

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

André Guilherme Alves Renner

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CONDUTA FINALISTA À
PESSOA JURÍDICA

Porto Alegre

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

André Guilherme Alves Renner

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CONDUTA FINALISTA À
PESSOA JURÍDICA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva.

Porto Alegre

2017

ANDRÉ GUILHERME ALVES RENNER
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CONDUTA FINALISTA À
PESSOA JURÍDICA

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Porto Alegre, 10 de julho de 2017.

Conceito atribuído:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva
UFRGS
Orientador

Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
UFRGS

Prof. Ana Paula Motta Costa
UFRGS

“Em princípio, ‘a pena é a medida sancionadora mais aflitiva que se possa imaginar, ainda que seu conteúdo material possa ser igual ou análogo ao de outras sanções não-penais’; a pior das sanções, para os maiores males. Nem sempre é assim entretanto, eis que nem sempre os comportamentos mais graves são os incriminados, nem sempre os valores mais caros são os acolhidos pelo Direito Criminal e nem sempre a pena é a mais incisiva das sanções. Esta pode representar simplesmente a forma mais ‘estratégica’ de tutela, o que não exclui seu uso com escopo ideológico, eventualmente desvirtuado. A multa para um milionário ou a privação de liberdade para um miserável que é livre para pouco mais do que mendigar e ser humilhado podem ter sido escolhas apenas porque pareceram as modalidades mais ‘convenientes’ para os fins pretendidos (seja o desestímulo popular, seja o desvio da atenção pública, por exemplo)”.

Walter Claudius Rothenburg, em *A Pessoa Jurídica Criminosa*.

RESUMO

Se é verdade, de um lado, que o Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, adota a teoria finalista da ação, é igualmente verdade que essa teoria, à época de sua concepção, (ainda) tinha como verdadeira a máxima latina *societas delinquere non potest*. Entretanto, a Lei 9.605/98 não revoga, expressamente, quaisquer artigos do Código Penal, embora, por força de disposição expressa, torne aplicável seus tipos penais a pessoas jurídicas.

O constituinte, em princípio – ou supostamente –, consagrou, segundo a maioria da doutrina brasileira, a responsabilidade da pessoa jurídica por crimes ambientais. A Lei 9.605/98, com o objetivo de tornar aplicável essa norma constitucional com eficácia limitada, regulamentou, inclusive, quais seriam as sanções aplicáveis para esse novo sujeito criminoso. O Código Penal não teve qualquer disposição revogada expressamente pela referida lei. Como devem proceder os juristas com duas leis, supostamente, conflitantes? Para resolver o aparente conflito, passa a ser necessário inserir a pessoa jurídica no contexto da sujeição criminal ativa da teoria finalista da ação, adotada pela parte geral do Código Penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITO PENAL. PESSOA JURÍDICA. TEORIAS DA CONDUTA. TEORIA FINALISTA. POSSIBILIDADE. ART. 225, § 3º/CRFB. LEI 9.605/98. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. EFICÁCIA.

ABSTRACT

If it is true, on the one hand, that the Brazilian Criminal Code, after the 1984 reform, adopts the finalist theory of action, it is equally true that this theory, at the time of its conception, (still) had as true the Latin expression *societas delinquere non potest*. However, Law 9.605/98 does not expressly revoke any articles of the Criminal Code, although, by virtue of express provision, it makes its criminal types applicable to legal entities.

The constituent, in principle - or supposedly - consecrated, according to the majority of the Brazilian doctrine, the responsibility of the legal entities for environmental crimes. Law 9.605/98, with the purpose of making this constitutional norm applicable with limited effectiveness, regulated, even, what would be the penalties applicable to this new criminal subject. The Criminal Code did not have any provision expressly revoked by the said law. How should jurists proceed with two supposedly conflicting laws? In order to resolve the apparent conflict, it becomes necessary to insert the legal entity in the context of the active criminal subjection of the finalist theory of action, adopted by the general part of the Brazilian Criminal Code.

KEYWORDS

CRIMINAL LAW. LEGAL ENTITY. THEORIES OF CONDUCT. FINALIST THEORY. POSSIBILITY. ART. 225, § 3º, CRFB. LAW 9.605/98. SUPPOSEDLY CONFLICT OF LAWS. EFFICIENCY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I	12
1 Teorias da Ação Pré-Finalistas.....	13
1.1 O Pré-causalismo	13
1.1.1 A fase hegeliana.....	14
1.2 Teoria Causal-naturalista	16
1.3 O Neokantismo.....	23
2 Teoria Finalista da Ação	27
2.1 Fundamentos Ontológicos e Filosóficos.....	27
2.2 O Conceito Finalista de Ação de Hans Welzel	30
2.3 Efeitos da Teoria Finalista da Ação nos Elementos do Conceito Analítico de Crime.....	36
2.4 Críticas à Teoria Finalista da Ação.....	38
2.5 Avanços da Teoria Finalista da Ação nos Diferentes Tipos de Conduta	41
2.6 O Mérito Finalista	44
PARTE II	46
1 Análise Legislativa	47
1.1 A Constituição de 1988	47
1.2 Lei 9.605/98.....	51
1.2.1 Modalidades de Pena.....	51
1.2.2 A Lei 9.605/98 e o Código Penal.....	53
2 Análise Doutrinária	55
2.1 A Pessoa Jurídica Criminosa	55

2.1.1	Introdução	55
2.1.2	Resumo e Estruturação.....	57
2.1.3	Argumentos Contrários e Favoráveis à Sujeição Criminal Ativa da Pessoa Jurídica	66
2.1.4	Conceitos Instrumentais	77
2.1.4.1	Premissas	77
2.1.4.2	Teorias da Ficção e da Realidade	78
2.1.4.2.1	Teoria da Ficção.....	79
2.1.4.2.2	Teorias da Realidade	79
2.1.4.3	Conceito de Crime e Sujeição Criminal Ativa da Pessoa Jurídica	82
2.1.4.3.1	Ação	83
2.1.4.3.2	Tipicidade e Ilícitude.....	90
2.1.4.3.3	Culpabilidade.....	91
2.1.5	Sujeição Criminal Ativa do Estado e das Demais Pessoas Jurídicas de Direito Público	92
2.2	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica	93
2.2.1	Introdução	93
2.2.2	Resumo e Estruturação.....	94
2.2.3	A Pessoa Jurídica e o Conceito Analítico de Crime	95
2.2.3.1	Conduta	95
2.2.3.2	Culpabilidade	98
2.2.3.3	A Responsabilidade Penal Coletiva	100
2.2.3.4	Requisitos para a responsabilização penal da pessoa jurídica... ..	108
2.2.4	Sanções Penais Aplicáveis à Pessoa Jurídica	109
	CONCLUSÃO.....	114
	REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

Não obstante o (quase) consenso doutrinário a respeito da consagração da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica no Direito brasileiro por intermédio da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda restam dúvidas e polêmicas sobre a sua efetiva aplicação. Com esse intuito, a Lei 9.605/98 foi editada para densificar e materializar o disposto no art. 225, § 3º da Carta Magna – ou, simplesmente, torna-lo aplicável. Não restam dúvidas, entretanto, pela simples leitura do instrumento normativo, que, ou não o fez, ou o fez, mas apenas para gerar ainda mais contradições no ordenamento jurídico.

Se é verdade, de um lado, que o Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, adota a teoria finalista da ação – isto porque existe uma parte bastante minoritária da doutrina que não considera essa premissa como verdadeira, o que, para efeitos deste estudo, será totalmente desconsiderado –, é igualmente verdade que essa teoria, à época de sua concepção, (ainda) tinha como verdadeira a máxima latina *societas delinquere non potest*. Entretanto, a Lei 9.605/98 não revoga, expressamente, quaisquer artigos do Código Penal, embora, por força de disposição expressa, torne aplicável seus tipos penais a pessoas jurídicas.

O constituinte, em princípio – ou supostamente –, consagrou, segundo a maioria da doutrina brasileira, a responsabilidade da pessoa jurídica por crimes ambientais. A Lei 9.605/98, com o objetivo de tornar aplicável essa norma constitucional com eficácia limitada, regulamentou, inclusive, quais seriam as sanções aplicáveis para esse novo sujeito criminoso. O Código Penal não teve qualquer disposição revogada expressamente pela referida Lei. Como devem proceder os juristas com duas leis, supostamente, conflitantes? Para resolver o aparente conflito, passa a ser necessário inserir a pessoa jurídica no contexto da sujeição criminal ativa da teoria finalista da ação, adotada pela parte geral do Código Penal brasileiro. Será possível?

A fim de fugir da teoria finalista, seria necessário que a Lei 9.605/98 criasse um microssistema, apartado, de responsabilidade penal, o qual fosse expressamente ressalvado no Código Penal, que estabelece, em linhas gerais, toda a base da sujeição criminal ativa, a fim de que não pudesse ser suscitada qualquer tipo de contradição. Ocorre, entretanto, que essa não o fez. Ao contrário, ao não disciplinar

ressalvas e, em virtude de aparente incompatibilidade da pessoa jurídica com a parte geral do Código Penal brasileiro, muitos juristas têm dificuldade com a sua aplicação. O Código Penal se aplica às pessoas jurídicas? Em que medida? Ao estabelecer normas aparentemente incompatíveis, a Lei 9.605/98, em seu art. 82, revogou parcela significativa da parte geral do Decreto-Lei 2848/40?

Um tema tão antigo mantém sua atualidade em virtude das diversas tentativas de diferentes teorias da conduta para enquadrar esse ente fictício dentro da perspectiva penal. A dificuldade se dá, segundo a maioria dos autores, pela aparente ausência de nexos psicológico da pessoa jurídica, e, ao mesmo tempo, sua capacidade exponencial de gerar danos à sociedade nunca antes vistos.

Este trabalho, embora mencione tal dificuldade, nela não se baseia simplesmente. Pela estrutura finalista, a conduta, para ser culpável, deve, em primeiro lugar, ser uma conduta, ser típica, e ser ilícita. O objeto deste estudo, diferentemente da dificuldade apresentada pelos autores, está em definir se essa atividade ou ato da pessoa jurídica pode ser considerada uma conduta, para a teoria finalista da ação.

Para alcançar seu objetivo, este estudo será dividido em duas diferentes partes. A primeira trará parte da história das teorias da conduta, explicando, de maneira resumida, cada uma delas, até a finalista. A segunda, será dividida em duas partes: análise legislativa e análise doutrinária. Naquilo que se refere à análise legislativa, será objeto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, isto é, se há previsão da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, e de que forma, e a Lei 9.605/98, suas implicações, suas contradições, e sua insuficiência. Naquilo que se refere à análise doutrinária, em duas obras consistirão seu objeto, feita de maneira minuciosa, argumento por argumento. Os autores foram escolhidos pela sua importância, e também pela época. Se o objeto do trabalho é justamente buscar os impactos da lei que dispõe sobre os crimes ambientais em relação ao Código Penal, ou seja, a necessidade de enquadrar a pessoa jurídica na teoria finalista da ação, adotada pelo Decreto-Lei 2848/40, a época desse impacto deve ser respeitada na escolha das obras.

Embora pouco prática a abordagem, essa se fez necessária. Os autores escolhidos possuem referências bibliográficas parecidas, citam as mesmas teorias e até têm argumentos parecidos, o que justificaria uma abordagem única com a citação oportuna de cada um referente a cada tópico. Entretanto, as justificativas e a abordagem de cada autor são totalmente diferentes, possuindo suas obras tópicos

diferentes e divididos de maneira também muito diferente. Com linhas de raciocínio tão diferentes, embora com argumentos parecidos, não é possível criticar ou rebater, em momento único, opiniões tão díspares a respeito do resultado pretendido (que, em muitas vezes, é o mesmo).

Embora possa parecer falta grave, não será feita análise jurisprudencial. Ao objeto do presente estudo, entretanto, mostra-se despicienda. Nos tribunais, a aplicação da Lei 9.605/98 e seus impactos no Código Penal brasileiro (principalmente quanto ao conflito aparente de normas) são pouco discutidos. A justificativa para a aplicação cega, muitas vezes, não é a lei em si, mas uma teoria estrangeira, não aplicável diretamente por faltar pressuposto legal que autorize, ou até mesmo uma fundamentação baseada no perigo e na importância do bem jurídico, o que, como será visto, não é o fundamento da teoria adotada pelo Código Penal.

O objeto principal deste estudo, portanto, é a possibilidade de aplicação da teoria finalista da ação à pessoa jurídica e, em caso negativo, como a doutrina vê possibilidade na aplicação – e de que forma – da Lei 9.605/98, em aparente contradição com a lei penal vigente. Neste trabalho, entretanto, incluem-se breves análises legislativas, e até mesmo de outros elementos do crime que não a conduta – principalmente a culpabilidade –, mas de maneira eventual.

PARTE I
A TEORIA FINALISTA DA CONDUTA

1 Teorias da Ação Pré-Finalistas

1.1 O Pré-causalismo

O período do pré-causalismo, teoria vigente no século XIX, era conhecido por não ter um tratamento isolado de crime em seus manuais, podendo ser citados como exemplos os autores Feuerbach e Carrara. Embora não tratado como um conceito apartado ao de crime, Feuerbach referiu a ação como “uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal”¹, ou seja, não como um elemento autônomo, apenas como parte componente do elemento objetivo de crime.

Feuerbach dividia o delito em dois aspectos: exterior, que compreendia “distintas formas de causalidade (efetividade) da ação acerca do resultado”²; e interior, consistente nas “diferenças na causa interna (psicológica) da própria ação”³. É provável que esta definição tenha a ver com a sua visão de crime em uma ação, não como uma dinâmica ou execução, mas um momento da realidade (um estado), que o legislador resgata e associa a uma sanção. Desta forma, o crime, nas palavras de Guaragni, “parece ser percebido de forma mais estática, porque centrada no resultado e concebida mediante uma análise *ex post factum*”⁴.

Em oposição a Feuerbach, mas dentro de uma mesma linha pensamento na qual a ação, em si, não era um conceito apartado do crime, Carrara lecionava que o crime era um ente jurídico, em que a “ideia de delito é uma ideia de relação, isto é, a relação de contradição entre o ato do homem e a lei”⁵. Até hoje esse conceito de Carrara é utilizado na noção de ilicitude formal, atribuindo-lhe o nome de “conceito formal de crime”.

O pré-causalismo também é conhecido como Teoria da Imputação, isto porque o que realmente importava saber quanto ao agente é se o resultado lesivo de um

¹ Von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal comum vigente en Alemania**, p.64.

² Idem, p.75.

³ Idem, ibidem.

⁴ Guaragni, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**, p. 57.

⁵ Carrara, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Parte general. Vol. 1, p. 63-69.

acontecimento contrário à lei poderia, ou não, ser-lhe imputado. Neste período, a atribuição da existência de um crime consistia em duas etapas: *imputatio facti* e *imputatio juris*.

Imputatio facti, ou a imputação do fato, consistia em duas etapas: verificação da ligação física (por isso esta fase ficou conhecida por “força física” pelos italianos) entre a conduta do agente e o resultado (nexo causal), determinando-se, ou não, a decorrência; constatava-se, ou não, a existência de um vínculo mental (denominado pelos italianos de “força moral”) entre o agente da conduta e o resultado (nexo psíquico). A *imputatio juris*, por outro lado, consistia em etapa única: confrontação direta do ordenamento jurídico em relação ao ato imputado. Haveria crime, então, se houvesse previsão para o fato imputado ao agente.

Uma crítica que pode ser facilmente delineada neste período é o fato de que, com um conceito formal de crime, e a conduta não constituindo um elemento pré-típico autônomo, e, portanto, um limite à atividade legislativa, o que se tinha era uma legitimação cega do legalismo, com total independência de seu conteúdo ou substrato social.

1.1.1 A fase hegeliana

Apesar de utilizada pelos alemães, as teorias italianas estavam sendo, contemporaneamente, parcialmente superadas. Neste ponto, pode-se citar Luden, que, em 1840, já definia o crime sistematicamente em: “1) um fenômeno delitivo, provocado por uma ação humana; 2) antijuridicidade desta ação; 3) qualidade dolosa ou culposa desta ação”⁶. Pode ser vista, aqui, clara distinção entre a ação e o crime, sendo a primeira um elemento autônomo em relação ao segundo. Desta matriz, surge a ação humana como autônoma na teoria do delito, e a primeira concepção de ação autônoma trabalhada no Direito Penal é a de Hegel.

Hegel assim definia: “a expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação”⁷. Desta forma e neste contexto, pode ser observado que a ação era algo imputado ao autor, compondo-se: do movimento físico, do resultado, da ligação entre este movimento e o resultado (nexo causal) e da ligação mental entre o autor do

⁶ Conforme Roxin, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Parte general, p. 236

⁷ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**, p. 116, § 113.

movimento e o evento produzido no mundo exterior. Desta forma, a ação era coberta pelo querer, ficando fora da ação a realização exterior não desejada (e também aquilo que queria, mas que não tinha realizado).

É comum referir que, nesta fase, a ação mantinha identidade com a culpabilidade, já que sem o vínculo psicológico (subjetivo), matriz da culpabilidade, não haveria ação (isto significa que só havia ação dolosa!).⁸ Roxin observa, ainda, que Hegel teria derivado um *direito de vontade*, dentro do que se poderia “... reconhecer seu ato unicamente como ação sua, e ter na culpabilidade somente aquilo que sabe de seus pressupostos em sua finalidade, o que disso havia em seu dolo. O ato só pode ser imputado como culpabilidade da vontade”.⁹

Por existir esta completa confusão entre o conceito de ação e o de culpabilidade (ou a absorção da culpabilidade pela ação), inimputáveis seriam incapazes de agir, mostrando-se insuficiente toda vez que há pessoas com patologias que afetem a vontade. Ainda, a imputação é o centro da teoria, enquanto a ação, em si, é colocada de lado: a teoria hegeliana fixa parâmetros para a imputação, e como decorrência disso, descobre a ação como exteriorização de uma vontade moral. Para definir a ação, é necessário criar uma teoria da ação, e não da imputação da ação!

Além disso, essa teoria da “ação” não abarca nem a omissão e nem os crimes culposos, pelo fato de que o que é levado em consideração é aquilo que é imputado ao autor. Para finalizar o ponto, necessário, ainda, referir que, pelo fato de o que ser levado em consideração é a imputação de algo a alguém (e não da sua ação em si, mas do resultado), ou seja, não existir uma teoria da ação, mas uma teoria da imputação que resulta em uma ação, é possível legitimar sistemas autoritários de Direito Penal, tornando-a extremamente perigosa.

É justamente pela confusão entre a culpabilidade e ação que, no final do século XIX (por volta de 1880), ganha força o modo de pensar naturalista, que possui pretensões classificadoras e sistematizadoras mais claras. Ocorre, a partir de então, a substituição de uma concepção hegeliana de direito como “expressão de sentido” por outra, que concebe como “acontecimento externamente perigoso” para bens jurídicos.

