I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-056-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre "a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual", investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado " a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização", das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estadudinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no pais.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgaste histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado "as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual", do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os "aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos", dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado "capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público", de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei n° 8.072 /90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n° 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado "do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o "estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado "evolução histórica da pena e a ressocialização", dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.

O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial’, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrota, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CAPACIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

CRIMINAL CAPACITY OF LEGAL ENTITY UNDER PUBLIC LAW

Jamir Calili Ribeiro [1]
Jefferson Calili Ribeiro [2]

Resumo

O objetivo é discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? seria possível ao próprio Estado se punir? quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes partes da doutrina. Concluiu-se que sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento da de direito público.

Palavras-chave: Capacidade criminal da pessoa jurídica, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, Pessoas jurídicas de direito público, entidades estatais, Capacidade criminal

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose is to discuss the criminal capacity of the legal entity under public law. Once brazilian law has admitted the possibility of criminal conviction of entities, could it be extended to entities under public law? Would it be possible for the state to punish itself? What are the legal foundations and obstacles? It focused on the literature review and analysis of the arguments put forward by different parts of the doctrine. It was concluded if it is possible to recognize the criminal capacity of the entity under private law, it must be extended to entity under public law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal capacity of legal entity, Criminal liability of legal entity, Public law entities, State entities, Criminal capacity

---

[1] Professor de Direito Público da UFJF/Campus de Governador Valadares. Doutor em Direito Público pela PUC /Minas. Mestre em Administração Pública pela FJP.

[2] Professor de Direito da FADIVALE. Mestre em Gestão Integrada de Territórios pela UNIVALE. Especialista em Direito Penal.

INTRODUÇÃO

Já há, na doutrina e na jurisprudência, uma consolidação do entendimento de que é possível e legítima a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil (MESTRE, 1930; SHECARIA, 1999; ROTHENBURG, 1997; RIBEIRO, 2019; SANCTIS, 1999; ROCHA, 2003; RHC 24.239/ES; RE 548181/PR; RMS 16.696/PR). A temática, embora não seja novidade, ainda carece de melhor entendimento e inúmeras questões ainda permanecem em aberto, merecendo da ciência jurídica atenção especial.

Uma vez admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e por consequência sua capacidade criminal, a doutrina se esforçou para buscar, nos elementos existentes, uma fundamentação lógica para sua natureza jurídica e a sua compatibilidade com os princípios forjados na Constituição do Estado Democrático de Direito brasileiro (SILVA, 2003; ROCHA 2003. RIBEIRO, 2019).

Na teoria tradicional, os elementos para justificação da capacidade criminal não são adequados para a justificação desse reconhecimento, exigindo-se a criação de outros elementos que possam dar coerência a sua aplicação ou, para aqueles que ainda insistem em mantê-los, ajustes são necessários.

Neste artigo, adota-se a tese de que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é um tipo de capacidade derivada do direito, criada pelo legislador, por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas e tem como grande inspiração o Direito Penal Simbólico.

A vontade dessa pessoa não surge de fenômenos biológicos naturais que são reconhecidas pelo direito e sim uma própria criação do direito diante da constatação de um fenômeno social. Os defensores dessa capacidade afirmam que o reconhecimento deriva de questões de política criminal surgidos pela demanda da sociedade por respostas à ampliação do campo de atuação das pessoas jurídicas.

Conforme já afirmamos acima, mesmo os doutrinadores clássicos, que aceitam a teoria tradicional do delito como a fundamentação da capacidade criminal da pessoa jurídica, fazem adaptações na estrutura da teoria dos elementos da capacidade criminal. Assim, as premissas utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, seja em uma ou outra perspectiva, são diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas (RIBEIRO, 2019; SILVA, 2003).

Embora este não seja o espaço para discussão sobre essa fundamentação, e não é essa a proposta, deve-se considerar que, para se reconhecer que as pessoas jurídicas possam ser

criminalmente responsável, ou se adequa a teoria clássica do crime ou deve-se criar bases totalmente distintas para sua justificação, especialmente considerando que vivemos em um Estado Democrático de Direito, uma vez que não é possível falar da responsabilidade de incapazes.

A temática é ampla e exige que seja feito um recorte para que se possível abordar de maneira satisfatória uma problemática específica dentro de um contexto de problemas que esse tema traz. Assim, o presente estudo tem como objetivo discutir se a existência da capacidade criminal das pessoas jurídicas abrange, também, as pessoas jurídicas de direito público.

Uma vez que o Direito Brasileiro admite a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, *seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? seria possível ao próprio Estado se punir? quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade?*

A questão da responsabilidade das pessoas jurídicas já havia surgido com vigor na década de 90 e na seguinte (ECO-92, Kyoto 1997, OMC Cancún 2003). Mas, nesta década que se encerra e em a que se inicia, parece ter retomado com toda força diante dos incidentes ambientais em Brumadinho e Mariana, e diante das polêmicas envolvendo a Floresta Amazônica. Além disso, as questões econômicas, consumeristas, bioéticas e as relações internacionais, especialmente as de cunho comercial, têm exigido cada vez mais uma atuação diferenciada frente a complexificação das relações sociais e do avanço da tecnologia.

