

Culpabilidade em crise?

A responsabilidade penal da pessoa jurídica

*Marcus Vinicius Boschi, Felipe Leichtweis,
Maurício Jorge D'Augustin Cruz e Renata Almeida da Costa**

Sumário:

1 – Centralização do tema. 2 – Evolução da culpabilidade. 2.1 – Teoria psicológica. 2.2 – Teoria psicológico-normativa. 2.3 – Teoria normativa pura. 3 – O livre-arbítrio como ponto central da culpabilidade. 4 – A pessoa jurídica e as condutas típicas. 4.1 – A ausência de *animus*. 4.2 – A necessária distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a de seus sócios. 4.3 – Análise legal. 5 – Considerações finais.

1 – Centralização do tema

Toda e qualquer ciência possui seus momentos de glória que são impulsionados por grandes descobertas, quer no plano estritamente das idéias, quer no plano da observação e experimentação acerca dos fatos da natureza. Porém, não raro, estas mesmas ciências se deparam com grandes fracassos que, até mesmo sob a perspectiva dos ditos leigos, são facilmente identificáveis. Isto se dá quando seus dogmas passam a ser desmantelados, um a um, sem qualquer compaixão.

Sob esta perspectiva de avanços e retrocessos que caracteriza as ciências, podemos afirmar que a ciência do Direito Penal também já experimentou seus momentos de glória, quando, por exemplo, “laicizou”, mesmo que de modo parcial, o próprio Direito e quando excluiu do âmbito do punível todos os fatos criminosos que não decorressem diretamente da ação humana.

No entanto, para muitos estudiosos, esta ciência do Direito Penal, atualmente, se depara com uma grande “crise” que afeta de modo profundo a sua estrutura. Tal fato se dá em virtude dos grandes questionamentos que passaram a ser lançados sobre a concepção da culpabilidade e, por via de consequência, sobre o livre-arbítrio, ponto fundante desta.

* Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.

A culpabilidade, no decorrer dos séculos, assumiu diversas conceituações distintas, possuindo, não raro, posições estáticas dentro da Teoria do Delito, sempre tendo por base a idéia de que o homem, enquanto ser livre, era dotado de livre-arbítrio, ou seja, a possibilidade de opção de escolha entre o bem e o mal no momento da ação¹. Afinal, *el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre*². Esta idéia nada mais era do que fruto do implemento da chamada modernidade, que tinha como paradigma máximo a idéia de liberdade e de igualdade absoluta entre todos os homens, o que lhes conferia a possibilidade de escolha frente aos fatos da vida.

Sob esta perspectiva “evolucionista” do Direito, pode-se afirmar que, primeiramente, entendia-se a culpabilidade tão somente sob a noção de pressuposto da pena³. No entanto, com o aprofundamento dos debates acerca do tema e natural evolução do conhecimento, esta passou a não mais ser vista como instituto estático dentro da Teoria do Delito, mas, ao reverso, passou a ser entendida como o mais importante elemento do Direito Penal e que se inseria em diversas posições ao mesmo tempo, sem possuir uma em particular. Logo, de simples pressuposto da pena, a culpabilidade, no atual momento, salvo exceções, é entendida como sendo sinônimo de “reprovabilidade” e como *elemento que fundamenta a pena, determina seu limite, estrutura o conceito de crime e veda a existência da responsabilidade objetiva*⁴. Suas facetas são múltiplas⁵ e, após este novo contorno funcional que assumiu, a pena já não mais poderá ser estudada e compreendida à revelia desta moderna culpabilidade⁶.

Portanto, é sob este enfoque crítico e evolucionista que pretendemos realizar alguns comentários acerca deste instituto jurídico-penal denominado culpabilidade, para, ao final, e frente à legislação que responsabiliza a pessoa jurídica na órbita criminal, respondermos ao seguinte questionamento: A culpabilidade e, por via de consequência, o Direito Penal, estão em crise?

2 – Evolução da culpabilidade

Os conceitos de Estado, pena e culpabilidade são dinâmicos e inter-relacionados. Há uma simbiose entre a teoria de Estado e a teoria da pena, entre

¹ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luis Régis Prado. Fabris, 1988, p. 126.

² JESCHECK, Hans – Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Smaniengo. Granada, Lomares, 1993, p. 394.

³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general*. Civitas, 1997, p. 791.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte geral*. São Paulo, RT, 1997, p. 293-294.

⁵ GOMES, Luis Flávio. *Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal*. In Boletim IBCCRIM, Ano 9, nº 107, p. 10-11. Afirma o autor que, fazendo uso de renomados doutrinadores, que a culpabilidade, modernamente, assume tríplice função, qual seja, a de fundamento, limite e fator de graduação da pena.

⁶ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal, Parte general*. Marcial Pons, 1995, p.589. Afirma o autor que a pena deve ser adequada e restrita à culpabilidade, ou seja, ao chamado grau de culpabilidade.

a função e finalidade da pena e o conceito dogmático de culpabilidade. Portanto, podemos afirmar que à medida que evolui a forma de Estado, também evolui o Direito Penal. Von Liszt já destacava essa circunstância ao afirmar que “*pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal*”⁷. A correção desta assertiva é verificável simplesmente por apontar a culpabilidade como ponto nodal da ciência jurídico-penal.

A culpabilidade, por ser ponto fundamental da dogmática jurídico-penal, sempre foi objeto de discussão entre os maiores operadores do direito. Dentro deste contexto, já encontraremos alguma dificuldade em conceituá-la. No entanto, preliminarmente, esclareça-se que em Direito Penal há um triplo sentido ao conceito de culpabilidade: *a culpabilidade como fundamento da pena* – refere-se ao fato de ser ou não possível a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico. Para isso, exige-se uma série de requisitos, cuja ausência de qualquer um deles é motivo para impedir a aplicação da sanção penal (*capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta*), conhecidos estes como elementos positivos específicos; *a culpabilidade como elemento de medição da pena* – não enquanto fundamento da pena, mas como *limite*, impedindo que seja imposta fora da medida prevista pela própria culpabilidade, evidentemente aliada a outros critérios, tais como a importância do bem jurídico, finalidade preventiva, etc.; *a culpabilidade como obstáculo à aplicação da responsabilidade objetiva* – significa que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não tiver contribuído com dolo ou culpa.

