

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSON IN CRIMES AGAINST ECONOMIC AND FINANCIAL ORDER

Carlos Eduardo Gonçalves

Resumo

A Constituição é uma norma jurídica, devendo ser interpretada como um sistema coeso e coerente. Portanto, não basta a interpretação literal para autorizar qualquer legislação decorrente. É preciso observar o sistema constitucional como um todo para dele retirar o real alcance da norma. O trabalho visa analisar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em virtude do relevante papel exercido por esse ente jurídico na organização social e do panorama de crimes econômicos e ambientais que se proliferam em nossa sociedade, indagando se a responsabilidade civil ou administrativa desses entes coletivos é o suficiente para regular e controlar as suas ações.

Palavras-chave: Responsabilidade penal, Pessoa jurídica, Ordem econômica

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution is a rule of law and should be interpreted as a cohesive and coherent system. So do not just literal interpretation authorize any related legislation. It should be noted the constitutional system as a whole for remove the real scope of the rule. The work aims to analyze the criminal liability of legal entities, due to the important this legal entity in the social organization and the panorama of economic and environmental crimes that proliferate in our society, asking whether civil or administrative liability of these collective entities is enough to regulate and control their actions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal responsibility, Legal person, Economic order

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, as Constituições de 1824 e a de 1891 foram omissas em relação à tutela da ordem econômica. A Carta Magna de 1934 foi a primeira a dedicar um título especial à “Ordem Econômica e Social”, que deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional. Contudo, ainda não se mencionavam expressamente os abusos do poder econômico ou a tutela da concorrência.

Posteriormente, a Constituição de 1937 dispôs no artigo 135 sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, estabelecendo como e quando ela deveria ocorrer. A Constituição de 1946, no artigo 148, inserido no Título relativo à Ordem Econômica e Social, prescreveu que “a Lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”¹.

Em seguida, surgiu a Lei 4.137/62, cujo escopo foi regular a repressão ao abuso do poder econômico. O ponto relevante foi a criação do Conselho de Administração de Defesa Econômica (CADE), com competência para aplicar a lei, investigar e reprimir os abusos do poder econômico (art. 8º).

A Constituição de 1967, no Título dedicado à Ordem Econômica e Social, determinava que: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (art. 157)². A EC n. 1, de 17.10.1969 dispôs da mesma forma no seu artigo 160.

No tocante à Constituição Brasileira de 1988, estão consagradas as ideias de liberdade de iniciativa, condições de consumo, de emprego e saúde, bem como a de que o Estado possa intervir sempre que a liberdade de iniciativa não estiver sendo exercida em proveito da sociedade ou em desconformidade com os anseios sociais. A nota característica

¹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 16.08.2015.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 16.08.2015.

dessa Constituição foi elevar a norma sobre a repressão ao abuso do poder econômico à hierarquia de princípio da ordem econômica.

A ordem econômica e financeira vem disciplinada de forma minudente no texto constitucional (arts. 170 a 181, CF/88), formando parte da denominada Constituição Econômica, como marco jurídico para ordem e o processo econômicos, em que se encontram ancorados os pressupostos constitucionais dos bens jurídicos que devem ser protegidos pela lei penal.

Pode-se perceber que, o perfil traçado pela Constituição para a ordem econômica tem natureza neoliberal, entendida esta como o modelo econômico que se funda na livre iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar, ou seja, os constantes do artigo 170, da Constituição Federal. Assim, o texto constitucional, enquanto assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviço, baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado comumente desrespeita.

Vários são os princípios constitucionais reitores da ordem econômica previstos no artigo 170 da Constituição Federal. Esse dispositivo define que, a ordem econômica tem por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e por objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Esses fundamentos e esse objetivo deverão ser realizados a partir da busca pela: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A Constituição assegura, ainda, o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos expressamente em Lei. Desse modo, ressalvadas as hipóteses legais previstas, o Estado não deve intervir na atividade econômica, ou seja, apesar de legitimado para tal, está também limitado nos termos da própria Constituição.

A regra é a livre iniciativa, é o dever daquele que explora atividades empresariais, o dever de respeitar as práticas comerciais sem realização de nenhum ato que impeça o seu pleno exercício.

Através disso, o Estado visa a tornar efetiva a permissão que ele próprio assegura a todos e, ao mesmo tempo, auferir os benefícios que espera advenham dessa livre disputa.

Nesse diapasão, há duas formas de concorrência que o Direito busca evitar e reprimir, a fim de prestigiar a livre concorrência: a *desleal* e a *perpetrada com abuso de poder*.

A primeira é apurada em nível civil e penal e envolve apenas interesses particulares dos empresários concorrentes (exs: denegrição de concorrente; desvio de clientela; confusão entre estabelecimentos; propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido; corrupção para obtenção de vantagem indevida; violação de segredo com abuso de confiança; a segunda é reprimida em nível civil, penal e administrativo (através do CADE), pois, compromete as estruturas do livre mercado, atingindo um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes, configurando os denominados crimes contra a ordem econômica.

Por isso, é importante atentar para a diferença entre a violação da concorrência por abuso de poder econômico e a concorrência desleal. Enquanto a primeira tem potencialidade lesiva supra-individual, e coloca em risco o bom funcionamento do mercado, a concorrência desleal (crime tipificado na Lei de Propriedade Industrial, no art. 195, da Lei nº 9.279/1996) atinge apenas um determinado empresário. Nos crimes contra a ordem econômica a lei penal tem por objetivo jurídico impedir condutas que representem riscos ou danos para o funcionamento harmônico do sistema econômico, a livre concorrência e a livre iniciativa.