A ânsia de proteção e eficiência tem exigido um alargamento indiscriminado do campo de incidência do Direito Penal. Inúmeras modificações têm ocorrido na seara criminal, desde leis que regulam matérias estranhas ao Direito Penal que acabam incluindo em seu texto normas incriminadoras, desde a criação de mecanismos de praticidade criminal que flexibilizam o fundamento clássico da punição criminal, como a lei das organizações criminosas e da delação premiada (Lei nº 12.850/2013) e a lei de combate a corrupção (Lei nº 12.846/2013).

Este movimento não é inédito no campo do Direito. O século XX presenciou o desenvolvimento das teorias que defendem a necessidade de regulação da ordem econômica, impondo às pessoas jurídicas limites sociais e ambientais de atuação (p.e Sherman Act 1890, Clayton Act, 1914, Lei n. 9.605/98) e, ao próprio Estado, foi reconhecido o seu dever de responsabilizar-se pelos seus atos, num movimento de controle da ação soberana surgiu a ideia da responsabilidade, objetiva e subjetiva, do Estado (Caso Blanco, 1973, França).

Para simplificar a caracterização de delitos contra a ordem econômica e ambiental, desenvolveu-se, no campo criminal, portanto, a ideia de responsabilização criminal das pessoas jurídicas, trabalhando o conceito de atividade, que seria mais abrangente e menos complexo do

que o conceito de conduta. Isso possibilitaria uma dificuldade menor na colheita de provas e de indícios, focando-se mais no resultado da ação do que no aspecto subjetivo, sendo imprescindível perquirir sobre as pessoas físicas que determinaram a realização do injusto penal, fosse ele econômico ou ambiental (SILVA, 2003, p. 29).

A legislação brasileira, em vigor, bem como o entendimento jurisprudência sobre a temática, foram omissos quanto a determinar e especificar se a responsabilidade penal da pessoa jurídica se estenderia ou não para os entes coletivos de direito público.

Neste sentido, justificável é um estudo mais aprofundado da capacidade criminal dos entes públicos em virtude da capacidade criminal dos entes privados coletivos e da especificação de seus limites, princípios, finalidades e incidência.

Para a finalidade que se propõe, além de autores da seara criminal, foi realizada uma abordagem da literatura jurídica de outros ramos, como o civil e o administrativo, para que fosse possível construir uma análise de argumentos mais preponderantes sobre a questão.

O argumento que se defende aqui é que reconhecendo a existência da capacidade criminal da pessoa jurídica, ainda que em um paradigma diferente da clássica teoria do delito, é preciso reconhecer, também, a capacidade criminal das pessoas jurídicas de direito público. O argumento principal é que criar uma imunidade absoluta para uma classe de pessoas jurídicas não havendo impossibilidade normativa ou de ordem prática para a punição, o que justificaria o tratamento desigual, seria uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Para responder a esses argumentos, dividiu-se o artigo em três partes. Uma abordagem sobre a construção da ideia da personalidade jurídica do estado, a abordagem sobre os argumentos contra a responsabilização criminal do Estado e, por fim, o contraponto a esses argumentos.

1 O ESTADO COMO SUJEITO DE DIREITOS E DEVERES

Antes de adentrar ao debate sobre a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público, núcleo central do artigo, será dado um enfoque histórico em relação a ideia de Estado, de sua personalidade jurídica e da evolução de sua responsabilidade pelos seus atos. A ideia aqui não é aprofundar sobre o tema, principalmente por dois motivos: a) não é o objetivo central deste artigo; e b) essa história já é demasiadamente conhecida pelos pesquisadores do direito, e como não pretendemos inovar nesta seara não convém reeditá-la.

Desde o século XIX, o conceito de Estado é assumido como forma histórica de um ordenamento jurídico geral cujas características englobam a territorialidade, a ideia de um povo e o poder político, que pode ser traduzido como soberania (SOARES, 2001, P. 141).

O Estado Moderno surgiu em uma estrutura absolutista (SOARES, 2001, FARIA, 2004, DI PIETRO, 2000). Segundo leciona Mário Lúcio Quintão Soares:

> O absolutismo, através da política mercantilista, transformou o Estado na mais forte entidade econômica capitalista, fez dos meios de dominação política um monopólio do Estado e arrebatou às corporações os seus privilégios públicos de autoridade. O Estado absolutista, ainda, preservou o capital agrário e fomentou o advento de um poder burguês muito potente, configurado no capital móvel financeiro, comercial e industrial (2001, p. 125).

