

***SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST: A RESPONSABILIDADE DA PESSOA
JURÍDICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO***

Thiago Ruiz

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilização da pessoa jurídica na esteira penal preconiza um debate atual e relevante. Desnecessário se faz ressaltar a importância da pessoa jurídica na sociedade hodierna, num sistema global e pós-moderno a pessoa coletiva adquire funções, obrigações e direitos que se transmudam em velocidades antes inimagináveis.

A responsabilidade penal da pessoa coletiva constitui matéria que tomou vulto e amplitude ultimamente, um dos fatores que incidiram com profunda influência para o credenciamento deste tema foi o crescimento e o desenvolvimento da criminalidade perpetrada nas entranhas ou por meio das pessoas jurídicas, sendo que algumas empresas são criadas com o escopo de praticar delitos, ocultando as pessoas naturais.

O legislador nacional, através do poder constituinte originário de 1988, convocou o Direito Penal para tutelar as condutas antijurídicas dos entes coletivos, e, por sua vez, o legislador ordinário regulamentou tal disposição através da Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, assim, surgiu o embate da possibilidade da pessoa jurídica ser responsabilizada criminalmente.

2 *SOCIETAS DELINQUERE POTEST*

2.1 UMA QUESTÃO DE POLÍTICA CRIMINAL

A Carta Constitucional de 1988 enunciou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, esta opção emergiu principalmente por duas razões: a primeira, em face da tutela dos direitos fundamentais de terceira geração (v. g. ambiente, consumidor) terem sido alçados ao patamar constitucional; em segundo, em razão destes valores passarem a receber relevância de bem jurídico penal, com isso, foi observada a responsabilidade da pessoa jurídica diante da premissa de que estes bens jurídicos de terceira geração são feridos, principalmente, pela criminalidade moderna que, por vezes, nasce no seio da pessoa coletiva.

Todavía, esta responsabilização foi adotada de uma forma simplista, o que acabou por enredar um embate dogmático jurídico-penal, não tendo uma aceitação pacífica o modelo *societas delinquere potest*. Klaus Tiedemann ao defender a imposição de condutas delituosas à pessoa jurídica encontra guarida na política criminal e nas peculiaridades das empresas modernas, é seu dizer:

Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una situación criminológica, empírica, casi idéntica en muchos países, y ésto sobre todo en los países industrializados, pero también en buena parte de países en vías de desarrollo donde, cada vez más, al lado de la división del trabajo, entidades colectivas toman el puesto de empresas individuales. De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar e ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma.¹

Por outro lado, parte da doutrina fundamenta a necessidade de responsabilizar a pessoa moral criminalmente na:

complexidade da vida moderna, a internacionalização da economia e o poder cada vez maior das empresas aconselham, sem dúvida, renunciar ao clássico princípio *societas delinquere non potest*, é dizer, as pessoas jurídicas devem ser sancionadas penalmente sempre que o fato delitivo for executado dentro da esfera das operações ou negócios da sociedade, se tem alguma relação com as atividades, se utilizaram meios ou recursos da empresa e, sobretudo, se o fato proporcionou algum proveito ou benefício econômico ou de outro tipo à empresa ou se ela foi utilizada para encobrir o fato punível.²

¹ Tiedemann, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. p. 22.

² Gomes, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. p. 171-172.

Ao mencionar o princípio da culpabilidade que é a maior dificuldade a ser ultrapassada pelo princípio *societas delinquere* – como veremos adiante - Luiz Flávio Gomes aduz que:

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ademais, não impedem a responsabilidade pessoal dos culpáveis que atuaram em nome dela. São distintas as responsabilidades penais como são distintas as penas. E uma não exclui a outra. Poderíamos falar aqui do princípio da sanção cumulativa diferenciada: uma para as pessoas física e outra independente para a pessoa jurídica.³

Neste mesmo sentido é o ensinamento de Sérgio Salomão Shecaira, que afirma serem as “razões de política criminal que permitem excepcionar o princípio da punição individual em face da culpa.”⁴

Entretanto, a adoção de políticas criminais implica em que cada categoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deva ser observada e desenvolvida sob a perspectiva da sua função político-criminal.⁵ O que não foi observado pelo legislador ordinário na Lei 9.605/98.

