de motivação”.²³⁷ A pessoa jurídica não é mero somatório de seus componentes, senão uma formação independente e destacada destes. Assim, complementa o autor, “Os interesses e propriedades de uma empresa são algo mais que a soma de propriedades e interesses dos membros particulares da empresa”.²³⁸

Neste sentido, afirma BUSATO que na formação da vontade da pessoa jurídica não há mero somatório de vontades individuais, mas sim uma justaposição de vontades que pode resultar em uma vontade em direção diferente de, e até oposta a, todas as vontades individuais que a compõem.²³⁹ Da mesma opinião já compartilhava, em 1930, MELLO FRANCO:

Os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento do

²³⁶Idem, p. 127. Segundo HASSEMER, “*el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo agente, que se refieren al acontecer externo: el sustrato del dolo solo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él*”. Em HASSEMER, W. Obra citada, p. 132.

²³⁷Tradução livre de: “*Las empresas son sujetos reales, sociales y autónomos [...] capaces de motivación*”. Em DANNECKER, G. Obra citada, p. 45.

²³⁸Tradução livre de: “*Los intereses y propiedades de una empresa son algo más que la suma de propiedades e intereses de los miembros particulares de la empresa*”. Idem, ibidem.

²³⁹BUSATO, P. C. Vontade... Obra citada, p. 305.

grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem. É um sentimento novo que se forma, peculiar a uma entidade abstracta, e que, muitas vezes, está até em franca hostilidade com o sentimento pessoal de uma das suas cellulas componentes. Verifica-se então que [...] o sentimento pessoal [...] desaparece e cede lugar [...] ao sentimento colectivo, que é, também [...], capaz de provocar acções. Porém, como ambas acções, a individual e a colectiva, se executam, objectivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ella é o resultado de uma necessidade colectiva e porque a ella se opporia se estivesse em estado de discernir.²⁴⁰

Ao mesmo tempo, também, é inegável a existência de vontade que expressa o domínio do fato e dirige as acções dos executores materiais fungíveis do delito.²⁴¹ Surge então, reflete BUSATO, o curioso problema “de uma vontade determinante de uma acção criminosa que, no entanto, não pode ser atribuída individualmente a ninguém”.²⁴² Para ilustração do problema, o autor fornece o seguinte exemplo:

Imagine-se [...] uma empresa que ao ampliar suas instalações construiu um novo galpão às margens de um rio, desobedecendo a distância regulamentar e destruindo a vegetação ciliar, sem nenhuma licença da autoridade competente. Consta-se que a edificação foi levada a cabo por funcionários da empresa cumprindo ordens directas de seu órgão de decisões, que é um colegiado. [...] Resta presente a figura do executor material fungível que faz parte de um aparato de poder que leva a cabo uma decisão colegiada.²⁴³

Identificado o crime ambiental, verifica-se que o órgão de decisão da empresa é composto por três pessoas [...] A, B e C. Apurada a ata de reunião em que se deliberou pela ampliação da fábrica, constata-se que esta transcorreu em três etapas: na primeira, A e B votaram pela ampliação da fábrica, que não era desejada por C [...]; na segunda, uma vez que já se havia decidido pela ampliação, A e C

²⁴⁰MELLO FRANCO, A. A. de. Obra citada, p. 53.

²⁴¹BUSATO, P. C. Vontade... Obra citada, p. 303.

²⁴²Idem, p. 305.

²⁴³Neste ponto, cabe esclarecer que, diante das complexas tramas que envolvem a prática de crimes na atualidade, nem sempre a suposta autonomia da vontade (íntima) se identifica com a pessoa que realiza materialmente a conduta típica, o que levou Roxin a elaborar sua teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados, pela qual seriam necessários, para a identificação do autor mediato do delito, os elementos do domínio da organização, da fungibilidade do executor material e da limitação do domínio da organização a aparatos à margem do direito. Contudo, afirma BUSATO, Muñoz Conde admitiu insustentável este terceiro requisito, embora também não tenha reconhecido que o conceito de aparatos de poder incluía as empresas. De qualquer modo, o afastamento desse elemento conduz à possibilidade de discutir o aparato de poder como uma estrutura em princípio legal. Idem, p. 301-303.

votaram a favor de que esta tivesse lugar mediante remoção da mata ciliar, situando-a às margens do rio, tema em que foi vencido B [...]; finalmente, em terceira votação, B e C optam por não requerer licença da autoridade para o desmatamento, [...] tema em que foi vencido A.

[...]

Voltando-se contra A, B e C, depara-se com o primeiro alegando que manifestou claramente sua vontade de solicitar autorização legal para o desmatamento [...]; com o segundo alegando que [...] não queria que fosse construído o galpão às margens do rio [...]; e o terceiro dirá que votou expressamente contra a própria ampliação da fábrica [...].²⁴⁴

Ao tratar de problemas semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém, de forma sempre vinculada à responsabilidade também da pessoa física, autora material do delito, assumindo, assim, o sistema da dupla imputação de BAIGÚN.²⁴⁵ Esta posição, todavia, representa nada mais que um óbice, ditado ainda pelo conceito finalista de ação, que segue a impedir a responsabilização jurídico-penal da pessoa jurídica em alguns casos, como o do exemplo trazido por BUSATO, cujas consequências lesivas aos bens jurídicos podem ser mais graves que aquelas das hipóteses de incriminação admitidas pela referida Corte.

Em suma, há uma situação fática real para a qual a dogmática penal tradicional, ao menos quando comprometida com o ideal de busca de um Direito Penal mínimo, baseado em um Estado social e democrático de Direito, não oferta resposta adequada. No mesmo sentido, afirma SCHÜNEMANN que

[...] As tradicionais formas de imputação do Direito penal, ajustadas ao fato individual de um autor individual, não podem desenvolver nenhuma eficiência preventiva suficiente quando uma atitude criminal de grupo induz o empregado adaptado socialmente a cometer delitos, ou quando não existe uma concordância entre o poder de decisão imediato, a execução imediata e a posse da informação, ou bem, finalmente, quando a complicada organização de uma empresa econômica conduz a dificuldades irresolúveis de prova na

²⁴⁴Idem, p. 303-305.

²⁴⁵Como exemplo o REsp nº 865.864-PR (Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 13/10/2009): “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, 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”. No mesmo sentido o REsp nº 889.528-SC (Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/06/2007).

investigação do autor individual responsável.²⁴⁶

O que precisa ser observado, conforme ressalta FARIA COSTA, é que

[...] a empresa, tal como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de gerar comunicação; considerou susceptível de produzir uma narrativa jurídica, designadamente jurídico-penal. Ora, a aceitação destes pressupostos leva também a [...] considerar que a empresa passou a ser, nesta óptica, um centro gerador de normatividade.²⁴⁷

No mesmo sentido, afirma DANNECKER que “A capacidade de atuação de uma pessoa jurídica é consequência de sua posição como sujeito autônomo da realidade social e de que pode ser destinatária das normas penais”.²⁴⁸ Para o autor, a imputação jurídico-penal da pessoa jurídica não necessita de um agir humano, mas da causação de um resultado por uma atuação deficiente, defeituosa, viciada ou antiética da empresa, que não leva em conta suficientemente os valores sociais.²⁴⁹ Se os grupamentos de pessoas em geral são titulares de deveres jurídicos, então eles poderão tanto cumpri-los quanto violá-los, e o resultado desta violação pode significar lesão a bem jurídico-penal. Portanto, conclui DANNECKER, “não se pode negar *a priori* a imposição de sanções penais contra as pessoas jurídicas apelando às peculiaridades do desvalor de ação”.²⁵⁰

Logo, no que tange à capacidade de ação e à formação da vontade da pessoa jurídica, a eventual solução para o problema pode levar desde a elaboração

246Tradução livre de: “*Las tradicionales formas de imputación del Derecho penal, ajustadas al hecho individual de un autor individual, no pueden desarrollar ninguna eficiencia preventiva suficiente cuando una actitud criminal de grupo induce al empleado adaptado socialmente a cometer delitos, o cuando no existe una concordancia entre el poder de decisión inmediato, la ejecución inmediata y la posesión de la información, o bien, finalmente, cuando la complicada organización de una empresa económica conduce a dificultades irresolubles de prueba en la investigación del autor individual responsable*”. Em SCHÜNEMANN, B. Obra citada, p. 3.

247FARIA COSTA, J. de. Obra citada, p. 540.

248Tradução livre de: “*La capacidad de actuación de una persona jurídica es consecuencia de su posición como sujeto autónomo de la realidad social y de que puede ser destinataria de las normas penales*”. Em DANNECKER, G. Obra citada, p. 47.

249Nesta passagem, percebe-se nitidamente que o autor, embora não adote expressamente a concepção significativa do delito, utiliza-se das noções de sentido e significado para configurar o delito cometido pela pessoa jurídica: “atuação deficiente, defeituosa viciada ou antiética da empresa”; “valores sociais”.