No primeiro estágio do Estado, o absolutista, todas as funções estatais concentravam-se nas mãos do monarca, imperando neste paradigma o princípio de que o rei não erra, ou de que o rei não pode fazer mal (2004, p. 13). Porém, tal paradigma de estado foi desmontando pela Revolução Francesa de 1789 e demais revoluções burguesas ocorridas no mundo durante este período:

> Os vitoriosos revolucionários decidiram pôr em prática a divisão dos poderes do Estado, teorizada por Montesquieu. Com a adoção dessa teoria, o Estado francês teve as suas principais funções divididas no que se convencionou três Poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Com essa tripartição, as funções legislativas, executiva e judiciária especializaram-se no contexto dos respectivos poderes, harmônicos entre si, controlados uns pelos outros, de acordo com a teoria de freio e contrapeso, de Montesquieu. Com essa estrutura de poderes nasceu o Estado de Direito, assim caracterizado, principalmente, por submeter-se às leis por ele criadas. Antes, as leis destinavam-se apenas à iniciativa privada e aos súditos em geral. Somente esses eram obrigados a pautar suas condutas nas leis vigentes no país (FARIA, 2004, p. 13).

Portanto, o paradigma de Estado que hoje vigora na maior parte dos países ocidentais é o do Estado de Direito, onde não só as pessoas privadas se submetem a lei, mas também, o próprio Estado. É esse paradigma que vai influenciar na evolução da responsabilidade civil do Estado. Nesse paradigma é possível concluir que o Estado não só emerge do ordenamento jurídico, como possui personalidade para adquirir direitos e contrair obrigações.

É possível defender que há pelo menos dois tipos ideias de personalidades jurídicas: as de direito privado e as de direito público. Com a complexificação da gestão pública e privada, entre esses tipos há um conjunto de pessoas jurídicas que, a depender de sua análise subjetiva ou objetiva, assumem papeis mistos entre o direito público e o privado. O que vai diferenciar

esses modelos é basicamente o regime de prerrogativas que existe para as pessoas de direito público enquanto prepondera o regime de isonomia entre as pessoas de direito privado. O Estado, por meio da administração direta e indireta, é representado por essas personalidades de direito público, seja em qual grau for, que irão, dentro de suas múltiplas possibilidades, executar as finalidades constitucionais atribuídas.

O certo é que o Estado de Direito, paradigma constitucional adotado pela República Federativa do Brasil, não mais aceita a ideia de um Estado ilimitado, marcado pela concepção de que o soberano não erra.

Para isso o direito brasileiro colocou à disposição dos cidadãos um conjunto numeroso de instrumentos jurídicos e políticos para limitar e controlar a sua atuação. Como exemplo desses mecanismos, temos os princípios básicos da administração que são, conforme o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros reconhecidos pelos doutrinadores (Meirelles, 2004, Di Pietro, 2000, Faria, 2004). Além desse conjunto principiológico, forjaram-se mecanismos judiciais de se controlar o Estado, quais sejam, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas corpus* e o *habeas data*. Por fim, há de se mencionar a notória institucionalização e instrumentalização do Ministério Público com o advento da Constituição Cidadã e mais recentemente a emergência da Defensoria Pública como instituição, também, protetiva de direitos coletivos, além da já reconhecida defesa dos direitos individuais, inclusive contra o Estado.

É nesse contexto que se passa a admitir a responsabilidade civil do Estado, sem que com isso se afrontasse a ideia de soberania, especialmente em sua concepção interna, já que este não se relaciona mais com a ideia de ilimitados poderes.

Se no início preponderava a irresponsabilidade do Estado, uma vez que o poder absoluto do Monarca se fundava na teoria divina dos reis, com o surgimento do Estado de Direito, e sua consolidação, em meados do século XIX, passou-se a admitir a responsabilização desde que fosse comprovada a culpa do Estado. O trabalho da jurisprudência na configuração e arquitetura dessa ideia foi fundamental:

> O primeiro caso de reconhecimento de responsabilidade do Estado, registrado pela história jurídica é o aresto Blanco que se tornou famoso pelo conteúdo inovador que apresentava. Trata-se do atropelamento de uma menina na cidade Bordeaux, França. A menina, chamada Agnes Blanco, quando atravessa uma rua naquela cidade, foi atropelada por uma vagonete pertencente a uma empresa estatal manufatureira de tabaco. (...) E, (...), [os conselheiros do Estado francês] formularam "a idéia célebre de que a responsabilidade por danos causados por serviços públicos deve ser regrada

> por princípios autônomos, distintos daqueles editados pelo Código Civil, referentes à relação entre particular" (FARIA, 2004, p. 423-424).

Essa foi uma tendência à responsabilidade objetiva do Estado, vigorante na contemporaneidade e sob a égide da Constituição Brasileira de 1988, que a reconhece explicitamente no §6º do seu artigo 37. A responsabilidade civil objetiva do Estado no Brasil admite excludentes da responsabilidade, inadmitindo-se a teoria do risco integral.