Essa nova tendência político criminal surge do amálgama de vários fatores decorrentes dos conflitos de uma sociedade pós-industrial em que a importância do ente moral é incontestável, bem como somados ao momento de expansão do direito penal, por fim, culminam na imputação à pessoa jurídica pela prática de delitos.

2.2 Constitucionalização do Princípio *societas delinquere potest*

A Constituição de 1988 trouxe expressamente em seu texto o mandamento de que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pelos delitos que cometer. Entretanto, esta alteração em nossa legislação do princípio do *societas*

³ *Idem*, p. 172.

⁴ Shecaira, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003. . p. 117.

⁵ Roxin, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. p.29.

delinquere non potest para a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica é motivo de constante embate semântico.

A doutrina diverge na aceitação da responsabilidade criminal do ente moral, há também quem sustente que a Magna Carta não consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Porém, inequivocamente o Texto Maior prevê, mesmo que de forma *obscura*, a responsabilização criminal da pessoa coletiva nos artigos 225 § 3º e 173 § 5º.

Vladimir e Gilberto Passos de Freitas posicionam-se no sentido de que a Constituição Federal observou literalmente que “os infratores das normas de proteção ao meio ambiente, sejam pessoas físicas ou jurídicas, estarão sujeitos a sanções penais, civis e administrativas”⁶, e ainda, ao que toca a culpabilidade referem-se que existe uma reprovação criminal e social na conduta delituosa.

Deveras, o legislador ordinário ao interpretar literalmente a previsão constitucional do § 3º do artigo 225 regulamentou *desastrosamente* a responsabilidade penal da pessoa jurídica, introduzindo uma norma em nosso ordenamento jurídico sem prever os pressupostos de sua aplicabilidade, trazendo forte contraste à parte geral do Código Penal. Diferentemente e de forma lúcida a legislação francesa ao introduzir a responsabilidade criminal da pessoa coletiva previu os instrumentos inerentes à sua aplicação.

Sérgio Salomão Shecaira defende a tese de que a Constituição em vigor somente aborda novamente o que já dispôs como regra para modificá-la. Desta feita, sustenta que os artigos 173 § 5º e 225 § 3º formam exceção ao princípio *societas delinquere non potest*. Afirma que o legislador constituinte consagrou estes artigos “para excepcionar a regra geral da responsabilidade penal das pessoas físicas e consagrar a imputabilidade penal da empresa, no âmbito de lesões ao meio ambiente e nos crimes contra o sistema financeiro nacional.”⁷

De outra banda, ainda ao que limita o alcance literal da exegese, respeitada doutrina assevera que há uma imperfeição na disposição do § 3º do artigo 225 do Texto Maior que diz: “As condutas e atividades lesivas ao meio

⁶ Freitas, Vladimir Passos de; Freitas, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. p. 24 e 64-65. Neste mesmo sentido é o magistério de Luis Paulo Sirvinskas. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei 9.605/98. p. 485.

⁷ Shecaira, Sérgio Salomão. *Op. cit.* p. 144.

ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano”. A referida mácula é constatada pela ausência da palavra *respectivamente*, segundo José Henrique Pierangelli “o texto estaria perfeito se após a expressão ‘pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas’, escrevesse *respectivamente*.”⁸

Enfrentada a disposição literal do texto constitucional referente aos artigos 225 § 3º e 173 § 5º, passaremos a fazer um confronto destes textos frente aos princípios constitucional-penais. O presente confronto parte de uma análise sistemática da Constituição Federal, interpretando o contexto do princípio *societas delinquere potest* inserido num sistema constitucional, principalmente, em face de sua ponderação axiológica dentro do corpo legal constitucional.