Diante disso, conclui-se que não é possível que pesemos em pena sem que, para tanto, pensemos em culpabilidade. Porém, a precisa delimitação da extensão das fronteiras que circunscrevem a noção ou conceito de culpabilidade passa, inexoravelmente, pela compreensão das três principais teorias a respeito, senão vejamos: *teoria psicológica*, onde “*a culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou*”⁸; *teoria psicológico-normativa*, que adverte – “*...o momento psicológico que se exprime no dolo ou na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que também precisa ser censurável.*”⁹; *teoria normativa pura*, que busca criar um conceito de culpabilidade como *juízo de valor*, de onde se pode concluir que a culpabilidade juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver se portado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta nesse sentido.

⁷ LISZT, FRANZ VON. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 2, Madrid, Reus, 1927, p. 390.

⁸ LISZT, 1927, p. 375.

⁹ BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. *Manual de Direito Penal*, Parte geral. 1997, pág. 306.

2.1 – Teoria psicológica

Na definição de culpabilidade, segundo a teoria psicológica, não encontramos qualquer elemento normativo, mas a *pura descrição de uma relação*¹⁰. Esta posição teórica foi adotada pelo sistema causal-naturalista da ação de Listz-Beling-Radbruch, conhecido como sistema clássico, e se apresenta como reflexo do dogmatismo alemão de 1900¹¹. Em verdade, se lança diante da decadência da teoria da liberdade de vontade¹² e da insustentabilidade do conceito de causalidade do Direito Natural¹³.

No entanto, para melhor compreendermos a teoria psicológica da culpabilidade, cabe mencionar a lição de Pablo Rodrigo Alflen da Silva que, citando Wessels, pronunciou-se afirmando que *vivia-se a chamada culpabilidade de autor, i.e., a culpabilidade era algo que existia no autor do fato e que, ademais, esgotava-se numa relação interna frente à ação. Considerava-se o dolo e culpa como formas ou espécies de culpabilidade (schuldarten), sendo que a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável, era pressuposto da culpabilidade*¹⁴.

A culpabilidade, portanto, era dolo e culpa. *O dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade como também a totalidade da culpabilidade*¹⁵. Assim, a culpabilidade se exauria em duas possibilidades que se acreditava ligar o agente ao fato: o dolo e a negligência. Este sistema, apesar de já possuir inúmeros adeptos, sofreu profunda modificação e abalos com a teoria psicológico-normativa.

2.2 – Teoria psicológico-normativa

Reinhard Frank foi o fundador da teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Segundo ele, a culpabilidade poderia ser concebida como *reprovabilidade*, porém sem afastar-lhe o dolo e a culpa. Foi o primeiro a salientar que

¹⁰ Eugênio Raúl ZAFFARONI E JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: RT, 1999. P. 603.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: RT, 1996. p. 32.

¹² "Somente aquilo que depende da vontade do homem lhe pode ser reprovado. Assim mesmo, segundo Welzel, a reprovação de culpabilidade pressupõe que o autor tenha podido adequar sua resolução de vontade contrária ao Direito de forma correta, isto é, de acordo com a norma jurídica, e isto não em sentido abstrato de que algum homem em lugar do autor, mas em sentido concreto de que este homem, nesta situação, tenha podido adotar sua resolução de vontade de acordo com a norma". (BITENCOURT, CESAR ROBERTO. *Manual de Direito Penal*. Parte geral, 1997. p. 298).

¹³ "O Direito Natural, do qual Puffendorf (1634-1649) é reconhecido como seu representante, apresenta a primeira aproximação à teoria da culpabilidade, partindo da idéia de *imputação*, que corresponderia a atribuição de responsabilidade da ação livre ao seu autor". (BITENCOURT, CESAR ROBERTO. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 1997, p. 303).

¹⁴ _____. *Panorama da concepção atual de culpabilidade*. Revista de Estudos Jurídicos, vol. 33, n.º 87, ano 2000, p. 132.

¹⁵ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. *O erro no Direito Penal*, p. 220.

o momento psicológico que se exprime no dolo ou na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que também precisa ser *censurável*, ou seja, a *culpabilidade passou a ser uma relação psicológica e um juízo de reprovação*¹⁶.

Para Goldschmidt, determinante na configuração da teoria psicológico-normativa, o conceito de culpabilidade deve ser buscado na diferença entre “*norma jurídica e norma de dever*”¹⁷. Assim, o dolo e culpa deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser elementos desta. Goldschmidt destacou-se por evidenciar a importância na estrutura da culpabilidade, da *vontade contrária ao dever*.

Com a contribuição de Freudenthal, para quem a culpabilidade é a *desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente*¹⁸, houve a inclusão, no conceito de culpabilidade, do elemento denominado de *exigibilidade de outra conduta*. Inobstante, apesar de inúmeras críticas, esta teoria foi bastante aceita por doutrinadores brasileiros.

O que se mostra interessante na análise desta teoria é a evidência de que a partir do momento que *dolo e culpa* deixam de ser considerados como espécies de culpabilidade, podemos concluir que *poderá existir dolo, sem que haja culpabilidade, como ocorre nas causas de exculpação em que a conduta, mesmo dolosa, não é censurável*¹⁹.

2.3 – Teoria normativa pura

Com Welzel, inaugura-se um novo momento na história do Direito Penal. Segundo ele o elemento fundamental da ação humana era a intencionalidade, isto é, o seu finalismo (dolo). Destarte, a partir dele *abandona-se o dolo como fazendo parte do juízo de culpabilidade e passa-se a considerá-lo como parte da ação humana*²⁰. Esta nova concepção deve ser considerada dentro da ordem mundial de 1930, sob a influência do nazismo, período em que se desenvolveu as bases da teoria finalista da ação.

Busca Welzel, na verdade, carregado pelo *normativismo neokantiano*, a extração da culpabilidade de todos aqueles elementos subjetivos que a integravam, dando origem a uma concepção *normativa pura da culpabilidade*. Neste sentido, o dolo e a culpa são deslocados para o injusto, abandonando sua posição anterior de *culpabilidade*, assim, concentram-se na *reprovabilidade* somente aquelas circunstâncias contrárias ao Direito. E mais, *partia da afirmação de que*

¹⁶ SILVA, PABLO AFLÉN DA, *ob. cit.*, p. 133.