O objeto do estudo é a incriminação do abuso do poder econômico, que encontra apoio na própria Constituição, cujo art. 173, §4º (inserto no Título VII, dedicado à Ordem Econômica e Financeira) prevê que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

De forma mais específica, trata-se da responsabilidade penal da pessoa jurídica nesses delitos.

A Constituição da República de 1988 introduziu duas normas peculiares na ordem jurídica. O art. 225, § 3.º, que estabelece que “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” e o art. 173, § 5.º, dispondo que “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”³.

A existência destas abriu a oportunidade para discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente e contra a ordem econômico-financeira.

A partir disso, surgem diversos questionamentos acerca dessa responsabilidade, tais como: a autoria do crime; finalidades da pena; violação de princípios constitucionais; e, outras reflexões que se pretende estudar nesse trabalho, numa tentativa de compatibilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica com o sistema jurídico-penal brasileiro sob o prisma dos princípios constitucionais, das teorias do delito e da pena que atualmente se encontram estruturadas com base na conduta humana e na responsabilidade individual do infrator da ordem jurídico-penal.

2. A ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO PENAL

O bem protegido pelos crimes contra a ordem econômica é a manutenção de um mercado competitivo para que os preços dos bens e serviços permaneçam próximos ao ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda, pois em mercados cujas práticas não sofrem nenhuma espécie de controle, os preços afastam-se desse equilíbrio, ocasionando uma transferência indevida de riqueza do consumidor ao fornecedor.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16.08.2015.

Tomada de uma perspectiva mais ampla, a ordem econômica representa toda a regulação, organização, produção, circulação, distribuição e consumo de bens econômicos. Embora tenha relação direta com a ordem tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro, o mercado de capitais e outros setores da economia, a ordem econômica, para fins penais, é mais bem representada pela proteção da livre concorrência e da livre iniciativa. Nesse contexto, os crimes contra a ordem econômica protegem bens jurídicos supra-individuais, embora também repercutam sobre os indivíduos.

Ressalte-se que o poder econômico é um dado de fato inerente ao livre mercado, isto é, os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes do que os outros. Nesse sentido, afirma-se que o poder econômico não constitui uma anomalia da ordem econômica, mas sim um dado estrutural, e seu exercício é legitimado em razão da função social que exerce, estabelecida pela própria ordem jurídica.

Sendo assim, não seria possível ignorar ou pretender a eliminação desse poder. O que o Direito pode fazer é disciplinar o seu exercício, reprimindo certas modalidades de iniciativa que ameacem ou possam ameaçar as estruturas do livre mercado, por exemplo, domínio de mercados, a eliminação de concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.

Desse modo, se o empresário titular do poder econômico o exerce ao competir com os demais agentes atuantes no mesmo mercado, e lucra ou tira vantagens de sua posição destacada, não há nada de irregular nisso. Somente quando a própria competição está em risco, configurando exercício abusivo, é que há a repressão.

Diante disso, precisamos conhecer algumas formas de abuso de poder econômico. O regime constitucional de proteção da livre iniciativa, da liberdade de trabalho e dos direitos do consumidor é afetado quando determinadas condutas violam o equilíbrio ou as condições de igualdade concorrencial entre os competidores do mercado. Em um modelo de livre-concorrência, em que as empresas competem entre si, os preços de mercado a partir da relação entre oferta e procura.

Por exemplo, quando empresas ou grupos se reúnem com o objetivo de dominar o mercado e suprimir a livre concorrência ocorre a formação de um cartel ou truste. O objetivo dessa reunião de empresas pode ser criar um oligopólio no mercado, ou

mesmo constituir uma única organização empresarial – informal – de modo a criar um verdadeiro monopólio no mercado. Também é possível usar o termo truste para definir uma grande organização empresarial que possui – e usufrui – de grande poder de pressão no mercado.

Alguns indícios da existência de cartel em um mercado são o alinhamento de preços (que ocorre quando um grande percentual dos concorrentes oferece o mesmo produto com preços iguais ou bastante próximos, praticando as mesmas margens de lucro) e os aumentos simultâneos ou a confluência de preços em determinada data, ou seja, quando os concorrentes aumentam os preços simultaneamente ou passam a praticar preços iguais ou muito próximos.

Além dos chamados cartéis ou trustes horizontais – constituídos por empresas do mesmo ramo – pode-se falar em trustes verticais – aqueles que visam a controlar todas ou várias etapas da produção de determinado gênero industrial, sendo que as empresas podem ser de diversos ramos.

A atuação dos cartéis traz problemas não só para o mercado mas também para o consumidor, que pode encontrar produtos com preços de mais caros do que o normal, fruto da alteração fraudulenta do equilíbrio entre oferta e procura.

Além da forma mais conhecida de abuso do poder econômico para dominar o mercado ou eliminar a concorrência – ajuste ou acordo de empresas – a lei incrimina outras condutas capazes de gerar risco para a livre concorrência, como a aquisição ou concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos; a incorporação ou fusão de empresas; e a cessação parcial ou total das atividades da empresa.