Pelo estudo sistemático a Lei Maior conclui-se que os princípios constitucional-penais são de índole individualista e conseqüentemente se chocam com a proposição de uma responsabilização criminal coletiva. Haja visto a responsabilidade criminal adotada pela Magna Carta ser estritamente pessoal⁹ (CF, artigo 5º inciso XLV). Assim, adotaram-se regras e princípios individuais que formam a pedra angular da Lei Maior, sendo que esses princípios constitucional-penais são incompatíveis com a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Constituição também fixou o princípio da responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV), com o que estabeleceu uma relação psicológica entre o homem e a conduta, e, ao lado deste, fixou o princípio da culpabilidade. Esta, numa visão moderna é exigibilidade de conduta diversa da desenvolvida, que fundamenta o juízo de censura ou de reprovação.¹⁰

Mesmo a Constituição Federal tendo estabelecido o Ambiente como bem jurídico fundamental, ainda assim, há melhor razão na prevalência axiológica dos princípios constitucional-penais frente ao bem Ambiente, por aqueles estarem diretamente conexos ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 3º, III).

⁸ Pierangelli, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição. p. 285. De semelhante modo ensina Miguel Reale Jr. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. p. 138.

⁹ Cf. Luisi, Luiz. Os princípios constitucionais penais. p.51-52.

¹⁰ Pierangelli, José Henrique. *Op. cit.* p. 285.

Certo é que a Constituição Federal de 1988 consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, todavia a melhor hermenêutica contradiz-se à adoção do princípio *societas delinquere potest*, sendo também que a teoria do delito e suas figuras na forma adotada pela parte geral do Código penal impossibilitam a aplicação da responsabilidade penal do ente coletivo. Os espíritos da Constituição e do Direito Penal pátrio não se conciliam com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Há flagrante desarmonia.

3 SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

Os princípios constitucional-penais e o direito penal pátrio impossibilitam a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por sua essência e natureza a responsabilidade penal é pessoal, individualizada, e deve ser imputada ao homem natural, pessoa física.

Com isso, por razões de caráter dogmático jurídico-penal que passamos a esboçar, solidificam os motivos pelos quais ratificamos a impossibilidade de uma empresa ser responsabilizada por conduta delituosa de um homem, seja no uso de seu interesse ou no interesse da pessoa jurídica. Os princípios e institutos de Direito Penal que o postulado da responsabilização penal da pessoa moral fere torna inviável a configuração da responsabilidade penal subjetiva, o que de igual forma concorre para o desprezo da teoria do delito.

3.1 Princípio da Pessoalidade

É princípio remansoso no ordenamento jurídico dos países civilizados que a pena deve apenas atingir a pessoa do condenado, a sentença não pode ultrapassar o agente do delito, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º inciso XLV que “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”. Antigamente a pena poderia alcançar pessoas estranhas ao delito, como os parentes do autor da infração penal.

É impensável que a pena, como castigo, possa alcançar pessoa que não seja responsável pela ação delituosa. E neste sentido a responsabilização da

pessoa jurídica acaba por ferir este dogma, vez que, imputa conduta e pena a quem não tem capacidade de cometer o delito.¹¹ A pena é pessoal e deste modo somente a pessoa física é quem tem capacidade para ser imputada pela conduta de um fato típico, antijurídico e culpável.

3.2 Princípio da Individualização da Pena

O postulado da individualização da pena é consagrado no artigo 5º inciso XLVI da Magna Carta, também a culpabilidade se encontra implícita neste princípio. Com a individualização da pena se busca retribuir o crime cometido com a respectiva pena segundo a personalidade do agente.

Luiz Luisi registra três fazes da individualização da pena, o legislativo, o judicial e o executório. No primeiro momento através da norma penal fixa-se para cada tipo penal uma pena proporcional à axiologia dada ao bem jurídico e à gravidade da ofensa. Em segundo plano o juiz fixa qual pena aplicar, entre seu mínimo e máximo previsto e determina o seu modo de execução. Por último, a pena após aplicada é efetivamente concretizada com a sua execução.¹²

Visto que a individualização visa aplicar a pena segundo a personalidade do autor do fato, torna-se de difícil aceitação a retribuição personalizada à pessoa jurídica, uma vez que, esta não é capaz de ser culpável por um fato típico. Ainda, no que se refere a pena “as idéias de prevenção geral, prevenção especial, reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização não teriam sentido em relação às pessoas jurídicas”.¹³

3.3 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade é fundamento e limite da pena¹⁴ e se fragmenta em imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta adversa, momento em que é exercido o juízo de reprovação.