⁸ Jaén Vallejo, Manuel. **El concepto de acción em la dogmática penal**, p. 20.

⁹ Roxin, C. Op., cit., p. 235-236.

1.2 Teoria Causal-naturalista

Antes de mencionar em detalhes a teoria causal-naturalista, desenvolvida a partir da década de 1880, é necessário mencionar a corrente filosófica do pensamento positivista naturalista, haja vista que é nela que essa teoria firma seus principais pilares filosóficos, sendo desenvolvida, portanto, por influência dessa.

Segundo a filosofia positivista naturalista, a ciência era aquilo que poderia ser demonstrado como verdadeiro, orientada pelas ciências exatas e naturais. Desta forma, por ser a única forma de conhecimento “válido” da época, outras áreas como a metafísica, e até mesmo o próprio direito, não tinham valor algum, por não poderem ser considerados como científicos. Segundo Guaragni, a adoção dessa filosofia faz com que todas as ciências do espírito, dentre as quais está o Direito Penal, “com base em acordos interpessoais (jurídicos, culturais propriamente ditos, sociais, linguísticos ou outra qualquer forma de amarrá-los) que propõem o *dever ser* – daí a expressão ciências do *dever ser*”.

É por esse exato motivo (não perder o *status* científico) que o Direito Penal se adaptou: reduziu tudo, sistematicamente, a uma relação de causa e efeito. O crime passa a ser visto como um fenômeno social, coberto por determinismo sociológico (isto é, uma premissa de que qualquer que estivesse naquela mesma situação, passaria a delinquir), ideia central da sociologia criminal de Enrico Ferri, e desenvolvida por Cesare Lombroso, no clássico *L'umo delinquente*, muito embora em outra vertente (a do determinismo antropogenético, ou antropologia criminal, uma ciência afim do direito penal), no qual a tendência à prática criminosa estaria definida por padrões genéticos.

Em ambas as vertentes, algo havia em comum: a negação do livre arbítrio, isto é, da capacidade de escolha humana, visto que estavam condicionadas social ou antropogeneticamente. Reduziu-se o crime a um fenômeno social ou patológico (conforme a vertente adotada), resultando na gênese da criminologia clássica. É importante referir, ainda, que não só o crime, em si, foi reduzido a uma relação de causa e efeito, mas também a própria conduta humana, que é o objeto deste estudo.

Feita esta introdução à filosofia positivista naturalista, passa-se então a adentrar mais propriamente no conceito de crime e de conduta para a teoria causal-naturalista.

Franz von Liszt, um dos autores emblemáticos desta teoria, já utilizava uma definição analítica de crime, conceituando como “conduta antijurídica, culpável e punível”¹⁰, entretanto seu sistema analítico diferia o ilícito penal de outros por meio da punibilidade, o que foi modificado, posteriormente, em 1906, por Beling, o qual, ao contrário, já no início do método, consultava se a conduta estava descrita no tipo, isto é, a adequação do fato ao tipo meramente descritivo (por isso chamou-se sua teoria de “teoria do tipo avalorado”).¹¹ A conduta, então, deveria ser submetida à constatação da ilicitude (puramente objetiva), e culpabilidade (subjéctiva), consistente em atribuições de valores negativos.¹² A contribuição de Beling resultou, então, em um conceito analítico diferente: “conduta humana típica, antijurídica e culpável”.¹³

Ainda hoje é utilizado o conceito analítico de crime de Liszt e Beling, entretanto o conteúdo de cada um dos seus componentes foi bastante alterado pela evolução da dogmática penal. De qualquer sorte, restou-se inalterada a bipartição estrutural objetiva-subjéctiva do século anterior: a parte objetiva, composta pela conduta, tipicidade e ilicitude, consistia em uma causalidade física, ofensiva a um bem jurídico; e a parte subjéctiva, composta pela culpabilidade, consistia em um nexó psíquico entre o agente da conduta e o resultado.

Analisado o conceito causal-naturalista do crime, faz-se necessária a análise que mais interessa ao presente trabalho: a de conduta (humana). Apenas a título introdutório, perceber-se-á a presença de elementos científicos até então estranhos ao direito, justamente para tentar restabelecer o *status* científico para essa disciplina,

¹⁰ Von Liszt, Franz. **Tratado de direito penal alemão**, p. 183.

¹¹ Beling, Ernst von. **Esquema de derecho penal**, p. 61.

¹² Prefere-se a utilização de “valores negativos” ou “valoração negativa” ao termo consagrado “desvalor” (ou ao verbo “desvalorar”, comum na terminologia jurídico-penal para designar tal situação). A utilização do termo preferido, embora em nada interfira no sentido da expressão, entende-se mais clara, haja vista que o prefixo de origem latina “des”, segundo os dicionários Houaiss e Aurélio (ambos em suas respectivas versões eletrônicas), refere-se a uma negação, oposição ou falta, como em “desabrigo”, “desconfiança” e “desleal” (falta de abrigo, confiança e lealdade). Se utilizada indiscriminadamente, ou seja, sem cuidado, pode ser confundido facilmente com o prefixo de origem grega “a”, utilizado somente com sentido de privação, como “amoral” (privado de moral). Entende-se que um conceito “avalorado”, como utilizado anteriormente para definir a teoria do tipo de Beling, está muito bem delineado semanticamente, pois o que se quer dizer é que trata-se de um conceito privado de valor. Entretanto, ao mencionar a palavra “desvalor”, sua expressão semântica é vaga, pois assim poder-se-ia estar se referindo à falta de valor ou à negação de valor, sentidos absolutamente incorretos. Ainda, não se entende precisa a expressão “desvalor”, mesmo quando se refere ao “contrário de valor”, visto que, para que haja um valor negativo, a valoração, em si, é necessária. Desta forma, não se acredita estar referindo propriamente ao contrário de valor, mas sim a uma valoração de cunho negativa.

¹³ Há de se explicar por que a punibilidade foi extinta do conceito de crime, embora isso não faça, propriamente, parte do objetivo específico do trabalho. A punibilidade, para Liszt, tinha a função seletivo-descritiva de condutas, ou seja, uma função de identificar a ilicitude penal, que passou a ser desempenhada pela própria tipicidade. Essa função (seletivo-descritiva) ainda hoje se preserva.

cuja falta, até então, de demonstrabilidade de conceitos, “rebaixava” as ciências penais ao mesmo nível da metafísica. Desta forma, a uma relação de causa e efeito foi reduzida a própria conduta, como uma consequência lógica da própria filosofia da época.

Antes da análise detida do conceito de ação causal-naturalista, uma breve citação de Franz von Liszt:

“Ação é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem (...). Destarte são dados os dois elementos, de que se compõe a ideia de ação e portanto de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos, deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1) quando a mudança foi causada voluntariamente; 2) quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e consequentemente do crime”.¹⁴

Na mesma obra, Von Liszt define a comissão como “*cassação do resultado por um ato de vontade*”,¹⁵ e o ato como “*movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos*”.¹⁶ Como reforço, diz mais adiante:

“Consequentemente o resultado deve ser produzido (ou causado) pelo movimento corpóreo; este e aquele devem estar entre si, como ordinariamente se diz, na relação de causa e efeito, em conexão causal. Dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pode supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo por que de fato ocorreu). Se o nexa entre o movimento corpóreo é a causa do resultado, que este é o efeito daquele, isto é, aplicamos à relação do movimento corpóreo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento”.¹⁷

Desta forma, a conduta era definida como “*movimento corpóreo voluntário*”,¹⁸ como tensão muscular “*determinada não por coacção mecânica ou psycho-physyca, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores*”,¹⁹ figurando como causa de um efeito. Desta forma, “*mudança no mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos resultado da comissão ou omissão*”.²⁰

O que pode ser destacado dos elementos conceituais, e é particularmente importante no que se refere ao trabalho em questão, é que o primeiro deles é o movimento corpóreo humano, fundando o jargão jurídico *societas delinquere non post*,²¹ ou seja, a impossibilidade de a pessoa jurídica delinquir, necessariamente

¹⁴ Von Liszt, E. Op. cit., p. 183.

¹⁵ Idem, p. 198.

¹⁶ Idem, ibidem.

¹⁷ Idem, p. 200-201.

¹⁸ Idem, p. 198.

¹⁹ Idem, ibidem.

²⁰ Idem, p. 194.

²¹ Idem, p. 190-192.

sendo praticado o crime apenas por seus representantes. Entretanto, o pressuposto da conduta humana também é importante para que o direito penal não se ocupe de movimentos corporais de animais, assim como objetos inanimados, ou até mesmo punir a mera cogitação criminosa (*cogitationis poenam nem patitur*, ou seja, o mero pensar, sem exteriorização, é impunível).

Ainda, no sistema analítico de Von Liszt, associava-se ao movimento corpóreo a voluntariedade, conforme visto anteriormente, o que, evidentemente, poderia ser alvo de críticas no sentido de que essa conduta não era assim tão objetiva. Como já visto, no sistema Liszt-Beling, havia uma divisão clara e intransponível de aspectos objetivos (tipicidade e ilicitude) e subjetivo (culpabilidade), e a conduta humana estava situada no primeiro. Todavia, isso assim se dava para que, embora esvaziado o conceito de voluntariedade, a conduta atuasse como elemento-limite, dotado do menos possível de subjetividade. Explica, nesse sentido, Von Liszt:

*“A voluntariedade na comissão ou na omissão não quer dizer livre-arbítrio no sentido metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psicofísica. Não se dá ação por parte daquele que, em um ataque de convulsão, danifica objetos alheios ou que, em razão de uma síncope, não pode cumprir o seu dever; não se dá ação por parte de quem é coagido pelo poder físico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”.*²²

Em suma: a conduta humana era um movimento corpóreo voluntário (não a modificação, o próprio movimento²³ – a causa deveria ser voluntária, e não o seu efeito), causador de modificação no mundo exterior. A finalidade do agente, todavia, com o movimento corpóreo não era levada em consideração pelos causalistas naturalistas naquilo que dizia respeito à conduta. Ainda, a voluntariedade deveria ser livre, consistindo, à época, a coação moral irresistível em extinção da própria conduta.²⁴

Resta saber: qual a importância da finalidade do movimento corpóreo? Por conta de seu caráter subjetivo, esta situava-se dentro da culpabilidade (que era, à época, o nexo psíquico entre o agente e o resultado). Sobre isso, Von Liszt:

“A representação que triunfa chamamos motivo. (...) É possível que a representação do resultado não tenha surgido no seu espírito ou que ele a desviasse; mas pode ser também que o agente previsse o resultado, ou

²² Idem, p. 197.

²³ Jaén Vallejo, M. Op. cit., p. 23: “*En palabras de Beling: para constatar que estamos frente a una determinada acción es suficiente si el autor há actuado o no voluntariamente. Que es lo que quería es irrelevante a este respecto*”.

²⁴ Conforme o modelo atual de nosso Código Penal, a coação moral irresistível, segundo o art. 22, exclui a culpabilidade.

*mesmo que essa previsão tenha sido o motivo (motivo impulsivo) do movimento corpóreo. Da previsão do resultado origina-se a ideia de dolo”.*²⁵

Desta forma, originava-se o dolo como uma forma de culpabilidade:

*“Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva (...) a culpa supõe: 1) a imputabilidade do agente (...); 2) a imputação do resultado. Esta se dá (a) quando o resultado foi previsto (dolo...); (b) quando o resultado não previsto podia sê-lo (culpa em sentido estrito...)”.*²⁶

A conduta causalista, ainda, englobava, dentro de seu conceito, a noção de nexos causal, isto é, operando-se a sua exclusão caso o não houvesse nexos entre o movimento corporal e o resultado. O resultado (alteração no mundo exterior, um fenômeno sensorialmente perceptível), da mesma forma, integrava o conceito de conduta. Como, naquela época, não operava, a noção de tipicidade, o fenômeno em si, para que fosse levado em consideração, deveria ter a consulta de uma “cominação penal”. Por esse motivo, Von Liszt não acreditava que pudessem haver crimes formais, já que toda conduta, para ele, gerava um resultado exterior.²⁷

Expostos os principais pontos acerca da teoria causalista da conduta, faz-se necessário expor, também, seus pontos críticos, a começar pela sua incompatibilidade com os crimes omissivos. Por uma mera análise linguística das palavras, já podem ser notados alguns problemas em relação ao conceito de ação delineado por Von Liszt e o significado semântico da palavra omissão. Se a omissão é “não fazer”, também é “deixar de movimentar-se”. Se levado para a significação literal, dizer-se-ia que, tendo em vista que a ação é o “movimento voluntário humano”, a ausência de movimento jamais caracterizaria uma ação, logo, jamais consistiria em conduta criminosa.

Foi intensa a tentativa dos causalistas em colocar, sob um mesmo manto, a omissão e ação, imbuído, logicamente, pelo pensamento da época, com método empírico. Beling chegou a mencionar em sua obra que a omissão era: “*um ‘não fazer’ (...) isto é, distensão dos músculos*”²⁸ (essa evidência fisiológica, como já visto, era bastante comum).

Von Liszt chegou a se contradizer na tentativa de colocar, sob um mesmo prisma, a ação e a omissão, como mostram as seguintes citações:

²⁵ Von Liszt, F. Op. cit., p. 198-199.

²⁶ Idem, p. 249-250.

²⁷ Idem, 195. Inclusive os crimes de perigo, para Von Liszt, geravam um resultado sensorialmente perceptível, considerando-os como crimes materiais, já que, na sua concepção, os crimes formais não poderiam existir.

²⁸ Beling, E. V. Op. cit., p. 20: “... ya en un ‘hacer’ (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar etc., ya em un ‘no hacer’ (omisión), ello es, distensión de los músculos”

“Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que esperado. Não dizemos de uma pessoa que nos deixou de saudar, de visitar, de convidar, se não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite”.²⁹

“O direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a obrar. Non facere quod debet facere (...)”.³⁰

A contradição de Von Liszt, nesse ponto, é clara: o causal-naturalismo definia a conduta como um fenômeno natural, e não existem deveres jurídicos (que definiriam a omissão injurídica, para Von Liszt) no mundo pré-jurídico. Como poderia ser uma omissão jurídica ou injurídica, no sentido de que não existem deveres jurídicos pré-jurídicos? A omissão, então, não seria um fenômeno natural, mas um fenômeno jurídico? Se estão sob um mesmo manto, como poderia, então, sustentar a conduta – “causação ou não evitação de uma modificação (de um resultado) do mundo exterior mediante uma conduta voluntária” –³¹ como sendo um fenômeno natural?

A segunda grande crítica tecida à teoria causal-naturalista, também relacionada à omissão, era a presença do nexos causal dentro do conceito de conduta. Assim como autor da omissão de socorro não gera, por si, o resultado morte da vítima, a omissão, por si, não gera o resultado no mundo exterior. Von Liszt deu-se conta disso: *“E, na verdade, devemos convir em que, rigorosamente considerado, o resultado produzido não é em caso algum causado pela omissão em si, mas sempre pelas forças naturais que exercem a sua atividade colateralmente à omissão”.³²*

Se negada a existência da relação de causa e efeito pelo próprio Von Liszt, no que se refere ao nexos de causalidade da omissão, como sustentar o natural-causalismo, haja vista ser essa uma das suas principais características? Se assim o é, nem toda conduta exige a implicação de um resultado físico ou do nexos de causalidade, derrubando um dos conceitos-chaves de toda a teoria.

Não bastasse, Von Liszt admitia que o legislador abstraísse *“aparentemente de um resultado ulterior que na verdade ele tem em vista”*,³³ aceitando que houvesse, portanto, um crime com a abstração do resultado (em completa aniquilação do nexos causal), não correspondendo à concepção de conduta para o causalismo.

²⁹ Von Liszt, F. Op. cit., p. 208.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Conforme Roxin, C. Op. cit., p. 237: *“... Liszt llegó posteriormente a formular otra descripción algo distinta: ‘acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria’.*

³² Von Liszt, F. Op. cit., p. 212.

³³ Idem, p. 189.

Outra crítica realizada à época dizia respeito à análise do “motivo” (assim denominado por Von Liszt) estar inserida na culpabilidade. Segundo os críticos,³⁴ tratava-se de uma irracionalidade cometida apenas em prol da pureza do sistema bipartido em objetivo e subjetivo. De fato, a inserção de um aspecto subjetivo na conduta faria com que a pureza do sistema ficasse comprometida, mas também é certo que a finalidade da conduta estar inserida somente na culpabilidade torna irracional a análise de um crime tentado, por exemplo. Metodologicamente, teríamos que analisar a culpabilidade (último elemento analítico do crime), para depois voltarmos à tipicidade (segundo elemento) para então realizarmos a subsunção. Embora seja uma crítica meramente formal, indubitavelmente não carece de razão quanto à irracionalidade deste método.

Ainda, essa mesma pureza do sistema causalista não era compatível com a legislação vigente na época, que previa (como ainda prevê) elementos subjetivos no tipo, causando a mesma inconveniência de ter que retornar à tipicidade depois da culpabilidade para poder realizar a subsunção. Quanto aos crimes culposos, não havia correta função seletiva pela conduta, haja vista que, sem saber a finalidade ou os aspectos subjetivos do agente, dificilmente poderia ser descartada, visto que é a finalidade que define os deveres de cuidado.³⁵

Uma última crítica, ainda, que se faz necessária, é a consequência da objetividade da tipicidade no sistema puro bipartido do causalismo era a objetividade das próprias excludentes de ilicitude. Isto significa, acaso não se percebeu de imediato, que a consciência do real estado de necessidade, no momento da prática da conduta típica, não era necessário, bastando que se provasse *a posteriori* a sua existência objetiva.

Procedentes as críticas ou não, todas aquelas fundamentadas na pureza do sistema bipartido de Liszt-Beling poderiam ter sido facilmente evitadas. Explica-se: o sistema já não era puro, haja vista que o próprio Von Liszt afirmou existir a “voluntariedade”, um elemento, sim, subjetivo dentro da conduta. Por menos subjetivo que fosse, tal elemento ainda o era, ao menos no que diz respeito à conduta (e não ao resultado, como visto). Essa “impureza” dentro de um sistema analítico muito bem desenvolvido foi permitida por uma só razão: tornar possível a realização da função

³⁴ Welzel, Hans. **Derecho penal alemán**, cit., p. 40: “Por eso la finalidad es – dicho de forma gráfica – ‘vidente’, la causalidade, ‘ciega’”.

³⁵ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal**, p. 429.

seletiva (de elemento-limite) da conduta. Do contrário, estariam os causalistas cometendo o mesmo erro de seus antecessores. Se a função foi mal desempenhada (como dizem muitos autores, principalmente em relação aos crimes culposos), isto certamente não faz parte do escopo deste estudo.

O que deve ser dito, entretanto, é que certamente falhou como elemento garantista. O legislador poderia punir causações físicas de resultado, de maneira unicamente objetiva: o ser humano ficava reduzido, sim, a mero causador de resultados lesivos a bens jurídicos. A garantia individual para que o ser humano pudesse ter a sua conduta incriminada levando em consideração, também, seu aspecto subjetivo, tornando mais limitada a atuação do direito de punir do estado, para a construção do tipo, simplesmente não existia.