Também é possível influir criminosamente no mercado para eliminar a concorrência mediante outros comportamentos, igualmente criminosos, tais como realizar dumping (vender mercadorias abaixo do preço de custo, com a finalidade de eliminar concorrentes). É a prática que consiste em uma ou mais empresas de um País venderem seus produtos, mercadorias ou serviços, durante determinado tempo, por preços extraordinariamente abaixo do seu valor justo em outro País, visando prejudicar e eliminar os fabricantes de produtos similares no local, passando então a dominar o mercado e impor altos preços; provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou

vendedor de matéria-prima, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, dentre outros.

A ordem econômica também é atingida por práticas que atentem contra o controle que o Estado exerce sobre determinada produção ou serviço em circunstâncias específicas. São as hipóteses em que o controle da economia impõe o tabelamento de preços que geram a possibilidade de ocorrência de crimes como a venda por preço superior ao tabelado e o reajuste de preços proibido.

Nessas hipóteses, entendeu por bem o legislador tipificar tais condutas sob o prisma de manter protegida a ordem econômica.

No contexto histórico-legislativo de repressão às condutas configuradoras de abuso do poder econômico, devem ser citadas: a Lei 8.158/91 – cujo objetivo era agilizar e dar celeridade aos procedimentos administrativos da Lei 4.137/62; a Lei 8.137/90 (abrogada pela Lei 12.529/11), que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei 8.884/94 (revogada pela Lei 12.529/11).

Todas se destinam a combater ou atenuar o poder de controle das mais variadas formas de concentração econômica sobre os mercados, bem como tutelar a concorrência, a fim de impedir as práticas comerciais abusivas que, de algum modo, provoquem distorções nos mecanismos de mercado, acabando por incapacitá-los a realizar sua tarefa de reguladores da economia.

Nesse sentido, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (em vigor em 30 de maio de 2012), alterou de modo significativo a estrutura organizacional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC a fim de proteger a ordem econômico-financeira.

Com a nova lei de proteção da concorrência, o SBDC passa a ser composto pela SEAE/MF e pelo CADE. No entanto, o CADE passa a ser integrado pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (com funções muito similares às do antigo CADE); Superintendência-Geral (que funciona como uma espécie de substituição da antiga SDE no que diz respeito ao SBDC); e Departamento de Estudos Econômicos

(dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão).

O CADE desempenha três funções diferentes: educativa, preventiva e repressiva.

A função educativa compreende a difusão da cultura da concorrência e das regras antitruste, representada pelo estímulo à produção acadêmica e pesquisas sobre o tema no Brasil. Realiza ainda parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo.

A função preventiva compreende a análise prévia de situações que traduzam a possibilidade de concentração de mercado, gerando risco para a concorrência. O CADE analisa fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos, verificando se haverá domínio de mercado. Embora tais fusões, aquisições e demais negócios jurídicos não sejam crimes, o CADE poderá impor obrigações de modo a preservar a livre concorrência. Ex: Fusão Nestlé/Garoto

Por fim, a função repressiva atua na investigação de fatos que caracterizem condutas anticoncorrenciais, as quais podem caracterizar, ou não, crimes contra a ordem econômica.

A nova lei manteve a presença de um membro do MPF, designado pelo Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, com a atribuição de emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. A grande novidade é que foi excluída a previsão de que o CADE poderia requerer ao MPF que promovesse a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação (parágrafo único do art. 12, da Lei 8.884/94). Tal atribuição, pela nova Lei, é da Procuradoria Federal especializada que funcionará junto ao CADE (art. 15, III, da Lei 12.529/2011).

Em geral, a idéia da nova lei continua a mesma, ou seja, prevenir e reprimir os atos e condutas que possam violar a livre concorrência e a livre iniciativa. No que tange ao combate das infrações da ordem econômica (controle das condutas) percebe-se um

aumento da preocupação com o combate aos cartéis, que passa a ser um dos principais focos do SBDC sob a égide da nova legislação.

A Lei 12.529/11 confere nova redação ao Art. 4º e, ainda, revoga integralmente os arts. 5º e 6º da Lei 8.137/90. Todavia, cumpre ressaltar que a nova lei não pretendeu descriminalizar as condutas estabelecidas por tais dispositivos, ou seja, não existe ocorrência de *abolitio criminis*. Os dispositivos foram abrangidos pelo novo Art. 4º, I e II da Lei 8.137/90 e trazidos pelos Arts. 36 da Lei 12.529/11.

Os crimes contra a ordem econômica tutelam a livre concorrência e a livre iniciativa, fundamentos basilares da ordem econômica. Desse modo, as ações que colocam em perigo ou efetivamente violam essa liberdade, assegurada constitucionalmente, configuram crime contra a ordem econômica.

De acordo com o que estabelece o Art. 31 da Lei 12.529/11: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Sendo assim, percebe-se que, o sujeito ativo do crime contra a ordem econômica pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

Diante disso, considera-se importante tratar da responsabilidade penal da pessoa jurídica nesses delitos. As discussões que cercam o tema são sempre acaloradas, especialmente porque os penalistas mais clássicos não a admitem. Segundo Luiz Regis Prado⁴, o fato de o Direito Penal ser informado pelos princípios da responsabilidade penal subjetiva, da pessoalidade da pena e da culpabilidade, impediria a responsabilidade da pessoa jurídica, sujeitando-se, assim, apenas o empresário individual e os sócios integrantes da empresa comercial.