250Tradução livre de: “*no puede negarse a priori la imposición de sanciones penales contra las personas jurídicas apelando a las peculiaridades del desvalor de la acción*”. Em DANNECKER, G. Obra citada, p. 47.

de um novo conceito de vontade como elemento da ação, seja com a geração de um sistema de dupla imputação, como quer BAIGÚN, seja com a reformulação das categorias fundamentais da teoria do delito, adotando-se uma concepção significativa para os conceitos dogmáticos de ação, dolo e vontade, como se defende aqui, até à conclusão de que o Direito Penal é incapaz de estabelecer responsabilidade para quem realmente determinou a realização do delito.²⁵¹

4. Discussão Dogmática: Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Admitida a existência de uma vontade penal da pessoa jurídica, que possibilita, por sua vez, a atribuição normativa do dolo (ou da imprudência) à mesma, devido à realização, por ela própria, de uma ação (ou omissão) significativa jurídico-penalmente relevante, deve-se verificar, também, se a pessoa jurídica possui capacidade de culpabilidade, já que a aplicação da pena criminal pressupõe a reprovabilidade da conduta.²⁵²

4.1. O problema da culpabilidade em Direito Penal

O instituto da culpabilidade possui, no âmbito da teoria do delito, pelo menos três sentidos: princípio do Direito Penal; elemento de graduação da pena; e categoria dogmática do delito.²⁵³ Quanto à primeira acepção, o princípio da culpabilidade surgiu, historicamente, em oposição à responsabilidade penal objetiva, que prescindia da análise do grau de culpa do agente para que lhe fosse imposta uma sanção penal, bastando a verificação do resultado danoso. O princípio, portanto, fez prevalecer a exigência de elementos subjetivos, dolo ou culpa, para justificar a imputação penal do indivíduo, tratando-se de verdadeiro limite político-criminal ao *ius puniendi* estatal.²⁵⁴ Quanto ao segundo sentido, a culpabilidade deve ser entendida como fundamento e medida da responsabilidade penal²⁵⁵ no momento

251BUSATO, P. C. Vontade... Obra citada, p. 305.

252DANNECKER, G. Obra citada, p. 47.

253BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 143-144.

254Idem, p. 144.

255BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1. 14. ed. São Paulo:

de fixação da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal Brasileiro.²⁵⁶ Mas é a culpabilidade como elemento do delito, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, que será objeto de investigação neste momento, pois é justamente no âmbito desta acepção do instituto que são levantados os supostos óbices dogmáticos impeditivos da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Este sentido do conceito de culpabilidade, como categoria dogmática do delito, é fruto de divergência doutrinária que vem de longa data e ainda está distante de um consenso, como ressalta CIRINO DOS SANTOS:

O atual conceito *normativo* de culpabilidade é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura, que começa com o conceito *psicológico* de culpabilidade do século XIX, evolui para o conceito *psicológico-normativo* no início do século XX, transforma-se em conceito exclusivamente *normativo* durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável [...].²⁵⁷

A primeira teoria desenvolvida acerca desse conceito, portanto, foi a teoria psicológica da culpabilidade, para a qual esta seria constituída por dois elementos, a capacidade de culpabilidade ou imputabilidade do autor do fato e a relação psicológica deste autor com o fato.²⁵⁸ Embora esta teoria não tenha sobrevivido às críticas, especialmente por não abranger a imprudência inconsciente, por não explicar o problema das causas de exclusão da culpabilidade e por considerar o dolo e a culpa como formas de expressão da culpabilidade²⁵⁹, ela tem fundamental importância por comprovar que a origem do instituto se funda, de fato, na individualidade e na subjetividade humana.

Diante de tais limitações, surgiu, em seguida, a teoria psicológico-normativa, que introduziu o elemento valorativo da reprovabilidade da conduta no

Saraiva, 2009, p. 352-353.

256"Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]". Em BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

257CIRINO DOS SANTOS, J. Obra citada, p. 276.

258Idem, p. 277-278.

259BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 278.

conceito de culpabilidade, sem, porém, retirar-lhe o aspecto psicológico. Assim, os elementos do conceito seriam a imputabilidade, a relação psicológica do autor com o fato e a exigibilidade de comportamento diverso.²⁶⁰ Todavia, esta teoria também não suportou as críticas, principalmente quanto à hibridez do dolo, concebido psicológica e normativamente.²⁶¹

Eis que se desenvolve então a teoria normativa pura da culpabilidade, fruto do advento da ação finalista welzeliana, cujo mérito consistiu em deslocar a análise do dolo e da culpa para o âmbito do tipo subjetivo, retirando-os da culpabilidade, que subsistiu, então, como imputabilidade, conhecimento do injusto e exigibilidade de conduta diversa, ou seja, como mero juízo de valor, expresso na fórmula da reprovabilidade da conduta do autor.²⁶²

Porém, esta teoria, apesar de dominante, não conseguiu evitar a crise atual que o instituto da culpabilidade vem enfrentando, especialmente quanto ao fundamento material da reprovação²⁶³, nem por fim às discussões acerca do tema, pelo que surgiram outras concepções modernas de culpabilidade, como a de MAURACH²⁶⁴, a de ROXIN²⁶⁵ e a de VIVES ANTÓN²⁶⁶. Quanto a esta última, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ assevera que, de acordo com a teoria do delito baseada na concepção significativa da ação, o juízo de culpabilidade versa sobre o autor do fato, nos seguintes termos:

Em conformidade com o postulado da liberdade de ação [...], mercê

²⁶⁰CIRINO DOS SANTOS, J. Obra citada, p. 278-279.

²⁶¹BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 366-367.

²⁶²CIRINO DOS SANTOS, J. Obra citada, p. 279-280.

²⁶³BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 148-151.

²⁶⁴O autor desenvolveu a categoria da responsabilidade pelo fato, fundada no conceito de atribuíbilidade. Este conceito possui dois níveis: responsabilidade, cuja reprovação dirige-se ao sujeito que não possui discernimento suficiente para atuar conforme o Direito, aplicando-se-lhe uma medida de segurança; culpabilidade, cuja reprovação dirige-se ao agente que, apesar de possuir capacidade suficiente para agir de acordo com as normas, opta por violá-las, aplicando-se-lhe, por isso, uma pena. Em MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general – teoría del derecho penal y estructura del hecho punible*. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch; Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 597-609.

²⁶⁵Preocupado com o fundamento material da reprovabilidade da conduta, o autor desenvolve o instituto da responsabilidade, cujos pressupostos são a culpabilidade e a necessidade preventiva de pena. Em ROXIN, C. *Estudios...* Obra citada, p. 154-162. Igualmente em ROXIN, C. *Política...* Obra citada, p. 115-143.

²⁶⁶VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad. In: José Luis Díez Ripollés (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 211-234.

desta pretensão se dirige ao autor uma reprovação jurídica por ter realizado uma ação ilícita, em que pese lhe fosse juridicamente exigível atuar de outro modo. Assim as coisas, na sistemática de VIVES o juízo de reprovação [...] compõe-se de dois elementos: por um lado, a imputabilidade, segundo a qual se determina se o sujeito possui a capacidade de reprovação; por outro lado, a consciência da ilicitude de sua ação.²⁶⁷

Portanto, observa-se que, apesar das divergências doutrinárias acerca da estrutura e do fundamento da culpabilidade como categoria dogmática do delito, existe uma convergência quanto ao indivíduo como fonte da culpabilidade e destinatário da reprovação, de modo que o instituto não foi construído nem desenvolvido para permitir também a imputação penal da pessoa jurídica. Os elementos da culpabilidade, imputabilidade, consciência do injusto e exigibilidade de comportamento diverso foram pensados para a pessoa física e não se aplicam, automaticamente, à pessoa jurídica. Deve-se, então, verificar quais as possibilidades dogmáticas de aplicação da culpabilidade a esses entes coletivos.

4.2. Os supostos elementos da culpabilidade penal

Conforme o conceito normativo puro de culpabilidade, dominante na doutrina²⁶⁸ atual, são elementos configuradores da culpabilidade penal a imputabilidade do agente, sua potencial consciência do injusto e a exigibilidade de comportamento diverso.

Quanto ao primeiro elemento que estrutura o conceito, a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade foi construída, segundo CIRINO DOS SANTOS, como “atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de *desenvolvimento biológico* e de *normalidade psíquica*, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações e orientar o comportamento de acordo com essa compreensão”.²⁶⁹ Ou seja, estabelece-se um critério etário (idade mínima) e pressupõe-se um indivíduo portador de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais

²⁶⁷MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 60-61.

²⁶⁸Autores que adotam a teoria normativa pura da culpabilidade: CIRINO DOS SANTOS, Juarez; BITENCOURT, Cezar Roberto.

²⁶⁹CIRINO DOS SANTOS, J. Obra citada, p. 288.

ou anômicos capazes de reduzir ou excluir sua capacidade de compreensão do que faz.²⁷⁰

Já o conhecimento do injusto ou a consciência da antijuridicidade do fato, de acordo com a teoria da culpabilidade, vinculada ao finalismo, seria, segundo CIRINO DOS SANTOS, “o elemento especial da culpabilidade, como fundamento concreto do juízo de reprovação”²⁷¹, e estaria excluída nos casos de erro de proibição direto, de erro de proibição indireto e de erro de tipo permissivo.²⁷² Quanto ao objeto desse conhecimento, todavia, há, conforme o autor, três teorias: para a teoria tradicional de Jescheck seria a antijuridicidade material, consistente no conhecimento da contradição entre a conduta efetiva do indivíduo e aquela esperada pela comunidade; para a teoria moderna de Otto seria a punibilidade do fato por meio de uma norma jurídico-penal positiva; por fim, para Roxin o primeiro critério seria insuficiente e o segundo desnecessário, de modo que o objeto da consciência do injusto seria a antijuridicidade concreta, consistente no conhecimento da lesão específica do bem jurídico compreendido no tipo legal.²⁷³ Como meios para conhecer o injusto dos tipos penais, CIRINO DOS SANTOS enumera a reflexão, como regra, e a informação, como exceção.²⁷⁴

Finalmente, o autor afirma que a “*normalidade* das circunstâncias do fato é o fundamento concreto da *exigibilidade* de comportamento conforme ao direito, como terceiro estágio do juízo de reprovação de culpabilidade”²⁷⁵, de modo que circunstâncias anormais podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem esse juízo.²⁷⁶ Neste ponto aparece, portanto, o aspecto valorativo da reprovabilidade da conduta do autor do fato.