O fracasso causalista levou os doutrinadores a buscar um novo paradigma filosófico, de cariz normativista, mantendo, ainda, alguns postulados do sistema clássico. Estar-se-á falando, a partir de agora, na fase denominada como neokantiana.

1.3 O Neokantismo

A teoria sucessora da causal-naturalista foi marcada por uma grande mudança de paradigma filosófico, o que refletiu, sem dúvida, em todos os elementos do crime. A causa e efeito da concepção clássica naturalista de crime de Liszt-Beling foi substituída por uma concepção estruturada axiologicamente.

Em virtude de não serem objeto deste trabalho nem a tipicidade, nem a ilicitude e nem a culpabilidade, falar-se-á sobre esses de maneira bastante geral e a título exemplificativo. A tipicidade passou a aceitar elementos subjetivos, embora permanecesse, em sua maioria, cercada por objetividade (a exemplo do quadro atual: nos tipos penais, embora em sua maioria cercados por características objetivas, há, sim, algumas subjetivas). A ilicitude foi desenvolvida dentro de uma concepção material (haja vista que a própria concepção filosófica, agora, era guiada buscando os fins do próprio Direito Penal), como uma ideia de “danosidade social”³⁶, impulsionado por Max Ernst Mayer com a teoria das normas de cultura.³⁷ A culpabilidade passou a

³⁶ O conceito é contribuição de Jeschek, segundo Guaragni.

³⁷ Esta teoria pressupunha que o fato só poderia ser considerado antijurídico se estivesse em contraste com as concepções éticas, sociais e políticas dominantes.

ser composta de elementos psicológicos e normativos, abandonando a noção anterior de que se resumia a mero nexu psicológico, passando, então, a ser entendida como reprovabilidade ou censurabilidade do agente em virtude do ato.

Apesar de a mudança no paradigma filosófico ser grande, a estrutura do conceito de crime, embora com algumas alterações em seus elementos, continuava a mesma: bipartida em objetivo e subjetivo; dolo permanecendo na culpabilidade, que continuava, quase que exclusivamente, com elementos subjetivos; e a conduta, tipicidade e ilicitude, em sua grande maioria, permaneciam com elementos objetivos. Vistas, de maneira breve e geral, as mudanças nos elementos, aprofundar-se-ão as mudanças quanto o paradigma filosófico.

Enquanto o paradigma anterior era baseado no mundo do ser, o neokantismo estava enraizado no dever ser, isto é, em valorações, extirpando a visão do crime como um fenômeno puramente natural, ou uma simples relação de causa e efeito. Isto significou trazer o Direito Penal “de volta” às ciências do espírito (ou culturais), com um método adequado, sem que isso significasse perda do caráter científico. A nomenclatura dada ao “Neokantismo” possui uma óbvia referência a Kant, isto porque, em sua obra *Crítica da razão pura*, defendia que a “razão pura deve indicar o conhecimento que não vem através dos nossos sentidos, mas é independente de toda a experiência sensorial”:³⁸ se o conhecimento não vem através dos nossos sentidos, deve-se abstrair do método empírico para obter o verdadeiro conhecimento. Por esse motivo, descarta-se o empirismo do causal-naturalismo e recorre-se à compreensão do objeto por outro método.

A partir do método de Kant, percebeu-se que o método de valoração para compreensão do objeto era mais adequado às ciências do espírito (do dever ser), enquanto o método empírico era mais adequado às ciências naturais (do ser). Entretanto, essa distinção tornou-se rígida em demasia: os “universos”, para a corrente da época, eram incomunicáveis, visto que possuíam método próprio. Isso fez com que o neokantismo retirasse dos elementos do crime aquilo que correspondia às ciências do ser, isto é, retirar qualquer vínculo com a realidade material.

³⁸ Durant, Will. **A história da filosofia**, p. 255. A citação não é de Kant, como pode ser visto, mas sim uma reflexão do filósofo Will Durant a respeito de sua obra, que se entende correta.

A conduta humana, então, para essa corrente, deveria ser compreendida e valorada,³⁹ não importando, de maneira alguma, o que ela era diante dos sentidos. Tal tratamento diferenciado do conceito de conduta levou os neokantistas a duas diferentes respostas: a sua prescindibilidade ou como atuação da vontade humana.

A primeira, portanto, consistiu em negar a autonomia da conduta, sendo essas compreensíveis e valoráveis pelo Direito Penal apenas como referência: somente interessariam as condutas selecionadas pelo tipo, e esse, sim, deveria ser objeto de estudo. Em outras palavras: a conduta humana não mais interessava ao Direito Penal enquanto um fenômeno natural, apenas como conduta valorada negativamente, selecionada pelo tipo penal. Desta forma, resolveu-se, à época, a discussão a respeito da ação e omissão estarem abrigadas dentro de um mesmo manto, consistindo em conceitos opostos. Para a época, não havia qualquer necessidade de descrever a conduta, visto que fazia parte do mundo do ser, do mundo da natureza.

A segunda, diferentemente, a fim de manter a conduta humana como ponto de partida para a análise do crime (filtro inicial com função seletiva), foi construir o conceito mais genérico possível (também desprovido de características da realidade), suficientemente abrangente para abarcar tanto a ação como a omissão. Tais conceitos assim o eram para se afastar de uma concepção naturalista, devendo ser compreendido e valorado segundo os métodos preconizados pelas ciências do dever ser. Importante salientar o caráter meramente simbólico e decorativo que o conceito de ação tinha naquele contexto, portanto. Além disso, a vontade (isto é, o motivo da conduta), sua finalidade, ainda estava situada na culpabilidade, algo que, conjuntamente com a bipartição objetivo-subjetivo, na realidade, em quase nada se distanciava dos mesmos vícios incorridos pela corrente anterior.

É bem verdade que uma terceira concepção existia à época, também muito influenciada pelo paradigma filosófico neokantista, fundadora da primeira das teorias que posteriormente seriam chamadas de sociais. Aqui está sendo feita uma referência ao conceito de conduta de Eberhard Schmidt (conduta voluntária em relação ao mundo externo social).⁴⁰ Como não é do escopo deste trabalho analisar qualquer

³⁹ Como anteriormente visto, este mesmo processo aconteceu com os outros elementos do crime. A título exemplificativo: a ilicitude deveria ser compreendida e valorada como dano social, a culpabilidade deveria ser compreendida e valorada como reprovabilidade ou censurabilidade do autor.

⁴⁰ Conforme Roxin, C. Op. cit., p. 244.

teoria posterior ao finalismo (hoje adotada no Brasil), esta terceira concepção não será analisada.

Analisado o conceito de conduta para a teoria neokantiana, impende analisar seus pontos críticos. É bem verdade que o neokantismo deu muita liberdade doutrinária ao desvincular o Direito Penal de categorias pré-jurídicas, haja vista sua ideia central de orientar os elementos do crime segundo valores, dando força criadora ao dogmatismo e implicando em uma extrema ausência de uniformidade no tratamento de questões penais. Além disso, a total separação entre o ser e o dever ser como dois campos intocáveis do conhecimento dava gênese a um direito penal completamente dissociado da realidade. Ora, como poderia um sistema guiado por valores dissociar o Direito Penal justamente daquilo que visa a atingir? Não é do escopo do direito penal interferir na realidade? Para os neokantistas, a resposta, provavelmente, seria negativa.

Deve ser analisado o problema decorrentes de uma eliminação da autonomia a conduta dentro do conceito analítico de crime. Isto significa deixar que o legislador tipifique aquilo que melhor lhe convir, sem qualquer filtro pré-típico, haja vista que quem fará essa seleção é o próprio legislador, no caso de ser a conduta absorvida pela tipicidade.⁴¹ A punibilidade, por si, é inversamente proporcional ao número de elementos pré-típicos, logo, caso eles não existam, não é necessário referir o que acontece. Até mesmo a expressão *nullum crimen sine conducta* deixaria de operar qualquer efeito.

As mesmas críticas, ou quase todas, são válidas para a segunda opção adotada pelo neokantismo quanto à conduta. Esboçar um conceito genérico como o de “conduta humana” (Mezger), simplesmente para abarcar, em um mesmo conceito, ações e omissões, só não é tão absurdo quanto a solução anterior por conseguir, ao menos, retirar do âmbito penal os animais e os objetos inanimados. De qualquer forma, excluída essa função, figura apenas como conceito decorativo (ou mera formalidade), e mantém, quase que na mesma intensidade, os poderes legislativos

⁴¹ Acredita-se, neste ponto, ser importante frisar as consequências de tamanho poder nas mãos do legislador. Tamanha desconexão com a realidade e liberdade do legislador poderia, sem dúvida alguma, promover leis de mesmo cariz do nacional-socialismo alemão (foi o que fez a escola de Kiel, ao reduzir o crime a uma concepção unitária). A ausência de uma conduta pré-típica significa dizer que não existem filtros, não existem quaisquer limites para atividade legislativa! Desta forma, seria possível trazer todo e qualquer um para o direito penal: pessoas desprovidas de sanidade mental, incapazes, animais ou até mesmo objetos inanimados. Sorte seria da população que tivesse um sistema político democrático.

(praticamente) ilimitados, quando da tipificação penal.⁴² Ainda, aquilo que era concebido como ação humana, como visto, não se distanciava muito da concepção causal-naturalista (ao menos do que diz respeito à análise separada posterior do vontade na culpabilidade, onde estavam centrados os elementos subjetivos, como o nexos psicológico, da ação), ou seja, as mesmas críticas tecidas anteriormente àquela corrente repetir-se-iam quanto ao neokantismo.

Como última crítica, é possível dizer que o Neokantismo, em virtude de sua cisão entre os conhecimentos do ser e do dever ser, tendo em vista sua distinção de métodos, e, portanto, total desvinculação com a realidade, não reconhecia que estava criando seu próprio objeto de estudo. A teoria causal-naturalista, ao menos, por reconhecer a conduta (objeto de estudo do Direito Penal, afinal) como um fenômeno natural, o qual deveria ser observado, como em um experimento científico, estava correta no sentido de entender que essa conduta é pretérita ao Direito Penal. Não é possível referir, de forma alguma, que o objeto de um estudo é posterior ao próprio estudo. De certa maneira, isso era o que fazia a teoria Neokantista.

A aproximação entre a ordem jurídica e a realidade cria uma barreira ao legislador: deve-se ater ao comportamento humano existente (dimensão do ser), e não, ao contrário, a conceitos jurídicos de ação (dimensão do dever ser). Utilizar conceitos jurídicos de ação como objeto, exatamente por estarem na dimensão do dever ser, é criar o próprio objeto, ou seja, não reconhecer sua anterioridade em relação ao conhecimento. Isto significa valorar negativamente aquilo que é criado pelo próprio legislador, ao tipificar algum conceito jurídico sobre a ação. É justamente por esse motivo que o neokantismo é tão perigoso.

2 Teoria Finalista da Ação

2.1 Fundamentos Ontológicos e Filosóficos

⁴² Parece importante elucidar alguns exemplos que seriam considerados como “conduta humana”, mas que, para o Direito Penal brasileiro atual, seriam afastadas antes da tipicidade. São eles: estado de inconsciência, atos reflexos e coações físicas irresistíveis.

A teoria finalista da ação foi, de certa forma, uma reação ao neokantismo e também ao sistema clássico bipartido da análise do crime. A desconstrução desse sistema foi possível, primeiramente, graças à troca de paradigma filosófico: o neokantista, divisor do ser e do dever ser como universos intocáveis do conhecimento por terem método próprio, defendendo que todas as questões jurídico-penais devessem ter fundamento no segundo, fora substituído para que pudessem ser estabelecidos limites ao poder legislativo. Este pressuposto foi oriundo do jusnaturalismo, como afirma o próprio Welzel:

“... se não houvesse transcendência, isto é, se a obrigatoriedade e o dever ser transcendente à existência só fossem a projeção física de fatos psicológicos ou sociológicos, então o homem encontrar-se-ia entregue sem remédio ao poder superior. As fronteiras de sua entrega total só poderiam subsistir enquanto vários blocos de poder se contrabalançassem reciprocamente; mas desde o momento em que uma potência lograsse poder ilimitado, o homem ficaria entregue a ela, não só de maneira física, mas também espiritual. Esta significação realmente ‘existencial’ do problema jurídico foi levada à consciência em todos os tempos pelo Direito natural; uma ideia que destacou a existência de um dever ser transcendente à existência e vinculante como o pressuposto de possibilidade de uma existência humana dotada de sentido”.⁴³

Em suma: o direito é pressuposto da existência humana dotado de sentido. Do contrário, nas situações nas quais o dever ser fosse imposto, estar-se-ia referindo a mais uma mera forma de submissão humana. A existência humana, segundo Welzel, também estaria limitada por outras estruturas, porque dotada de sentido, também pertencentes ao dever ser e de estruturas ônticas a interpretar.⁴⁴ Isto significa que o direito não pode alterar a ordem física (as estruturas ônticas daquilo que é anterior ao direito não serão modificadas por ele, porquanto já existem, e são independentes do conhecimento para que existam). Esta é a aplicação da teoria realista do conhecimento ao direito.

Para esta teoria, o homem não cria a realidade, visto que essa é anterior ao próprio homem. Ao contrário de uma teoria idealista do conhecimento (vide o neokantismo), os objetos preexistem às ideias. As ideias, dessa forma, projetam-se

⁴³ Welzel, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**, cit., p. 251: “... si no hubiera transcendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser transcendente a la existencia solo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior. Las fronteras de su entrega total solo podrían subsistir mientras varios bloques de poder se contrabalancearan reciprocamente; pero desde el momento en que una potencia lograra poder ilimitado, el hombre quedaría entregado a ella, no solo de manera física, sino también espiritual. Esta significación realmente ‘existencial’ del problema jurídico la ha llevado a conciencia en todos los tiempos la idea del derecho natural; una idea que ha puesto de manifiesto que la existencia de un deber ser transcendente a la existencia y vinculante es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido”.

⁴⁴ Idem, p. 256.

sobre os objetos, podendo modificá-los (atos de vontade) ou não (atos de conhecimento). Os atos de conhecimento descrevem os objetos, ou os valoram positiva ou negativamente, enquanto os atos de vontade modificam-no em relação à sua forma preexistente.

Para aplicar a teoria realista ao Direito Penal, é necessário referir a qual objeto o Direito Penal projeta suas ideias. Este objeto, assim, deve preexistir ao Direito Penal, figurando como estruturas lógico-objetivas e limitação ôntica interpretativa. Nas palavras de Guaragni:

*“A conduta humana, como ponto de partida analítico do crime, funda fortemente a noção de que Welzel estabeleceu verdadeira ponte a ligar os universos do ser e do dever ser, ao condicionar que este universo extraísse daquele primeiro os objetos dos quais trataria. A conduta humana pertence ao universo das constelações objetivas ônticas, que funcionam como **preliminares a toda interpretação de seu sentido**”.*⁴⁵ [grifei]

Estabeleceu-se, desta forma, a vinculação do legislador às estruturas ônticas (ou estruturas lógico-objetivas, nas palavras de Welzel) da realidade. Estabeleceu, ainda, Welzel, que a conduta humana é a mais importante dessas estruturas, consistindo, portanto, no objeto do direito penal, figurando, como visto, como limite ôntico dotado de realidade preexistente e independente dos atos de conhecimento a ela projetados pelo Direito Penal.

Como função, cumpre ao Direito Penal, por sua vez, ordenar como devem ser estas estruturas (ou seja, a conduta humana), utilizando valorações negativas àquelas que fogem aos seus ideais. As valorações negativas, portanto, seriam três: tipicidade, ilicitude e culpabilidade (ou reprovabilidade).⁴⁶ Dito de outra forma, o que o Direito Penal estaria realizando sobre o seu objeto (conduta) seriam atos de conhecimento, isto é, não o modificando, porque a conduta, em si, permanece idêntica, apenas é constatada (descrita) como crime, após três diferentes valorações negativas. Compreendido o objeto como limite do Direito Penal na teoria finalista, resta saber o que é esse objeto.

⁴⁵ Guaragni, Fábio André. Op. cit., p. 131.

⁴⁶ Acredita-se que cabe, aqui, realizar uma importante constatação. Se o objeto é a conduta humana, no que consiste, em verdade, a culpabilidade? Em outras palavras, sendo a conduta o objeto, no que se transformará a culpabilidade, antes mero nexó psicológico do agente? Embora ainda, de certa forma, sobre o sujeito, o que será valorado não é a sua personalidade, mas sim o cometimento da conduta.

2.2 O Conceito Finalista de Ação de Hans Welzel

Como anteriormente referido, Welzel baseou-se no jusnaturalismo (principalmente no pensamento aristotélico) para se distanciar ao máximo do causalismo “cego” (em suas palavras) do neokantismo. Amparado no pensamento aristotélico de que tudo se dirige a uma finalidade,⁴⁷ definiu a conduta humana como “exercício de atividade final”, conforme o excerto abaixo:

*“A ação é, por isso, um acontecer ‘final’, não só ‘casual’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber casual, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, colocar diante de si fins diversos e dirigir sua atividade, em conformidade com seu plano, à consecução dos fins. Em virtude de seu saber causal prévio pode dirigir os distintos atos de sua atividade de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o sobredetermine finalmente. Atividade final é um obrar orientado conscientemente a partir de um fim, mas é resultante casual dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – dito de forma figurada – ‘vidente’, a causalidade, ‘cega’”.*⁴⁸

Pode ser notado que, em comparação às teorias anteriores, o conceito de vontade passou a ser mais abrangente, naquilo que diz respeito à conduta: agora, a finalidade (capacidade humana de representar mentalmente o objetivo a ser alcançado com o movimento corporal) era abrangida, não apenas a vontade de se movimentar. Este conceito de ação tornou-se, então, um limite intransponível para o legislador, tendo em vista ser uma estrutura lógico-objetiva que estava enraizada no mundo do ser, sendo responsável por ligar o crime à realidade. Se o crime é conduta típica, ilícita e culpável, estar-se-á valorando negativamente a conduta, não podendo, portanto, desconsiderar como a conduta é, em primeiro lugar, na própria realidade.

⁴⁷ Conforme o excerto de *Ética a Nicómaco*, I-1-1094-A, p. 17: “Toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem (...)”; e I-7-1097-A: “Se existe, então, para as coisas que fazemos, algum fim que desejamos por si mesmo e tudo o mais é desejado por causa dele; e se nem toda a coisa escolhermos visando à outra (...), evidentemente tal fim deve ser o bem, ou melhor, o sumo bem”.

⁴⁸ Welzel, H. **Derecho penal alemán**, cit., p. “La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘casual’. La ‘finalidad’ o el carácter final de la acción se basa em que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigiendo desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es – dicho em forma gráfica – ‘vidente’, la causalidade, ‘ciega’”.