Cumpre dizer que, esse argumento se trata de um *dogma* estabelecido no direito penal, no sentido de que a pessoa jurídica não pode cometer crimes, decorrente da

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 13ª ed. 2013.

máxima “*societas delinquere non potest*” (a sociedade não pode delinquir). Isso se dá em face o entendimento de que a pessoa jurídica não possui “*animus*”, sendo que a conduta delitativa é própria do ser humano (*singolorum proprium est maleficium*). Nesse sentido, temos Paulo José da Costa Jr.⁵.

Todavia, o fato é que, desde a Constituição Federal de 1988, aumentou-se ainda mais o campo dessa discussão.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira⁶, a tendência do direito penal moderno é romper com o modelo clássico de que a sociedade não pode delinquir, isso porque, a pessoa jurídica não pode mais ser vista com os olhos conceituais da doutrina clássica. Hoje, a realidade é outra, diferente do cenário encontrado quando o nosso Código Penal foi promulgado. Sabe-se que, outros e novos bens jurídicos surgiram, merecendo todos a mesma proteção da lei.

Observa-se, claramente, a intenção do legislador constituinte de proteger, com tais previsões, os chamados interesses difusos. Dessa forma, no plano infraconstitucional, diz a Lei 12529/2011, em seu art. 32: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”⁷.

Seguido a isso, vale ressaltar o cuidado do legislador ao estipular as penas exclusivas para pessoas jurídicas, no Art. 37 da Lei 12.529/11: “A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”⁸.

⁵ COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. 12ª ed. 2013.

⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6ª ed. 2014.

⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 16.08.2015.

⁸ *Ibidem*.

Entretanto, resta saber se a lei 12.529/2011 está perfeita quando cotejada com o sistema jurídico onde se encontra inserida. Afinal, a Constituição Federal que determinou ao legislador ordinário que fizesse uma lei onde ficasse estabelecida a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a mesma que estipula diversos princípios constitucionais garantistas à correta aplicação do Direito Penal em nosso ordenamento jurídico.

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas vem-se revelando um instrumento de real valia para o engajamento criminal dos verdadeiros responsáveis pela prática punitiva, fato reconhecido nos mais variados países do mundo civilizado (Estados Unidos da América, Canadá, Inglaterra, França, Holanda, Japão)⁹.

Ocorre que, esse tipo de responsabilidade penal é essencialmente complexo. De acordo com Santiago Mir Puig, trata-se de uma verdadeira *vexata quaestio* saber se essa responsabilidade é efetivamente "penal", se devem ser responsabilizados "penalmente" só as pessoas jurídicas e as empresas ou, alternativamente, os gestores das mesmas pelos fatos formalmente cometidos por aquelas (ou se a responsabilidade seria dupla: dos responsáveis pelo ato criminoso e da pessoa jurídica)¹⁰.

Como visto, a própria Constituição Federal dispõe de duas situações em que considera possível a responsabilidade da pessoa jurídica (crimes econômicos e ambientais).

Sabe-se que, o Direito Econômico tem sido objeto de uma ampla reflexão graças à sua importância no mundo atual, por sua forma multifacetária, imprecisão e indefinição de seu objeto jurídico, que conduzem a um vago equilíbrio do sistema econômico, a uma genérica ordem pública. No panorama delineado, constituído por uma complexidade organizacional, a de tecnologias avançadas, com facilidades de movimentação e transações financeiras, dificultam-se o rastreamento de operações que ocorrem por questões de segundos.

⁹ DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas, SP: Millennium, 2003, p. 153

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor. 8ª ed. 2008. p. 97.

Na vida econômica, freqüentemente as infrações são obra de sociedades comerciais e industriais, cujo número e importância aumentam sem precedentes, e, por isso, o dogma de que a pessoa coletiva não passa de uma ficção, o que logicamente implicaria a irresponsabilidade penal da mesma, hoje é objeto de constante revisão por parte dos legisladores de diversos países.

Portanto, ante a fragilidade da ordem econômica atual, fica patente a ineficácia e a impotência do nosso sistema penal, urgindo a necessidade de se legislar estritamente a punibilidade das pessoas jurídicas no âmbito do Direito Econômico, exigindo uma reformulação dos conceitos, a criação de novos modelos de combate ao crime, de tal forma a atingir eficazmente tanto os delitos humanos como os corporativos, aliada à tentativa de se reduzir, no seio da população, o sentimento disseminado de impunidade.

Todavia, é preciso proclamar a importância da Constituição federal de 1988 para o Estado, em geral, e para o sistema jurídico, em particular. Pode-se dizer, destarte, que o nosso sistema jurídico é um sistema constitucional.

Conforme Rizzatto Nunes, “o sistema é uma construção científica composta por um conjunto de elementos. Estes se inter-relacionam mediante regras. Tais regras, que determinam as relações entre os elementos do sistema, forma sua estrutura”¹¹.

No caso do sistema jurídico, os elementos serão as normas jurídicas, e a sua estrutura é formada pela hierarquia, pela coesão e pela unidade. A coesão demonstra a união íntima dos elementos (normas jurídicas) com o todo (o sistema jurídico), apontando, por conexão, para ampla harmonia e importando em coerência. A unidade dá um fechamento no sistema jurídico como um todo que não pode ser dividido: qualquer elemento interno (norma jurídica) é sempre conhecido por referência ao todo unitário (o sistema jurídico).