Como se observa, embora o conceito normativo puro tenha o mérito de ter retirado da culpabilidade o elemento psicológico da relação do autor com o fato, ainda assim a estruturou com fundamento em aspectos subjetivos do ser humano: idade, normalidade psíquica, reflexão, consciência. Todavia, o que não se percebe, adverte ROTHENBURG, é que esses supostos elementos da culpabilidade

270Idem, p. 288-289.

271Idem, p. 301.

272Idem, p. 298-302.

273Idem, p. 304-305.

274Idem, p. 311.

275Idem, p. 324.

276Idem, ibidem.

(imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de comportamento conforme ao Direito) são, em verdade, pressupostos da culpabilidade penal individual.²⁷⁷ Logicamente que, devido à influência do finalismo e suas categorias ontológicas, esses pressupostos são evidentemente antropomórficos, isto é, foram construídos com base em elementos naturalísticos (biopsíquicos) exclusivos do ser humano.²⁷⁸ São, portanto, inaplicáveis à pessoa jurídica.

4.3. Capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica

Diante do problema da culpabilidade penal da pessoa jurídica, há, genericamente, três posicionamentos adotados pela doutrina em geral.²⁷⁹

Primeiramente, há quem defenda a inviabilidade do reconhecimento de tal culpabilidade, alegando, basicamente, a vigência do princípio político-criminal *societas delinquere non potest*, a estruturação de toda a teoria do delito com fundamento na pessoa humana e a luta por um Direito Penal mínimo.²⁸⁰ Pois bem, quanto ao primeiro argumento, já se verificou na primeira parte desta investigação que a opção político-criminal atual é a de criminalizar a pessoa jurídica pelos delitos que por elas são cometidos, restando afastada a vigência daquele brocardo.²⁸¹ Ainda, o fato de a teoria do delito ter se fundado na pessoa humana não impede, por si só, sua revisão para abarcar também a pessoa jurídica, desde que respeitadas as garantias de um Estado social e democrático de Direito.²⁸² E a exigência atual de um Direito Penal mínimo, concebido como *ultima ratio* do sistema, não impede a criminalização da pessoa jurídica, uma vez que os outros mecanismos desse sistema não conseguiram conter os delitos cometidos por esses entes, sendo necessária e útil a intervenção penal, sem que, com isso, viole-se aquela exigência.

Em segundo lugar, parcela da doutrina admite a possibilidade de a pessoa jurídica ser culpável, mas defende a criação de um novo instituto penal, a

²⁷⁷ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 184-185.

²⁷⁸Idem, p. 185.

²⁷⁹ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

²⁸⁰Idem, p. 37-41.

²⁸¹Idem, p. 9-17.

²⁸²Idem, p. 21.

culpabilidade própria do ente coletivo, devido à incompatibilidade da categoria dogmática construída com base na individualidade da pessoa humana. Ou seja, defende-se, em verdade, a criação de um Direito Penal novo, apropriado à pessoa jurídica, com categorias dogmáticas próprias, embora análogas à da teoria do delito individual.²⁸³

Como terceira opção surge a proposta de revisão das categorias dogmáticas clássicas da teoria do delito, como vem se defendendo aqui. Assim como se procedeu com a ação, a culpabilidade jurídico-penal necessita ser reconstruída para abranger, ao lado da responsabilidade individual, a imputabilidade do ente coletivo. Ou seja, a dogmática jurídico-penal precisa renovar-se de modo a suprir a exigência político-criminal de criminalização da pessoa jurídica. E isso implica a reconstrução do instituto penal da culpabilidade, conforme constatação de GALVÃO:

[...] Como elemento do conceito analítico do delito, a culpabilidade também não foi elaborada para aplicação à pessoa jurídica. Seus critérios de reprovação dizem respeito às pessoas físicas. Entendendo-se necessário e conveniente reconhecer na pessoa jurídica a qualidade de autora de crime para, conseqüentemente, submetê-la à teoria do delito e reprová-la, o conceito de culpabilidade deve ser reformulado.²⁸⁴

Entretanto, adverte ROTHENBURG, também é preciso deixar claro que tal reformulação estrutural e conceitual da culpabilidade não importa em um regresso à responsabilidade objetiva, prescindindo-se da aferição do grau de culpa do autor do delito.²⁸⁵ Trata-se apenas de garantir um instrumental dogmático capaz de ensejar a imputação penal tanto individual quanto coletiva.

Ocorre que, conforme se pode verificar, assiste razão a TIEDEMANN quando afirma que, de acordo com a tradicional teoria do delito, assim como a ação penal sempre esteve ligada à noção de conduta humana, a culpabilidade, por sua vez, “parece significar uma reprovação ética ou moral que estaria excluída no caso das organizações, que [...] não poderiam ser as destinatárias [...] de penas

283BAIGÚN, D. Obra citada, 2000.

284ROCHA, F. A. N. G. da. *Responsabilidade...* Obra citada, p. 26.

285ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 219.

criminais”²⁸⁶, cuja finalidade seria a prevenção e a retribuição daquela conduta (humana).

Todavia, adverte o autor, se a pessoa jurídica pode celebrar um contrato, isto é, ser sujeito de obrigações, então ela pode tanto cumpri-las quanto violá-las. “Isto quer dizer que a pessoa moral pode atuar de maneira antijurídica”.²⁸⁷ E esta atuação contrária ao Direito pode se dar tanto no âmbito civil ou administrativo quanto no âmbito penal, já que a ação (significativa) no mundo dos negócios é por excelência a da empresa, pois é ela que coloca à venda um produto defeituoso ou perigoso ou que omite tomar precauções suficientes para a exploração de uma instalação sem colocar em risco a sociedade ou o meio ambiente.

Por isso é que surge para a pessoa jurídica, no âmbito de sua culpabilidade penal, a noção de responsabilidade social.²⁸⁸ Neste sentido, afirma TIEDEMANN:

[...] A ideia de responsabilidade não se exclui, senão que exige delimitações normativas para determinar as esferas de responsabilidade nas quais a resposta negativa aos deveres jurídicos lhe faz ser autor.²⁸⁹

Prossegue o autor afirmando que essa admissão da capacidade da empresa de ser autora de delito “não significa nada mais que se recolher ao direito o juízo que a realidade social deposita sobre estas entidades”.²⁹⁰ O problema é que, tradicionalmente, sempre se refutou imputar a uma pessoa, física ou jurídica, a conduta de outra. Esta sempre foi a interpretação dada ao princípio da culpabilidade: “A culpa deve ser a própria culpa da pessoa a se condenar”.²⁹¹ Neste sentido, a culpabilidade, concebida como uma reprovação ético-moral²⁹², como possibilidade

286Tradução livre de: “*parece significar un reproche ético o moral que estaría excluido en el caso de las agrupaciones, las cuales [...] no podrían ser las destinatarias [...] de penas criminales*”. Em TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 28.

287Tradução livre de: “*Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera antijurídica*”. Idem, ibidem.

288DANNECKER, G. Obra citada, p. 47.

289Tradução livre de: “[...] *La idea de responsabilidad no se excluye sino que exige unas delimitaciones normativas para determinar las esferas de responsabilidad en las que la respuesta negativa a los deberes jurídicos le hace ser autor*”. Em TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 29.

290Tradução livre de: “*no significa nada más que recoger en el derecho el juicio que la realidad social porta sobre estas entidades*”. Idem, p. 30.

291Tradução livre de: “*La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar*”. Idem, ibidem.

292DANNECKER, G. Obra citada, p. 47.

individual de atuar de outro modo²⁹³, não poderia se referir às pessoas jurídicas, mas tão somente às pessoas humanas. Entretanto, conforme ressalta TIEDEMANN,

[...] nada impede considerar as pessoas morais como destinatárias de normas jurídicas revestidas de um carácter ético [...] e como ente em situação de violar estas normas. Desta maneira, a organização correta da pessoa jurídica é o dever dela mesma, não unicamente das pessoas físicas [...]. Daí o conceito de culpa próprio da pessoa jurídica. [...] Tal culpabilidade da organização não é idêntica à culpabilidade cumulativa constituída pela soma de culpas pessoais, e ela não está baseada, ou não tão-somente, na imputação da culpabilidade de outro. Reconhecer em direito penal tal culpabilidade (social) da empresa não faz senão expor as consequências de sua realidade social, de um lado, e as obrigações correspondentes aos direitos da empresa, de outro [...].²⁹⁴

Para o autor, partindo-se do princípio da falta de organização da empresa, é possível legitimar sua responsabilidade penal, atribuindo-se a ela a culpa individual de seus dirigentes.²⁹⁵ TIEDEMANN aponta também outros critérios trazidos pela doutrina para legitimar a culpabilidade da pessoa jurídica, tais como o risco da atividade empresarial e a vantagem econômica obtida com a atividade delituosa.²⁹⁶ No mesmo sentido a opinião de DANNECKER:

A capacidade de culpabilidade de uma empresa deriva de sua responsabilidade para com suas prestações coletivas defeituosas, que se devem às carências na estrutura organizativa ou na ética empresarial. O conteúdo da culpabilidade deve estar referido ao injusto. Se o injusto se caracteriza por uma organização defeituosa e uma ética empresarial insuficiente, isto deve se projetar também na culpabilidade, que consiste em haver criado as condições necessárias para a realização do injusto [...].²⁹⁷

²⁹³Idem, p. 48.