¹⁷ “...a norma jurídica relaciona-se com o injusto, é de caráter objetivo e geral, a norma de dever relaciona-se com a culpabilidade, é de caráter subjetivo e individual.” (BITENCOURT, CESAR ROBERTO. *Manual de Direito Penal. Parte geral*. 1997. pág. 298).

¹⁸ Citando BUSTOS RAMÍREZ. *Manual...* p. 312. Apud. BITENCOURT, CESAR ROBERTO, *ob. cit.*, p. 307.

¹⁹ BITENCOURT, CESAR ROBERTO, *ob. cit.*, p. 309.

²⁰ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *ob. cit.*, p. 228.

*a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, i.e., de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda a vontade tem um fim. De modo que o legislador não pode modificar nem ignorar a estrutura finalista da ação humana nem o papel que nela desempenha a vontade*²¹.

Muito embora influenciada pelo *normativismo neokantiano*, a chamada culpabilidade finalista apresenta substanciais diferenças, senão vejamos: na concepção causalista, o dolo e a culpa eram partes integrantes da culpabilidade, no finalismo são elementos do injusto; para o finalismo o *conhecimento da proibição* é parte integrante da culpabilidade, assim o dolo é entendido como *dolo natural* e não como *dolus malus*, portanto somente enquanto *potencial consciência do injusto*.

O dolo, portanto, define-se como dolo do tipo, com intencionalidade, dotado de finalidade da ação (elemento volitivo) e previsão do resultado (elemento intelectual), mas a consciência da ilicitude permanece na culpabilidade como elemento normativo.

Em síntese a culpabilidade, segundo a teoria normativa pura, apresenta os seguintes elementos: a *imputabilidade*, a verificação da possibilidade ou não de compreender o caráter ilícito do fato, e a *exigibilidade* de agir conforme o direito. Assim, *a culpabilidade é reprovabilidade da configuração da vontade. Portanto, toda culpabilidade é culpabilidade de vontade, ou seja, somente se pode reprovar ao agente como culpabilidade aquilo a respeito do qual pode algo voluntariamente*²².

3 – O livre-arbítrio como ponto central da culpabilidade

Ao se abordar a questão do livre-arbítrio, no contexto de análise da culpabilidade e da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cumpre ressaltar que *o sistema penal é formado, substancialmente, por um conjunto de normas que proíbem, determinam, ou simplesmente permitem fazer ou não fazer*²³, o que, por si só, depreende a necessidade de algum tipo de ação motivada, a fim de se violar os preceitos jurídicos.

Bitencourt entende que o crime, como a decorrência da violação das normas impostas pelo sistema penal, é ação humana (ao que Zaffaroni refere ser o elemento genérico do crime), sendo que *somente o ser vivo, nascido de mulher, pode ser autor de crime (...)*. Em suas palavras, a *conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade*

²¹ CEREZO MIR. *O finalismo hoje*. In: RBCCrim. N.º 12, p.39. Apud. SILVA, PABLO AFLÉN da, *ob. cit.*, p. 134.

²² GOMES, LUIZ FLÁVIO. *ob. cit.* p. 76

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 1994, p. 90.

*de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter*²⁴.

Para Toledo, as normas vigentes no ordenamento são dirigidas a quem seja capaz de realizar o que o tipo penal proíbe, ou de não fazer o que a lei determina. Segundo seu entendimento, *deduz-se que o fato-crime consiste sempre e necessariamente em uma atividade humana, positiva ou negativa, pois a contrariedade ao comando da norma, que concretiza a realização de um tipo delitivo, só se estabelece diante da existência de uma ação ou omissão, que seja fruto de uma vontade, capaz de orientar-se pelo dever-ser da norma*²⁵.

A vontade mencionada de forma explícita por Toledo, inerente aos vários conceitos de ação ou omissão humanas trazidos pela doutrina, é o ponto “nevralgico” de toda a questão acerca da culpabilidade, sendo que tal vontade pode ser traduzida, a partir do Iluminismo, por “livre-arbítrio”.

Historicamente, a questão do livre-arbítrio (inerente à esfera jurídica) foi estudada enfaticamente a partir do “Contrato Social” de Jean-Jacques Rousseau. Para Bobbio, Rousseau *pode ser considerado como o último jusnaturalista. De fato, seu sistema se compõe de ingredientes derivados do jusnaturalismo: o estado de natureza, o estado civil, o contrato social, a liberdade natural e a liberdade civil*²⁶.

O ponto sobre o contrato social é que interessa ao estudo da culpabilidade. Afinal, dessa teoria deriva a suposição de livre-arbítrio. De vontade, de aquiescência. Segundo Bobbio, há na obra de Rousseau a busca para a solução do problema proposto por Hobbes: a existência de *liberdade sem segurança ou segurança sem liberdade*²⁷. A resposta para tal alternativa, que aos olhos de Rousseau não poderia prosperar, vez que defendia a compatibilidade entre Estado e Liberdade, se deu através da criação do “Contrato Social”.

Assim,

Rousseau liga-se não ao liberal Locke, mas ao absolutista Hobbes: o contrato social, tal como o apresenta, é também um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais, mas a renúncia não é feita em favor de um terceiro, mas por um em favor de todos, ou seja, por indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro de uma totalidade)²⁸.

A fórmula mencionada por Bobbio é expressada pela afirmação de que: aquilo que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que ele tenta e que pode atingir; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui²⁹.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte geral*. 2000, p. 199.

²⁵ *Op. cit.*, p. 91.

²⁶ BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, 2000, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 71.

²⁸ *Ibidem*, p. 72.

²⁹ ROLLAND, Romain, *O pensamento vivo de Rousseau*, 1975, p. 42.