As normas jurídicas estão não só vinculadas como inseridas num ordenamento jurídico que tem um formato que permite o seu funcionamento e que dá

¹¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva. p. 204.

sentido a si mesmo como um todo complexo de normas, que se inter-relacionam e influem como comandos no meio social.

No final do século XVIII, com a consolidação da teoria da ficção de Savigny segundo a qual, a pessoa jurídica é mera ficção jurídica, criada por artificialismo legal para atender determinadas funções, ficou evidenciada a impossibilidade de sua responsabilização penal, uma vez que essa imputação somente poderia recair sobre os verdadeiros responsáveis pelo delito, isto é, as pessoas que agem em seu nome, e não sobre uma fantasia legal.

Atualmente, ainda se considera possível defender o não reconhecimento da responsabilização penal da pessoa jurídica com fundamento na falta de capacidade de ação e de culpabilidade, considerando-as como características próprias dos seres humanos e não de um ente abstrato.

Além disso, existem diversos princípios que norteiam o pensamento para a não responsabilização penal: personalidade; intransmissibilidade e individualização das penas;

Nesse sentido, Gianpaolo Poggio Smanio apresenta o pensamento dos representantes no Direito Penal alemão, como Jescheck e Claus Roxin, que não admitem a penalização da pessoa jurídica, por considerarem que o crime só pode ser concretizado por seres humanos¹².

No direito brasileiro, tem-se René Ariel Dotti que considera que os crimes ou delitos e as contravenções não possam ser praticadas pelas pessoas jurídicas, uma vez que a imputabilidade penal só é aplicável aos seres humanos¹³; Duek Marques que admite somente aos entes coletivos a atribuição de sanções civil ou administrativa, pois a responsabilidade desses entes deriva da vontade de seus representantes, a quem devem ser imputadas as infrações penais¹⁴; Miguel Reale Júnior, tomando como base o princípio da

¹² SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

¹³ DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, p. 201, 1995.

¹⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente*. Boletim IBCCrim., São Paulo, n. 65, p. 7, abr. 1998. Edição especial.

individualização da pena, ao afirmar faltar à pessoa jurídica capacidade criminal, bastando-lhe a punição por via administrativa¹⁵.

Nesse sentido, entende-se que, um breve estudo da teoria do delito, do conceito analítico de crime e da análise de seus substratos, demonstra não poder a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime, ou seja, a pessoa jurídica não poder praticar fato típico, ilícito e culpável, seja por falta do primeiro, seja por falta do segundo requisitos. Não importa. É certo que a pessoa jurídica não é capaz de praticar conduta dolosa ou culposa, do mesmo modo que não pode preencher os elementos caracterizadores da culpabilidade.

Em relação a esta conclusão, inclusive, não há discussão. Até mesmo a Doutrina e jurisprudência que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica concordam que a teoria do delito só é compatível com o ser humano. De acordo com as lições de Fernando Galvão¹⁶, a construção teórica do injusto trabalha com elementos subjetivos da conduta que não podem ser aplicados ao exame da atividade ilícita atribuída à pessoa jurídica. Embora capazes de infringir as normas jurídicas a que estão submetidas, as pessoas jurídicas não possuem elemento volitivo em sentido estrito. Não se pode entender que a decisão dos diretores ou do órgão colegiado da pessoa jurídica possa caracterizar uma ação institucional finalisticamente orientada para o ataque ao bem jurídico e, portanto, subsumida ao conceito de dolo.

De acordo com o autor, o dolo é o conceito jurídico-penal referido a vontade humana e a pessoa jurídica não tem vontade. Também não se pode falar em tipificar, nos moldes tradicionais, o comportamento da pessoa jurídica. A pessoa jurídica não tem comportamento, não desenvolve conduta. Somente a pessoa física tem comportamento. A pessoa jurídica desenvolve atividades e não se pode considerar tais atividades como ações, no sentido jurídico-penal.

Assim, para o autor, a aplicação do modelo tradicional da teoria do delito ainda enfrenta importantes problemas relacionados à culpabilidade. O conceito jurídico-penal de culpabilidade é referido à consciência da ilicitude do fato que se expressa na

¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001. p. 137-139.

¹⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

finalidade delitiva da pessoa física. Somente a pessoa humana pode vivenciar o entendimento sobre a ilicitude do fato praticado. Não se pode utilizar o conceito de culpabilidade para responsabilizar a pessoa jurídica. O conceito de culpabilidade não foi elaborado para isso. Nem mesmo a noção normativo-social de culpabilidade se presta a reprovar a pessoa jurídica, como sustentam alguns autores.

Para aplicação à pessoa jurídica, o conceito de culpabilidade deve ser modificado em sua essência, passando a apresentar outro conteúdo. O fato é que, não se pode utilizar as noções do direito penal clássico e sua teoria do delito para responsabilizar a pessoa jurídica¹⁷.

É importante perceber que, pelo menos como se encontram estruturadas na atualidade, tanto a teoria do delito como a teoria da pena são de aplicação inadequada à natureza da pessoa jurídica.

Além disso, também não se tem como relacionar os fins propostos pela pena, sejam os de prevenção, retribuição ou ressocialização, com a penalização da pessoa jurídica, justamente pela ausência de consciência, que se demonstra indispensável ao Direito Penal. A pessoa jurídica não é alcançada pelo temor da pena (exercido na sociedade pela cominação abstrata da sanção penal – prevenção geral) e não sofre com a efetiva aplicação da pena em concreto (prevenção especial e retribuição). Do mesmo modo, não há que se falar em reinserção da pessoa jurídica no convívio social.