Em suma, a responsabilidade civil objetiva do Estado se caracteriza pela desnecessidade de se demonstrar a culpa do agente público, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade, ou seja, constando que o fato danoso foi causado pelo Estado, por ação comissiva ou omissiva, culposa ou não (MELLO, 1993). O Estado pode, porém, demonstrar em contraponto, a culpa corrente ou exclusiva da vítima e, em ação de regresso, exigir do agente público, a reparação do dano ao erário.

Importante reafirmar que a natureza da capacidade civil de provocar danos é diferenciada da capacidade penal. Enquanto uma decorre da ideia de que ao promover o bem-social, o Estado se expõe ao risco em relação ao administrado, na outra há outros fundamentos, de natureza ética e moral, do juízo de reprovação, e não mais do simples risco, já que esse não mais se compactua com os princípios éticos e modernos da ciência penal.

Quatros pontos na responsabilidade civil do Estado serão úteis para análise que está proposta: a) o reconhecimento da existência de limites à atuação do Estado; b) a possibilidade do próprio Estado se condenar, diante do mecanismo da tripartição dos poderes; c) a isonomia entre pessoas jurídicas de direito público e direito privado. Ainda que o processo de conhecimento e a execução de uma sentença condenatória em face do Estado tenham desenvolvimentos distintos, e seja reconhecimento prerrogativas processuais ao Estado, é possível observar a manifestação de certos caracteres que fazem das pessoas jurídicas de direito público equiparáveis às pessoas jurídicas de direito privado e até mesmo às pessoas físicas. Em alguns casos, observa-se uma severidade maior com as pessoas jurídicas de direito público, como a responsabilidade civil objetiva; e d) o reconhecimento da possibilidade de o Estado agir contrariamente à lei, especialmente relação a outros Estados, ou entidades públicas, e, em relação a coletividades humanas. Apesar das atividades do Estado se submeterem a legalidade que se traduz em agir conforme a lei, sendo a ele lícito fazer somente aquilo que a lei lhe permite expressamente, é de se reconhecer que o Estado muitas vezes age em desconformidade ao direito. Mesmo sabendo que quem age pelo Estado é o agente público, muitas vezes é preciso considerar que a ação se deu por responsabilidade do Estado e não do ser humano.

2 OS ARGUMENTOS DOS DEFENSORES DA INCAPACIDADE CRIMINAL DAS ENTIDADES ESTATAIS

O problema que se coloca como cerne dessa pesquisa é se poder-se-ia atribuir capacidade criminal à pessoa jurídica de direito público, levando em consideração o fundamento da capacidade criminal das pessoas jurídicas de direito privado e os fundamentos da responsabilidade civil objetiva do Estado. Os avanços do Estado de Direito moderno permitem que se atribua capacidade criminal às pessoas jurídica de direito público?

Rothenburg dimensionando o problema afirma: *"Não bastasse a polêmica acerca da admissão da capacidade criminal dos entes coletivos em geral, a resistência é ainda maior em relação às pessoas jurídicas de direito público"* (1997, p. 145).

Entre os autores que argumentaram a tese de incapacidade criminal da pessoa jurídica de direito público, destaca-se, na literatura nacional, Guilherme José Purvin de Figueiredo e Solange Teles da Silva (1998). Na mesma linha desses autores se posiciona Shecaira (1999). Figueiredo e Silva são majoritariamente citados quando se discute a incapacidade criminal da pessoa jurídica de direito público e será focado os argumentos destes autores pois resumem de maneira quase que na totalidade os argumentos contra o reconhecimento da capacidade criminal das entidades estatais:

> Figueiredo e Silva, em brilhante artigo sobre o tema, elencam quatro argumentos como objeção à responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público: a sua sujeição estrita ao princípio da legalidade, o caráter estigmatizante da sanção penal imposta às pessoas jurídicas, a inadequação das penas e a necessidade do atendimento ao interesse público (SILVA, 2003, p. 141).

Conforme os próprios autores (FIGUEIRO; SILVA, 1998, p.11) os óbices que apontam são, especificamente, a sujeição ao princípio da legalidade, o conteúdo ético da condenação criminal e a inadequação das penas. Silva (2003, p. 142) e Rothenburg (1997, p.211-216) acrescem ao elenco a já citada necessidade do atendimento ao interesse público, o que é, também, argumentado por Figueiredo e Silva como uma resposta aos que criticam o tratamento privilegiado a esses entes públicos.