Independentemente do questionamento se, de fato, há ou não o livre-arbítrio na reunião dos homens em sociedade (afinal não seria esse um contrato de adesão?), há em Rousseau um bom exemplo de manifestação de vontade. No “Contrato Social”, em seu capítulo segundo, ao abordar o tema “Das Primeiras Sociedades”, o autor iluminista enfoca a família. Exemplifica a circunstância de convívio entre pais e filhos. Menciona a permanência dos filhos com os pais durante o período em que são dependentes de cuidados e de proteção. Refere o dever dos pais de proverem a manutenção dos filhos até que os mesmos se tornem independentes. Aponta esse estado como o natural. Entretanto, indica a possibilidade de, por vontade, os filhos não se separarem dos pais, quando já o poderiam fazer. Essa circunstância caracterizaria uma anormalidade. Porém, tal situação é norteadada pela vontade. Pela escolha, pela opção. Pelo livre-arbítrio, enfim.

Parece que esse primeiro modelo de sociedade, a família, seria hábil para a exemplificação da possibilidade de manifestação da vontade dentro de um grupo social. Afora os questionamentos acerca da existência ou não do contrato social como fato (ou como uma possível idealização fática) e não como mera ficção, esse exemplo retrataria perfeitamente a utilização de uma opção entre outras possibilidades (afastar-se ou não do grupo).

Nesse intento, reafirmar-se-ia a legitimação/surgimento do livre-arbítrio como possibilidade de escolha dentro de um grupo social, mesmo que esse grupo seja um pequeno modelo ou representação da sociedade.

Liberdade, compromisso, convenção e autonomia são palavras-chave na obra de Rousseau, que por si só predispõe voluntariedade. Não bastando a teoria do Contrato Social, embasada tão somente em Rousseau, pode-se, também, falar em Kant.

Na perspectiva kantiana, explicada por Bobbio, o *pacto* fundamenta a aquisição de direitos pessoais. Afinal, na linguagem do italiano, *a aquisição de um direito pessoal só pode ocorrer através da ação do outro, ou seja, por meio de um acordo entre minha vontade e a do outro, ou seja, o pacto*³⁰.

E mais. Para Kant, citado por Bobbio, a aquisição de um direito pessoal é chamada de transmissão. Assim:

A transmissão é possível somente por meio de uma vontade comum, através da qual o objeto está sempre em poder de um ou de outro: assim, quando um renuncia à sua parte dessa comunidade, o outro, aceitando o objeto (mas um ato positivo do seu arbítrio), o deixa como seu. (p. 453)³¹.

³⁰ BOBBIO, 2000, p. 174.

³¹ KANT *apud* Bobbio, 2000, p. 174.

As implicações dessas observações na área do Direito Penal, em especial quando se pretende determinar a incidência da culpabilidade e a delimitação dos sujeitos ativos dos delitos, é extremamente relevante. Afinal, até mesmo para a aquisição de direitos subjetivos que, como queria Rousseau, decorre do direito natural e, a partir dos Estados (Democráticos) de Direito se dá pela lei (através da manutenção e proteção de garantias individuais e da expressão de bens jurídicos tutelados), Kant refere a existência de um pacto ou contrato. Trata dessa manifestação de vontade, que deve ser comum, como o contrato que viabiliza todo Direito. Ressalte-se que a expressão vontade tem sempre a conotação de escolha livre da pessoa humana frente à existência de mais de uma possibilidade (ou seja, aquisição do arbítrio só pode acontecer somente através do arbítrio do outro³²). É, em suma, a liberdade de opção frente aos fatos da vida.

Para melhor entendimento da questão da vontade e do livre-arbítrio, situada no marco histórico do Iluminismo, mister é que se observe a evolução histórica da constituição do Estado moderno, liberal e democrático. Afinal, tem-se mencionado Rousseau, Kant e Bobbio, sem devidamente situá-los em seus períodos históricos.

Sabe-se que o nascimento do Estado liberal (como fomentador das garantias individuais e marcado pela menor intervenção econômica), *tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa*, tendo sido acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe.³³

Nessa esteira, contra o abuso de poder, três grandes grupos teóricos buscaram a solução para o abuso de poder do príncipe. Bobbio refere a *teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo; as teorias da separação dos poderes e as teorias da soberania popular ou democracia*.³⁴ Em todas as três teorias há a predominância da vontade humana como fator de legitimação do Estado, dos seus poderes e do poder de punir.

Como referido de início por Bobbio, Rousseau é um jusnaturalista. Ou seja, nessa seara, tem-se que o direito proposto decorre da vontade não só do príncipe (absolutismo), mas, como queria o autor do “Contrato Social”, da vontade de todos.

Modernamente, tem-se invocado a vontade como pressuposto de reprovação e de culpabilidade. Ou seja, segundo Bitencourt, citando Welzel, *somente aquilo que depende da vontade do homem lhe pode ser reprovado*³⁵. Cumpre ressaltar que Welzel dividiu o tema relacionado ao livre-arbítrio em três aspectos

³² BOBBIO, 2000, p. 173.

³³ Ibidem, p. 24.

³⁴ Ibidem, p. 26.

³⁵ BITENCOURT, 2000, p. 277

distintos. Conforme suas palavras, *os problemas do livre-arbítrio apresentam três aspectos diferentes: um aspecto antropológico, um caracteriológico e um categorial*³⁶. Dessa forma, *no plano antropológico, afirma que o homem, ao contrário dos animais, caracteriza-se negativamente por uma grande liberdade das formas inatas e instintivas de conduta, e positivamente pela capacidade de descobrir e realizar por conta própria a conduta correta através de atos inteligentes*.³⁷

Welzel refere que o livre-arbítrio, juntamente com a imputabilidade, é pressuposto existencial da reprovabilidade da conduta. Conforme sua afirmação:

Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução da vontade. O autor teria podido adotar, em vez da resolução de vontade antijurídica – tanto se dirigida dolosamente à realização do tipo como se não correspondente à medida mínima de direção final exigida, uma resolução de vontade conforme a norma. Toda culpabilidade é, portanto, culpabilidade de vontade.³⁸

Ou seja, essa autodeterminação ou liberdade de praticar condutas de forma volitiva, escolhendo o que fazer e quando fazer, pressupõe os *atos inteligentes*, que nada mais são que o exercício da cogitação ou da pré-reflexão. Ou seja, a prática da consciência, o conhecimento dos fenômenos sobre os fatos concretos ou metafísicos.