Sendo assim, a leitura do Texto Constitucional leva ao entendimento de que, realmente, quis o constituinte inserir no ordenamento a responsabilização penal da pessoa jurídica. Todavia, não se pode perder de vista que a Constituição da República é um documento único e sistêmico, devendo todas as suas normas guardar compatibilidade entre si. Desse modo, discute-se a compatibilidade da responsabilidade penal do ente moral diante das demais normas estabelecidas pela Carta Magna e, com o ordenamento jurídico penal como um todo.

É certo que, de acordo com o que afirmou por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal, não há se falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais

¹⁷ *Ibidem.* p. 64.

originárias. Porém, a intenção do presente trabalho não é declarar a inconstitucionalidade do art. 173, § 5.º, da Constituição da República, mas sim que sua norma receba interpretação conforme os demais preceitos estabelecidos na norma maior.

O Direito Penal, mais do que instrumento de controle social, demonstra-se como verdadeira garantia individual de limite ao poder punitivo do Estado. Observar o Direito Penal sob esse ângulo faz com que se perceba que suas disposições não podem sofrer flexibilizações ou abrandamentos que ampliem a possibilidade de punição pelo Estado, sob pena de abertura de precedentes que acabem por percorrer o caminho do autoritarismo penal.

Por isso, conclui-se pela impropriedade de aplicação da teoria do delito às pessoas jurídicas, conforme Rogério Greco assinala, com a devida venia das posições em contrário, que responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é um verdadeiro retrocesso em nosso Direito Penal. Para o autor, a teoria do crime que temos hoje, depois de tantos avanços terá de ser completamente revista para que possa ter aplicação a Lei n.º 9.605/98. Isso porque, já se tem dificuldades logo no estudo do fato típico. A pessoa jurídica, como sabemos, não possui vontade própria. Quem atua por ela são seus representantes. Ela, como ente jurídico, sem auxílio das pessoas físicas que a dirigem, nada faz. Segundo o autor, o problema ainda maior será verificar a culpabilidade de uma pessoa jurídica. “Quando poderá ela sofrer um juízo de censura, já que a própria censurabilidade é própria do homem?”¹⁸.

Cumprе ressaltar ainda que, é fundamental lembrar os princípios norteadores do Direito Penal Constitucional para reforçar o presente entendimento.

Em primeiro lugar, recorda-se do princípio da intervenção mínima, não sob o enfoque da fragmentariedade (já que a lesão, seja ao meio ambiente seja ao sistema econômico-financeiro nacional, por vezes será intolerável e relevante), mas sob o aspecto da subsidiariedade.

A intervenção do Direito Penal em abstrato deve se dar como *ultima ratio*, ou seja, o ordenamento jurídico conta com diversas outras formas de controle com

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 179.

aplicação de sanções e, somente quando estas se mostrarem insuficientes à proteção do bem juridicamente tutelado, deverá ser chamado à atuação o sistema de repressão penal.

Não parece indispensável que o Direito Penal seja chamado à punição da pessoa jurídica pela ocorrência de dano à ordem econômico-financeira. Veja o entendimento de Rogério Greco, quando estuda a responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental, mas que perfeitamente se pode aplicar aos crimes contra a ordem econômico-financeira, esclarece que o princípio da intervenção mínima, com plena aplicação nesse tema, nos ensina que se os demais ramos do Direito Penal forem suficientes para proteger determinados bens, o Direito Penal, como *ultima ratio*, não deve exercer a sua interferência.

Segundo o autor, sabemos quão demorado é o encerramento de uma ação penal, uma vez todos os recursos disponíveis são utilizados, em geral, com a finalidade de, em determinadas infrações penais, tentar alcançar a prescrição. Não se aplica qualquer pena sem que haja o devido processo legal, com todas as suas implicações práticas. Conhecemos, por outro lado, a rapidez que possui o Direito Administrativo no que diz respeito à aplicação de suas sanções no exercício do poder de polícia. Isso quer dizer que o Direito Administrativo é suficientemente forte e rápido, se bem aplicado, para inibir qualquer atividade praticada por pessoa jurídica que venha a causar dano ao meio ambiente. Como não poderia deixar de ser, não há possibilidade de ser aplicada à pessoa jurídica pena privativa de liberdade, por absoluta impossibilidade no seu cumprimento. As demais sanções, desde que havendo previsão legal para elas, poderiam, como podem ainda, ser aplicadas pelo Direito Administrativo, no exercício do poder de polícia¹⁹.

Também não se pode deixar de mencionar o princípio da responsabilidade pessoal, também inadequado à pessoa jurídica. Segundo este princípio, é proibido o castigo penal pelo fato de outrem.

Os defensores da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, por concordarem que a mesma não pode praticar delitos, entendem que a responsabilização se dá de forma indireta, afirmando Fernando Galvão que “cabe notar que a responsabilidade indireta, ou pelo fato praticado por terceiro, não constitui nenhuma

¹⁹ *Ibidem*. p. 179.

novidade em direito penal. No concurso de pessoas é possível responsabilizar pessoa que não violou diretamente a norma jurídico-penal, mas contribuiu de alguma forma para a conduta violadora de outra pessoa”²⁰.