Em relação ao primeiro óbice, afirmam Figueiredo e Silva:

> A interpretação que damos à relação entre a ação administrativa e a norma jurídica não pode deixar de ter efeitos decisivos sobre toda a concepção de tal

> ciência, seus limites e seus próprios métodos. Na administração, afirma-se: o Estado não tem o dever de seguir e de realizar a norma jurídica, mas sim algo profundamente diverso, o Estado tem o dever de satisfazer o desejo e o interesse coletivo. O Direito Administrativo, por isso, difere da Jurisdição — a norma a aplicar ao caso concreto. No confronto de qualquer sujeito (pessoa física ou jurídica), que não seja o Estado, a lei representa sempre uma vontade superior, externa a eles: uma vontade transcendente; ao contrário, para o Estado que age na consecução de seus fins, a lei é sua vontade interna, uma vontade imanente: a sua própria vontade. A administração pública não é um sujeito distinto do Estado, mas é o próprio Estado em ação para alcançar seus fins. Nem por isto se contrasta a opinião comum, segundo a qual a atividade administrativa é função fundamental de vontade. No Estado atual, onde os fins da Administração vêm estabelecidos pelo Direito, as atividades para a sua consecução são aquelas que o Direito descreve ou consente (FIQUEIREDO; SILVA, 1998, p.11-12).

Nesse ponto, os referidos doutrinadores ainda questionam:

> Considerando que um crime venha a ser cometido pelo Estado, a primeira questão que deverá ser solucionada concerne à sua conformação aos termos do artigo 3º da Lei n. 9.605/98, que apenas admite a responsabilidade penal e administrativa se a infração for cometida "por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, **no interesse ou benefício da sua entidade**". (...) Não haveria aqui uma abertura para responsabilizar a pessoa jurídica de Direito Público, uma vez que entidade também é pessoa jurídica de Direito Público? A expressão-chave, aqui, é "interesse ou benefício da sua entidade". (...) Se aceitarmos que o termo "entidade" possa abarcar conceitos complexos como a União, o Estado, do Distrito Federal ou o Município, deveremos perquirir se será possível pensar em consecução do interesse estatal, ou do interesse público, a partir do cometimento de uma infração. Esta contradição se evidencia quando visualizamos a situação à luz dos princípios do Direito Administrativo. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: "na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá -los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela". Não basta, para o deslinde da questão, conseqüentemente, apenas determinar o alcance do termo "entidade", mas, também, perquirir se o Estado poderia beneficiar-se com o cometimento de um crime. Convenhamos que afirmar esta possibilidade será negar o próprio Estado Democrático de Direito (FIQUEIREDO; SILVA, 1998, p.12-13).

Quanto ao óbice do caráter estigmatizante das sanções criminais, Rothenburg (1999, p.146) sintetiza o pensamento dos autores afirmando que apesar de reconhecerem que pode o Estado ser demando em juízo e eventualmente condenado, uma sanção criminal relevaria um paradoxo perigoso, qual seja, o mesmo formulador e garantidor do ordenamento jurídico pode atentar contra ele, sendo rotulado de delinquente. Assim, o maior problema não é submeter o Estado ao processo judicial e sim os efeitos da sanção penal.

O terceiro óbice seria o da aplicação da pena, já que como afirmam os autores:

> Em muitos casos a aplicação de multa ao Estado reverteria ao próprio Estado, não constituindo, na verdade, sanção penal alguma mas simples transferência de créditos orçamentários para diferentes tópicos. No que diz respeito às penas restritivas de direitos elencadas na lei haveria a impossibilidade da suspensão parcial ou total de atividades, pois as pessoas jurídicas de Direito Público devem obediência ao princípio da continuidade do serviço público. Também seria igualmente impensável a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade. A aplicação de tais sanções penais ao Estado — aqui abrangida a Administração Direta, a Autárquica e a Fundacional —, ainda que possível fosse, não poderia ser realizada sem prejuízo para a própria população (FIQUEIREDO; SILVA, P.14-15).

Citam a impossibilidade da penalidade de limitação das funções públicas, o que ofenderia ao princípio da continuidade do serviço público. A impossibilidade de contratar com outras pessoas jurídicas de direito público reverteria em prejuízo para a própria população. As penas de prestação de serviços à comunidade não seria nada mais do que o próprio Estado fazendo o que por mandamento constitucional é seu dever.

Por fim, afirmam a finalidade da pessoa jurídica de direito público, sendo este, o interesse público, o que justificaria por si mesmo um tratamento diferenciado para essas pessoas jurídicas. Sobre esse óbice afirma:

> Ressalte-se, por oportuno, que o tratamento diferenciado que se dá às pessoas jurídicas de Direito Público não decorre de eventual tentativa de privilegiá-las no confronto com o particular, mas da sua finalidade legal, que é a execução da lei e o atendimento pleno do interesse público. Inteiramente acertada, portanto, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que "as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental"(FIQUEIREDO; SILVA, 1998, p.16).

Shecaira, na mesma linha de que as pessoas jurídicas de direito público são diferentes das pessoas jurídicas de direito privado a tal ponto de não poderem ser criminalmente sancionadas afirma:

> Na realidade, não há que se desconhecer as inúmeras diferenças existentes entre o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado, não só no plano fático como no que concerne ao tratamento jurídico que o Direito lhe dá, reconhecendo tais particularidades. (...) Já as pessoas jurídicas de direito público não devem ser punidas, dada sua natureza e em face de não dever o Estado punir-se a si próprio (1999, p. 143-145).