Segundo Damásio, a consciência começa como o sentimento do que acontece quando vemos, ouvimos ou tocamos. Em termos um tanto mais precisos, é um sentimento que acompanha a produção de qualquer tipo de imagem.³⁹ Por tal abordagem, consciência não é só acúmulo de informações, é sentimento. E como tal, característica inerente ao ser humano.

Na linguagem de Sartre, *a consciência não se produz como exemplar singular de uma possibilidade abstrata, mas que, surgindo no bojo do ser, cria e sustenta sua essência, quer dizer, a ordenação sintética de suas possibilidades*.⁴⁰ Essa afirmativa esclarece em muito a manifestação da vontade, como algo inato ao exercício da consciência. Quer dizer, a consciência surge do pensamento de alguém, da vontade de um ser capaz de pensar e de se autodeterminar.

Logo, *a consciência é plenitude de existência, e tal determinação de si por si é uma característica essencial*⁴¹. Em outras palavras, vontade e consciência estão intimamente ligadas, sendo que nessa perspectiva, o livre-arbítrio é característica única de seres existentes e pensantes. Se livre-arbítrio pressupõe

³⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2001, p. 94.

³⁷ BITENCOURT, 2000, p. 277/278.

³⁸ *Op. cit.*, p. 93.

³⁹ DAMÁSIO, António. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. 2000, p. 46.

⁴⁰ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 2000, p. 26/27.

⁴¹ SARTRE, 2000, p. 27.

vontade e, por sua vez, vontade pressupõe consciência, então, só existe como autor de fatos a pessoa física, porquanto capaz de manifestação de inteligência e de vontade.

Se, como afirmava Kant, o direito surge da vontade, se, como mencionou Rousseau, o Estado é decorrente de vontade e, ainda, conforme Sartre, vontade implica consciência, então a conduta capaz de produzir efeitos no mundo jurídico só pode ser a humana. Ademais, culpabilidade implica o reconhecimento da possibilidade de ter sido praticada outra conduta que não aquela. Logo, a manifestação da vontade de forma livre e consciente é inerente a esse conceito, de forma a incluir no rol dos sujeitos ativos penais apenas os seres capazes de manifestação de vontade e de consciência. O que por si só, exclui a pessoa jurídica dessa expectativa.

4 – A pessoa jurídica e as condutas típicas.

Certamente são polêmicas as idéias que permitem a responsabilização das pessoas jurídicas como sujeitos ativos de infrações penais, sobretudo tendo em vista as teorias da ficção da pessoa jurídica que consideram estas como sendo uma criação artificial da lei⁴². Entretanto, um fenômeno vem chamando a atenção dos juristas. É o reconhecimento da força que protege os indivíduos sob o manto de uma pessoa jurídica.

A sociologia, segundo Klaus Tiedemann, revela que um grupamento cria um ambiente, um clima que facilita e incita os autores materiais a cometer crimes em seu benefício. Daí porque ele justifica a idéia de sancionar não somente estes autores, mas também todo o grupamento⁴³.

O Direito já reconhece, de forma pacífica, a personalidade jurídica e até de fato das pessoas jurídicas. O aumento de sua importância começou com a revolução industrial no século XIX, e hoje não se nega o poderio, a grande quantidade e complexidade desses entes, o que leva à admissão da existência de uma vontade própria. Para a preservação da ordem social, a questão da responsabilidade criminal, negada pela maioria dos sistemas punitivos, vem ganhando realce, a ponto de se considerar que ela resulta da necessidade do estabelecimento de um sistema jurídico baseado nos princípios de justiça.

Para muitos autores cabe, assim, ao Direito Penal o papel de instrumento punitivo que faltava para fazer frente e reprimir, com eficácia, as novas formas de criminalidade, cada vez mais ágeis e despojadas. A instituição da responsabilidade

⁴² LECEY, Eladio. A nova lei dos Crimes contra o ambiente – Principais impactos in *Atuação Jurídica*, Ano 4, nº 6, p.11.

⁴³ Tiedemann, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 11, p. 22.

penal das Pessoas Jurídicas seria o caminho como forma de aperfeiçoamento do sistema punitivo, para evitar que pessoas inocentes, ou que se prestam a instrumento, sejam as únicas atingidas pelos atos que beneficiam os entes coletivos.

4.1 – A ausência de *animus*

Não se pode olvidar, porém, que a questão da responsabilidade penal desses entes tem sido objeto de muitas manifestações contrárias. Os autores, negando a dita responsabilidade, voltam-se para as idéias de Savigny, pelas quais os entes coletivos não passam de ficção jurídica. Para eles, as Pessoas Jurídicas não existem na realidade. Por isso, não se pode falar que elas realizem os elementos de uma infração penal. Na verdade, as atividades realizadas pelos grupamentos não passam de atitudes tomadas pelas Pessoas Físicas, seus membros.

Assim, alguns autores entendem que diante da lei penal não se pode conceber que uma Pessoa Jurídica possa refletir e agir. São seus membros que agem e refletem em nome do ente coletivo, não sendo verdade que este aja por sua conta⁴⁴.

4.2 – A Necessária Distinção entre a Personalidade da Pessoa Jurídica e a de seus Sócios

Os sócios dos grupamentos são, nesse passo, as pessoas que detêm vontade real, faltando esta às Pessoas Jurídicas. É o que decorre do conhecido princípio de Direito Penal com relação aos entes coletivos: “societas delinquere non potest”.

Desprovidas de intenção, as Pessoas Jurídicas seriam incapazes de agir, e, por via de consequência, de se submeterem ao direito criminal. Além disso, as penas não teriam sobre elas efeito algum, uma vez que não tendo consciência, não podem compreender o mal da sanção. Por maior poder retributivo que se queira dar ao Direito Penal, o fracasso será evidente.

A par disto, ainda se rebate a responsabilização penal dos entes coletivos, afirmando que estes somente detêm personalidade jurídica ao agirem dentro de sua finalidade. Consideram que eles perseguem sempre um fim lícito e seus atos tornam-se ilegais ao extrapolarem os fins previstos no momento de sua instituição. Portanto, são incapazes de infringirem a legislação criminal. Se assim fizerem, perderão sua capacidade e personalidade jurídica.