²⁹⁴Tradução livre de: “[...] nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de un carácter ético [...] y como ente en situación de violar estas normas. De esta manera, la organización correcta de la persona jurídica es el deber de ella misma, no únicamente de las personas físicas [...]. De ahí el concepto de culpa propia de la persona jurídica. [...] Tal culpabilidad de la organización no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituída por la suma de culpas personales, y ella no está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa no hace sino exponer las consecuencias de su realidad social de una parte y las obligaciones correspondientes a los derechos de la empresa de otra parte [...]”. Em TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 31.

²⁹⁵Idem, p. 30.

²⁹⁶Idem, ibidem.

²⁹⁷Tradução livre de: “La capacidad de culpabilidad de una empresa deriva de su responsabilidad

Ou seja, a ética empresarial não é individual, mas exclusivamente social, corporativa, de modo que a reprovação ao sistema deve ocorrer por conta de sua incorreção organizacional, nos seguintes termos, propostos por DANNECKER:

[...] como associação que aspira racionalmente a alcançar um fim determinado, pode submeter seus fins a exigências éticas e organizar-se conforme as mesmas. Quando esta responsabilidade e as obrigações dela decorrentes não se cumprem, o comportamento do grupo pode ser desaprovado ético-socialmente e esta reprovação pode expressar-se mediante uma pena configurada exclusivamente desde uma perspectiva ético-social.²⁹⁸

Esta pena a ser imposta pelo ordenamento jurídico, porém, deve conter um imperativo de justiça e permitir à pessoa jurídica a possibilidade de exculpar-se, o que exige, prossegue o autor, sob pena de se cometer uma arbitrariedade, que “se tome como ponto de partida a lesão da responsabilidade social da empresa”.²⁹⁹

TIEDEMANN conclui, por fim, pela necessidade de introdução dogmática do conceito de culpabilidade coletiva da empresa ao lado da culpabilidade individual da pessoa humana³⁰⁰, sob pena de a dogmática jurídico-penal ver-se obrigada a considerar as pessoas jurídicas e outras organizações como meras ficções jurídicas, o que é, de fato, insustentável e incompatível diante do enorme poder exercido pelas empresas, sobretudo as multinacionais, na atualidade.³⁰¹

Porém, esta solução apresentada pelo autor não parece ser a mais conveniente. Resulta, pois, na estruturação de dois sistemas de Direito Penal, um voltado para a pessoa humana, individual e subjetivamente considerada, e outro

para sus prestaciones colectivas defectuosas que son debidas a carencias en la estructura organizativa o en la ética empresarial. El contenido de la culpabilidad debe estar referido al injusto. Si el injusto se caracteriza por una organización defectuosa y una ética empresarial insuficiente, esto debe proyectarse también en la culpabilidad, que consiste en haber creado las condiciones necesarias para la realización del injusto [...]’. Em DANNECKER, G. Obra citada, p. 47.

298Tradução livre de: “[...] como asociación que aspira racionalmente a alcanzar un fin determinado, puede someter sus fines a exigencias éticas y organizarse conforme a las mismas. Cuando esta responsabilidad y las obligaciones que de ella se desprenden no se cumplen, el comportamiento del grupo puede desaprobarse ético-socialmente y este reproche puede expresarse mediante una pena configurada exclusivamente desde un punto de vista ético-social”. Idem, p. 48.

299Tradução livre de: “se tomara como punto de partida la lesión de la responsabilidad social de la empresa”. Idem, ibidem.

300Neste ponto a concordância de DANNECKER, para quem “Debe diferenciarse aquí entre la culpa individual y la culpa de la persona jurídica”. Idem, p. 47.

301TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 31.

voltado para a pessoa jurídica, coletiva e socialmente considerada. Trata-se, portanto, de um sistema de dupla imputação, como proposto por BAIGÚN, que também funda a culpabilidade da pessoa jurídica em sua responsabilidade social.³⁰²

Ainda parece melhor, portanto, a proposta de reconstrução da categoria dogmática da culpabilidade, que, embora construída com fundamento exclusivo na ética individual do ser humano, pode passar por uma releitura de modo a permitir também a reprovação do ente coletivo, baseada, neste caso, em sua ética social. Para isso, basta que a culpabilidade, assim como a ação jurídico-penalmente relevante, o dolo e a vontade penal, seja concebida de modo estritamente normativo, isto é, como puro juízo de reprovação, sem considerações naturalísticas ou ontológicas.³⁰³

Assim sendo, esse juízo de censura, como único e verdadeiro elemento da culpabilidade penal, pode recair tanto sobre o ser humano quanto sobre o ente coletivo. O que pode variar, neste caso, são os pressupostos dessa reprovação. Neste sentido, para SHECAIRA são requisitos para o reconhecimento da culpabilidade penal da pessoa jurídica: que a infração individual seja praticada em seu interesse; que a infração individual se situe em sua esfera de atuação; que a infração individual seja praticada por pessoa ligada de forma estreita à empresa; e que a prática da infração individual tenha se beneficiado da infra-estrutura e do poderio técnico-econômico da empresa.³⁰⁴

5. Discussão Dogmática: Funções da Pena e a Pessoa Jurídica

Constatado, em termos normativos e significativos, que a pessoa jurídica realiza uma ação típica, antijurídica e culpável, deve-se verificar, por fim, se a ela são aplicáveis os fins da pena criminal, como forma de justificar ou legitimar a intervenção penal, “sempre tendo como referência a *ultima ratio* e também o caráter subsidiário e fragmentário que o direito penal conserva”,³⁰⁵ adverte SHECAIRA.

302BAIGÚN, D. Obra citada, p. 119-167.

303ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 186.

304SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal...* Obra citada, p. 99-100.

305Idem, p. 104.

5.1. As teorias retributivas e preventivas da pena criminal

Para BUSATO e MONTES HUAPAYA, “O desenvolvimento das teorias da pena e as lutas de escola caracterizaram-se por uma estreita vinculação com as concepções filosóficas sobre o indivíduo, a sociedade e o Estado que vieram mudando ao longo da história”.³⁰⁶ Esta constatação prévia é essencial para a correta compreensão dos fins tradicionalmente atribuídos à pena criminal pela dogmática jurídico-penal clássica.

Segundo os autores, na vigência do Estado absoluto a pena expiava o pecado cometido pelo indivíduo.³⁰⁷ Com a transição para o Estado liberal burguês, fundado na razão humana e no contrato social, à expiação sucede a “retribuição pela perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis”.³⁰⁸ De acordo com a denominada Escola Clássica, a responsabilidade penal fundava-se no livre-arbítrio e na culpabilidade individual, de tal modo que a pena criminal era considerada, sob a influência da filosofia idealista de Kant³⁰⁹ e Hegel³¹⁰, um ideal de justiça, necessário e limitado pela culpabilidade, entendida esta no sentido clássico de reprovação pessoal dirigida ao sujeito por não ter atuado conforme ao Direito podendo havê-lo feito. O livre-arbítrio, portanto, era não apenas o fundamento do poder de decisão do agente, mas também o fundamento da pena. Esta não precisava, desse modo, ter nenhum fim.³¹¹

De outra parte, advertem os autores, “o trânsito de um Estado liberal a um *Estado Social* trouxe consigo novos enfoques aos fundamentos da pena”.³¹² Neste contexto, tornou-se questionável que a pena criminal se fundamentasse apenas na retribuição, sem qualquer finalidade social. Passou-se a defender, então, a partir do contratualismo, a necessidade de utilidade da pena. “As penas, neste

306BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 173.

307Idem, p. 179.

308Idem, p. 179.

309Para Kant, a pena era “uma exigência ética irrenunciável”, um imperativo categórico que visa à realização do ideal de justiça. Idem, p. 180.

310Para Hegel, o delito era a negação do Direito e a pena, como resposta necessária a este mal, era a negação da negação do Direito, cumprindo-lhe “um papel *restaurador* ou *retributivo*”. Idem, p. 181.

311Idem, p. 175-176.