Assim, como se pode notar, o fundamento básico inserido nos argumentos contra o reconhecimento da capacidade criminal das pessoas jurídicas de direito público é a consideração de que há uma especialidade das pessoas jurídicas de direitos público frente as pessoas jurídicas de direito privado que justifique um tratamento diferenciado. Basicamente é esta a ideia que será contraposta nos argumentos que admitem a capacidade criminal das pessoas de direitos público, que será apresentado a seguir.

3 OS ARGUMENTOS PELA CAPACIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Entre os que admitem a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público pode-se citar Rothenburg (1997, 1999), Santos (2001) e Silva (2003), esse último com o argumento de que aceitando a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado (hipótese da qual ele pessoalmente discorda), dever-se-ia aceitar a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público.

Os principais argumentos desses doutrinadores são construídos combatendo os argumentos contrários ao reconhecimento dessa capacidade, especialmente os citados por Figueiredo e Silva (1998) afirmando, após isso, não haver impeditivo legal para a aplicação da sanção criminal à entidade pública.

Observa-se a linha de raciocínio apresentada por Silva:

> Muito embora sejam interessantes e fundamentadas as argumentações de Figueiredo e Silva, pode-se afirmar que suas objeções partem de dois pontos de vistas distintos: o primeiro, relativos à sujeição estrita à legalidade e a supremacia do interesse público, estão nitidamente no campo do dever-ser e não da realidade; o segundo, abrangendo as dificuldades práticas, não se referem exclusivamente às pessoas jurídicas de direito público mas a qualquer empresa. (...) Além de todo o exposto, é de se acrescentar que não se pode criar uma imunidade absoluta para uma classe de pessoas jurídicas se não há impossibilidade normativa ou de ordem prática para a punição – o que justificaria o tratamento desigual – sem se caracterizar ofensa ao constitucional princípio da isonomia. (...) Na verdade, as críticas mais contundentes não são especificas para a responsabilidade criminal do Estado, mas se referem a impropriedade do tema, ou seja, a inovação é, em substância, ofensiva aos princípios penais do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2003, p.142-144).

Assim, o primeiro argumento a ser combatido é o da especialidade das pessoas jurídicas de direito público frente às pessoas jurídicas de direito privado, que, sem ofensa ao princípio

da isonomia, poderiam ter sua incapacidade criminal admitida. Santos, citando Renato de Lima Castro afirma:

> À vista desses dispositivos [Lei n. 9.605/98 e CF/98], leciona Renato de Lima Castro: "O legislador brasileiro não diferenciou, entre as variadas vestes de uma pessoa jurídica, a qual espécie se aplicaria a nova legislação. Onde este não distingue, não compete ao intérprete distinguir, segundo os postulados básicos de hermenêutica jurídica. Neste diapasão, todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que eventualmente venham a praticar fatos delituosos previstos na Legislação Ambiental, através de seus órgãos, poderão integrar o pólo passivo de uma relação jurídica processual-penal" (SANTOS, 2001, p.129).

Para saber se uma discriminação é válida Cruz (2003) utiliza os estudos de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993), para o qual existem algumas desequiparações permitidas, devendo preencher simultaneamente os seguintes requisitos:

> 1º) não atinja de modo atual e absoluto os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica; 2º) haja realmente nas situações, coisas ou pessoas com características ou traços diferenciados; 3º) exista correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção estabelecida; 4º) a distinção estabelecida tenha valor positivo, à luz do que estabelece a Constituição (CRUZ, 2003, p.22).

Como se observa, um tratamento privilegiado à pessoa jurídica de direito público, atentaria contra os requisitos apresentados, pois atingiria de modo atual e absoluto a generalidade da lei, que não faz distinção entre as pessoas. Além disso, inexiste correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção estabelecida. Por fim, essa discriminação não teria valor estritamente positivo, já que há tempos busca-se limitar, controlar e responsabilizar o Estado pelos seus atos. Como afirma Silva (2003, p.142), a indisponibilidade do interesse público está no plano do dever-ser e não da realidade.

Nesse caso, a discriminação existiria na aplicação da sanção, que deveria ser adequada e não no reconhecimento da capacidade. Nesse sentido, Rothenburg (1997, 1999), Silva (2003) e Santo (2001).

Não havendo, portanto, previsão legal de distinção e nenhuma especialidade das pessoas jurídicas de direito público que justifiquem essa discriminação, não há como se afastar do reconhecimento da sua capacidade criminal sem ofensa ao princípio da isonomia.

Em relação ao princípio da legalidade, que está diretamente relacionado com a questão recentemente debatida da isonomia, observa Rothenburg que:

> a legalidade deve ser observada por todos os sujeitos de Direito; no âmbito privado, isso é ressaltado sob o ângulo negativo: ninguém deve descumprir a lei. Especificamente quanto às pessoas jurídicas, haveria a imposição específica de respeito aos limites dos estatutos (contrato social). Ora, a pessoa jurídica pode cometer um ilícito em seu âmbito próprio de atuação como pode cometê-lo atuando além de seu objeto social. Que uma pessoa jurídica (de direito público) deva atuar em estrita observância à legalidade não significa que ela não possa atuar em desconformidade aos parâmetros legais (ROTHENBURG, 2003, p.144).