¹¹ Luisi, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. p. 91.

¹² Luisi, Luiz. Os princípios constitucionais penais. p. 52-56.

¹³ Prado, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. p. 109.

¹⁴ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro.

A responsabilidade penal é pessoal, produto da vontade do autor do delito, assim, a reprovação deve recair tão somente sobre o indivíduo que comete a ação ou a omissão delituosa. Encontramos o princípio da culpabilidade esculpido na Magna Carta nos incisos LVII e XLVI do artigo 5º, a norma constitucional exige o reconhecimento da culpabilidade para que o agente seja condenado, a conduta do autor da infração penal tem que ser reprovável - *Nullum crimen sine culpa*.

A pessoa coletiva é incapaz de culpabilidade penal. A culpabilidade tem seu sentido como juízo de reprovação, “como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo.”¹⁵ Ainda mais, a norma penal em todos os seus aspectos é dirigida ao homem, o que seria dizer que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está fomentada em fato alheio, de outrem, o que implicaria numa culpabilidade *presumida*.

Caso a sanção cominada à pessoa jurídica, em caráter de pena, tenha que renunciar ao princípio da culpabilidade e ao da personalidade das penas, princípios de emblema liberal que constituem êxito da civilização moderna, seria imprescindível revisar toda a dogmática jurídico-penal.¹⁶

Por outro lado, Klaus Tiedmann sustenta uma nova modalidade de culpabilidade que corroboraria a responsabilidade criminal do ente coletivo. O jurista alemão enfoca esta “culpabilidade” com base na consciência social, objetivando na reprovação por um defeito de organização.¹⁷ Contudo, este conceito finda em uma culpabilidade presumida e fictícia.

Em seu turno, David Baigún numa visão funcionalista propõe não uma reprovação pela deficiente formação da vontade social da pessoa jurídica, mas pela valoração do fato concreto de desconhecer o exigível.¹⁸ O que na realidade imprime uma exacerbação do marco normativo e um caráter de imputação objetiva pela conduta.¹⁹

¹⁵ Prado, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 106.

¹⁶ Bajo Fernández, Miguel. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 20.

¹⁷ Tiedmann, Klaus. *Op. cit.* p. 21 *et seq.*

¹⁸ Baigún, David. La categoría responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 299 e 324

¹⁹ Cf. Jakobs, Günther. Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos.

3.4 Capacidade de Ação

Nosso ordenamento jurídico-penal possui raiz no finalismo de Welzel, toda ação é dirigida a um fim, isto é, toda conduta humana é corroborada pelo elemento volitivo, o querer atuar e o poder de se autodeterminar. O dolo é elemento constitutivo da ação e a conduta encontra-se inserida no fato típico.²⁰

A pessoa coletiva não é dotada de capacidade de ação no sentido jurídico-penal, isso se dá devido a sua natureza e essência. Somente o homem individual pode manifestar uma conduta²¹ penalmente prevista pelo ordenamento jurídico, só o indivíduo pode ser sujeito ativo do delito, a responsabilidade criminal é pessoal, a máxima é de que “só o ser humano, enquanto pessoa-indivíduo, pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito.”²²

O elemento portador da possibilidade de imputação jurídico-penal é em qualquer caso somente o exercício da vontade, em sentido psicológico, e o processo de sua formação. Se a ação é concebida, como eu a entendo, como exercício de uma atividade finalista e a omissão como a não realização de uma ação finalista, então é evidente que a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido do Direito penal.²³

Não é a pessoa jurídica que é dotada realmente de vontade, mas quem a representa. As pessoas jurídicas somente podem atuar através de seus representantes, titulares de seus órgãos. Com isso, deve-se determinar o sujeito de ação e o sujeito de imputação, figuras distintas.²⁴

²⁰ Cf. Welzel, Hans. Derecho penal aleman.

²¹ “a vontade segundo o entendimento dominante, é o conteúdo essencial do conceito de ação. É o elemento psicológico que caracteriza a ação humana e a distingue dos acontecimentos do mundo físico.” Fragoso, Claudio Heleno. Conduta punível. p. 28.

²² Prado, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 104.