312Idem, p. 177.

sentido, antes de castigar, teriam que evitar a comissão de delitos”.³¹³ Logo, concluem, “surgiu o discurso do *fim de prevenção da pena*”.³¹⁴ A pena deixou de se fundamentar no livre-arbítrio e na culpabilidade, o que resultava numa responsabilidade moral, e passou a se fundamentar “no determinismo para poder explicar, com base em uma concepção naturalística, a causalidade dos fatos individuais e sociais”³¹⁵, resultando, assim, em uma responsabilidade social.³¹⁶

Este novo propósito foi tratado, inicialmente, sob dois enfoques: a prevenção geral de Feuerbach; e a prevenção especial da Escola Positiva.³¹⁷ De acordo com o primeiro tratamento, da prevenção geral negativa, segundo BUSATO e MONTES HUAPAYA, Feuerbach propôs, em sua teoria da coação psicológica, que a pena deveria provocar “uma sensação de desagrado na psique coletiva”³¹⁸, de modo a impedir a comissão de novos delitos. Tal objetivo seria alcançado em dois momentos: primeiro, com a cominação penal dirigida a toda a sociedade; e segundo, com a exemplar execução da pena e sua influência psicológica sobre os demais membros da comunidade.³¹⁹ Já conforme a concepção positivista da prevenção especial, a pena deveria atuar diretamente sobre o sujeito, com a finalidade de reabilitá-lo para o convívio social e evitar sua reincidência no delito.³²⁰ Ou seja, presume-se que o autor do delito tenha um desvio social que deveria ser corrigido pela aplicação da pena. Daí decorre a fórmula de ROXIN, construída para explicar a atuação da prevenção especial: “corrigindo o corrigível, [...] intimidando o [...] intimidável; e [...] tornando inofensivo [...] os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”.³²¹

Neste momento da investigação, deve-se averiguar se os fins atribuídos tradicionalmente à pena criminal se cumprem na imputação jurídico-penal da pessoa jurídica. Admitindo-se, como faz SHECAIRA, que, “constatada a lesão a um certo bem jurídico protegido pelo Estado, a consequência natural é a intervenção

313Idem, *ibidem*.

314Idem, *ibidem*.

315Idem, p. 178.

316Idem, p. 177-178.

317Idem, p. 177.

318Idem, p. 186.

319Idem, p. 187.

320Idem, p. 189.

321ROXIN, C. *Problemas...* Obra citada, p. 20.

estatal através da pena³²², esta há de ser aplicada para “reprovação de uma conduta em dissenso com a maioria do grupo social”³²³, mediante a retribuição e a prevenção do injusto.

Segundo TIEDEMANN, admitindo-se que as pessoas jurídicas possam ser destinatárias de normas jurídico-penais, bem como, e conseqüentemente, sua culpabilidade moral ou social, “a ideia de retribuição também terá um importante papel neste âmbito”³²⁴, sobretudo no aspecto patrimonial. No mesmo sentido a opinião de DANNECKER, para quem

[...] Através da sanção penal frente a um comportamento danoso, que perturba a paz social, cometido por uma pessoa jurídica, garante-se, conjuntamente com a vigência da norma, a seriedade da pretensão punitiva do Estado.³²⁵

Já para SHECAIRA é evidente que a função retributiva da pena não se justifica no sentido hegeliano – negação da negação do direito – ou metafísico kantiano – recompensa do mal injusto causado pelo autor –, mas apenas em sentido normativo, como retribuição com objetivos preventivos.³²⁶

Quanto aos mesmos, por um lado, a prevenção especial só produzirá os supostos efeitos da correção, intimidação ou neutralização do agente do delito se a imposição da pena se dirigir diretamente à empresa. Funcionários, diretores e sócios são substituíveis, de modo que a empresa poderia, se não atingida diretamente pela pena criminal, persistir incólume na atividade ilícita. Por outro lado, a prevenção geral dirige-se à sociedade, mais precisamente àqueles potenciais autores de delitos, encontrando, para SHECAIRA, fundamental aplicação para a reprovação dos crimes cometidos por pessoas jurídicas:

322SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal...* Obra citada, p. 106.

323Idem, *ibidem*.

324Tradução livre de: “*la idea de retribución también tendrá un importante papel en este ámbito*”. Em TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 32.

325Tradução livre de: “[...] *A través de la sanción penal frente a un comportamiento dañoso que perturba la paz social cometido por una persona jurídica se garantiza, conjuntamente con la vigencia de la norma, la seriedad de la pretensión punitiva del Estado*”. Em DANNECKER, G. Obra citada, p. 49.

326SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal...* Obra citada, p. 107.

[...] a prevenção geral tem um importante papel para reprovação dos atos ilícitos praticados pelas empresas; não no sentido intimidatório ou negativo, mas sim positivo; não pela gravidade da pena – o que imporá um dever moral de graduá-la ao máximo – mas como resultado de eficaz atuação da justiça e da consciência que a sociedade passará a ter sobre essa realidade. A norma deve ser, pois, estimulada em seu cumprimento, sendo esse um processo de formação social, com oportunidades de assimilação dos valores básicos vigentes [...].³²⁷

Ou, conforme TIEDEMANN, “a condenação penal da empresa torna claro que a norma jurídica violada se dirige à empresa e que tal violação merece uma reprovação social”.³²⁸

Resta claro para esses autores, portanto, que as funções atribuídas à pena pela doutrina tradicional, quando marcadas apenas por um aspecto psicológico, de entendimento e compreensão da pena como mal merecido em razão da realização de um mal injusto, aplicam-se somente a seres humanos. Todavia, quando essas funções são consideradas axiologicamente, elas podem perfeitamente ser aplicadas às empresas, até porque, afirma DANNECKER, “as pessoas jurídicas são sistemas dotados de sentido, tanto como suas operações internas e externas”.³²⁹

Agora, se tais funções serão efetivamente cumpridas e eficazes é uma discussão criminológica que ainda está distante de um consenso, mesmo quando se trata da imputação penal individual. Isto porque, a partir do assentamento dessas três concepções, retribuição, prevenção geral negativa e prevenção especial, o debate acerca dos fins da pena se limitou a tentar fazer prevalecer uma sobre a outra ou a tentar conciliá-las (teorias mistas ou ecléticas), oferecendo-se uma síntese de ambas posturas, ou, quando muito, oferecendo-se uma nova dimensão à prevenção geral.³³⁰

327Idem, *ibidem*.

328Tradução livre de: “*la condena penal de la empresa pone en claro que la norma jurídica violada se dirige a la empresa y que la violación merece una reprobación social*”. Em TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 32.

329Tradução livre de: “*las personas jurídicas son sistemas dotados de sentido, al igual que sus operaciones internas y externas*”. Em DANNECKER, G. Obra citada, p. 49.

330BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 178.

5.2. As teorias mistas e as novas variantes da prevenção geral positiva

As teorias absolutas (retributivas) da pena criminal tiveram o mérito de oferecer a garantia de uma pena proporcional ao mal causado pelo autor do delito.³³¹ Segundo BUSATO e MONTES HUAPAYA, outros dos benefícios garantistas foram a “afirmação do princípio de legalidade [...], o chamado à necessidade das penas e o caráter pessoal de sua imposição”.³³² Todavia, advertem os autores, apesar dos méritos reconhecidos, são maiores as críticas. Primeiro, porque o emprego da pena como mera retribuição de um mal injusto contraria o objetivo do Direito Penal de proteção de bens jurídicos. Segundo, porque esta retribuição de um mal por meio da imposição de outro mal tem caráter medieval e metafísico. Por fim, porque não há retribuição em sentido estrito, com exclusão de qualquer finalidade social.³³³

Já quanto às teorias relativas (preventivas), a prevenção geral negativa foi amplamente criticada por instrumentalizar o homem para a consecução dos fins utilitaristas da pena³³⁴ e por tender, afirmam BUSATO e MONTES HUAPAYA, a suprimir a culpabilidade, sem a qual não se pode limitar a imposição e a duração das penas.³³⁵ As conseqüências dessa supressão são graves: primeiro, utiliza-se o Direito Penal, aumentando-se e agravando-se penas, como meio de resposta (intimidação) aos elevados níveis de insegurança social; segundo, a ameaça da pena não é estranha ao Estado totalitário.³³⁶ Além disso, complementam os autores, “Empiricamente também se constata que a mera existência de cada delito constitui prova flagrante do fracasso e ineficácia da ameaça da pena, como único fundamento de prevenção da criminalidade”.³³⁷ E concluem afirmando que, de acordo com a moderna psicologia, vários são os fatores a influir no momento de tomada de decisão a favor do delito, bem como que a ameaça da pena é inacessível a certos grupos de indivíduos.³³⁸ A prevenção especial, por sua vez, sofreu com a

331Idem, p. 182.

332Idem, p. 183.

333Idem, p. 183-185.

334Idem, p. 187.

335Idem, ibidem.

336Idem, p. 187-188.

337Idem, p. 188.

338Idem, p. 189.

incompatibilidade de seus propósitos: “de punir e curar, de punir e reeducar, de punir e corrigir”.³³⁹ Todavia, e apesar das críticas, “a finalidade ressocializadora permanece vigente como função da pena”.³⁴⁰

Diante do comprovado fracasso das teorias absolutas e relativas puras, a dogmática jurídico-penal tentou sintetizá-las, surgindo as denominadas teorias mistas ou ecléticas, cujo mérito, conforme BUSATO e MONTES HUAPAYA, “consistiu em conciliar exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma em determinados momentos”.³⁴¹ Passou-se a distinguir entre o fundamento da pena, que “parte da relação que o sujeito tem com o fato praticado”³⁴², e o fim da pena, como o propósito a ser alcançado com sua aplicação.³⁴³ Visou-se à conciliação entre os princípios da culpabilidade e da prevenção no momento de aplicação da pena.³⁴⁴ É neste contexto, afirmam os autores, que

As correntes abolicionistas e funcionalistas vêm crescer seus fundamentos legitimadores ante o fracasso dos demais. Sustenta-se que o Direito Penal evidencia sua incapacidade como instrumento de controle social, e que, pelo contrário, constitui um instrumento criminalizador. Por isso, propõe-se, em primeiro lugar, a abolição do Direito Penal cedendo seu posto para a instância de controle privado. Por outro lado, as correntes funcionalistas se orientam em duas vertentes: uma de corte radical, na linha de Jakobs (prevenção geral positiva *fundamentadora*), na que se concebe a pena como contradição ao rompimento da norma e que busca sua estabilização, gerando confiança, credibilidade e fidelidade ao Direito; a segunda, de corte moderado (prevenção geral positiva desde postulados garantistas, *limitadora*), que concilia a prevenção geral com os postulados garantistas, limitadores do *jus puniendi*.³⁴⁵

Evidentemente que as propostas abolicionistas não prosperaram³⁴⁶, de modo que ganharam força as variantes funcionalistas da prevenção geral positiva. Todavia, a versão fundamentadora de Jakobs, de eminente caráter retributivo, peca

339Idem, p. 192.