Entretanto, Welzel colocou a conduta humana em um patamar ainda mais elevado:

“... [a conduta humana simboliza] precisamente a capacidade da vontade humana de propor-se qualquer fim e, sobre a base de seu saber causal, poder realizar estes fins de acordo com um plano possibilitam ao homem a peculiaridade específica, a plenitude e a vastidão de sua existência histórica, de sua cultura e sua civilização”.⁴⁹

Isto significa que, para Welzel, a conduta humana era aquilo que permitia ao homem desenvolver seu caráter civilizatório, devendo o Direito Penal reconhecê-lo para tratar o homem como “pessoa responsável”⁵⁰ por suas condutas, exigência herdada do jusnaturalismo.^{51 52}

Ao contrário do pensamento lisztiano, no qual as condutas deveriam ser valoradas negativamente em virtude de sua violação a bens jurídicos (ou seja, o resultado das ações é o que deveria ser valorado), Welzel acreditava que deveria ser valorada de maneira negativa aquela conduta que, por si só, trazia conteúdos ético-sociais negativos. A ideia central da missão do Direito Penal para Welzel pode ser extraída do seguinte excerto:

“... a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, de sua propriedade etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é tarde demais. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade”.⁵³

⁴⁹ Welzel, H. Op. cit., p. 38: *“precisamente la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan posibilita al hombre la peculiaridad específica, la plenitude y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y su civilización”.*

⁵⁰ Welzel, H. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Cit., p. 252: *“Todo mandato (...) que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si esto no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que derecho”.*

⁵¹ Idem, p. 251: *“... mientras la coacción convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, la obligatoriedad le impone la responsabilidad por un orden de su vida dotado de sentido, haciendo de él el sujeto de la conformación de su vida”.*

⁵² Idem, p. 253: *“Todos estos elementos – el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales – cuentan entre las nociones supratemporales de la doctrina del derecho natural, porque representan el presupuesto de posibilidad de todo orden ético-social y son, por ello, independientes de los contenidos de estos órdenes”.*

⁵³ Welzel, H. **Derecho penal alemán**, cit., p. 3: *“... la misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad”.*

A fim de complementar e, ao mesmo tempo, sintetizar a ideia de Welzel sobre a conduta humana, cita-se Guaragni:

*“O homem responsável, neste diapasão, tem verdadeiramente um compromisso ético-social com o direito, no sentido de pautar suas condutas segundo o dever ser proposto pelo legislador. Está garantido a este homem que **o legislador parte da realidade do mundo**, onde ocorrem efetivamente as condutas. Também está garantido que as **condutas serão tratadas pelo direito penal do modo como são na realidade**, pois assim – qualificadas pela capacidade de sobredeterminação do acontecer causal – funcionam como pressuposto do estágio civilizatório humano. **Garante-se ao homem, finalmente, pelo existir transcendental do direito, uma dotação de sentido para a sua existência**. Resulta disso que o **direito penal**, ancorado nos latros ontológicos que limitam a capacidade criadora do legislador, **funciona como uma espécie de tutor ou professor social, tendo por norte ensinar os conteúdos ético-sociais das condutas**”.*⁵⁴ [grifei]

Desta forma, a concepção finalista de conduta de Welzel não estava amparada em uma finalidade vazia de conteúdo, haja vista que o penalista e filósofo exigia uma conexão com a realidade, sob pena de o próprio Direito Penal transformar-se em simples subjugação. Devia o legislador limitar-se à conduta como era na realidade, vista por Welzel como conceito ôntico símbolo da própria civilização humana, olhando o ser humano como sujeito responsável, e cobrar-lhe uma postura ético-social determinada pelos valores penalmente estabelecidos. Isto significa que o Direito Penal não pode valorar negativamente uma conduta em si, mas a finalidade que a guia.

Alguns anos depois, Welzel, em autocrítica, reconheceu a nomenclatura “finalista” como incorreta, visto que o que realmente importava era que a conduta estivesse *dirigida* a um fim, e não a finalidade em si. Provavelmente, Welzel retratou-se tendo em vista os crimes culposos, quando referiu que “... o objetivo pode ser totalmente irrelevante (juridicamente), enquanto que o governar e o próprio dirigir são sempre o juridicamente relevante quando têm lugar de modo inadequado e pouco cuidadoso”.⁵⁵

A conduta como atividade final, para Welzel, constituía-se de duas fases: fase interna e fase externa. A fase interna subdividia-se em: escolha do fim; e eleição dos meios,⁵⁶ dos quais derivam as consequências⁵⁷ necessárias (que ocorrerão

⁵⁴ Guaragni, Fábio André. Op. cit., p. 141.

⁵⁵ Jaén Vallejo, M. Op. cit., p. 45: “*El dirigir en dirección al objetivo se refiere al caso más importante de una acción, mas no al único: el objetivo puede ser totalmente irrelevante (juridicamente), mientras que el gobernar y el dirigir mismo son siempre lo juridicamente relevante cuando tienen lugar de modo inadecuado y poco cuidadoso: en el caso de acción culposa*”.

⁵⁶ Entende-se importante elucidar sobre o que era, para Welzel, a escolha dos meios, visto que o “meio” não se restringia somente ao instrumento utilizado pelo agente, mas também o modo pelo qual o agente pretende dispor desse meio, segundo uma ideia de governabilidade da conduta, ou sobredeterminação.

⁵⁷ As consequências aqui tratadas são dispostas por Welzel pela nomenclatura de “efeitos concomitantes”, segundo a mesma obra, consequências que surgem a partir dos meios para se chegar

necessariamente, portanto) e possíveis ou eventuais (que podem ocorrer a partir dos meios escolhidos). A fase externa, ulterior,⁵⁸ consistia, pois, na exteriorização do fazer.

Há, entretanto, alguns aspectos interessantes da conduta finalista de Welzel que merecem ser tratadas em separado. Em nenhum momento, Welzel afirma que a eleição de finalidade (isto é, o *para que* da vontade) precisa ser livre. Isto quer dizer que, mesmo sob coação moral irresistível, há uma conduta que deve ser considerada pelo direito penal, e valorada negativamente triplamente, respectivamente, pela tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Outro aspecto é a localização sistemática do resultado naturalístico da conduta. Conforme algumas citações de Welzel, pode-se inferir que tal resultado também estaria contido na fase externa da própria conduta, haja vista que ele próprio cita algumas condutas que se resumem ao seu resultado.⁵⁹ Ainda, o filósofo, de certa forma, queria demonstrar que a conduta era algo *a mais* do que simples acontecer causal, desta forma não lhe tiraria elementos, apenas a eles adicionaria a finalidade, para, em suas palavras, que deixasse de ser “cega”. Isto significa, portanto, que o nexos causal deve ser analisado já na própria conduta do agente.

A esse pensamento, entretanto, podem ser atribuídas diversas críticas, sugerindo que o resultado naturalístico deveria estar inserido na tipicidade. A primeira concerne à tentativa, conforme Guaragni:

ao fim. Importante destacar, entretanto, que aqui estão sendo levados em consideração os atos preparatórios de um crime, como uma emboscada para matar alguém, mas não necessariamente de um crime. Qualquer atividade mundana como, por exemplo, uma pescaria, poderia ser utilizada como exemplo de ação final, visto que há a escolha de finalidade (pescar peixes), eleição dos meios (vara, anzol, ou rede), considerados os efeitos concomitantes necessários e eventuais (deslocar-se até a praia, preparar a rede e/ou a vara), e a externalização (o ato de pescar, em si).

⁵⁸ Muito embora encarada como fase final, há de se dizer que, na conduta welzeliana, há uma espécie de “retrocesso” (palavra utilizada por ele na obra “Direito Penal Alemão”) mental do autor delitivo. O retrocesso em questão se dá dos fins para os meios, de forma que só pode o agente dispor mentalmente dos meios caso já tenha “escolhido” a finalidade para a qual está agindo. Assim, somente após ser determinada a finalidade da conduta do agente é que podem ser definidos os meios, no que diz respeito às etapas da conduta.

⁵⁹ Welzel, H. Op. cit., p. 42 e 43: “*La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo em el mundo real. Es um processo causal em la realidade sobredeterminado por la definición del fin y los medios em la esfera del pensamiento. Em la medida em que no se logra la sobredeterminación final em el mundo real – p. ej. Cuando el resultado no se produce por cualquier razón – la acción final correspondiente es solo intentada. “Desde luego, la conducción final se extiende también a la ejecución externa de la acción misma, de modo que el ‘resultado’ de la conducción final se puede agotar em la mera actividad: también el jugar, pasear, cabalgar, hacer gimnasia, danzar etc., son igualmente actividades dirigidas finalmente, como cometer actos lascivos, jurar etc.”*”

“Quando Welzel escreveu que, não obtido o resultado, a ação final correspondente ‘é só tentada’, evidentemente está valorando a conduta, tomando como referência a sua incriminação e o respectivo iter criminis”.⁶⁰

“Aliás, fosse punida uma tentativa de conduta humana, estar-se-ia punindo algo que não é uma conduta aperfeiçoada, mas apenas parte dela. Violar-se-ia a prêmia nullum crimen sine conducta, que o finalismo tanto reforçou com pensamentos filosóficos que obrigam o legislador a partir de um conceito pré-jurídico apegado à realidade”.⁶¹

Segundo esse posicionamento, não poderia o resultado naturalístico ser enquadrado dentro da conduta porque esse é “atribuído”, ou seja, para que exista o resultado, a conduta deve ser valorada, caso contrário, jamais poderia ser punida a tentativa. Por ser o resultado uma valoração, não é possível que esteja inserido dentro do âmbito da conduta, haja vista que essa é, para o pensamento welzeliano, um conceito ontológico, e é justamente para, antes da tipicidade ou ilicitude, obter, ao máximo, um conceito livre de valorações, pretendendo a universalidade. Se for atribuída à tentativa o sentido de fracasso, e à consumação o sentido de sucesso, levando em consideração à finalidade, então o que está se fazendo é valorando.

Não se entende, entretanto, a crítica como correta. De fato, há uma valoração no que tange à conduta para atribuir a consumação ou a tentativa, mas não obrigatoriamente, pelo fato de ter havido uma valoração, o resultado deixa de ser parte da conduta.

Explica-se: parte da conduta, como conceito ontológico e pré-típico, é valorada negativamente e subsequentemente por três diferentes estágios (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). A ideia welzeliana é que o resultado, em si, é pré-típico, como, por exemplo, os ferimentos causados por uma bala, quando, em verdade, o que o autor estava pensando era matar a vítima. Os ferimentos, em si, não são parte da tipicidade, mas a tipicidade, sendo uma forma de valoração negativa, pode valorar esses ferimentos como sendo uma tentativa, levando em consideração a finalidade do agente, presente na conduta.

O nexu causal, da mesma forma, estaria inserido na conduta, pois o que se quer saber, dentro do nexu causal, é se o tiro que foi dado com a finalidade de matar a vítima causou, ou não, o resultado ferimento, pouco importa se pode ser chamado de sucesso ou fracasso. Ou seja, a valoração de punição como tentativa ou como consumação em nada alterará o resultado (ferimento), apenas *como* (valoração da tipicidade) está sendo punido.

⁶⁰ Guaragni, F. A. Op. cit., p. 155.

⁶¹ Idem, ibidem.

Outra crítica estabelecida pelo mesmo autor reside nos crimes culposos, conforme os excertos abaixo:

*“A segunda razão pela qual não é de se aceitar a posição ortodoxa do resultado natural como parte da conduta é a inadequação gerada em tema de crimes culposos. Aqui, a não obtenção do resultado sobredeterminado finalisticamente implicaria – um conceito composto, dentre outros elementos, pelo resultado naturalístico que o agente propõe a si mesmo – em ausência de conduta. Ora, não havendo conduta, não há crime – seja doloso ou culposo”.*⁶²

*“Ora, quer-se sustentar um conceito ontológico de conduta que muda de acordo com a desvalorização típica da conduta como dolosa (quando a vontade é dirigida à realização os elementos do tipo objetivo) ou culposa (quando há uma quebra do dever de cuidado na direção do curso natural escolhido para chegar-se ao fim)?! Não se pode aceitar que o conceito seja ontológico – o que implicaria uma só ideia de conduta, que deve corresponder àquilo que é na realidade – e, num caso, seja composto pelo resultado e no outro não”.*⁶³

*“Conclui-se que, quando a conduta se dirige a um fim consistente em resultado naturalístico dela destacado, este resultado, tanto quanto o vínculo que liga conduta e resultado (nexo causal), não faz parte do conceito de ação. Assim, avulta aqui outra distinção de peso no tocante à concepção clássica assentada na relação de causa e efeito. Enquanto na teoria causal, o nexo de causa e o resultado figuravam como elementos do conceito de conduta humana (o que gerou amplas dificuldades, já vistas, tocantes à omissão, pois naturalisticamente do nada nada surge), isto não se repete no finalismo, dentro do pensamento ora sustentado”.*⁶⁴

Em suma, a crítica reside no fato de que inserir o resultado dentro da conduta seria, nos crimes culposos, nos quais o agente não age com a finalidade de praticar o crime, uma inconsistência, haja vista que o agente praticou um ato que gerou uma consequência que ele não havia previsto, ou que sequer tenha motivado o seu ato. Desta forma, nesses casos, para o autor, seria necessário extirpar o resultado da conduta para que pudesse ser realizada a punição do agente.

Mais uma vez, entende-se essa posição como equivocada, visto que estamos diante da mesma situação anterior. Para Welzel, a conduta final é aquela dirigida a uma finalidade, pouco importa se é uma mãe levando o filho de carro à escola ou a mesma mãe atirando com uma pistola no mesmo filho. Pode ser que, na primeira, ocorra o resultado morte da criança por negligência da mãe com relação ao automóvel (caso estivesse com problemas no freio, por exemplo); assim como, na segunda, pode não ocorrer o resultado morte da criança por negligência da mãe em relação à manutenção da pistola. Nos dois casos, para Welzel, houve uma ação, e ambas não atingiram a sua finalidade.

⁶² Idem, p. 156.

⁶³ Idem, p. 156-157.

⁶⁴ Idem, p. 157.

Como dito antes, o sucesso ou o insucesso da conduta será valorado na tipicidade, assim como outros elementos. No primeiro caso mencionado, a mãe será punida pelo resultado, e não pela conduta ou pela finalidade (que não serão, necessariamente, valorados); no segundo caso, a mãe será punida pela finalidade, mas não pelo resultado (não há a necessidade de sua valoração para que haja a punição por tentativa). Além disso, em crimes de mera conduta, punem-se condutas, sendo que nem a finalidade e nem o resultado são sequer valorados.

As valorações negativas da tipicidade, ilicitude e culpabilidade pinçam elementos específicos da conduta (fazendo essa parte da realidade) para punir o agente, e nem sempre todos os elementos são levados em consideração, mas isso não significa que eles não pertençam à conduta, muito menos que não existam. É justamente por essa capacidade seletiva dos estágios de valoração negativa que a conduta é tão importante, e sua delimitação mais ainda.

Considerado como visto o conceito finalista de ação, faz-se necessária a análise dos efeitos consequentes da adoção desta teoria, assim como as críticas direcionadas a essa.

2.3 Efeitos da Teoria Finalista da Ação nos Elementos do Conceito Analítico de Crime

O primeiro efeito que merece menção após a adoção do conceito finalista de ação, é o da inserção do dolo no tipo penal, consistindo este, agora, em elementos subjetivos e objetivos (e, de certa forma, eliminando a bipartição clássica da análise do crime). O dolo passa a ser considerado o primeiro elemento subjetivo do tipo, não apenas em virtude da adoção da teoria welzeliana, mas também por ideias que lhe foram pretéritas.

Graf Zu Dohna, autor neokantista,⁶⁵ afirmava que a ação era “concreção da vontade”, podendo “ser dirigida a produzir ou evitar a atividade corporal”,⁶⁶ de modo que “ação e omissão são as duas formas de manifestar-se a ação (...) tanto uma como

⁶⁵ Não é possível caracterizar Alexander Graf Zu Dohna como um autor finalista, haja vista que nem sequer parte de um conceito ontológico de ação para defender sua tese, ao afirmar, conforme Guaragni, que esses elementos (vide nota 68) da ação só estariam reunidos caso fosse a ação dolosa, ou seja: a ação deixaria de ser pré-jurídica para depender da configuração do tipo penal. Além disso, o fato de Zu Dohna acreditar que, nos casos de involuntariedade – atividades sem vontade ou delitos de esquecimento – não haveria propriamente conduta.

⁶⁶ Conforme Guaragni, F. A. Op. cit., p. 160.

outra expressão supõem que se realiza uma decisão de vontade”.⁶⁷ Desta forma, para o autor, seriam três os elementos da ação: “decisão de vontade, manifestação de vontade e resultado”.⁶⁸

O mesmo autor afirmava que o dolo era composto de 3 distintos elementos: cognição, vontade de realização, e cognição da ilicitude da realização conhecida e querida (*dolus malus*). Tal distinção demonstra que “aquilo que o agente ‘conhece e quer’ é objeto da valoração, devendo preexistir à valoração do objeto, que consiste em o próprio agente julgar aquilo que ‘conhece e quer’ como ‘ilícito’”.⁶⁹

Graças ao pensamento de Zu Dohna, percebeu-se que o dolo deveria ser desmembrado como elemento psicológico normativo, posto sistematicamente em um momento anterior à culpabilidade (visto tratarem-se dos objetos da valoração),⁷⁰ que ficou reduzida ao seu caráter normativo. Se a conduta welzeliana era guiada a um fim, e o tipo descreve condutas, a finalidade das atividades descritas no tipo é o próprio dolo, e assim foram harmonizados os pensamentos desses dois autores. O dolo migrou da culpabilidade para o tipo, reduzido apenas a elementos psicológicos.

Desta forma, o injusto passa a ser *pessoal*, composto de elementos não mais puramente objetivos, mas também subjetivos, sendo o dolo⁷¹ transportado para o tipo, figurando somente de maneira psicológica (isto é, elemento cognitivo e volitivo) e a culpa *stricto sensu* passou a ser uma modalidade de tipo penal. No que se diz respeito ao erro, passa-se a ter uma dicotomia entre tipo (inexistência de elemento cognitivo e volitivo do dolo) e proibição (incapacidade de compreender a ilicitude da conduta). Ainda, quanto às excludentes, passam a ser considerados os elementos subjetivos (*animus defendendi*, na legítima defesa).

⁶⁷ Idem, ibidem

⁶⁸ Idem, ibidem.

⁶⁹ Guaragni, F. A. Op. cit., p.161.

⁷⁰ Há uma distinção importante a ser feita em relação a Zu Dohna: os objetos da valoração e a valoração dos objetos. Para ele, quando a lei estabelece uma pena para uma conduta, valora um objeto, mas, antes, dever-se-ia preocupar-se com o próprio objeto. A natureza desse objeto e a índole da valoração, para o autor, dão, em conjunto, as características do delito.