Proveitoso ressaltar que alguns atos administrativos são discricionários, ou seja, ainda que conforme a lei, dão margem a juízo de oportunidade e conveniência ao Estado, que pode se equivocar ou agir de forma prejudicial.

Em relação ao caráter estigmatizante da pena há de se observar que já é pacifico, como assevera Silva (2003, p.144), a possibilidade do Juiz-estado julgador o próprio Estado, não podendo imaginar que só o fato de se reconhecer o Estado como sujeito criminoso se constituiria em um fator contrário a sua existência ou um paradoxo insolúvel. O caráter estigmatizante recai sobre a ação punível e não sobre o agente, a não ser como efeito reflexo. A ideia, portanto, é estigmatizar o fato e não o autor. Caso contrário, estaria se admitindo uma culpabilidade geral ou social, o seria um contrassenso.

Por fim, resta a crítica quanto a aplicabilidade das penas previstas às pessoas jurídicas de direito público. Nesse ponto, parece assistir razão Figueiredo e Silva (1998), porém, como afirma Silva (2003) essas críticas, também, podem ser dirigidas às pessoas jurídicas em geral. Em sentido similar Rothenburg (1999, p. 147) reconhece que algumas penas seriam inaplicáveis por forte impossibilidade e até mesmo por inoportunidade. Para esse autor, há aquelas penas perfeitamente aplicáveis, como, por exemplo, as penas de multa e algumas outras aplicáveis às pessoas jurídicas específicas, como as autarquias. Todavia, essa questão de ordem prática não atinge a possibilidade de reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica e sim a efetividade de sua responsabilização que pode ser resolvida com a criação legal de novas penas, sem desmerecer a criatividade humana. Volta-se a afirmar que o debate não pode se limitar à lei, ainda que sirva ela de referencial.

Sintetizam-se as principais linhas de argumentação de Rothenburg (1997, p.212), que é entre os autores citados o único anterior a Figueiredo e Silva (1998), mesmo que tenha posteriormente, em 1999, lançado a análise tendo como parâmetros esses autores, como já comentando. Para ele, apesar das dificuldades teóricas de se reconhecer à responsabilidade criminal do Estado deve-se ter em mente que no direito antigo, cidades, colégios, monastérios

e corporações de ofício eram sujeitas criminais ativas. Lógico, que isso, por si só, não justifica o reconhecimento na contemporaneidade.

Mesmo que existam legislações que neguem essa capacidade, como o Código Penal Francês de 1994, a princípio não deve ser negada às essas pessoas a capacidade criminal. Para o autor (ROTHENBURG, 1997, 212) *"condutas faticamente realizadas por seres humanos na qualidade de órgãos ('presentantes') devem ser creditadas ao próprio ente coletivo".*

Continua ele, com o raciocínio, afirmando que a natureza jurídica especial conferida a essas pessoas não deve impedir a sua responsabilização, já que, deve, também, o Estado ser ente ético. Porém, essa especialidade deve influir sim na aplicação das penas.

Conclui, alegando o já reconhecimento da responsabilidade criminal internacional dos Estados como fator para se reconhecer a mesma internamente.

CONCLUSÃO

Por tudo argumentado, e sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público, ainda que, como já mencionado, em bases normativas que exigem mudanças na tradicional teoria do delito.

Não há como sustentar e acolher os argumentos de Figueiredo e Silva (1998). Em primeiro lugar deve se ter, no horizonte, os objetivos do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, que não é nada mais do que a prevenção geral positiva, fundamentada fortemente nas bases do Direito Penal Simbólico. Desse modo, se o direito penal deve dar uma resposta imediata, ainda que mitigando seu caráter ético, o Estado, também, deve ser seu alvo, já que ele deve ser o exemplo maior.

A argumentação da impropriedade da responsabilização penal da pessoa jurídica de direito público não pode se sustentar no Estado de Direito moderno, abarcado pela Constituição Federal de 1988.

A observância ao princípio da legalidade está no plano do dever ser e não o da realidade. Muitas vezes o Estado não age conforme a lei. Isso decorre não só por culpa do agente público, mas, geralmente pela estrutura burocrática interna. No mesmo sentido é preciso pensar que o

Estado nem sempre age no chamado interesse público, ainda que esteja limitado a ele, tal como as empresas que deveriam se limitar ao seu objeto social e muitas vezes dele se distância[1].

O Estado não está a salvo do caráter estigmatizante da sanção penal, mesmo porque, esse deve incidir principalmente sobre a conduta, com a ideia de prevenção e de desencorajar práticas semelhantes, atingido a personalidade do Estado somente subsidiariamente.