340Idem, p. 194.

341Idem, p. 194.

342Idem, p. 195.

343Idem, ibidem.

344Idem, ibidem.

345Idem, p. 198-199.

346Idem, p. 200.

por rejeitar os limites impostos pelo princípio da culpabilidade e por desatender ao objetivo primordial do Direito Penal garantista, que é a proteção do bem jurídico.³⁴⁷ Já a versão limitadora de Roxin, construída a partir de postulados garantistas, reconhece como finalidade principal da pena “a restauração da paz pública e a reafirmação das regras de convivência. Mas também reconhece na pena uma função integradora que se desenvolve com a prevenção especial. Finalmente admite a culpabilidade como um limite da pena”.³⁴⁸ Trata-se, portanto, de uma proposta que, além de bem mais adequada a um Estado social e democrático de Direito, não parece constituir óbice dogmático à imputação penal da pessoa jurídica.

Ainda quanto a este ponto, de uma prevenção geral positiva que respeita os ideais garantistas, o sistema da teoria do delito fundada na concepção significativa da ação, deve, segundo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,

[...] ser inscrito nas coordenadas de uma concepção da pena que encontra sua justificação em um duplo fundamento, que se resume na expressão 'tutela jurídica': o castigo se justifica por sua utilidade (ou seja, por seus efeitos preventivos), mas só dentro de certos limites, nos quais se expressa a idéia de justiça distributiva própria de um Estado de Direito.³⁴⁹

Trata-se, prossegue o autor, da elaboração de um modelo integrado em que a noção de utilidade seja limitada por princípios distributivos.³⁵⁰ Assim, no que tange à incidência concreta dos fins da pena sobre as categorias do delito, ressalta que nesse sistema “a norma penal canaliza uma série de valores entre os quais – e ao lado dos princípios garantistas – contam-se a eficácia e a utilidade”³⁵¹, que são, todos, aspectos parciais da ideia central de justiça a que objetiva instaurar o ordenamento jurídico. E conclui:

Portanto, desde esta perspectiva parece claro que todos os valores citados entrarão em jogo na hora de proceder à exigência de responsabilidades jurídico-penais e, em concreto, haverão de ser levados em consideração na hora de articular as diversas pretensões

347Idem, p. 202-204.

348Idem, p. 204.

349MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Obra citada, p. 71.

350Idem, p. 72-73.

351Idem, p. 74.

de validade da norma penal. [...] Finalmente, [...] os aspectos garantistas de justiça distributiva não só devem ser levados em conta no momento da imposição de uma pena concreta, mas que incidem diretamente na própria justificação do Direito penal moderno, ou seja, e definitivamente, a tese de que o Direito penal não se justifica só pelo fundamento utilitarista, mas que é preciso que responda também – em toda sua globalidade como instituição – às exigências garantistas, de tal sorte que todos eles são fins do Direito penal, que se encontram permanentemente enfrentados e de cuja 'síntese' se deduzirá o autêntico fim legitimador do castigo.³⁵²

Esta concepção dos fins da pena criminal também parece não constituir óbice à responsabilidade penal da pessoa jurídica, visto que tais objetivos poderão ser perfeitamente alcançados com tal medida.

Entretanto, apesar de essas concepções mistas, especialmente as novas variantes da prevenção geral positiva, serem dominantes na doutrina³⁵³ atual, para BUSATO e MONTES HUAPAYA elas não podem ser consideradas estágio final na busca da legitimação da intervenção penal, primeiro porque “fracassam na resolução das antinomias dos fins, já que aparecem e infravaloram a significação do Direito Penal como instituição garantista”³⁵⁴, e, segundo, porque pretendem “conciliar postulados eminentemente opostos como a retribuição, de evidente caráter prejudicial ao condenado, e a ressocialização que o beneficia”.³⁵⁵

5.3. Controle social do intolerável: função da pena como o propósito a que ela se dirige

Refletindo sobre o tema dos fins da pena criminal, BUSATO e MONTES HUAPAYA concluíram que as discussões doutrinárias a esse respeito pecaram, desde o princípio, por focar “os efeitos ou as impressões que a pena provoca”³⁵⁶, em vez de se preocuparem efetivamente com sua missão, isto é, com “a razão pela qual se pune”.³⁵⁷

³⁵²Idem, p. 74-75.

³⁵³Ver BITENCOURT, C. R. Obra citada.

³⁵⁴BUSATO, P. C.; MONTES HUAPAYA, S. Obra citada, p. 197.

³⁵⁵Idem, ibidem.

³⁵⁶Idem, p. 206.

³⁵⁷Idem, ibidem.

Segundo os autores, para a correta compreensão da verdadeira função da pena, há de se conhecer primeiramente quem pune. Só assim será possível a identificação das razões dessa punição. De imediato, sabe-se que o Direito Penal é um instrumental a serviço do Estado. É este quem faz uso da pena criminal.³⁵⁸

Pois bem, sabe-se, afirmam os autores, que “O Estado é uma figura criada com um propósito fundamental e absolutamente claro: o de manter viva a sociedade”.³⁵⁹ Ou seja, cabe ao Estado exercer o controle social, mediante o manejo de normas, inclusive penais. Estas, prosseguem, “atuam no conjunto de medidas que o Estado leva a cabo para manter o controle social, justamente nos pontos de conflito de maior gravidade”.³⁶⁰ Assim, impede-se, por um lado, a vingança privada e, por outro, “que as relações sociais se conduzam mediante agressões intoleráveis contra bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento dos indivíduos componentes desta mesma sociedade”.³⁶¹ Desse modo, concluem os autores,

[...] se a função primordial do Estado é a manutenção do controle social, esta é a função pela qual o Estado faz uso da pena no controle das situações mais graves. A resposta à pergunta ‘por que se pune?’ está na expressão ‘se pune para manter o controle social, que é tarefa primordial do Estado.

A proteção seletiva de bens jurídicos é a forma de controle social das situações intoleráveis. Este é reconhecido pela doutrina como o fundamento, a justificativa, a razão de existir do Direito Penal. Ora, [...] a missão do Direito Penal deve obrigatoriamente coincidir com a missão da pena. [...]

Assim, a finalidade da pena não é mais do que manter o controle social. Todo o restante, o sentido de castigo da retribuição, a idéia de cura expressa na ressocialização, a ameaça coercitiva e a motivação à norma são impressões provocadas como efeito da atuação no sentido de preservação do controle social.³⁶²

No entanto, há de se destacar que esse controle social, no seio de um Estado social e democrático de Direito, não se justifica em si mesmo. A intervenção estatal por meio da aplicação da pena criminal, como *ultima ratio* do sistema, deve refletir, conforme BUSATO e MONTES HUAPAYA, “verdadeiramente o sentido do

358Idem, p. 206-207.

359Idem, p. 207.

360Idem, ibidem.

361Idem, ibidem.

362Idem, p. 207-208.

intolerável”³⁶³, de modo a justificar-se somente em situações inadmissíveis. Neste sentido, o controle social do intolerável deve se expressar por meio da intervenção mínima, que, conforme os autores,

[...] cobra a preferência da proporcionalidade no momento legislativo de previsão da pena, exige a limitação pela culpabilidade no momento de sua aplicação e estabelece a pena necessária como limite para a ressocialização no momento de sua execução.³⁶⁴

Logo, concluem os autores, se a missão única da pena é o controle social do intolerável e se este deve ser expressão de uma intervenção estatal mínima, o fundamento e a medida desta, dentre outros fatores imprescindíveis em um Estado social e democrático de Direito, devem ter por referência obrigatória o bem jurídico.³⁶⁵

Neste ponto, pode-se concluir com absoluta certeza que esta concepção do controle social do intolerável como único fim da pena criminal é perfeitamente cumprida e eficaz com a imposição de pena diretamente à pessoa jurídica que comete uma ação típica, antijurídica e culpável.

6. Considerações Finais

O estudo desenvolvido em torno do controvertido tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica teve por escopo analisar os supostos óbices político-criminais e de natureza dogmática indicados pela doutrina como impeditivos daquela responsabilização. A investigação objetivou avaliar se os fundamentos de tais objeções são procedentes ou se podem ser afastados de modo a permitir a intervenção penal no ente coletivo.

Num primeiro momento buscou-se retratar como o surgimento do sistema de imputação penal moderno se vinculou ao nascimento do Estado de Direito, fruto da Revolução Francesa de 1789, tendo sido o princípio da legalidade o

363Idem, p. 208.

364Idem, ibidem.