⁷¹ Acredita-se ser importante referir a diferença entre o dolo e a finalidade (porquanto estão os dois elementos em pontos distintos do conceito analítico de crime). A finalidade, por fazer parte da conduta, deve ser livre, para os finalistas, de qualquer valoração jurídico-penal, o que significa que não deve estar diretamente relacionada, ontologicamente, com nenhuma das valorações propostas pelo ordenamento jurídico (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Consistindo o dolo na consciência e vontade de realizar os elementos do tipo (isto é, descrições de condutas realizadas pelo legislador) objetivo, não poderia esse fazer parte de um conceito ontológico. Assim, a finalidade é essencial à conduta humana, enquanto o dolo mostra-se importante somente em relação ao tipo subjetivo.

Por outro lado, a culpabilidade, antes composta somente de aspectos psicológicos no pré-causalismo, passando a ser mista posteriormente, ficou restringida a elementos normativos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito. Além disso, no que tange à participação, o aspecto subjetivo passa a ser considerado.

Resta, agora, analisar as críticas tecidas à teoria finalista da ação.

2.4 Críticas à Teoria Finalista da Ação

As críticas à teoria finalista da ação concentraram-se a partir da segunda metade do século XX, considerado por muitos como o declínio desta teoria. A primeira crítica dá-se em relação aos crimes omissivos, e, logicamente, na sua possibilidade ontológica de existir.

Jescheck referiu que a *“a condução do processo causal mediante impulsos de vontade, característica da ação final, falta na omissão”*.⁷² Roxin, na mesma linha de pensamento, escreveu que o omitente não *“dirige nenhum curso causal, tampouco pode atuar de modo final”*.⁷³ Tais críticas estão baseadas no supraconceito welzeliano naquilo que diz respeito à “conduta”. De fato, Welzel inclina seu conceito para uma possibilidade de ação, já que afirma ser a conduta a *“atividade ou passividade corporal submetida à capacidade de direção final pela vontade”*,⁷⁴ ou seja, tal passividade estaria ligada a uma potencialidade, ligada à direção final pela vontade.

Indubitavelmente, Roxin tem razão quando refere que *“a capacidade de realizar uma ação é algo distinto dela mesma e, portanto, comissão e omissão seguem estando separadas”*,⁷⁵ e é por isso que não se oferece objeções a sua crítica. Se Welzel entendia a omissão como uma potencialidade (e é o que parece claro pelo seu conceito), enquanto a ação era entendida como uma realização, parece-se estar criando uma bipartição em seu conceito de conduta que não condiz com a realidade ontológica que pressupunha dispor. Entretanto, acredita-se que há uma razão para isso.

⁷² Jescheck, H. H. Op. cit., p. 294. *“La conducción del proceso causal mediante impulsos de la voluntad, característica de la acción final, falta en la omisión”*.

⁷³ Roxin, C. Op. cit., p. 240. *“... dirige ningún curso causal, tampouco puede actuar de modo final”*.

⁷⁴ Welzel, H. Op. cit., p. 38. *“... la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad”*.

⁷⁵ Roxin, C. Op. cit., p. 240. *“... la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma, y por tanto comisión y omisión siguen estando separadas”*.

A omissão não pode ser ontológica, apenas axiológica. A omissão não pode figurar em um plano pré-típico, porque só é omissão um não fazer relativo ao que uma norma ordena. Entretanto, toda omissão implica conduta (ao menos naquilo que diz respeito ao conceito finalista):⁷⁶ um fazer final diverso daquele que está disposto na norma reguladora. Em outras palavras: isso significa que a omissão não é um não fazer, mas não fazer o que se deve. Sobre isto, Guaragni:

*“Ao contrário: isto reforça a ideia de que pré-juridicamente há uma ação, sendo-lhe necessário e correspondente um conceito. Note-se que o salva-vidas está a praticar conduta humana: pré-figura a morte de um dado banhista como finalidade sua (...), sobredetermina mentalmente e põe em marcha meios que o ocupam nestas atividades e que implicarão a não-salvação do banhista sujeito a um curso causal já em desenvolvimento (ingestão de água pelas vias respiratórias). Simplesmente dá-se a percepção pelo salva-vidas, como suficiente para a superveniência da morte, do curso causal já em andamento que leva ao resultado letal afogamento. Os meios escolhidos traduzem-se pela não intervenção no curso causal lesivo”.*⁷⁷

Em suma: a irrelevância da conduta, em si, para o direito penal, diversa daquilo que era devido em nada altera que essa conduta é, indubitavelmente, uma ação.⁷⁸ Aliás, contraditório seria se Welzel afirmasse que isso não era uma ação, simplesmente porque seu conteúdo não interessava ao direito penal. De fato, as omissões não são ontológicas, mas axiológicas, e devem, sim, serem consideradas pós-tipo.

Outra crítica em relação à teoria finalista da ação é a sua compatibilidade com crimes culposos, também protagonizada por Roxin. Segundo o autor, o fazer final não realizaria a função de elemento básico, por ser a conduta um *“acontecimento controlado e dirigido pela vontade”*,⁷⁹ com controle real nos crimes dolosos, e omissão do controle devido nos culposos.

Esta crítica deu-se pela inaceitável constatação de Welzel sobre os crimes culposos ainda no início do desenvolvimento da teoria finalista da ação, definindo-os desta forma: *“causação que era evitável mediante uma atividade final”*. Com esta afirmação, Welzel sustentava que o agente tinha a possibilidade de guiar

⁷⁶ Como dito anteriormente, nem sempre todos os elementos da conduta importam ao tipo penal (e é por isso que conceituar a conduta é tão importante, como elemento de enlace entre o ordenamento jurídico penal e a realidade). Nesse caso, qual o efetivo conteúdo da ação não importa, apenas que foi diversa daquela que a norma pressupõe. Como exemplo, de nada importa se o motorista, ao encontrar um acidentado em uma rodovia, bateu palmas, dançou ou fingiu que não viu o acidente. O que importa, sim, é que não prestou socorro.

⁷⁷ Guaragni, F. A. Op. cit., p. 171.

⁷⁸ Isto significa que não está errado referir que, finalisticamente falando, não há omissões pré-jurídicas, apenas ações. As omissões, em si, serão assim denominadas somente após a análise do tipo, tendo em vista que, antes dele, são ações como quaisquer outras.

⁷⁹ Roxin, C. Op. cit., p. 242.

finalisticamente a conduta de uma maneira ideal. O alcance desta finalidade potencial estaria dependendo, então, da condução correta dos fatores causais. Do contrário, estaríamos diante de um crime culposos.

Evidencia-se, neste ponto, um erro ou uma falta de rigor metodológico. Como poderia partir de qualquer ponto que não da própria realidade (e como ela se apresenta) para definir o conceito de omissão, partindo dos seus mesmos pressupostos filosóficos quanto à ação? Ao invés disso, Welzel criou a noção de finalidade potencial (a “adequada” para atingir o fim potencial, ausente quando ocorresse um crime culposos). Entretanto, como saber qual a “conduta ideal”? Apelando-se para a norma, de maneira axiológica? Desta forma, desapegava-se completamente o finalismo de sua fonte ontológica e pressupostos filosóficos, e foi por esse motivo que alguns finalistas realizaram a alteração desta concepção inicial de Welzel.

Niese percebeu que a denominada “finalidade potencial” não era necessária para definir as condutas culposas, visto ser a conduta culposa e dolosa, necessariamente, iguais no plano ontológico (definição da finalidade, escolha dos meios e exteriorização). O que ocorre, porém, é que os meios eleitos pelo agente resultam em um resultado diverso daquele que, em um primeiro estágio, foram definidos finalisticamente. A diferença, portanto, consiste que: nos crimes dolosos, a matéria de proibição estaria tanto na delimitação de finalidade do agente quanto na exteriorização do ato; nos crimes culposos, pouco importa a finalidade do agente, mas sim a eleição de meios inadequados, levando o agente a obter uma exteriorização com resultados lesivos (havendo exceções) distinta daquela que havia sido finalisticamente definida.⁸⁰

⁸⁰ Em virtude de não estar diretamente relacionada com o tema posto em questão, acredita-se necessário realizar esta crítica em forma de nota. Roxin, a respeito desta posição adotada por Niese, refere que, então, a conduta perdeu a sua função de elemento de “enlace” (isto é, figurar como ponto de encontro entre a realidade e o Direito Penal. Essa crítica deu-se pelo seguinte motivo: se a finalidade era totalmente irrelevante nos crimes culposos, isto é, não tinha efeitos jurídicos, não fazia qualquer sentido reafirmar a atividade “final” como objeto das ciências penais. Embora, de fato, tenha razão Roxin ao afirmar que, nos crimes culposos, a atividade “final” tem a sua finalidade em um grau de importância duvidoso, esquece o autor, ao mesmo tempo, que, apesar do nome, a conduta welzeliana engloba mais do que a simples finalidade. Como visto anteriormente, a conduta final dá-se em etapas, consistindo a finalidade apenas como a primeira delas. Em seguida, há a eleição dos meios para atingir a finalidade, consistindo, essa sim, a fase mais importante no que se refere aos crimes culposos. É na eleição dos meios, e na sua absoluta disparidade em relação à finalidade e, por consequência, à exteriorização (que consiste na terceira fase), que cerne a parte mais importante para caracterizar um crime culposos (lembrando sempre, entretanto, que o fato de se atribuir à conduta a feição de “crime culposos” é uma valoração, e que, portanto, tem lugar apenas a partir da tipicidade, e que o importante é que o elemento de enlace tenha características suficientes a suportar todos os tipos de valorações

Posteriormente, Welzel reviu sua posição original, resultando no seguinte excerto:

*“Os tipos dos crimes dolosos e culposos compreendem a ação final (dirigida) desde distintos pontos de vista: enquanto os tipos dos crimes dolosos (dolosos no sentido de dolo de tipo) compreendem a ação final na medida que sua vontade de ação está dirigida aos resultados (objetivos) intoleráveis socialmente, os tipos de crimes culposos se ocupam (não tanto dos objetivos, porém) da forma de execução da ação final em relação a consequências socialmente intoleráveis...”*⁸¹

De fato, nos crimes culposos, há um ato dirigido pela vontade, que, porém, não chega ao resultado pretendido. Diferentemente da omissão (em que a valoração negativa dá-se na tipicidade, conforme já visto) e, por isso, foi dito que se tratava de um conceito axiológico e não ontológico, o crime culposo não se diferencia pela norma penal. Sua distinção, está, sim, na eleição de meios destinados a realizar determinado fim e, por isso, não há qualquer alteração no que diz respeito à estrutura do crime.

O que se conclui, portanto, é que a conduta finalista dá conta tanto de crimes culposos como de crimes dolosos (assim como ações ou omissões), haja vista que o “fazer final” é uma raiz ontológica comum a todos eles (ou seja, a todas as técnicas de tipificação).

2.5 Avanços da Teoria Finalista da Ação nos Diferentes Tipos de Conduta

No que se refere à coação física irresistível (ou *vis absoluta*), é possível inferir que, segundo a teoria finalista da ação, não haveria conduta por parte do coagido. Isto porque, em verdade, não há qualquer controle por parte dele naquilo que se refere ao curso da ação e, portanto, conduta humana. Ao contrário dele, entretanto, o coator aplica sua força física sobre o coagido, detendo, portanto, o completo controle do curso causal e, desta forma, atinge uma finalidade preestabelecida. Por isso, há de se

propostas pelo sistema jurídico penal, não importando, de fato, para a conduta, qual que ele pince para valorar). Talvez, de fato, o nome adotado para referir-se à teoria finalista da ação não seja o mais adequado, haja vista que somente salienta uma das três fases da conduta humana, mas é igualmente verdade que não há como saber o dever de cuidado que deveria ter tomado o agente se não se soubesse sua finalidade e, por isso, não é totalmente desprezível a finalidade em relação aos crimes culposos.

⁸¹ Welzel, H. Op. cit., p. 155-156. *“Los tipos de delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista: mientras los tipos de los delitos dolosos (dolosos en el sentido de dolo de tipo) comprenden la acción final en la medida que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los tipos de delitos culposos se ocupan (no tanto de los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente...”*

dizer que, quanto ao coagido, não há conduta humana, sendo ele usado apenas como um instrumento, mas, quanto ao coator, há, sim, conduta.

Os fenômenos da natureza também afastam a conduta finalista, caracterizando uma “força maior” que deva atuar de maneira irresistível, de maneira semelhante à coação.⁸² Ao contrário podemos nos referir em relação à coação moral irresistível, ou *vis compulsiva*. Neste tipo de coação, há vontade (e finalidade), embora não exista liberdade.⁸³ A impossibilidade de classificar os atos reflexos como condutas é outra grande contribuição desta teoria para o Direito Penal.⁸⁴

Quanto às ações em curto-circuito, ou seja, aquelas reações impulsivas ante um estímulo (geralmente movidas por violenta emoção) entende-se que sejam classificadas como conduta dentro da teoria finalista da ação, embora reconheça-se que há setores na doutrina que divergem desta afirmação. É comum dizer, nestes casos, que a reação humana, pela sua velocidade, não permite qualquer contração muscular a fim de impedi-la. Entretanto, entende-se que há uma finalidade, com prévia eleição de meios e exteriorização ulterior, feitos de maneira consciente, embora motivado pela emoção.

Os automatismos são de difícil solução, visto que há grandes contradições dentro da doutrina, e talvez sejam o maior ponto crítico não resolvido pela teoria finalista da ação. Os automatismos são produtos de treinamentos prévios, sem que esses atos sejam, efetivamente, trazidos para o plano da consciência. O exemplo mais clássico de automatismo é o ato de caminhar. É possível caminhar sem se ter a plena

⁸² Quando se refere a fenômenos da natureza que devem atuar sobre um agente de maneira irresistível, quer-se dizer que esteja em uma situação análoga a um vendaval que, por exemplo, arremessa esse agente contra uma vitrine. Segundo a teoria finalista, não responderia este agente por crime de dano por nem sequer ter agido, em primeiro lugar (ou seja, haveria um afastamento já no plano pré-típico).

⁸³ Neste caso, pensa-se no exemplo de um gerente de banco dar o dinheiro de determinado cofre para um grupo de assaltantes enquanto tem um revólver carregado pressionado contra sua cabeça. Embora esteja sendo coagido, o gerente abre o cofre por vontade sua (embora não de maneira livre), segundo uma finalidade pré-determinada (nesse caso, salvar sua vida), elegendo os meios necessários para abrir o cofre, e exteriorizando sua vontade entregando o dinheiro para os assaltantes. Não há como referir que não houve ação, segundo a teoria da conduta finalista, neste caso. O crime será afastado quanto a uma das valorações negativas (que não incidirá), mas não pré-tipicamente.

⁸⁴ Acredita-se ser importante definir o que seria, propriamente, um ato reflexo. Segundo Jescheck, nestes casos, “o movimento ou a falta dele são desencadeados de forma imediata por um estímulo diretamente dirigido ao sistema nervoso”. Ainda, há uma diferenciação quanto aos atos reflexos na doutrina, de forma que haveriam dois tipos distintos de atos reflexos. O primeiro tipo, chamado de puramente somáticos, consiste nos atos que não são controláveis, de modo algum, pelo agente, jamais caracterizando, portanto, uma conduta humana, visto que normalmente não tem qualquer finalidade. O segundo tipo, chamado de não puramente somáticos, consiste nos atos reflexos que podem ser impedidos por contrações musculares orientadas a evitar a reação motora finalisticamente.

consciência de que está caminhando, enquanto, na verdade, está pensando em como resolver um problema financeiro.

Embora pareça difícil de visualizar, imediatamente, consequências dos automatismos, ou suas repercussões, para o Direito Penal, a doutrina é capaz de demonstrar, com um exemplo comum e simples, que há, sim. Um exemplo bastante corriqueiro é o do homem que, dirigindo um carro em uma rodovia, avista um animal e faz uma brusca frenagem, como automatismo (assim como faria para dar o pisca em caso de conversões, ou realizar a troca de marchas durante uma aceleração), mas perde o controle do veículo, batendo-o em um poste de luz, e matando sua esposa, que estava ao seu lado.

Há claros problemas em considerar esse ato como conduta. É evidente que não se trata de uma conduta segundo o finalismo clássico, haja vista que a conduta, nesse caso, não é guiada por uma finalidade consciente, mas, sim, por uma potencialidade de consciência (ou seja, uma capacidade de guiar esse ato pela consciência). Será que, de fato, quer-se abranger o conceito de conduta humana para aqueles atos que podem (isto é, há a capacidade) ser guiados pela finalidade? Se a intenção é incluir os automatismos como condutas penalmente consideradas, entende-se que a teoria finalista da ação é insuficiente no que se refere à função de elemento-limite.⁸⁵

Nos casos em que há estado de inconsciência, não se acredita ser possível considerar os atos praticados como condutas pela teoria finalista da ação. Estariam dentre esses casos aqueles atos praticados enquanto o indivíduo dorme, tem uma convulsão, encontra-se em estado de profundo delírio ou epilepsia, entre outros, desde que praticados enquanto o indivíduo se encontra em estado de inconsciência.⁸⁶

⁸⁵ O mesmo se entende em relação aos movimentos mecânicos repetitivos, e, por isso, esses não serão analisados de maneira apartada. Embora completamente diferentes em sua natureza, comparados aos automatismos, visto que um parte de um treinamento prévio, e o outro parte da repetição incansável de um mesmo movimento por um grande período de tempo, ambos se mostram inconscientes. Por esse motivo e, no caso dos movimentos mecânicos repetitivos, principalmente, serem impossíveis de serem controlados, ou impedidos por uma contração muscular no sentido contrário, entende-se que a teoria finalista da ação, ao menos em sua acepção clássica, é insuficiente para caracterizar esse ato como uma conduta.

⁸⁶ A repetição foi feita propositalmente para diferir os atos que são praticados em estado de inconsciência dos atos que são praticados inconscientemente. Não consistindo, de maneira alguma, em jogo de palavras, tratam-se de situações diversas. Disse-se aqui que os automatismos e os movimentos mecânicos repetitivos tratavam-se de atos inconscientes, mas não é possível dizer que, durante a prática desses atos, o indivíduo encontra-se em estado de inconsciência, muito pelo contrário: o agente está consciente, mas incapaz de controlar seus movimentos, porque esses não estão sendo controlados pelo cérebro (por isso são denominados inconscientes). Os movimentos praticados em estado de inconsciência são movimentos inconscientes (haja vista que são mero resultado de impulsos elétricos) que estão sendo praticados pelo indivíduo enquanto esse se encontra em um estado de inconsciência, como, por exemplo, enquanto esse dorme, sofrendo de sonambulismo.

Quanto à embriaguez, pode-se dizer que há possibilidade de afastamento pré-típico. O único caso em que a embriaguez afastará a conduta (ou seja, de maneira pré-típica) será a letárgica, isto é, quando for completa a sua terceira fase (também denominado de estado comatoso). Nos casos em que ainda há deliberação sobre a finalidade, como a embriaguez incompleta de primeiro grau (estado eufórico) ou completa de segundo grau (estado depressivo), mas que há perda na capacidade de direção dos fatores causais (que levariam, teoricamente, ao fim predeterminado), não estará afastada a conduta.