Todavia, no concurso de pessoas não há responsabilidade por fato de terceiro. O que há, na verdade, é a ampliação do tipo penal possibilitada pela existência da norma do art. 29 do CP (norma de extensão), segundo a qual “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Note que o co-autor ou partícipe é responsabilizado penalmente porque com sua conduta contribuiu para que o delito ocorresse. Ademais, lá está novamente a culpabilidade, limitando a possibilidade de repressão penal. Assim, não há se falar em responsabilidade por fato de terceiro. Aquele que concorre para a ocorrência do crime adere voluntária e conscientemente para o alcance do resultado, o que não pode ser feito pela pessoa jurídica.

Da mesma forma, não se tem como considerar tal responsabilidade por fato de ter terceiro a autoria mediata conforme deseja Fernando Galvão. Para a autor, nos casos de autoria mediata sempre ocorrerá também responsabilidade penal por fato praticado por terceiro. Quem executa a conduta material que viola a norma jurídica é o indivíduo considerado instrumento, mas como esse não possui culpabilidade e serve os propósitos do autor mediato, a responsabilidade somente recai sobre o autor indireto. A construção teórica, já antiga, reserva a denominação de autor àquele que domina o fato por meio do domínio da vontade e da conduta do instrumento²¹.

Nesse caso, o instrumento (pessoa utilizada para a prática do fato) não pode ser considerada como autora, uma vez que, faltando-lhe a culpabilidade, não pratica delito. Perceba que os substratos do crime (fato típico, ilícito e culpável) recaem totalmente sobre aquele que domina o fato, o autor mediato. Desse modo, a punição não poderá ser imposta ao indivíduo que não praticou o crime, mas, pelo contrário, será imposta ao real autor do delito. Parece, assim, que não seria, realmente, punição por fato de terceiro. A punição recai sobre o verdadeiro autor do fato.

²⁰ *Op cit.* p. 64

²¹ *Ibidem.* p. 64.

A situação, portanto, é bem diversa daquela proposta em relação à pessoa jurídica, na qual tanto o autor do delito (pessoa física que pratica a conduta típica, ilícita e culpável) quanto o ente moral (que sequer possui vontade, consciência, capacidade de entendimento etc.) serão penalmente responsáveis.

Portanto, qualquer imposição de pena à pessoa jurídica consistiria em repressão penal pelo fato de outrem, em manifesta violação ao princípio da responsabilidade pessoal.

No que tange ao princípio da culpabilidade, mais uma vez há obstáculo à responsabilização penal da pessoa jurídica. De acordo com esse preceito, em direito penal, não há crime e não há pena sem culpabilidade (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*).

Em virtude disso, critica-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em reconhecer a possibilidade de responsabilização direta da pessoa jurídica em um crime ambiental no qual não se conseguiu individualizar ou identificar o autor-responsável por um vazamento de cerca de quatro milhões de litros de óleo cru em dois rios situados no Paraná. (1ª Turma. RE 548181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2013).

Isso porque, não menos criticável, existiam precedentes afirmando que a responsabilização do ente moral (pessoa jurídica), só podia ser efetivada se houvesse a responsabilização da pessoa física, pois tão somente esta última é dotada de vontade e *animus* para que se praticasse um ato ilícito penal, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial (REsp) nº 564969/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 13/06/2005 e no REsp nº 889.529, Rel. Min. Félix Fisher, 18/06/2007).

Por tudo, a teoria objetiva da responsabilidade penal às pessoas jurídicas em determinados crimes econômicos não nos parece a medida, nem a corrente ideológica mais correta a ser adotada, sob pena de aumentar a insegurança jurídica ou mesmo, tornar a atividade empresária em uma atividade de risco tal que impossibilite o desenvolvimento econômico do país (se utilizarmos as teorias do defeito de organização ou da culpabilidade corporativa).

Em última análise, não se deve responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica sem que se tenha individualizado o autor direto do fato ilícito, mesmo que na impossibilidade desta individualização, acabe por não se responsabilizar o ente moral.

A pessoa jurídica não detém vontade, escolha ou mesmo conduta. Os seus dirigentes e colaboradores sim. Dessa forma, não se deve agravar a atividade empresarial, ainda mais se o risco for proveniente do Direito Penal.

O Poder Estatal não pode ou não deve, portanto, utilizar-se do Direito Penal para coagir as pessoas jurídicas a agirem de modo lícito, eis que tais pessoas não podem "agir". A conduta (ato de agir ou omitir) é privativa das pessoas físicas, não detendo a pessoa jurídica esta função.

Por tudo, permite-se cogitar a possibilidade da responsabilização direta da pessoa jurídica em crimes econômicos (ambiental, como o exemplo suso citado) através de uma pena administrativa (multa), porém, não se admite qualquer tipo de penalidade possível, na esfera penal, visto que, considera-se inadmissível.

O Direito Penal deve servir como coibição de condutas extremas, situações graves, *ultima ratio* da norma jurídica brasileira. Não pode servir de escopo para o Poder Estatal exigir dos administrados condutas que possam ser exigidas pelas demais áreas jurídicas, quais sejam, área fiscal, tributária, administrativa.