²³ Gracia Martín, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.* p. 40-41.

²⁴ Prado, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 105.

4 INSTRUMENTOS JURÍDICO-PENAIIS MODERNOS

Não é necessário buscar na responsabilidade objetiva ou criar novos conceitos de culpabilidade para que se aplique sanções aos delitos cometidos por meio de pessoas jurídicas, até mesmo porque são as pessoas físicas, as quais atuam por meio das empresas, quem são as grandes beneficiadas pelos delitos cometidos.

O direito penal moderno oferece alguns instrumentos que podem ser utilizados para aferir o sujeito ativo dos delitos cometidos através da pessoa coletiva. Desta feita, cabe ao legislador pátrio buscar nas normas estrangeiras e ao aplicador do direito penal vincular estes instrumentos na apuração da autoria do delito e realmente precisar quem possui o verdadeiro domínio do fato, quem são os co-autores e os partícipes, sempre dentro da perspectiva de que o ordenamento jurídico-penal brasileiro está condicionado à responsabilidade pessoal.

4.1 Autoria Mediata

Ao tratar-se de delito comissivo, pode o aplicador do direito utilizar apropriadamente do instituto da autoria mediata para solucionar a autoria do delito cometido nos meandros da pessoa corporativa. Conforme o magistério de Francisco Muñoz Conde:

A autoria imediata ou direta se equipara à mediata, isto é, àquela na qual o autor não realiza direta e pessoalmente o delito, mas, para tal, serve-se de outra pessoa, geralmente não responsável. Com um critério objetivo formal é difícil fundamentar este tipo de autoria, mas é evidente que, quando alguém se serve, como instrumento de realização do delito, de outra pessoa, que, geralmente sem saber, o realiza, é preciso procurar um critério que permita punir o autor real, e não seu instrumento.²⁵

Assim, temos que o autor real do delito é a pessoa humana, substrato que se encontra escondido na pessoa jurídica, através do autor mediato

²⁵ Muñoz Conde, Francisco. Teoria do delito. p. 197.

sabe-se que quem tem o domínio verdadeiro do fato não é a pessoa jurídica, mas sim, que a execução do delito foi realizada por quem tem verdadeiramente capacidade de ação, o homem, o agente mediato.

4.2 Atuação em Nome de Outrem

Podemos também utilizar o instituto *atuação em nome de outrem* adotado no ordenamento penal de alguns países europeus. Neste modelo a responsabilidade penal recai sobre determinadas pessoas que atuam como membros da pessoa jurídica ou em sua representação.²⁶

A qualidade do sujeito ativo se encontra no membro da pessoa jurídica, no representante, naquele que *atua em nome* do ente corporativo. Quem realiza a conduta punível aqui também é o indivíduo, só que não em seu nome, mas, no nome do ente moral.

A atuação em nome de outrem vem como cláusula geral nos Códigos Penais da Alemanha (artigo 14 do *Strafgesetzbuch* e artigo 9 da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*); da Espanha (artigo 31) e de Portugal (artigo 12). Também, é encontrada na parte especial dos Códigos Penais da Suíça (artigos 172 e 326) e da Áustria (artigo 161).

4.3 Dever de Garante

Melhor razão há, diante dos crimes omissivos impróprios, que se deve utilizar o postulado do *dever de garante* para punir quem realmente tenha o dever de cuidado.

Para tanto, as fontes relevantes desta modalidade de omissão, que fomentam a posição de garantidor são, a saber: primeiramente ter por lei a obrigação de cuidado, de proteção ou de vigilância; de outro modo, assumir *per si* a responsabilidade de impedir o resultado; e, por último, com fundamento em comportamento anterior, criar o risco da ocorrência do resultado.²⁷

²⁶ Prado, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 113.

²⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. Manual de direito penal. p. 173-176.

Deste modo, sempre que presente o dever legal de impedir ou controlar fatores de risco ou eventos de dano, quando algum órgão da pessoa moral figurar na qualidade de garantidor do bem jurídico penalmente tutelado, deve-se aplicar a responsabilidade penal pessoal na medida da culpabilidade daquele que possuía ao tempo da comissão por omissão o dever de garante, ou seja, daquele que deveria tomar as medidas necessárias para afastar o perigo ou cessar o dano nas modalidades previstas pela dogmática penal.