É verdade, por outro lado, que há a possibilidade de existência crime nesses casos. Esta possibilidade reside no caso de o agente, deliberadamente, coloca-se em estado de inconsciência para a prática do ato lesivo. Denominam-se esses casos de inconsciência pré-ordenada, quando a pessoa faz de si o seu próprio instrumento para o cometimento dos delitos. Nesses casos, embora não exista propriamente uma conduta no exato momento do crime, utiliza-se a teoria da *actio libera in causa*, determinando que a verificação da consciência e vontade ocorram no início do elo causal (ou seja, antes de proceder àquilo que fará com que o agente fique em estado de inconsciência para cometer o delito).

2.6 O Mérito Finalista

Acredita-se que a mais importante função do conceito finalista é a de elemento-limite, isto é, sua função negativa. Um dos grandes méritos do finalismo foi a limitação à atividade legislativa, obrigando-o a se apegar a uma concepção de conduta humana que corresponda à realidade (não permitindo que invente uma concepção ou forma de conduta que não corresponda ao mundo dos fatos), e, desta forma, realizando uma função de garantia, isto é, garantir ao indivíduo uma limitação ao poder punitivo estatal. Chegar a um conceito pré-jurídico, isto é, que não seja uma criação do próprio direito, é o mérito da teoria finalista da ação.

Animais (e seus movimentos instintivos) ou pessoas jurídicas não partem da base antropológica do homem como dono de uma existência dotada de sentido e, portanto, não serviriam, em primeiro lugar, para Welzel, no que diz respeito à própria função do Direito Penal, conforme visto nos capítulos anteriores. Se não são seres dotados de sentido, são incapazes de evoluir culturalmente e, então, segundo o mesmo autor, seria o inútil aplicar o Direito Penal para esses.

Igualmente, não podem sobredeterminar cursos causais segundo uma finalidade, sendo, portanto, suas condutas totalmente irrelevantes para o Direito Penal, à luz do finalismo. Um conceito finalista de conduta, como ponto de partida da estrutura analítica dos crimes, é verdadeiramente incompatível com a atribuição destes a uma pessoa jurídica ou a um animal.

Entretanto, para alguns autores, nenhuma dessas premissas é verdadeira, ou, simplesmente, descartam a teoria finalista da ação, amplamente adotada no Brasil (como visto), com a finalidade de desenvolver um meio de enquadrar a pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes no mesmo país. Dois desses autores – acredita-se os mais importantes e influentes no tema – terão suas obras discutidas e criticadas a seguir, na segunda parte deste trabalho, precedidos de uma análise breve da legislação vigente (inclusive, antes de suas obras), no sentido de explicar qual a necessidade de incluir as pessoas jurídicas como possíveis sujeitos ativos em algumas categorias específicas de crimes.

PARTE II
TENTATIVAS DE APLICAÇÃO DA CONDUTA PENAL À PESSOA JURÍDICA

1 Análise Legislativa

1.1 A Constituição de 1988

A Carta Maior de 1988 foi a responsável por reavivar a discussão dentro da doutrina brasileira sobre a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de crimes. Basicamente, pode-se dizer que tal fato ocorreu pela redação de dois diferentes parágrafos, expostos a seguir:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

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

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º. 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”.

Embora ainda possa ser considerado um tema polêmico, dentro da doutrina brasileira, os constitucionalistas, em sua grande maioria, entendem que a Constituição de 1988 consagrou a responsabilidade da pessoa jurídica, como será visto.

Ives Gandra e Celso Ribeiro Bastos, sobre isso, afirmam que “a atual Constituição rompeu com um dos princípios que vigorava plenamente no nosso sistema jurídico, o que de a pessoa jurídica, a sociedade, enfim, não é passível de responsabilização”.⁸⁷ É de ser mencionado que tais autores discordam da postura do constituinte, mas também afirmam que “a vontade do Texto Constitucional nos parece incontroversa”.⁸⁸

⁸⁷ Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 103-104.

⁸⁸ Idem, p. 104-105.

José Afonso da Silva entende que ambos os dispositivos citados não podem ser lidos e interpretados separadamente, estando ambos em um mesmo contexto. Por isso, afirma:

*“Cabe invocar, aqui, a tal propósito, o disposto no art. 173, § 5.º, que prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independente da responsabilidade de seus dirigentes, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, que tem como um de seus princípios a defesa do meio ambiente”.*⁸⁹

Pinto Ferreira também adere a igual posição quando afirma:

*“A grande novidade da Constituição é a introdução da responsabilidade penal por danos causados ao meio ambiente, tanto para as pessoas físicas como para as jurídicas, o que não ocorria no texto constitucional anterior, que só previa as primeiras. Tal responsabilidade tornou-se viável na esfera de crimes ecológicos no texto constitucional vigente”.*⁹⁰

Diversos penalistas e ambientalistas concordam com tais posições. Édis Milaré entende que a Constituição superou o caráter pessoal da responsabilidade penal, alcançando também a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime ecológico, assim como contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.⁹¹ Gilberto Passos de Freitas, ao comentar o art. 225, § 3º, afirma que “diante deste dispositivo, tem-se que não há mais o que se discutir a respeito da viabilidade de tal responsabilização”.⁹²

José Henrique Pierangeli, embora posicione-se contrariamente à responsabilização penal da pessoa jurídica, acaba, também, por referir que fora consagrada na Constituição de 1988.⁹³ Paulo Affonso Leme Machado, ao comentar o mesmo dispositivo, entende que o constituinte adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental.⁹⁴

Márcia Dometila Lima de Carvalho⁹⁵ também adere à mesma posição:

“(...) o atual texto constitucional dispôs sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, independentemente da vontade dos seus membros. Não só o § 5º do artigo 173, ao estabelecer regras para a atividade econômica, mas também no § 3º do artigo 225, ao cuidar do meio ambiente, a Constituição autoriza a reprovação penal das pessoas jurídicas que atentarem contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente”.

⁸⁹ Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 718.

⁹⁰ Ferreira, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**, v. 7, p. 302.

⁹¹ Milaré, Edis. **Processo coletivo ambiental**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*, p. 270.

⁹² Freitas, Gilberto Passos de. **A tutela penal do meio ambiente**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*, p. 314.

⁹³ Pierangeli, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**.

⁹⁴ Machado, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, p. 405.

⁹⁵ Carvalho, Márcia Dometila de. **Fundamentação constitucional do direito penal**, p. 73.

Entretanto, é notável que há problemas de redação com o artigo 225. Não que este seja vago, mas, ao contrário, entende-se que constituinte disse mais do que deveria dizer, abrindo espaço para diferentes interpretações. Conforme o mesmo Gilberto Passos de Freitas, “a Constituição não possui palavras ociosas ou inúteis. Já afirmava Rui Barbosa que: ‘não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor moral, de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos’”.⁹⁶

José Cretella Júnior⁹⁷ e Luiz Regis Prado⁹⁸ realizaram uma interpretação literal do Texto Constitucional, negando que a Carta Maior tenha consagrado a responsabilização penal da pessoa jurídica. Afirmam os autores que o texto “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas...” estaria, na verdade, realizando uma diferenciação entre a conduta, praticada por pessoa física, e a atividade, praticada por pessoa jurídica.

Interpretaram os autores o Texto Constitucional de maneira respectiva, haja vista que, em toda sua extensão, utiliza duas palavras diferentes separadas por “e” ou “ou”. Compartilhando os autores da mesma opinião de Rui Barbosa e Gilberto Passos de Freitas, não há palavras inúteis no Texto Constitucional e, efetivamente, quando a Carta Política fez menção a palavras diferentes, quis dizer coisas diferentes. Interpretando desta forma, as *condutas*, cometidas pelas *pessoas físicas*, teriam sanções *penais*, e as *atividades*, cometidas pelas *pessoas jurídicas*, teriam sanções *administrativas*.

Entende-se essa interpretação como correta, embora extremamente indesejável. Há uma tendência global de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, haja vista que os danos causados por elas são, quase sempre, muito superiores e devastadores aos causados por qualquer pessoa física. Por conta da complexidade deste ente moral, é difícil a exata constatação pessoal daqueles que, efetivamente, realizaram as condutas criminosas.

Este tempo, muitas vezes, não pode ser esperado pelo meio ambiente. Foi exatamente por conta do bem jurídico em questão que, em todo o mundo, muitos

⁹⁶ Freitas, Gilberto Passos de. **A tutela penal do meio ambiente**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*, p. 314.

⁹⁷ Cretella Júnior, José. **Comentários à Constituição de 1988**, p. 4.045.

⁹⁸ Prado, Luiz Regis. **Direito penal ambiental (problemas fundamentais)**, p. 32.

países já adotam esse tipo de responsabilização penal, estando o Brasil, ao menos segundo essa interpretação, na contramão do restante da humanidade. Acredita-se, entretanto, que, por uma infelicidade do constituinte, não há como desprezar a interpretação literal do Texto Constitucional.

Será desprezada, entretanto, para as finalidades deste trabalho, a interpretação e comentário do art. 173, § 5º, pois, ao afirmar que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica, “*sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*”, em nenhum momento é dito que tal responsabilização é penal. Entende-se que, se o constituinte quisesse consagrar a responsabilização penal da pessoa jurídica nos *crimes* (e essa expressão *não se encontra* no texto constitucional) contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, diferentemente do que fez, em geral, o ordenamento jurídico à época vigente (e justamente por isso), teria frisado que a responsabilização da qual trata o parágrafo é penal. Discute-se, entretanto, a interpretação, nestes termos, do texto constitucional, haja vista que, se quis o constituinte que tal “responsabilidade” abrangesse todos os ramos do direito, seria absolutamente desnecessária – e frívola – a expressão “sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza”, o que se duvida.

Outra crítica que pode ser feita à ideia de que a mesma parte do texto constitucional consagra, de alguma forma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a de que se trata de um parágrafo. Embora não constitua qualquer demérito quanto a sua importância pelo simples fato de ser um parágrafo, entende-se que, por não constituir um artigo separado, explica ou caracteriza aquilo que está disposto no caput – em outras palavras, está a ele vinculado. Note-se que a pessoa jurídica a qual o caput se refere não é toda e qualquer pessoa jurídica, mas aquelas em que há “*exploração direta de atividade econômica pelo Estado*”.

Segundo os autores Luiz Vicente Cernicchiaro⁹⁹ e René Ariel Dotti,¹⁰⁰ há outro problema em admitir a consagração pela Constituição de 1988 da responsabilização penal da pessoa jurídica. Considerado o art. 225, § 3º, dentro de um contexto interpretativo sistemático maior, admitir a responsabilização penal da pessoa jurídica afetaria, ao menos, dois diferentes princípios básicos de Direito Penal: o princípio da

⁹⁹ Cernicchiaro, Luiz Vicente; Costa Jr., Paulo José. **Direito penal na Constituição**, p. 155-166.

¹⁰⁰ Dotti, René Ariel. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)**, p. 187-196.

culpabilidade (art. 5, LIV, LV e LVII) e o princípio da responsabilidade pessoal (art. 5, XLV).

Conforme dizem os autores, a ideia de que “sem culpabilidade não existe pena” (princípio que exclui a responsabilidade penal objetiva) seria totalmente negada com a adoção da responsabilização penal da pessoa jurídica, ao menos se encarada como o nexo psicológico (teoricamente inexistente) entre a conduta criminosa e o agente. Além disso, a pena passaria da pessoa do condenado, atingindo terceiros que não houvessem, necessariamente, praticado qualquer conduta delituosa, ou sequer tivessem dado qualquer contribuição nesse sentido.

Como pode ser visto, a grande maioria da doutrina brasileira acredita ter sido consagrada a responsabilização penal da pessoa jurídica na Constituição de 1988. Entretanto, a norma em questão, de qualquer maneira, é de eficácia limitada, isto é, não pode ser aplicada sem outra norma, infraconstitucional, que a regulamente. Exatamente por este motivo, foi editada a Lei 9.605/98, regulamentando os crimes ambientais e, em tese, a responsabilização penal da pessoa jurídica naquilo que diz respeito a estes delitos.

1.2 Lei 9.605/98

1.2.1 Modalidades de Pena

Tendo como referência o art. 225, § 3º da Constituição de 1988, instituiu-se, por meio da Lei 9.605/98, depois de mais de três projetos distintos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica na legislação ordinária brasileira. A instituição desta responsabilidade é feita pelo seu art. 3º, não excluindo, de forma alguma, a de pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes:

“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

Em seu art. 4º, adota a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, acaso esta constitua um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.

“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Quanto às modalidades de pena aplicáveis à pessoa jurídica, conforme o art. 21, há três distintas: multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade. Não há critérios claros quanto à aplicação da multa à pessoa jurídica dentro da mesma lei – o único presente é o do art. 6º, inciso III, referindo que deve ser levada em consideração a situação econômica do infrator –, havendo menção, apenas, da aplicabilidade do sistema de dias-multa do Código Penal (art. 18).

Neste sentido, critica-se a falta de objetividade e clareza do legislador, visto que deveria adaptar o sistema presente no Código Penal para a pessoa jurídica (presumindo que essa tenha um poderio econômico muito mais avantajado). Uma excelente alternativa seria o de substituir a referência ao salário mínimo do dia-multa para o faturamento¹⁰¹ anual (ou, se inexistente, seu próprio estabelecimento dividido pelo número de dias ao ano). Desta forma, o dia-multa corresponderia ao faturamento anual dividido por 365 (ou 366, se ano bissexto), ou, se não se tratar de empresa, à totalidade dos seus bens dividida por 365 (ou 366, se ano bissexto).

Naquilo que se refere às penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas, a Lei 9.605/98, em seu art. 22, adota três diferentes modalidades: suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Embora a segunda modalidade possa se mostrar pouco efetiva, as outras duas, certamente, são punições adequadas e bastante rigorosas. Entretanto, em verdade, nenhuma delas é necessariamente eficaz.

Tratando-se de punições restritas àquela pessoa jurídica, nada impede o empresário, os sócios, ou até mesmo qualquer pessoa física, extinguir aquela pessoa jurídica e, no dia seguinte, abrir uma nova, com os mesmos bens, funcionários e estabelecimento – materialmente, a mesma pessoa jurídica, mas, formalmente, outra, que permanecerá impune.

Quanto à prestação de serviços à comunidade, há quatro modalidades previstas pelo legislador no art. 23 da mesma lei. São eles: custeio de programas e de projetos

¹⁰¹ Utiliza-se o faturamento ao invés do lucro por ser este último mais fácil de mascarar contabilmente. O que foi recebido pela empresa, ao contrário, não permite inventar despesas extraordinárias e pode ser controlado diretamente facilmente pelo governo federal a partir da emissão das novas notas finais eletrônicas, ou requisitando informações do banco onde a pessoa jurídica tenha sua conta.

ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. *Data venia*, não se compreende o motivo desta pena. Todas as modalidades, em sua substância, resumem-se a uma prestação pecuniária, que só não é igual a multa porque, ao invés de reverter em benefício do Fundo Nacional do Meio Ambiente (criado pela Lei 7.797/89), é paga a alguma outra empresa para realizar o serviço.

O custeio de programas e de projetos ambientais, conforme diz o próprio nome da modalidade, resume-se em *custear*, logo, basta que seja pago determinado valor a alguma empresa que tenha essa finalidade para que seja prestado o serviço à comunidade. A execução de obras de recuperação de áreas degradadas, levando em consideração que provavelmente a pessoa jurídica não tenha nem maquinário e nem *know how* para executar tais atividades, resumir-se-á, também, em contratar alguma empresa para realizar esse serviço.

A manutenção de espaços públicos, também, de qualquer forma, resumir-se-á em contratar alguma empresa para realizar o serviço. Por exemplo, se o espaço público em questão for um parque, basta que a pessoa jurídica contrate uma empresa de limpeza e uma de jardinagem (ou, até mesmo, uma que faça as duas atividades), comprar algumas lixeiras e/ou placas e trocar uma dúzia de lâmpadas por ano. Não se compreende como esta medida pífia conseguirá abalar a estrutura de uma grande empresa que tenha lucrado milhões de reais com desmatamento ilegal.

As contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, igualmente, referem-se a contribuições em dinheiro (aliás, esta é, provavelmente, a medida que mais se assemelha à multa), visto que não se imagina que outro tipo de contribuição pode ser dada por uma pessoa jurídica e essas entidades.

1.2.2 A Lei 9.605/98 e o Código Penal

Intimamente ligado com o escopo deste trabalho está em analisar as disposições da Lei 9.605/98 que permitem ao aplicador do direito, em completa dissonância com o atual e vigente Código Penal, responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Para a total frustração desta pesquisa, tais disposições inexistem.

Foi realizada, na primeira parte deste trabalho, uma evolução histórica de todas as teorias da conduta até a finalista, com o objetivo de demonstrar todas as evoluções e conquistas desta última (e também seus problemas) em relação às outras, seja na

função garantidora de uma conduta pré-típica, seja na possibilidade de explicar as omissões e os crimes culposos (e vários dos tipos especiais de condutas) com propriedade. Acredita-se que sejam esses os motivos pelos quais o legislador escolheu a teoria finalista da conduta, e não qualquer outra pretérita.¹⁰²

Ainda, no objetivo de não serem repetidos erros nos quais incorreram as teorias passadas, apresentou-se de maneira detalhada os problemas de cada uma das teorias da conduta. Acredita-se, ainda, que, ao tentar aproximar pessoa jurídica da responsabilidade penal, alguns desses problemas virão à tona.

A teoria da conduta finalista adotada no Código Penal brasileiro é fruto desta evolução doutrinária (e também filosófica). Como visto na primeira parte deste trabalho, não se entende ser possível conciliar a responsabilidade penal da pessoa jurídica com a teoria finalista e, portanto, com o Código Penal brasileiro.

Considerando tais premissas como verdadeiras, a Lei 9.605/98 deveria, em seu corpo, demonstrar quais artigos da parte geral do Código Penal (e do próprio Código de Processo Penal)¹⁰³ não se aplicariam a ela, ou como se aplicariam em relação às pessoas jurídicas. Mesmo que a lei o fizesse, não se entende que isso seria possível. Explicar-se-á com um exemplo: é como se a Constituição previsse, em um de seus artigos, a proteção contratual do menor em face da sua idade. O Código Civil brasileiro prevê que menores de idade não podem celebrar contratos, porquanto lhe faltam o requisito da capacidade. Para responder a isso, o legislador brasileiro edita uma lei com vários contratos especiais que tem como uma das partes o menor, sem explicar se ou como os vícios do consentimento, ou até mesmo a teoria geral do negócio jurídico, por exemplo, que estão na parte geral do Código Civil, se aplicam. Deve-se desconsiderar totalmente a teoria geral do negócio para esses contratos criados pela legislação especial (como um contrato especial ao qual os vícios do consentimento não se aplicam)? Pode uma lei especial criar contratos que contrariam a parte geral do Código Civil, em uma tentativa de regulamentar a norma constitucional?