365Idem, p. 208-209.

principal produto desta conexão. De igual modo, demonstrou-se que a carga ideológica do Iluminismo, que influenciou o movimento revolucionário, serviu de base para a configuração daquele sistema, que, desde então, passou a centralizar-se na norma jurídico-penal. Diante do processo de evolução dogmática, desde o causalismo, passando pelo neokantismo e pelo finalismo, e chegando, mais recentemente, ao funcionalismo, verificou-se que a dogmática penal, ainda que de forma disfarçada, sempre esteve sob influência de alguma carga político-criminal e que esta, por sua vez, sempre correspondeu ao modelo de Estado vigente.

Em seguida constatou-se a distorção dos ideais iluministas operada na Modernidade. Ocorre que o discurso incluiu no âmbito do Terceiro Estado, indistintamente, todos do povo, sem considerar as importantes diferenças, principalmente econômicas, existentes entre seus integrantes. Como consequência, o poder passou da nobreza e do clero para a burguesia, detentora do capital. Assim, repleto de distorções, nascia o Estado de Direito moderno e seu sistema jurídico-penal impregnado de conceitos naturalísticos. Mais tarde, porém, a teoria do delito passou a sofrer determinação também axiológica, de acordo com os interesses da sociedade. Mas o Estado, por sua vez, já sob a configuração social de Direito, passou a utilizar os instrumentos penais para a persecução desses fins sociais, o que resultou, como efeitos colaterais, na legitimação do nacional-socialismo alemão e na radical separação entre dogmática penal e política criminal.

Vencido o totalitarismo, todavia, o Estado adquiriu mais uma característica, tornando-se Estado social e democrático de Direito, e a dogmática jurídico-penal, por sua vez, com o advento do funcionalismo, voltou a ser determinada político-criminalmente. Foi exatamente neste momento da investigação que constatou-se a necessidade de uma releitura democrática da carga principiológica iluminista como meio capaz de efetivar aquele modelo de Estado, especialmente devido à atual tendência de expansão do Direito Penal. O problema é que, desde a origem do Estado liberal burguês, deu-se maior ênfase ao ideal de liberdade em detrimento da igualdade, gerando um fenômeno mundial de exclusão capitalista, cujos efeitos são hoje evidentes. É justamente esta distorção estrutural que necessita ser corrigida. Diante desse quadro, a proposta que pareceu mais adequada é a de buscar o reequilíbrio da relação entre os postulados da liberdade e

da igualdade, acentuando-se mais fortemente este polo, concebido materialmente, ou então visando-se à concreção do postulado da igualdade. Neste processo de mudança, o Direito Penal, para ajustar-se a um Estado verdadeiramente social e democrático de Direito, deve receber configuração idêntica.

Diante dessa revisão dos ideais iluministas, observou-se que o Direito Penal progride no sentido de ampliar seu objeto de proteção jurídica para abarcar também bens transindividuais, especialmente os de natureza econômica, ambiental e de consumo. Como conseqüência necessária, a pessoa jurídica deveria ser compreendida naturalmente como sujeito ativo de delito, já que é justamente neste campo que prolifera a criminalidade empresarial. No entanto, enquanto parte da doutrina reconhece que essa criminalidade não pode ser suficientemente combatida por instrumentos de natureza exclusivamente civil-administrativa, necessitando-se da intervenção penal, outra importante parcela da doutrina insiste em entender impossível tal imputação penal, alegando, em suma, a suposta vigência do brocardo *societas delinquere non potest*.

Para afastar tal óbice, entretanto, constatou-se que não basta o reconhecimento da exigência social pela responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes que cometer, sendo necessária uma fundamentação material a justificar tal medida. Por isso, verificou-se a necessidade de reconhecer o ente coletivo como verdadeiro centro de imputação de direitos e deveres, inclusive no aspecto penal. Concluiu-se, neste ponto, que a atual vigência do princípio *societas delinquere non potest* deve residir, então, em outra razão, qual seja, a autodefesa do sistema capitalista. Sabe-se que este sistema produz as condições materiais de sua reprodução e manutenção. A vedação à imputação penal da pessoa jurídica, colocada atualmente no eixo central do capitalismo, sendo seu maior símbolo, nada mais é que um mecanismo de proteção à própria estrutura desse sistema. Prova disso é que a tendência de responsabilização penal do ente coletivo sempre esteve presente nas civilizações antigas e medievais. Tal fenômeno só foi obstado justamente pela Revolução Burguesa, que logo tratou de criar os instrumentos de proteção da classe detentora do capital.

Confirmada a ausência de óbices de natureza político-criminal à imputação penal da pessoa jurídica, a análise centralizou-se, a partir de então, nos

supostos impedimentos dogmáticos opostos a ela, quais sejam, que a pessoa jurídica é incapaz de ação e de culpabilidade jurídico-penal, bem como que não pode sofrer os efeitos da pena criminal.

Quanto à ação penal, preliminarmente investigou-se como o conceito de ação tornou-se fundamento central da teoria do delito. Isto ocorreu devido à ascensão do positivismo e das ciências naturais no fim do século XIX, quando surgiu o conceito causal-explicativo de ação, de natureza puramente ontológica, como movimento corporal. Mas se consolidou com o advento do finalismo, já na década de 1930, que propôs o modelo final de ação, como conduta humana dirigida a um fim específico e preestabelecido. Desde então restou instalada a polêmica entre causalistas e finalistas em torno do conceito de ação, deixando-se em segundo plano as considerações axiológicas, criminológicas e político-criminais em torno da teoria do delito. Como resultado, ao conceito de ação foram atribuídas inúmeras e variáveis funções dogmáticas, funções estas que, paradoxalmente, mais tarde serviram para comprovar o fracasso das proposições ontológicas acerca das categorias do delito.

Como se constatou durante o desenvolvimento do presente estudo, a superação do conceito ontológico de ação penal derivou da reconciliação entre dogmática penal e política criminal, do reconhecimento dos problemas dogmáticos identificados no modelo finalista e, principalmente, da incapacidade daquele conceito em cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Confirmou-se, especialmente, a necessidade da inclusão de uma dimensão de sentido, de valor, no conceito de ação e de restituição do mesmo aos seus verdadeiros limites funcionais, preservando-se tão-somente sua função negativa. A partir dessas constatações, porém, verificou-se que várias são as possibilidades dogmáticas propostas.

Diante dessas opções a que parece mais coerente com um modelo de Estado social e democrático de Direito é a do conceito significativo de ação, fundado no paradigma filosófico do agir comunicativo. Esta opção acarreta, de imediato, que a intenção subjetiva, de ordem individual, ceda espaço à interpretação, de ordem intersubjetiva e social. A ação passa a ser compreendida como algo que transmite um significado, um sentido que provém da inter-relação entre o sujeito e o objeto. Isto implica na percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se

produz. Desse modo, não se pode rechaçar *a priori* a capacidade de ação da pessoa jurídica, até porque a ação jurídico-penalmente relevante será aquela cuja figura típica coincida com as exigências político-criminais. Ou seja, tipo e ação determinam-se pela interpretação comunicativa da necessidade de controle social, este derivado da necessidade de proteção dos bens jurídico-penais eleitos pela própria sociedade sujeita àquele controle. Logo, neste ponto, concluiu-se que a pessoa jurídica é perfeitamente capaz de expressar o sentido de tipos penais, tais como “a fábrica causou poluição” ou “a empresa suprimiu tributo”.

Porém, de acordo com a teoria clássica do delito, o dolo, como seu componente, seria outro limite à imputação penal da pessoa jurídica. Isto porque sua concepção é física, psicológica, anímica, subjetiva e individual, sendo inaplicável ao ente coletivo. Todavia, adotado o conceito significativo de ação e rechaçada as concepções ontológicas acerca das categorias do delito, também o dolo passa por uma releitura necessária e sua compreensão torna-se axiológico-normativa, ainda que continue a representar uma expressão de vontade. O dolo não é visto e reconhecido ontologicamente, mas atribuído normativamente, a partir dos seus indicadores externos. Estes permitem a identificação do dolo como um compromisso de atuar do agente, como uma decisão em desfavor do bem jurídico tutelado. Se assim é, resulta que não há impedimento algum à atribuição do dolo às pessoas jurídicas. Como consequência, foi possível proclamar também a existência de uma vontade penal da pessoa jurídica.

Quanto a esta, observou-se que evidentemente não se confunde com as vontades individuais das pessoas físicas que a compõem, nem tampouco se forma pelo mero somatório destas vontades. Trata-se de uma vontade diferente e destacada que expressa o domínio do fato e dirige as ações dos executores fungíveis do delito. Ou se reconhece essa vontade do ente coletivo ou estar-se-á diante de uma situação fática real para a qual a dogmática tradicional não oferece tratamento adequado. Feita esta constatação, verificou-se que a solução pode ser a elaboração de um conceito de vontade específico para a pessoa jurídica, gerando um sistema de dupla imputação, ou a releitura das categorias do delito a partir de uma concepção significativa ou axiológico-normativa da ação, do dolo e da vontade penal, parecendo ser esta a melhor proposta.