4.4 Direito Administrativo Sancionador

Nada obstante, impere no direito penal o princípio *societas delinquere non potest*, mesmo assim, medidas extrapenais sancionatórias de natureza administrativa, civis e fiscais, entre outras, podem ser utilizadas para coibir certas ações das pessoas corporativas. Sendo este o melhor modo de preservar um direito penal minimalista e de cunho garantista.

Corroboram este entendimento alguns países europeus em que passaram a vigorar nos seus ordenamentos o denominado Direito Administrativo Sancionador. Assim o direito alemão em seu sistema de mera ordenação (OWIG)²⁸, prevê no § 30 a multa administrativa (*geldbusse*) como espécie de sanção, desencadeando em um direito que não é o penal, mas com caráter de um direito sancionador.

Na Espanha a Lei 30/1992, de 26 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, regula no título IX o poder sancionador da Administração conforme a moderna concepção do Direito Administrativo Sancionador. Parte-se do fundamento, já reconhecido pela anterior jurisprudência espanhola, de que os princípios inspiradores do Direito Penal são de aplicação ao Direito Administrativo Sancionador por pertencer ambos ao mesmo ordenamento punitivo, sempre respeitando as peculiaridades do procedimento administrativo.²⁹

²⁸ Equivalente à Lei de Contravenções Penais brasileira (Dec.-lei nº 3.688/41).

²⁹ Bajo Fernández, Miguel. *Op. cit.* p. 18.

Nesta perspectiva, as sanções previstas no Direito Administrativo Sancionador espanhol podem ser aplicadas pelo juiz criminal, assim descreve o artigo 129 do Código Penal que consigna medidas administrativas sancionatórias (*consecuencias accesorias*).³⁰ Não há qualquer empecilho para que estas sanções, inclusive as mais graves, seja aplicada pelo juiz criminal em face do ente jurídico.³¹

4.5 Direito de intervenção (Hassemer)

Tomando partido da idéia de que o Direito Penal *clássico* é ineficaz para combater a criminalidade moderna (v.g. ambiental, industrial, consumidor, crime organizado internacional, econômico, etc.) em suas peculiaridades e que os princípios do ordenamento penal tradicional estariam superados, uma vez que, nessa criminalidade moderna é necessário se orientar pelo perigo ao invés do dano, pois quando o evento danoso surgir será demasiadamente tarde para qualquer medida estatal, neste amálgama o jurista alemão Hassemer propõe a reflexão de uma terceira via a qual denomina de *Direito de Intervenção*.³²

Assevera o jurista alemão que o direito deve reagir ao risco, deve ser sensível ao perigo de dano. A repressão vem tarde demais e este campo do direito deve se organizar preventivamente, para possibilitar uma atuação precoce e oportuna, “é importante que se haja no início, no nascedouro, por isso chamamos ‘Direitos de Intervenção’”.³³

³⁰ Art. 129. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a. Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b. Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c. Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e. La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a y la suspensión señalada en el subapartado c del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

³¹ Prado, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 115.

³² Hassemer, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. p. 33.

³³ Hassemer, Winfried. Perspectiva de uma moderna política criminal. p. 50.

Ciente de que este problema da criminalidade moderna passa em algumas oportunidades pelo fio condutor do ente coletivo, Hassemer registra que “necessitamos de instrumentos mais eficientes contra as pessoas jurídicas, distintos do direito penal clássico que está totalmente voltado para o indivíduo, para a pessoa física.”³⁴

Sem ratificar a doutrina do direito penal funcional Hassemer prega uma terceira via que reflete em um meio termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente.³⁵

Este Direito de Intervenção não aplicaria as pesadas sanções do Direito Penal, principalmente, as penas restritivas de liberdade. Entretanto, suavizaria as garantias do Direito Penal clássico. Tudo isso na busca de um ordenamento mais eficaz.