Muita controvérsia na doutrina nacional existe sobre a questão no âmbito constitucional. Alguns entendem que continua a vigorar o princípio “societas

⁴⁴ ARAÚJO Jr., João Marcello de. *As liquidações extrajudiciais e os delitos financeiros*. In *Direito Penal dos negócios*, p. 143.

delinquere non potest", não revogado, mas ratificado pela Constituição de 1988⁴⁵. Outros, ao contrário, sustentam que efetivamente a mais recente Carta brasileira desejou inovar e adequar-se à tendência universal no sentido de responsabilizar penalmente a Pessoa Jurídica⁴⁶.

Os que defendem a idéia de que a Constituição continua a propugnar pela irresponsabilidade dos entes coletivos são Manoel Pedro Pimentel⁴⁷, Celso Delmanto⁴⁸, René Ariel Dotti⁴⁹, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira⁵⁰ e Luiz Vicente Cernicchiaro⁵¹. Justificam essa posição sob os seguintes argumentos básicos: a) não se deve proceder a uma interpretação literal do texto constitucional, o que levaria à admissão da responsabilidade penal dos entes coletivos; b) cabe realizar uma interpretação sistemática, que afastaria qualquer entendimento no sentido de que foi acolhida a possibilidade de ser a pessoa jurídica autora de crimes; c) urge interpretar os incisos XLV, XLVII, XLVIII, XLIX e L do art. 5º, que tratam da individualização da pena, suas espécies e formas de cumprimento, como a consagração da idéia do princípio da pessoalidade das penas; d) infração ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput), já que, figurando as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de infrações, os partícipes, pessoas físicas, seriam beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação; e) ao prever no art. 37, parágrafo 6º, o direito de regresso, incompatível com a imputabilidade penal da Pessoa Jurídica que, condenada, eventualmente, por uma infração criminal, não poderia mover ação de regresso, pois um réu não podia mover contra o co-réu uma ação de reparação de dano oriunda de um mesmo fato por ambos cometido.

De outro lado, como adeptos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, temos: Márcia Dometila Lima de Carvalho⁵², Silvia Cappelli⁵³, Antônio Evaristo de Moraes Filho⁵⁴ e Sérgio Salomão Schecaira⁵⁵.

45 Nesse sentido, é o entendimento de José Carlos de Oliveira Robaldo quando afirma: "Com efeito, responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, como inserido no novo instrumento legal, a meu ver, data vênica, em que pese o respeitável entendimento do erudito professor e ex-presidente do IBCCrim Doutor Sérgio Salomão Schecaira e dos demais penalistas que compartilham da mesma interpretação, peca por dois motivos: primeiro porque fere o Direito Penal mínimo, como já dito, posto que está atribuindo ao Direito Penal uma tarefa que não é sua; segundo, porque o Direito Penal se fundamenta na culpabilidade, cuja conduta somente é atribuível ao homem, pedra angular da Teoria Geral do Crime. In *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal*. RT, 1999, p. 100.

46 ABREU, Alexandre Herculano. *Lei dos crimes ambientais – Aspectos destacados*. In: *Atuação Jurídica*, ano 4, nº 6, p. 30.

47 *Crimes contra o sistema financeiro*, p. 171-2.

48 Cf. Lima de Carvalho, *Fundamentação constitucional*, cit., p. 128.

49 A incapacidade criminal, *Revista Brasileira*..., cit., p. 187-90.

50 *A responsabilidade penal e os crimes tributários*, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 8, p. 132.

51 Cf. *Direito Penal na Constituição*, p. 75-6.

52 *Fundamentação constitucional*, cit. p. 129.

53 *Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental*, Estudos Jurídicos, v. 28, p. 75-6.

54 Crimes contra a economia popular, in *Direito Penal dos negócios*, p. 108-9.

55 *A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais*, Boletim do IBCCrim, n. 65, p. 3.

4.3 – Análise legal

As duas novidades de dispositivos constitucionais que servem de base aos adeptos acima mencionados são:

“Art. 173, § 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

“Art. 225, § 3º. As 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”.

Não prevê o Código Penal Brasileiro qualquer punição às pessoas jurídicas desde as modificações introduzidas pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Ressalta o caráter individual e pessoal da pena (arts. 59, 73 e 77), também o fazendo a Lei de Execução Criminal – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (arts. 1º, 3º, 10, etc.).

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece às entidades de atendimento governamentais a possibilidade de advertência, afastamento, provisório e em definitivo, de seus dirigentes, fechamento de unidade ou interdição de programas. Para as entidades não governamentais, a suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas, a interdição de unidades ou suspensão de programas, a cassação do registro, além da advertência. Todas elas estão sujeitas, ainda, à suspensão das atividades ou à dissolução. Tais sanções, de natureza civil, são aplicáveis no caso de irregularidades por elas praticadas na execução de programas de proteção e socio-educativos destinados a crianças e adolescentes (art. 97).

Pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, com redação dada pela Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989, constata-se que, muito embora não se trate de uma lei penal, estabeleceu a política nacional do meio ambiente, prevendo, no art. 14, uma responsabilidade civil objetiva dos infratores da legislação, sejam eles pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas.

Com o advento da nova Lei Ambiental, a situação mudou profundamente não somente porque foi o primeiro texto legislativo no âmbito infraconstitucional a introduzir a responsabilidade penal dos grupamentos, mas também pelo fato de reunir em seu texto vários bens jurídicos que antes eram tratados de forma distinta pelo legislador.

O *caput* do art. 3º da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, diz: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativamente, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por

decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Em princípio, todos os delitos previstos na legislação ambiental são passíveis de ser cometidos pela pessoa jurídica, desde que reunidas as condições de sua imputabilidade criminal. Dentre eles: os crimes contra a fauna, os crimes contra a flora, a prática da poluição e de outros crimes ambientais, os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e os crimes contra a administração ambiental.