¹⁰² Importante lembrar que, ao tempo da reestruturação da parte geral do Código Penal, feita em 1984, já existiam, inclusive, outras teorias da conduta posteriores à finalista, e, ainda assim, escolheu o legislador adotar a teoria welzeliana.

¹⁰³ Sanguiné, Odone. **Os Direitos Fundamentais das Pessoas Jurídicas no Processo Penal**, p. 2. *“O acolhimento da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal material exige uma correlata reforma legislativa paralela ou subsequente que crie um estatuto processual da pessoa jurídica, estabelecendo regras mínimas sobre representação, capacidade em julgamento, competência, garantias do devido processo etc.”*

Em virtude de a Lei 9.605/98 não ter feito essa diferenciação, há duas leis em completa dissonância sobre um mesmo tema e que devem ser aplicadas juntas (afinal, ao menos para a pessoa física, acredita-se que há aplicação da parte geral do Código Penal aos dispositivos desta lei). Passa ser papel da doutrina tentar conciliar os dois diplomas normativos a fim de que se possa eliminar essa aparente contradição de normas.

Como visto no primeiro capítulo desta segunda parte, o art. 225 da Constituição de 1988, que, segundo a maioria da doutrina, consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto aos crimes ambientais, é uma norma de eficácia limitada. Isto significa que, para que tenha qualquer aplicação, deve haver normas infraconstitucionais reguladoras, que expliquem como a norma constitucional deve ser aplicada. Entende-se que, havendo normas infraconstitucionais reguladoras em conflito, até que sanada a aparente contradição, não há como aplicar a norma constitucional de eficácia limitada. É por isso que a doutrina brasileira, no advento da edição da lei, foi incansável no sentido de explicar a aplicação conjunta dessas normas.

A seguir, serão analisadas duas obras de dois autores que tentaram solucionar este problema. O objeto de análise não se restringirá apenas a como o autor conciliou a teoria da conduta em si à pessoa jurídica, mas também quanto às diferentes valorações negativas (isto é, tipicidade, ilicitude e culpabilidade), a fim de que possa ser estabelecida, em tese, a completa harmonia entre o Código Penal (e, portanto, a teoria finalista da ação) e a Lei 9.605/98.

2 Análise Doutrinária

2.1 A Pessoa Jurídica Criminosa

2.1.1 Introdução

A primeira obra a ser analisada pelo presente trabalho é de Walter Claudius Rothenburg, por motivos cronológicos. Imprescindível referir que, muito embora o

menor impacto causado na doutrina e jurisprudência em geral (tomando como referência a obra de Shecaira, posteriormente analisada) – e, muito provavelmente, por razão do viés de sua argumentação – de maneira alguma é possível referir que a construção argumentativa da obra é de fácil refutação.

É importante mencionar que seu livro é datado antes mesmo da própria Lei 9.605/98 (1997), e, por esse motivo, a menção a respeito dessa lei restringe-se ao seu projeto, à época em tramitação no Congresso Nacional. Por esse motivo, como será visto, tal fato será levado em consideração naquilo que segue. Ainda, a análise legislativa por parte do autor é restrita à Constituição de 1988 e à legislação estrangeira, não sendo o foco da obra a legislação em si (cerca de 40 páginas), e, justamente por isso, também não será esse o objeto principal de sua análise.

A análise crítica desta obra será feita em três principais partes. A primeira, mais geral, consistirá em uma análise resumida do livro, constante de sua estruturação, análise legislativa e jurisprudencial (capítulos II, V e VI). A segunda será composta apenas do enfrentamento de um único capítulo (IV), no qual o autor analisa os argumentos contrários e favoráveis à sujeição criminal ativa da pessoa jurídica e que, apesar de seu pequeno número de páginas (50), em razão da elevada importância, será detidamente e exclusivamente analisado em capítulo apartado neste trabalho.

A terceira – e a mais importante para o presente estudo – analisará detidamente o que o autor nomeia de “Conceitos Instrumentais” (capítulo VII), isto é, as premissas e teorias para a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, além das adaptações necessárias ao conceito formal-analítico de crime. Embora, pelo sumário apresentado por Rothenburg, o capítulo específico sobre o “Direito Criminal” constar dos “Conceitos Instrumentais”, esse não será objeto de análise deste estudo, por – acredita-se – desnecessidade. Por fim, será analisada, em subcapítulo apartado, a sujeição criminal ativa do Estado e das demais pessoas jurídicas de Direito Público (capítulo VIII).

Deve ser explicitado, antes da análise da obra propriamente dita, que se julga inadequada a disposição de capítulos desta obra. Os conceitos instrumentais deveriam ser analisados antes, por exemplo, dos argumentos contrários e favoráveis à responsabilização penal da pessoa jurídica, haja vista que, para haver argumentos sobre algo, esse algo deve existir. Se a existência, perante o Direito Penal clássico, será provada no capítulo posterior, o entendimento do capítulo anterior fica gravemente comprometido. Mesmo assim, manteve-se, em respeito à disposição feita pelo autor e sua construção argumentativa, a ordem dos capítulos, mesmo na análise.

2.1.2 Resumo e Estruturação

A “Pessoa Jurídica Criminosa”, de Walter Claudius Rothenburg, se estrutura em sete diferentes capítulos, descontados a introdução e a conclusão. No primeiro capítulo, desconsiderada a introdução, é feita pelo autor uma análise doutrinária sobre a instituição – ou não – pela Constituição de 1988, da responsabilidade criminal ativa da pessoa jurídica naquilo que se refere aos crimes ambientais e econômicos. Limitar-se-á, para efeitos deste estudo, tendo em vista que este exato tópico já teve, com destinação exclusiva, um capítulo específico, a dizer que, conforme o autor:

“A pessoa jurídica, portanto, foi admitida expressamente pela atual Constituição da República como sujeito ativo de crime. Essa tão discutida possibilidade resolveu-se no plano do Direito Positivo, e no estágio mais alto, qual o das normas constitucionais. Agora, o legislador que instituir novos delitos incriminando pessoas jurídicas, ou o intérprete que sustentar a aplicação de leis já existentes também aos entes coletivos, estarão lastreados numa determinação constitucional. Esse é um critério jurídico”.¹⁰⁴

Desta forma, a análise posterior da obra, e mais específica, deixará de mencionar o referido capítulo. O segundo capítulo, denominado “Histórico”, é, na verdade, um breve histórico do próprio “Direito Criminal”, e, por se entender que pouco contribuirá para o presente trabalho, também deixará esse breve capítulo de ser analisado.

O terceiro capítulo, denominado “Argumentos contrários e favoráveis à Sujeição Criminal Ativa da Pessoa Jurídica”, será, praticamente, o inteiro teor do primeiro capítulo exclusivo de enfrentamento da obra, e, por este motivo, não terá qualquer menção neste capítulo.

O quarto capítulo, denominado pelo autor de “Legislação”, é composto por comentários referentes às mais diferentes leis infraconstitucionais, que, segundo Rothenburg, “*revela uma admissão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica há tempos*”,¹⁰⁵ entretanto, de forma absolutamente contraditória com o que pretende com o trabalho¹⁰⁶, afirma, na frase seguinte, que “*às vezes incoerentemente com os*

¹⁰⁴ Rothenburg, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**, p. 28.

¹⁰⁵ Idem, p. 87.

¹⁰⁶ Idem, p. 15. Afirma Rothenbug, em sua introdução, que: “(...) procurando discutir a questão da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica nos quadros do Direito Criminal tradicional. Esse enfoque pareceu prudente para um tema que ainda suscita profundas reservas. Tratar o assunto de forma radicalmente anticonvencional serviria muito mais a arraigar o preconceito contrário à admissão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, do que contribuir para a aceitação da tese”.

princípios, mas com o irresistível apelo prático do Direito positivo, que frequentemente traduz as necessidades de regulação social com muito maior acuidade e espontaneidade".¹⁰⁷

Na mesma linha argumentativa, poucas páginas depois, o autor afirma que:

*"Muitos dos textos com que se pretende demonstrar a aceitação, pela lei, da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, são diplomas de duvidosa regularidade, à medida que não raro estipulam uma pretensa responsabilidade objetiva (prescindindo dos aspectos subjetivos) de pessoas físicas de alguma maneira vinculadas ao ente coletivo, ou aludem a uma responsabilidade 'solidária' (da pessoa jurídica por ato de indivíduo ou vice-versa)".*¹⁰⁸

*"Mas, como grande parte dos ordenamentos jurídicos erige um sistema criminal fundado no princípio da culpabilidade (e da personalidade), aquelas normas são teratológicas. Nesse sentido, diversos e diversos textos que transferem a responsabilidade de crimes 'praticados por pessoa jurídica'¹⁰⁹ aos indivíduos ocupantes de posições relevantes em sua estrutura (ou vice-versa)".*¹¹⁰

Acredita-se ser totalmente desnecessária a análise de diversas leis, como faz o autor, que, de alguma forma, preveem condutas criminosas cometidas por pessoas jurídicas. A absoluta imprecisão e total falta de qualidade legislativa de uma parte das leis brasileiras não pode ser argumento válido a inferir que a pessoa jurídica possa cometer delitos. De qualquer forma, com o mero intuito de ser mantida a honestidade intelectual deste estudo, algumas das leis referidas por Rothenburg¹¹¹ serão brevemente discutidas.

Dotti¹¹² usa como exemplos as Leis 4.357/64, 4.591/64, 4.595/64, 4.728/65, 4.729/65 e 6.435/77, e os Decretos-lei 73/66 e 326/67. Pimentel¹¹³, por outro lado, refere como exemplo a Medida Provisória 175/90, convertida na Lei 8.035/90. Tavares e Prado¹¹⁴, naquilo que difere dos anteriormente citados, referem o Decreto-Lei 16/66

¹⁰⁷ Idem, p. 87.

¹⁰⁸ Idem, p. 91.

¹⁰⁹ A presença das aspas na expressão "praticados por pessoa jurídica" é, no mínimo, ambígua. Não se entende se o intuito do autor é o de, na verdade, utilizar-se de uma figura de linguagem irônica – isto é, utiliza para dizer que os crimes não são propriamente praticados pelas pessoas jurídicas, mas pelas pessoas físicas que a compõem, ironizando a imprecisa e errônea redação de diversas leis que existem no Brasil –, ou, de maneira diversa, utiliza as aspas de forma a dar ênfase que tais crimes são efetivamente praticados pelas pessoas jurídicas e isso já está previsto e disposto na legislação vigente.

¹¹⁰ Idem, p. 91.

¹¹¹ É bem verdade que as leis, embora trazidas ao seu livro, não são propriamente comentadas pelo autor. O que ocorre é que esse cita outros autores que discutem tais leis em outras obras.

¹¹² Segundo Rothenburg, idem, p. 91.

¹¹³ Segundo Rothenburg, idem, p. 92.

¹¹⁴ Segundo Rothenburg, idem, p. 92.

e a Lei 7.492/86. Rothenburg, por si, usa como exemplo a Lei 8.884/94.¹¹⁵ Pedrazzi e Costa Jr¹¹⁶ referem os diplomas normativos: Lei de 20/09/1830, Decreto 4.743/23, Decreto 4.269/21, Lei 38/35 (revogada pela Lei 1.802), Decreto-Lei 869/38, Lei 6.938/81, Lei 7.347/85, Lei 7.802/89 e Lei 8.078/90.

Considerando o extenso arcabouço normativo, aliado à crença na absoluta desnecessidade de abordar cada uma das leis apresentadas – por apresentarem os mesmos problemas, sob aspectos diferenciados –, individualmente, impende a adoção de um critério de análise seletiva. Desta forma, não serão comentadas as leis anteriores ao Código Penal (Decreto-Lei 2.848 de 1940), nem aquelas consideradas absolutamente inconstitucionais (ou não recepcionadas, se anteriores), ou mesmo revogadas ou vetados seus artigos.

Quanto à Lei 4.357/64, o autor provavelmente deve se referir ao art. 11, § 4º, que roga o que segue:

“Art 11. Inclui-se entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita, definido no [art. 168 do Código Penal](#), o não-recolhimento, dentro de 90 (noventa) dias do término dos prazos legais:

a) das importâncias do Impôsto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos;

b) do valor do Impôsto de Consumo indevidamente creditado no-s livros de registro de matérias-primas (modêlos 21 e 21-A do Regulamento do Impôsto de Consumo) e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia;

c) do valor do Impôsto do Sêlo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial.

(...)

§ 4º Quando a infração fôr cometida por sociedade, responderão por ela os seus diretores, administradores, gerentes ou empregados cuja responsabilidade no crime fôr apurada em processo regular. Tratando-se de sociedade estrangeira, a responsabilidade será apurada entre seus representantes, dirigentes e empregados no Brasil”.

Acredita-se que, embora a interpretação literal dos ditames deste artigo infira, de maneira inequívoca, a possibilidade de cometimento de delito por “*sociedade*”, pelas razões expostas no capítulo 1.1, segunda parte, deste estudo, entende-se que há desrespeito à Constituição de 1988, sobretudo naquilo que se refere ao princípio da culpabilidade. O que faz esse dispositivo legal, segundo essa interpretação, é

¹¹⁵ Esta lei está hoje revogada, mas, à época da obra, era vigente e adotava um regime de responsabilidade penal objetiva, no seu art. 20, quando preceituava que “*Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa (...)*”.

¹¹⁶ Segundo Rothenburg, idem, p. 94.

determinar que responda penalmente alguém diverso daquele que cometeu o delito, algo absolutamente impensável senão nas formas legais de autoria mediata ou concurso de pessoas. Inaplicável o concurso de pessoas – haja vista que “sociedade”, em si, não responde criminalmente –, a autoria mediata – que, dá-se ênfase, não é uma forma de responsabilização penal, quanto àquele utilizado como objeto –, a fim de que fosse afastada completamente, mereceria um estudo próprio, e não é objeto deste que se apresenta.

Naquilo que se refere à Lei 9.591/64, essa dispõe o que segue em seu art. 65:

“Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.

PENA - reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinqüenta vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País.

§ 1º Incorrem na mesma pena:

I - o incorporador, o corretor e o construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais ou sobre a construção das edificações;

II - o incorporador, o corretor e o construtor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, ainda que a título de empréstimo, em proveito próprio ou de terceiros, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração, sem prévia autorização dos interessados.

§ 2º O julgamento destes crimes será de competência de Juízo singular, aplicando-se os [artigos 5º, 6º e 7º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951](#).

§ 3º Em qualquer fase do procedimento criminal objeto deste artigo, a prisão do indicado dependerá sempre de mandado do Juízo referido no § 2º. [\(Incluído pela Lei nº 4.864, de 29.11.1965\)](#)”.

Não se antevê, de forma alguma, qualquer previsão de conduta delituosa praticada pela pessoa jurídica nesse artigo referido por Dotti, segundo Rothenburg. O caput refere-se a pessoas físicas, assim como o § 1º. Ainda que fosse possível tal interpretação, incorreríamos na mesma violação constitucional do dispositivo legal anterior.

Quanto à Lei 4.595/65, conforme o autor, estaria referindo ser possível a prática de delitos por pessoa jurídica em seu art. 44, § 7º, que dispõe o seguinte:

“Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

(...)

§ 7º Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores.

(...)”

O que se apresenta neste parágrafo sétimo do art. 44 da referida lei nada acrescenta ao debate, visto que, de certa forma, idêntico ao primeiro instrumento normativo analisado. Há, entretanto, uma diferença: este, diferentemente daquele, viola não só o princípio da culpabilidade, mas também o da personalidade, quando atribui responsabilidade objetiva aos sócios e diretores por crime – teoricamente, segundo a interpretação que sugere o autor – praticado pela pessoa jurídica. Conforme já visto e aprofundado mais adiante, a responsabilidade objetiva fundamenta-se no risco, e não na culpabilidade, algo, até então, incompatível com a realidade do Código Penal brasileiro.

Naquilo que se refere ao art. 73, § 2º, da Lei 4.728/64, este roga o que segue:

“Art. 73. Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal da sociedade, com firmas reconhecidas.

§ 1º Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.

§ 2º A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores”.

De forma idêntica ao anterior, se adotada a interpretação literal deste texto legal, ter-se-ão, em tese, ao menos, duas violações constitucionais latentes, já analisadas.

Quanto à Lei 4.729/64, seu art. 6 dispõe o que segue:

“Art 6º Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal”.

O referido artigo, a fim de não incorrer no mesmo vício (qual seja, a violação do princípio da personalidade) dos anteriores, toma o exposto cuidado de ressaltar *“tenham praticado ou concorrido para a prática”*. Ademais, a interpretação literal do artigo não faz qualquer sentido. Explica-se: os vocábulos *“Quando se trata de pessoa jurídica”* tem conteúdo incerto, haja vista que, ao final do mesmo artigo, há as palavras *“tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal”*. Afinal, quem,

efetivamente, praticou o crime? Se for a pessoa jurídica, como quer o autor, a palavra “*praticado*”, na parte final, deve ser extirpada do artigo, de modo que só podem as pessoas físicas concorrerem para a prática. Se for(em) a(s) pessoa(s) física(s), assim podendo praticar ou concorrer para a prática de determinado delito, como quer a parte final do artigo, a expressão inicial “*quando se trata de pessoa jurídica*” é que deve ser extirpada, porque não fará qualquer sentido.

Como anteriormente referido, não são poucos os artigos e leis que possuem péssima redação. Entende-se que a utilização desse tipo de artigo apenas empobrece a discussão, ao invés de constituir prova de qualquer coisa que não a incapacidade, muitas vezes, de o legislador ser claro.

Naquilo que se refere ao Decreto-Lei 73/66, seu art. 110 assim dispõe:

“Art 110. Constitui crime contra a economia popular, punível de acôrdo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das Sociedades Seguradoras”.

Acredita-se, mais uma vez, que a redação do artigo não é clara. A expressão “coletiva” é equívoca ao poder ser interpretada como um conjunto de pessoas, ou seja, a ação ou omissão, seja individual ou coletiva, constituirá crime. De outro lado, embora o artigo refira “crime”, não se acredita tratar de uma norma penal, tendo em vista a ausência de previsão de uma pena. É comum, na esfera civil, por exemplo, a Lei utilizar normas em branco como a que se refere o art. 110 (de acordo com a legislação respectiva), mas, na esfera penal, a constituição de um crime sem uma penalidade clara é algo abominável. Repete-se: em nada acrescenta ao estudo o debate desse tipo de norma, extremamente equívoca e vaga.