Acreditamos que a criação de um direito híbrido não é a melhor solução, e bem nos parece, em outras linhas, tratar-se de um verdadeiro Direito Administrativo o que o jurista alemão propõe. O Direito Penal não pode permitir que sufoquem as garantias conquistadas em prol do indivíduo, a visão de minimizá-las não nos mostra ser um caminho sólido, seria admitir a inserção de um outro direito que não o direito penal na reprimenda dos crimes de perigo no campo dos interesses difusos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas que a Constituição de 1988 semeou a responsabilidade penal da pessoa coletiva, bem como a Lei 9.605/98 que instituiu os

³⁴ *Ibidem*, p. 49.

³⁵ *Ibidem*, p. 49.

crimes contra o Ambiente disciplinou a responsabilização penal da pessoa jurídica, todavia, as fizeram de maneira simplista, de modo que se torna discutível sua aplicação e constitucionalidade. Também, trouxe forte contraste à parte geral do Código Penal, não seguindo a legislação francesa que ao introduzir a responsabilidade criminal da pessoa moral previu os instrumentos inerentes à sua aplicação.

Partindo de uma análise sistemática da Carta Magna, verifica-se a inconstitucionalidade do preceito *societas delinquere potest*, previsto nos artigos 225 § 3º e 173 § 5º, esta dedução dá-se ao interpretar o contexto em que se está inserida a responsabilização criminal da pessoa jurídica como pertencente a um sistema constitucional, e, em vista da ponderação axiológica dentro deste corpo legal. Assim, percebe-se que no início da Constituição Federal estão previstos alguns princípios constitucional-penais, os quais são reflexo dos direitos humanos e que são de estirpe individualista, e, deste modo, chocam-se com a responsabilidade criminal coletiva. Assim, o espírito da Lei Maior não é compatível com a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O Direito Penal pátrio é dirigido ao homem e a responsabilidade penal é pessoal. Desta feita, os princípios que regem o direito penal brasileiro são ampla e unicamente dirigidos ao ser humano e inaplicáveis ao ente coletivo, o que decorre na impossibilidade de direcionar e aplicar a Lei de Crimes Ambientais às pessoas jurídicas no que tange a responsabilidade penal destas.

Ademais, o Direito Penal moderno possui alguns institutos atuais que podem ser utilizados para aferir e responsabilizar quem realmente realizou o delito no seio do ente coletivo, para diferenciar quem é o sujeito ativo da ação delituosa que se esconde atrás do ente coletivo, para precisar quem realmente possui o domínio do fato, tudo isso sem deixar de aplicar a responsabilidade penal pessoal.

Por todas estas deduções é que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada criminalmente pelo ordenamento jurídico pátrio. Sendo que as pessoas naturais que se encontram por trás das empresas são as que devem ser responsabilizadas criminalmente, até mesmo para que não utilizem as pessoas coletivas como óbice para a impunidade.

REFERÊNCIAS

BAIGÚN, David. La categoría responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 18, 1997. p. 299-325.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In: MIR PUIG, Santiago; PEÑA, Diego Manuel Luzon. *Responsabilidad penal de lãs empresas y sus organos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 17-34.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 707 p.

FRAGOSO, Claudio Heleno. *Conduta punível*. São Paulo: Bushatsky, 1961. 220 p.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 360 p.

GOMES, Luiz Flávio. *Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11, p. 166-174, 1995.

GRACIA MARTIN, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. In: MIR PUIG, Santiago; PEÑA, Diego Manuel Luzon. *Responsabilidad penal de lãs empresas y sus organos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 35-74.

HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22, 27-35, 1998.

_____. *Perspectiva de uma moderna política criminal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 8, 41-51, 1994.

JAKOBS, Gunther. *Responsabilidade penal em supostos de adopción coletiva de acuerdos*. In: MIR PUIG, Santiago; PEÑA, Diego Manuel Luzon. *Responsabilidade penal de las empresas y sus organos y responsabilidade por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 75-98.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003. 327 p.

_____. *Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In: PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 79-100.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. 238 p.

PIERANGELI, José Henrique. *A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 684/278, 1992.

PRADO, Luiz Regis (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 215.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137-140.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 99 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a lei 9.605/98*. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003. 270 p.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei 9.605/98*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 784/483, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11, p. 21-35, 1995.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yañes Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. 378 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 888 p.