A competência para processo e julgamento de tais delitos não é fixa, podendo o feito tramitar perante a Justiça Comum, salvo quando houver a prática de infrações penais em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, de entidades autárquicas ou de empresa pública federal ou, então, houver previsão em tratado ou convenção internacional, casos em que caberá o julgamento à Justiça Federal (art. 109, incisos I e V, da CF).

Não modificando a parte geral do Código Penal, continua, assim, no Código do Consumidor, o critério da individualização e pessoalidade da pena, ressaltando-se, porém, que, embora não haja previsão de imputação criminal às pessoas jurídicas, o art. 28 permite ao magistrado desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, quando esta servir de abuso de direito, em detrimento do consumidor. É a conhecida teoria da *disregard*.

A Lei n. 5.250, de 09 de Fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), prevê uma responsabilidade penal objetiva e sucessiva do redator-chefe, do gerente, do diretor ou do proprietário da empresa de jornais, de periódicos e de agências noticiosas ou de serviços de radiodifusão, quando o autor do escrito, transmissão ou notícia, estiver ausente ou não tiver idoneidade para responder pelo crime (arts. 37 e 38).

A Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986 (Crimes contra o sistema financeiro), em seu art. 25, estabelece a responsabilidade penal do controlador e dos administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes, independentemente de contribuírem para o ato criminoso. O seu parágrafo único acrescenta que: o interventor, o liquidante ou o síndico são equiparados aos administradores de instituição financeira.

Importante observar que o dispositivo da Lei, ora mencionada, nada mais fez do que traçar a responsabilidade penal objetiva, atendendo ao que já propugnava a Lei n. 4.594, de 31 de dezembro de 1964, que criou o Conselho Monetário Nacional.

Citada lei, em seu art. 44, parág. 7º, dispôs que: “Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores”.

Já a Lei n. 4.728, de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais, estabelece no art. 73, parág. 2º, que “A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores”.

Continua vigente a Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que disciplina a economia popular, complementada pelo Código do Consumidor. Esta lei em nenhum de seus dispositivos aborda a questão da responsabilidade das pessoas jurídicas.

A antiga Lei Orgânica, Lei n. 3.807, de agosto de 1960, estabelecia em seu art. 86, parágrafo único, o seguinte: “Para os fins deste artigo consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerente, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei”.

Este mesmo dispositivo foi reproduzido na nova lei orgânica, Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 (Lei Orgânica da Previdência Social), em seu art. 95, n. 3. Nota-se, portanto, mais um caso de previsão da responsabilidade penal objetiva, disposto pelo legislador ordinário.

Podemos concluir, assim, que o legislador infraconstitucional, por mais de uma vez e já há algum tempo, vem cuidando de disciplinar a questão da irresponsabilidade criminal das pessoas jurídicas, estabelecendo a responsabilidade objetiva de seus dirigentes em diversos textos legislativos.

As pessoas jurídicas de direito público caracterizam-se pelo fato de que apenas a iniciativa pública resulta em sua criação. Já as sociedades privadas constituem, por excelência, o domínio da responsabilidade penal das pessoas jurídicas⁵⁶. Suas categorias são: sociedades civis, sociedades comerciais e fundações.

As sociedades civis englobam um conjunto de pessoas que congrega escopos ou interesses comuns. As com fins de lucro são aquelas que visam a um fim econômico a ser repartido entre os sócios, importando para identificação de sua natureza a atividade principal exercida, ainda que eventualmente pratique atos de comércio.

As sociedades comerciais, por sua vez, caracterizam-se não só porque visam o lucro, mas também pelo exercício de uma atividade mercantil. Suas espécies principais são: a) sociedade em nome coletivo (os sócios respondem ilimitadamente com seus bens particulares pelas dívidas sociais); b) sociedade em comandita simples (sócios comanditários, que respondem apenas pela integralização das cotas subscritas, e os sócios comanditados, que respondem de modo ilimitado perante terceiros); c) sociedade de capital e indústria (o capitalista responde ilimitadamente pelas obrigações sociais, e o sócio de indústria, que

⁵⁶ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Saraiva, 1999, p. 105.

entra somente com os seus conhecimentos e trabalho); d) sociedade por cotas de responsabilidade limitada (cada sócio entra com uma parcela do capital social, restando responsável diretamente pela integralização da cota que subscreveu, e, subsidiariamente, pela integralização das cotas subscritas por todos os outros sócios. Integralizadas todas as cotas, nenhum deles poderá ser chamado a responder com seus bens particulares pelas dívidas sociais).⁵⁷

Um dos grandes obstáculos à sujeição criminal ativa de uma pessoa jurídica, segundo Walter Claudius Rothenburg, prende-se à problemática das penas, uma vez que não teriam como ser aplicáveis aos entes coletivos. Ele afirma, ainda, que a maior dificuldade na questão da responsabilidade dos grupamentos não se concentra na questão da capacidade penal, mas no estabelecimento de sanções punitivas⁵⁸.

Com efeito, algumas penas de natureza puramente física, que procurem reprovar a conduta criminoso, são insuscetíveis de ser aplicadas aos entes coletivos. Como, por exemplo, a sanção de privação da liberdade ou outras que também atinjam a pessoa física.

Entretanto, autores apontam que vários tipos de sanções penais devem ser propostos às pessoas jurídicas, não somente aquelas que atinjam seu patrimônio, mas as que afetem as suas atividades. Na primeira hipótese tem-se o confisco e a multa, sendo caracterizadas como sanções pecuniárias. Na segunda, verificam-se as penas alternativas, como a exclusão de licitações públicas, afastamento do corpo diretivo, publicidade da condenação, suspensão das atividades e sua dissolução, além da pena de prestação de serviços à comunidade.

Os defensores da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas justificam o seu entendimento, alegando que o efeito intimidatório da pena não se exerce de maneira eficaz e que não se mostra viável a aplicação de determinadas sanções, uma vez que o sistema de penas previsto, tanto na Constituição quanto no Código Penal, foi concebido para pessoas físicas e não para as pessoas jurídicas. Além disso, fala-se que o princípio da pessoalidade das penas não pode admitir a responsabilização dos entes coletivos, já que implicaria, também, a imputação de seus componentes, muitos deles não tendo sequer contribuído à realização do ato infracional.