Pelo exposto, a imputação do crime à pessoa física, responsável pelo delito, parece, portanto, em casos de possibilidade de individualização da conduta do agente (pessoa física), o caminho mais correto, pois aumenta a segurança jurídica da Economia e, via reflexa, evita o livre "decisionismo judicial", o qual penalizaria a pessoa jurídica independentemente de uma ação (comissiva ou omissiva), tão somente pelos motivos humanos egoísticos sem relação jurídica com a norma penal do ilícito.

4. CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição da República do Brasil de 1988 inovou a ordem constitucional, incorporando ao Direito brasileiro o modelo garantista e implementando o que passou a ser conhecido como Direito Penal Constitucional, preceito

segundo o qual a punição estatal apenas se torna legítima quando realizada em observância aos preceitos constitucionais. A violação desses preceitos constitui torna o sistema jurídico-penal autoritário e inadequado.

Outrossim, a mesma Constituição trouxe inovações que também se contrapõem com a ideologia afirmada acima. Daí, tutelando o meio ambiente e a ordem econômico-financeira estabeleceram-se regras que deram margem à ampliação da responsabilidade penal a fim de sancionar também a pessoa jurídica.

Por isso, entende-se necessário sempre interpretar a Carta Magna diante dos princípios ligados ao Direito Penal quando o assunto é responsabilidade criminal. No que tange à responsabilização das pessoas jurídicas, estudam-se princípios como intervenção mínima, responsabilidade pessoal, responsabilidade subjetiva e culpabilidade que, por si sós, são incompatíveis com a sua responsabilização penal.

O primeiro torna o Direito Penal subsidiário, já que este não é a única forma adequada e necessária de repressão do ente moral existente no ordenamento. O segundo impede que outro seja punido penalmente no lugar do real autor da infração penal. O terceiro veda a responsabilidade penal objetiva, ou seja, sem que exista dolo ou culpa. E, finalmente, o quarto também é incompatível com a responsabilização penal da pessoa jurídica, uma vez que sobre ela não há como recair juízo de reprovabilidade.

Considerando assim, a congruência e sistematização da Constituição, é inadequado pensar que dentro dela mesma pode-se encontrar normas contraditórias. Portanto, o sistema de tutelas à ordem econômico-financeira e o sistema jurídico-penal adotados devem ser interpretados de forma coerente.

Demais disso, como se pode notar, a ciência penal atual não comporta a responsabilização penal da pessoa jurídica, seja sob o aspecto da teoria do delito, seja sob o aspecto da teoria da pena.

O tradicional conceito analítico de crime reconhece como seus substratos o fato típico (composto por conduta, nexa causal, resultado e tipicidade), ilícito e culpável (abrangendo a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa). Na falta de quaisquer desses elementos não restará configurada a

infração penal, não podendo, conseqüentemente, haver punição (pelo menos no que diz respeito ao âmbito penal).

A pessoa jurídica não possui existência natural, própria dos seres humanos. Desse modo, não têm consciência e vontade. Assim, não poderão praticar condutas (ações ou omissões) dolosas ou culposas. A pessoa jurídica não pode agir por si só. Dessa maneira, descaracterizado resta o fato típico (primeiro substrato do conceito de delito).

A ausência do fato típico unicamente já afastaria a possibilidade de prática de crime pela pessoa jurídica. Contudo, falta-lhe ainda mais.

A natureza da pessoa jurídica é incompatível com os conceitos de imputabilidade e potencial consciência da ilicitude. Logo, sobre ela não pode recair juízo de reprovação, ou seja, a culpabilidade (terceiro substrato do conceito analítico de delito). A pessoa jurídica, por sua natureza, é incapaz de entender o caráter ilícito do fato, bem como de determinar-se sobre ele. Além disso, também pela ausência de consciência e voluntariedade, falta-lhe o elemento intelectual indispensável ao aparecimento da potencial consciência da ilicitude.

Por isso, ainda que sejamos capazes de superar o fato típico, restará ausente a culpabilidade. Note que dois dos substratos do crime estão ausentes, sendo impossível, pela teoria do delito como atualmente estruturada, falar-se em prática de crime pela pessoa jurídica.

Ademais, os fins da pena, quais sejam: a prevenção (positiva e negativa, geral e especial), retribuição e ressocialização, são impossíveis de serem alcançados em relação aos entes morais. A pessoa jurídica não é alcançada pelo temor da pena (exercido na sociedade pela cominação abstrata da sanção penal – prevenção geral) e não sofre com a efetiva aplicação da pena em concreto (prevenção especial e retribuição). Do mesmo modo, não há que se falar em reinserção da pessoa jurídica no convívio social.

Portanto, se a pessoa jurídica não pode praticar crimes e considerando que o sistema jurídico-penal impede a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva (sem dolo e sem culpa), é certo que não pode o sistema constitucional aceitar a responsabilização penal da pessoa jurídica. Parece-nos então que a única interpretação

possível para os arts. 225, § 3.º e 173, § 5.º, da Constituição de 1988 é aquele no sentido de que não previu o constituinte a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas apenas da pessoa física. O ente moral deverá sofrer as consequências apenas nas esferas civil e administrativa, ou seja, sanções compatíveis com sua natureza.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 16.08.2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 16.08.2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16.08.2015.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 16.08.2015.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. 12ª ed. 2013.

DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas, SP: Millennium, 2003.

DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente*. Boletim IBCCrim., São Paulo, n. 65, p. 7, abr. 1998. Edição especial.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor. 8ª ed. 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 13ª ed. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.

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

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6ª ed. 2014.