A inadequação das penas aplicadas ao Estado pode facilmente ser revertida, dando margem à tão falada criatividade humana e legislativa. Inaplicáveis seriam algumas penas, como a pena de liquidação da pessoa jurídica de direito público ou até mesmo a suspensão delas quando, por exemplo, o ente criminoso for o município. Nesses casos as penas do artigo 24 da Lei n. 9.605/98 e algumas do artigo 22 deveriam ser aplicadas somente às pessoas jurídicas de direito privado. Porém, perfeitamente cabível as penas de multa, prestação de serviços à comunidade, entre outras.

Assim, reconhecendo a existência da capacidade criminal da pessoa jurídica, ainda que em um paradigma diferente da clássica teoria do delito, teoria que melhor se conforma aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, reconhece-se, também, a capacidade criminal das pessoas jurídicas de Direito Público.

O argumento principal, portanto, é que criar uma imunidade absoluta para uma classe de pessoas jurídicas seria uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia, pelas seguintes razões: a) não há impossibilidade normativa ou de ordem prática para a punição, b) não há uma correlação lógica entre as diferenças das pessoas jurídicas e seu tratamento diferenciado e c) não há uma carga valorativa positiva no reconhecimento do tratamento discriminatório.

Por fim, não se admite a hipótese de capacidade restrita a algumas personalidades de direito público, como as autarquias. A argumentação acima elaborada destina a reconhecer a capacidade criminal das pessoas jurídicas de direito público em geral, mas dedica-se especialmente a análise da pessoa jurídica de direito público com capacidade política. Nesse sentido, quem pode mais, pode menos. Sendo as autarquias pessoas jurídicas de direito público que tem todas as características das demais, inclusive o regime de pessoal, exceto sua personalidade política, deve, também, se submeter aos mesmos limites, princípios e controles.

---

[1] Reflita-se sobre seguinte exemplo: as rodovias brasileiras deveriam ser periodicamente mantidas no interesse público do transporte de riquezas. Porém, o governo alega falta de recursos destinando-os para outros setores, que são considerados, também, interesse público. Ainda, mantém, muitas vezes, em seu caixa, reservas, que beneficiam a economia do país, mas provoca grande estrago social. É possível pensar que o Estado não comete atos alheios ao interesse público e de forma a reverter o proveito a si mesmo? Ainda que seja essa decisão, uma decisão política de um agente público, age o mesmo em nome do Estado, conforme, a formação da vontade do ente coletivo, já estudado.

As demais pessoas jurídicas da administração pública indireta, sociedade de economia mista, empresa pública e fundações, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não são objeto desse tópico, e com certeza têm sua capacidade criminal reconhecida nos termos gerais da responsabilização penal e do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Resp 2003/0107368-4. Rel. Gilson Dipp. **Revista Eletrônica de Jurisprudência,** Brasília. Jun, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Crimes Ambientais. HC 2005/0070841-6. Rel. José Arnaldo da Fonseca. **Revista Eletrônica de Jurisprudência,** Brasília. Out, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Resp 2004/0012318-8. Rel. Fêlix Fischer. **Revista Eletrônica de Jurisprudência, Brasília**. Dez, 2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Responsabilização da Pessoa Jurídica. Recurso Ordinário em MS 2003/0113614-4. Rel. Hamilton Carvalhido. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília. Mar, 2006.

BRASIL. **Código Civil.** Lei n. 10.406. República Federativa do Brasil. Diário Oficial. Brasília: 2002.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei n. 2.848. República Federativa do Brasil. Diário Oficial. Brasília: 1940.

BRASIL. **Constituição***:* República Federativa do Brasil – 1988. Diário Oficial - Brasília: 1988.

BRASIL. **Lei n. 12.846/2013**: Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário oficial. Brasília, 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.850/2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário oficial. Brasília, 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.605/98**: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília: 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo.** 5.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIQUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. **Responsabilidade penas das pessoas jurídicas de direito público na Lei n. 9.605/98.** In: Congresso Nacional de Procuradores do Estado, XXIV, 1998. São Paulo.

MELLO, Celso Antônio de Bandeira Mello. Curso de direito administrativo. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MESTRE, Aquiles. **Las personas Morales y su responsabilidad penal:** asociaciones, corporaciones, sindicatos. Trad. César Camargo y Marín. Madrid: Nueva Biblioteca Universal, 1930.

RIBEIRO, Jamir Calili. **Fundamentos jusfilosófico do reconhecimento de capacidade criminal da pessoa jurídica.** In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXVIII, Goiânia, Anais... Florianópolis, CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/xo6v5428>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Considerações de ordem prática a respeito da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Marcos André Couto. Responsabilidade pena das pessoas jurídicas de direito público por dano ambiental: uma análise crítica. In: HERMAN, Antônio; MILARÉ, Edis. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, 2001. Ano 06: Out-Dez. n.24.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica :** de acordo com a Lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica /** Guilherme José Ferreira da Silva. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.