5 – Considerações finais

Conforme visto, o Direito Penal fundamenta-se e estrutura-se sobre a noção de culpabilidade, entendida esta como sendo a *reprovabilidade* jurídica acerca da

⁵⁷ SANCTIS, Fausto Martin de, *ob. cit.*, p. 13-17.

⁵⁸ ROTHEMBURG, W.C., *A pessoa jurídica criminoso*, RT, n. 717, p. 365-6.

conduta humana praticada com relação à violação do bem jurídico tutelado. Fala-se que culpável é o agente imputável, que possui potencial consciência da ilicitude acerca do fato cometido e de quem era esperada outra conduta que não a assumida no caso concreto.

Logo, verifica-se que o pressuposto básico e estruturante da culpabilidade é a aceitação da idéia de livre-arbítrio, ou seja, de livre escolha entre o agir e o não agir. É a possibilidade de eleição, de modo livre, entre o bem e o mal, o certo e o errado, no que diz respeito à prática de determinado fato ilícito.

No entanto, que esta noção de “poder agir de modo diverso” pode ser estudada, mas não demonstrada de modo concreto. Ao redor do agente pairam inúmeras circunstâncias que determinam suas atitudes, tais como a maneira de criação, instintos etc., que não poderão, jamais, ser verificadas concretamente pelo magistrado quando da aplicação da pena. Tudo isso sem que passemos pela análise da moderna idéia que diz respeito com as hipóteses de “co-culpabilidade”.

Seguindo nesta linha, e conforme já salientado, a idéia de reprovabilidade somente poderá ser vista sob o prisma dos atos humanos, pois é do homem que se espera *animus* de ação. Porém, ao que parece, não é bem este o entendimento do legislador pátrio, quer quando da elaboração da Carta Maior, quer quando da elaboração de diversas leis extravagantes.

A Lei 9605/98, que instituiu os chamados crimes ambientais, fixou, expressamente, a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica por atos que atentem contra a fauna e a flora.

Como é possível atribuir caráter de reprovabilidade de conduta a um ente abstrato, uma fixação jurídica, já que este ente não é dotado de vontade, não possui querer? Ademais, reza o art. 3º da citada lei que a pessoa jurídica será responsabilizada nos casos de dano ambiental proveniente da decisão de seus diretores. Ou seja, há uma verdadeira confusão entre a personalidade jurídica da pessoa jurídica com a de seus administradores. Culpa-se um, por ato de outro. A possibilidade de existência de concurso de agentes (co-autoria e participação) entre a pessoa jurídica e seus diretores viola um dos princípios básicos que norteia a matéria relativa ao concurso de agentes, qual seja, o chamado vínculo psicológico ou liame subjetivo entre co-autores *latu sensu*. O diretor não poder associar-se intencionalmente com um ente abstrato por ele dirigido, haja visto que este ente não possui vontade nem a possibilidade de escolha acerca dos seus atos. Em verdade, embora se queira atribuir-lhe feição criminosa, a pessoa jurídica é a grande vítima de seus administradores.

Além disso, é bom que se frise que o Código de Defesa do Consumidor, guardadas as devidas proporções, adota tais orientações incriminadoras.

Portanto, frente a este quadro atual por que passa o Direito Penal, no qual a idéia de livre-arbítrio encontra-se mutilada e a pessoa jurídica assume posição de sujeito ativo de crime, pensamos que a culpabilidade encontra-se, sem dúvida alguma, em momento de forte crise.

A percepção da idéia de que a culpabilidade está em crise leva-nos à necessária admissão de que o próprio Direito Penal está em crise. Como compreender, porém, fatos de tamanha complexidade? É simples.

A sociedade reclama justiça e repressão por parte dos aparelhos do Estado, reclamo este que não pode ser atendido por este Estado, pois se encontra sucateado, inoperante e corrompido. A “grande solução governamental” é trazer à órbita penal condutas das mais variadas, para que, assim, sejam “acalmados” os ânimos populares e para que à sociedade seja dada satisfação política, mesmo que todo este processo seja elaborado ao arrepio da ciência e da técnica.

Com atitudes legais de tal natureza, desprezamos todo o trabalho de sedimentação desenvolvido pela teoria geral do crime durante séculos. Não que o direito deva ser estático, muito antes pelo contrário. Porém, a técnica científica é fundamental.

No entanto, cabe a nós, enquanto juízes, promotores e advogados, não nos curvamos frente aos absurdos legais, porque os grandes problemas enfrentados pela humanidade não serão solucionados através de um sistema legal punitivo, mas, ao reverso, serão solucionados com a existência de um Estado forte e que esteja preocupado com o bem-estar de seus componentes. O apego à lei e a idéia de identificação desta com o Direito, ao que nos consta, há muito foi derrubada, pois o chamado Positivismo Jurídico e a Escola da Exegese francesa são, na visão atual, movimentos pré-históricos.

Referências bibliográficas

- ABREU, Alexandre Herculano. Lei dos crimes ambientais. Aspectos destacados. In: *Aruação Jurídica*, ano 4, n. 6, p. 30.
- ARAÚJO, João Marcello de. As liquidações extrajudiciais e os delitos financeiros. In: *Direito Penal dos negócios*. P. 143.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ed. São Paulo: Mandarim, 2000.
- CONDE, Francisco Munõs. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- DAMÁSIO, António. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. In: *Boletim do IBCrim*, ano 9, n. 107, p. 10-11.
- _____. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: RT, 1996.
- JAKOBS, Günter. *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Granada: Lomares, 1993.
- LECEY, Eladio. A nova lei dos crimes contra o ambiente. Principais impactos. In: *Atuação Jurídica*, ano 4, n. 6, p. 11.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Réus, 1927.

- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999.
- ROTHENBURG, W. C. A pessoa jurídica criminoso. In: *Revista dos Tribunais*, n. 717, p. 365.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Civitas, 1997.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- ROLLAND, Romain. *O pensamento vivo de Rousseau*. São Paulo: Martins, 1975.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- STAROBINSKI, Jean. *Jean-Jacques Rousseau: a transparência e o obstáculo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 11, p. 22.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau: a recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à teoria da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal. Parte geral*. São Paulo: RT, 1999.