Verificada a capacidade de ação da pessoa jurídica, passou-se à análise de um segundo óbice dogmático levantado pela doutrina, qual seja, o de sua incapacidade de culpabilidade. Iniciou-se pela análise do instituto da culpabilidade no âmbito da teoria do delito e constatou-se que sua origem remete também a uma concepção subjetivo-individual, já que originalmente um de seus elementos era a relação psicológica do autor com o fato. A esta concepção sucedeu a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, que introduziu o elemento valorativo da reprovabilidade da conduta em seu conceito. Mais tarde foi desenvolvida a teoria normativa pura, dominante na doutrina atual, que propugnou pela imputabilidade, pelo conhecimento do injusto e pela exigibilidade de conduta diversa como elementos da culpabilidade penal. Logo, averiguou-se que, de comum entre as três teorias, há o foco no ser humano como destinatário da reprovação. Mesmo a concepção normativa pura se funda em aspectos subjetivos, tais como idade, normalidade psíquica, reflexão, consciência. Porém, como restou confirmado neste momento da investigação, os denominados, pela doutrina tradicional, elementos da culpabilidade são, em verdade, meros pressupostos da culpabilidade penal individual, que, evidentemente, não se aplicam de imediato à pessoa jurídica.

Quanto à culpabilidade penal da pessoa jurídica mais especificamente, constatou-se que há quem defenda sua impossibilidade, quem defenda a necessidade de criação de um instituto novo e apropriado ao ente coletivo, ao lado da culpabilidade individual, e quem opte pela revisão das categorias fundamentais do delito. A primeira posição baseia-se, fundamentalmente, em razões afastadas por ocasião do tratamento político-criminal do tema e da análise da concepção da ação jurídico-penal. Quanto à segunda solução apresentada, verificou-se a tendência de identificar a culpabilidade da pessoa jurídica com uma reprovação ético-social, fundada em critérios como defeito de organização da empresa, risco da atividade empresarial, vantagem econômica obtida pela empresa com a prática delituosa, incorreção organizacional, entre outros. Porém, da forma como é apresentada por seus idealizadores, esta concepção resulta na criação de dois sistemas de Direito Penal distintos, um voltado para a pessoa física e outro para a pessoa jurídica.

Pareceu, então, mais adequada a terceira proposta, de revisão das categorias dogmáticas do delito, dentre as quais, a culpabilidade, que também deve

ser compreendida de modo normativo, ou seja, como puro juízo de reprovação, sem qualquer consideração ontológica. Assim sendo, esse juízo de censura, como único elemento do instituto da culpabilidade, pode ser atribuído à pessoa jurídica tanto quanto à pessoa natural, variando apenas os pressupostos da atribuição coletiva frente aos da individual.

Por fim, constatado, em termos axiológico-normativos, que a pessoa jurídica pode realizar uma ação típica, antijurídica e culpável, fez-se necessário averiguar o terceiro óbice dogmático indicado pela doutrina à imputação penal coletiva. De início, analisou-se as teorias clássicas acerca dos fins tradicionalmente atribuídos à pena criminal e percebeu-se como representam o modelo de Estado vigente. Neste sentido, as teorias retributivas, originadas no Estado liberal burguês, consagravam a função da pena unicamente como retribuição ao autor do delito pelo mal que causou, ou simplesmente como negação da negação do Direito. Com a passagem para o Estado social de Direito, a pena passou a ter também funções preventivas. Além de castigar o autor do delito, ela deveria atuar sobre a sociedade, de modo a evitar a comissão de novos delitos (prevenção geral negativa), e também sobre o próprio autor do delito, corrigindo-o, intimidando-o ou neutralizando-o (prevenção especial). Quanto à aplicação desses fins à pessoa jurídica, verificou-se não ser possível somente enquanto impregnados por características puramente psicológicas. Todavia, quando considerados axiologicamente, parecem perfeitamente aplicáveis.

Constatou-se também que, a partir do assentamento dessas teorias, o debate acerca das funções da pena limitou-se a tentar fazer prevalecer uma delas sobre as demais, a tentar conciliá-las, ou a oferecer uma nova dimensão à prevenção geral. Todavia, as denominadas teorias mistas acabaram por aglutinar sobre si as críticas dirigidas a ambas concepções, retributivas e preventivas, de modo que ganhou força na doutrina contemporânea as variantes funcionalistas da prevenção geral positiva. Quanto a estas, quando comprometidas com a concreção de um Estado social e democrático de Direito, também pareceram não constituir impedimento algum à imputação penal da pessoa jurídica.

Entretanto, apesar de dominante na doutrina atual, estas concepções não podem ser consideradas estágio final na busca de legitimação da intervenção

penal. Isto porque equivocadamente focam, assim como as teorias que as antecederam, os efeitos e as impressões provocados pela imposição da pena criminal, em vez de se preocuparem com a missão da pena, ou seja, com a razão da punição. Feita esta correção dogmática preliminar, surgiu como função da pena unicamente a missão do Estado de efetivar o controle social do intolerável. Primeiro porque é ao Estado, criação do contrato social para proteger a sociedade, que compete exercer o controle social. Segundo porque este controle, quando realizado por meio de instrumentos penais, não se justifica em si mesmo, devendo ocorrer tão-somente como *ultima ratio* do sistema, refletindo o verdadeiro sentido do intolerável e tendo por referência obrigatória e necessária os bens jurídico-penais eleitos pela sociedade. Neste ponto, concluiu-se que o controle social do intolerável, como única e verdadeira função da pena, também pode ser perfeitamente cumprido com a imposição de pena à pessoa jurídica.

Portanto, conclui-se que inexistem razões de natureza político-criminal e de natureza dogmática que impeçam a imputação jurídico-penal da pessoa jurídica. Definitivamente, não há como se propugnar, diante de uma revisão democrática dos ideais iluministas em um Estado social e democrático de Direito, pela vigência do brocardo *societas delinquere non potest*, a não ser como instrumento de autodefesa capitalista. Igualmente, as categorias dogmáticas do delito (ação, dolo, vontade e culpabilidade), quando democraticamente revisitadas, de modo a afastar as construções ontológicas em prol de uma concepção estrutural significativa, axiológica e normativa, podem perfeitamente ensejar a atribuição de uma pena à pessoa jurídica. Por fim, esta intervenção penal será necessária quando cumprir a missão de controle social do intolerável, fundada na proteção dos bens jurídico-penais eleitos pela sociedade em um Estado social e democrático de Direito.

7. Bibliografia

- 1 BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- 2 BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- 3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.
- 5 _____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2010.
- 6 _____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. *Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências..* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- 7 _____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências..* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- 8 BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 9 _____. A imprudência a partir do conceito significativo de ação. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: Notadez; ITEC, ano X, n. 36, jan.-mar./2010, 2010, p. 23-84.
- 10 _____. Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio *societas delinquere non potest*, desde a perspectiva do quarto Estado. *Revista Jurídica UNOESC*. Joaçaba: Edições UNOESC, ano 2002, n. 3, v. 3, 2003, p. 161-198.
- 11 _____. Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*. Porto Velho: EMERON, ano 2001, n. 8, 2001, p. 289-306.
- 12 BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito*

- penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 13 BUSATO, Paulo César; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; DÍAZ PITA, María del Mar. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
 - 14 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.
 - 15 DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. Ana Cristina Rodríguez Yagüe. *Revista Penal*. Madrid: La Ley, n. 7, 2001, p. 40-54.
 - 16 DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política da igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: RT, ano 8, n. 29, jan-mar/2000, p. 209-231.
 - 17 DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 141-180.
 - 18 FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciências Penais*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 2, fasc. 4, 1992, p. 537-559.
 - 19 FLETCHER, George. *Conceptos basicos de derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
 - 20 GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas juridicas. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 35-78.
 - 21 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde; María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
 - 22 HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira; Marcos Penchel. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
 - 23 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores, 1899.
 - 24 LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

- 25 _____. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In*: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 79-99.
- 26 MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. *In*: Heloisa Estellita Salomão (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 109-135.
- 27 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação: T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- 28 MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Ensaio crítico sobre a ação: sua influência jurídico-penal e o advento da noção "significativa"*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.
- 29 MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general – teoría del derecho penal y estructura del hecho punible*. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch; Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.
- 30 MELLO FRANCO, Affonso Arinos de. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. These apresentada à Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, para a livre docência da cadeira de Direito Penal. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.
- 31 MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I. 2. ed. Rev. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.
- 32 MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.
- 33 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. 4. ed. rev. e amp. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 34 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- 35 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acresc. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- 36 REGIS PRADO, Luiz. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. *In*: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 101-135.

- 37 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- 38 _____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- 39 ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa: estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 1997.
- 40 ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008.
- 41 _____. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.
- 42 _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luis Natscheredactz. Lisboa: Vega, 1986.
- 43 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 44 SCHÜNEMANN, Bernd. Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y los problemas fundamentales del derecho penal de empresas económicas. *Revista Electrónica del Derecho Penal*. Lima, n. 14, nov/2000, p. 3-10.
- 45 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a Lei 9.605/98*. São Paulo: RT, 1998.
- 46 _____. Responsabilidade dos sócios, gerentes, diretores e da pessoa jurídica nos crimes ambientais. *In: Heloisa Estellita Salomão (Coord.). Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 275-288.
- 47 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- 48 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-74.
- 49 _____. Responsabilidade penal de las empresas y de sus organos en derecho español. *In: Luiz Regis Prado (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 9-34.
- 50 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas

en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, jul-set/1995, p. 21-35.

- 51 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- 52 _____. El principio de culpabilidad. *In*: José Luis Díez Ripollés (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 211-234.
- 53 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 54 WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.