Quanto ao Decreto-Lei 16/66, dispõe o que segue nos seus arts. 1º e 2º:

Art. 1º Constitui crime: [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

a) Produzir, manter em estoque, ou dar saída a açúcar fora ou acima da cota autorizada no Plano Anual de Safra do Instituto do Açúcar e do Alcool ([art. 3º, 5º, da Lei número 4.870, de 1 de dezembro de 1965](#)); [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

b) Produzir açúcar em fábrica clandestina, conforme previsto nos [artigos 22 e 30, do Decreto-Lei número 1.831, de 4 de dezembro de 1939](#), bem como dar saída ou armazenar o produto assim irregularmente obtido; [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

c) Receber, dar saída, ou manter em estoque, açúcar desacompanhado da nota de remessa ou de entrega, conforme previsto na [alínea b, do Artigo 60, do Decreto-Lei nº 1.831, de 4 de dezembro de 1939](#), e no [Art. 43, da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965](#); [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

d) Dar saída, armazenar, transportar ou embarcar açúcar com inobservância do disposto no art. 3º, alíneas a e c, deste Decreto-Lei ou dos [artigos 31, e seus parágrafos, e 33, do Decreto-Lei nº 1.831, de 4 de dezembro de 1939;](#) [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

e) Dar saída a açúcar além das cotas mensais de comercialização deferidas às usinas e às cooperativas de produtores, com infração do disposto no [§ 2º do Art. 51, da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965;](#) [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

f) Dar saída, receber ou transportar álcool sem prévia autorização do Instituto do Açúcar e do Alcool, de sacompanhado da Nota de Expedição de Alcool, com infração das disposições constantes dos Arts. 1º, 2º, 3º e 4º, do Decreto-Lei nº 5.998, de 18 de novembro de 1943. [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

Pena - Detenção de seis (6) meses a dois (2) anos. [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

Parágrafo único. Em igual pena incorrerá todo aquele que, de qualquer modo, concorrer para o crime previsto neste artigo. [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 56, de 1966\)](#)

Art 2º Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal incidirá sobre o dirigente da empresa que, de qualquer modo, tenha contribuído para o crime capitulado no artigo anterior.

Primeiramente, duvida-se da atual aplicação desta norma penal. Entretanto, segundo os critérios adotados anteriormente, deverá esse Decreto-Lei ser objeto de análise deste estudo. A interpretação literal do referido artigo, de forma absolutamente idêntica ao art. 11 da Lei 4.357/64, revela problemas de inconstitucionalidade, conforme já referido. Desta forma, aplicam-se, aqui, os mesmos argumentos outrora apresentados.

Naquilo que se refere à Lei 6.938, dois artigos deverão ser analisados:

“Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

(...)”.

“Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

(...)”.

Embora possa ser considerada a pessoa jurídica como poluidora, para efeitos do art. 3º, IV, da referida lei, não se pode sustentar, com absoluta certeza, que as sanções previstas no art. 14 sejam de cariz penal (aliás, aparentam ser, muito mais, de caráter administrativo). O § 1º, por outro lado, quando refere “indenização”, possui uma proximidade inquestionável com a lei civil, muito mais do que com a penal. Desta forma, não se questiona a validade da lei, mas sim seu campo de aplicação.

Quanto à Lei 7.347/85, o autor refere que suposta prática de crime pela pessoa jurídica estaria no art. 17, que assim dispõe:

“Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. [\(Renumerado do Parágrafo Único com nova redação pela Lei nº 8.078, de 1990\)](#)”.¹¹⁷

A inserção dessa norma no rol acima indicado é, no mínimo, risível. Trata-se de sanção processual, e, como se não bastasse, processual civil. Não serão feitos quaisquer outros comentários.

Naquilo que se refere à Lei 7.802/89, seu art. 15 roga:

“Art. 15. Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, der destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente estará sujeito à pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa. [\(Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000\)](#)”.¹¹⁸

Levando em consideração as penas atribuídas ao tipo penal, assim como a ausência de previsão para aplicação aos sócios ou diretores da pessoa jurídica

¹¹⁷ À época da obra, consistia essa redação no parágrafo único do art. 17 da mesma lei. Quanto à nova redação, há apenas a adição dos honorários advocatícios na condenação. Segue a antiga redação do art. 17, parágrafo único: “Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

¹¹⁸ A Lei 9.974/2000 é posterior à publicação do livro em análise. Entretanto, a nova redação apenas retirou a especificação do valor da multa, assim como retirou a modalidade culposa do crime. Sua redação original segue: “Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviços na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos seus regulamentos, ficará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. Em caso de culpa, será punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) MVR”.

empresária, entende-se que esse não é “praticável” por pessoas jurídicas. Do contrário, estaria sendo estabelecido um tipo penal com ausência de sanção para alguns dos seus possíveis incorrentes, o que é logicamente inadmissível.

Quanto à Lei 8.078/90, estabelece diversos tipos penais (arts. 61 a 74) e atribui a qualidade de fornecedor também às pessoas jurídicas. Entretanto, seu art. 75 expressamente afasta a possibilidade de ser responsabilizada essas últimas, conforme segue:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

“Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas”.

Embora possa ser admissível, em uma interpretação literal, que as pessoas jurídicas possam praticar ilícitos penais, mas são seus gerentes ou sócios que respondem criminalmente por esses fatos, insurge-se o questionamento a respeito da conformidade dessas normas – assim interpretadas – com os princípios consagrados na Constituição de 1988. Além disso, se for interpretada dessa forma, há de ser admitida a previsão de tipos penais sem sanções jurídicas, e apenas para alguns sujeitos ativos – e isso é inaceitável. Aplica-se, totalmente, aquilo referido, em momento oportuno, a respeito da Lei 4.357/64 e do Decreto-Lei 16/66.

O quinto capítulo, denominado de “Jurisprudência”, retrata, em pouquíssimas páginas (seis, apenas), a jurisprudência francesa a respeito da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, e, além dela, em meia página, a brasileira. Em virtude de, conforme a delimitação de objeto na introdução do presente trabalho, a legislação e a jurisprudência que não as brasileiras não consistirem em objeto de estudo desta pesquisa, somente a meia página referida deveria ser objeto de análise.

Acredita-se que é totalmente possível resumir aquilo que é tratado pelo autor como sendo a “jurisprudência brasileira” em uma única frase, e, portanto, nada mais será dito a respeito dela, no tocante a este livro. *“Prevalece o princípio de que a*

pessoa jurídica não é diretamente imputável (RT, São Paulo, n. 650, p. 291, dez 1989) e de que sua responsabilidade esgota-se no campo civil ou administrativo".¹¹⁹

Os dois últimos capítulos, "Conceitos Instrumentais" e "Sujeição Criminal Ativa do Estado e das Demais Pessoas Jurídicas de Direito Público", serão analisados detida e oportunamente em momento posterior.

2.1.3 Argumentos Contrários e Favoráveis à Sujeição Criminal Ativa da Pessoa Jurídica

Rothenburg inicia aquele que, talvez, seja o capítulo mais importante de sua obra com uma expressão de caráter científico – ao menos, juridicamente falando – duvidoso. Afirma o autor que "*o principal 'argumento'*¹²⁰ *favorável à tese da imputação de condutas criminosas à pessoa jurídica*"¹²¹ *é "a realidade de hoje",*¹²² em que "*a pessoa jurídica se mostra particularmente perigosa*".¹²³

O penalista passa, então, à análise dos argumentos contrários à sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, rebatendo-os individualmente. Segundo Rothenburg, a máxima latina *societas delinquere non potest* traduz a oposição de que "*a pessoa jurídica seria uma ficção, suficientemente irreal para ser insuficiente como sujeito ativo de crimes*".¹²⁴ O autor entende que "*se a pessoa jurídica é uma realidade jurídica (normativa), bastaria que se entendesse esse reconhecimento ou construção ao Direito Criminal*".¹²⁵

Em uma passagem bastante longa, é possível sintetizar, de alguma forma, aquilo que seria um dos principais – talvez o principal – argumentos do penalista:

"Segundo uma abordagem normativista, é sempre a própria norma que determina as condições (requisitos) para a sua incidência. Ela pode pressupor determinadas condições encontráveis apenas na natureza biológica, tal como a diferença de sexo para que se dê casamento; ou podem os requisitos ser definidos juridicamente, como a decretação judicial do estado de falência para a existência de crime falimentar. A vontade criminosa pode situar-se numa ou na outra concepção: como uma condição presa exclusivamente à natureza humana ou como um requisito algo determinável

¹¹⁹ Idem, p. 126.

¹²⁰ As aspas são originais do texto. Acredita-se que a inserção das aspas na palavra argumento constituem crítica maior do que quaisquer palavras.

¹²¹ Idem, p. 36.

¹²² Idem, ibidem.

¹²³ Idem, p. 37.

¹²⁴ Idem, p. 41.

¹²⁵ Idem, p. 42.

pelo Direito. O normativismo permite sustentar esse último ponto de vista. Mas a opção é quase uma questão de opinião.

Tecnicamente, no entanto, o suposto de que só o homem possui dignidade/vontade criminosa é dispensável. Isso porque se pode prescindir dos aspectos subjetivos na atribuição de responsabilidade (inclusive referindo-a a outrem que o autor direto dos atos), ou então referir tais aspectos – e, por conseguinte, a conduta mesma – imediatamente ao próprio ente coletivo, através da técnica jurídica da imputação. Isso permite adaptar o conceito de ‘vontade’ (criminosa) à pessoa jurídica e combater a negação em tese de que só o ser humano seria dotado de atributos indispensáveis ao cometimento de crimes. Não se deve perder de vista, porém, que a grande maioria dos sistemas jurídico-positivos acolhe o princípio da personalidade, exigindo que a responsabilidade (criminal) somente seja irrogada ao sujeito que efetivamente apresente as condições exigidas pela norma para a capacidade criminal (e que tenha participado da ação delituosa), com o que se afasta a responsabilidade objetiva na esfera criminal.

Onde estariam os aspectos peculiares da conduta criminosa, que permitiriam fosse juridicamente imputada apenas a seres humanos? Parece não estarem na ação (nem na vontade), se admitirmos que um ou mais indivíduos possam adotar medidas que não tomariam individualmente, que não tomariam enquanto particulares em si mesmos considerados e desvinculados da pessoa jurídica, e que não tomariam com o intuito de valerem-se do ente coletivo como mero instrumento, mas sim que as tomam como órgãos em função da pessoa jurídica (que não tem como manifestar-se senão por intermédio desses indivíduos); as medidas são tomadas única e exclusivamente como medidas do ente coletivo. Nesse instante, então, há consciência, uma consciência que precisa da atuação de seres humanos para existir, e que nem por isso é a consciência desses seres humanos considerados em suas individualidades; nesse instante existe vontade, formada a partir das vontades dos indivíduos aos quais cumpre elaborá-la, e que com elas não se confunde, sendo produzida uma vontade outra, diferente, ao final do processo: a vontade que se refere à própria pessoa jurídica.”¹²⁶

Em virtude da quantidade e diversidade de argumentos, todos serão rebatidos, de alguma forma, na ordem em que aparecem. Não constitui, de forma alguma, objeto principal deste trabalho a teoria normativista, muito menos a análise minuciosa do fenômeno jurídico da subsunção. Entretanto, em linhas gerais, é possível referir que o autor fala com propriedade no sentido de que é a própria norma que determina as condições de sua incidência. O que se objeta, pela utilização do mesmo argumento, é que, embora abra a possibilidade genérica de a pessoa jurídica praticar crimes (juridicamente falando), também reforça a ideia de que, não sendo essa previsão legal expressa naquilo que se refere, principalmente, à capacidade em nosso ordenamento jurídico (regulamentada pelo Código Penal), a sujeição é impossível.

Igualmente, quando refere que é possível adaptar juridicamente os conceitos de vontade, prescindindo de aspectos subjetivos, não há qualquer dúvida da veracidade desses argumentos. Aliás, esses são tão verdadeiros quanto inaplicáveis ao nosso

¹²⁶ Idem, p. 45-46.

sistema jurídico, como bem refere o autor na passagem “*a grande maioria dos sistemas jurídico-positivos acolhe o princípio da personalidade*”.

Quanto ao último parágrafo citado, será dada ênfase no momento oportuno, quando forem analisados os “Conceitos Instrumentais”. Entretanto, adianta-se mera reflexão: o fato de uma conduta ser alterada por alguma circunstância só interessa ao direito se o disser expressamente. Em outras palavras, aquilo que motiva a ação só interessa para o Direito na medida em que ele dispõe: se a motivação foi para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem,¹²⁷ há interesse do Direito; se a motivação foi por ciúme, tédio ou vingança, não há interesse.

É de suma importância entender que o interesse referido é na qualificação – ou não – de uma conduta como crime. É evidente que a motivação dos crimes, na imensa maioria dos casos (senão na totalidade), afetará a dosimetria de pena, ou até mesmo o tipo penal praticado e, nesse sentido, interessa ao Direito. Entretanto, o que se objetiva, nessa oportunidade, à argumentação do autor, é a possibilidade da alteração da motivação de uma conduta pessoal, sem que o Direito assim predisponha desta forma, impor a um ente fictício a “titularidade” da conduta. Esse argumento se torna ainda mais duvidoso na medida em que o que se está adotando é uma teoria normativista.

O próprio autor, mais à frente, refere que o Direito Criminal leva isso em consideração, quando dispõe sobre a “multidão”, em crimes como a associação criminosa e o tumulto.¹²⁸ Como antes foi referido, segundo a teoria normativista é certo que a norma pode estabelecer quaisquer condições de incidência. Entretanto, o argumento torna-se inválido na medida em que, para o caso específico, essa condição de incidência não é estabelecida por lei.

A mesma argumentação é utilizada por Rothenburg quando refere que o Direito já reconhece uma vontade à pessoa jurídica, e que basta admiti-la criminalmente. Para isso, refere o autor, é necessário “*capacidade para compreender o caráter delituoso da conduta e para determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do Código Penal brasileiro), e um cunho moral – assim que se possa reprovar também moralmente tal comportamento*”.¹²⁹ A primeira (capacidade intelectual-volitiva), segundo Rothenburg, fica admitida com a aceitação geral da vontade da pessoa

¹²⁷ Art. 25 do Código Penal.

¹²⁸ Idem, p. 48.

¹²⁹ Idem, p. 47.

jurídica. A segunda, “*pode ser encontrado na bagagem ‘subjéitiva’ que acompanha a existência de uma pessoa jurídica, provida de nome, reputação, linha de conduta, eventual preocupação social (...)*”.¹³⁰

Com a devida vênia, dizer que existe qualquer tipo de “vontade geral” é completamente inaceitável. Primeiro, porque as capacidades civil e penal são diferentes (e totalmente inconfundíveis); segundo, porque a vontade atribuída à pessoa jurídica no Direito Civil é exercida por meio de representação. Enquanto os regimes civil e criminal não forem unificados, ou um não remeter ao outro para aferir capacidade, e, ao mesmo tempo enquanto não for admitido o instituto da representação no Direito Penal material,¹³¹ não há que se falar em “vontade geral”, ou capacidade geral.

Quanto ao segundo elemento, carece de fundamentação. É possível atribuir direitos, como o de propriedade, ao nascituro, e mesmo de personalidade, às crianças. Seria ilógico, nesses termos, inferir que a atribuição de direitos faz com que se atribua, da mesma forma, vontade para o Direito Penal. Mais adiante, a mesma teoria (de origem alemã) será abordada por outro autor.

Para não incorrer em falácia argumentativa, ao dar dois exemplos diferentes para duas condições que devem ser satisfeitas de maneira simultânea, utilizar-se-á exemplo único que preencha as duas condições. As crianças, mediante representação legal, possuem vontade juridicamente considerada, o que pode ser provado com um simples exemplo: o contrato de doação, conforme o art. 539 do Código Civil, depende de aceitação (pressupõe, portanto, vontade). O contrato de doação com determinado encargo (para escapar à aplicação do art. 543 do Código Civil) celebrado entre avô e neto menor de dezesseis anos é válido, mesmo que, teoricamente, o neto não possua capacidade civil, sozinho, para celebrar contratos, haja vista que depende de representação legal. Com o aceite dos pais, entretanto, passa o bem doado a integrar o patrimônio do neto menor de dezesseis anos.

¹³⁰ Idem, ibidem. O tipo penal extinto usado como exemplo pelo autor é o de “quadrilha”. Tendo sido esse substituído, o texto teve que ser adaptado.

¹³¹ Apenas a título elucidativo, demonstrando o quão esdrúxula (e risível) seria a adoção de representação no Direito Penal material, um exemplo: o mandatário, munido de procuração para esse fim, faz um assalto a banco, em nome de determinado sujeito. Em situação de flagrante, ao ser detido pelos policiais, o assaltante apresenta a procuração, para que a responsabilidade do delito cometido recaia sobre o mandante. A hipótese é tão absurda que nem mesmo o contrato de mandato seria válido, tendo em vista o seu objeto. O mesmo caráter teria qualquer exemplo envolvendo a representação legal (que é o caso de uma pessoa jurídica): se o filho de um casal comete ato típico, ilícito e culpável, admitida a representação legal no Direito Penal material, a pena recairia sobre o pai, sobre a mãe, sobre os dois, ou de maneira fracionada para cada um?

Mantido o paralelo, é juridicamente impossível realizar um contrato com uma pessoa jurídica sem a anuência de seu representante legal. A pessoa jurídica, por si só, não tem condições de celebrar contratos, tendo em vista que, em virtude de impossibilidade fática, não tem capacidade de praticar atos da vida civil de maneira independente. Ao mesmo tempo, o Código Civil, em seu art. 2º, reconhece direitos de personalidade às crianças.

Civilmente, a pessoa jurídica e o absolutamente incapaz possuem semelhanças, visto que possuem direitos de personalidade e propriedade, mas sua vontade é, de alguma forma, condicionada à representação legal. Entretanto, ao menos a criança não pode cometer crimes. Pergunta-se: o tratamento dado aos entes pelo Direito Civil importa ao Direito Penal? Se a resposta é negativa, a pessoa jurídica, em primeiro lugar, existe para o Direito Penal brasileiro?

Rothenburg utiliza uma citação de Freud¹³² de forma a revestir de autoridade o argumento de que o fenômeno associativo, por si, produz alterações no comportamento individual, em razão de influências em nível inconsciente. Segundo o autor, “há uma elevação de afetividade (*despertam-se os instintos*) e ocorre uma redução da capacidade intelectual individual do próprio grupo”,¹³³ sendo o indivíduo “tomado de um ‘sentimento de poder invencível’, por trás do qual se dissipa o sentimento de responsabilidade”.¹³⁴

Ainda, sendo “facilmente sugestionável, o indivíduo inclina-se a uma submissão ao líder, sacrificando o interesse pessoal pela exaltação da emoção e pelo prazer de entregar-se”.¹³⁵ Segundo Rothenburg, tais “funções inconscientes homogêneas’ são despertadas e amplificadas pelo agrupamento”.¹³⁶

Embora não reste qualquer dúvida de que o agrupamento de pessoas, de certa forma, altera de maneira significativa as atitudes dos indivíduos, como demonstra a obra de Freud, a pergunta que se faz é se essa significação assim é considerada pelo Direito Penal. Em princípio, a alteração de comportamento, seja qual for seu motivo, só interessará para a ciência penal se a lei assim o dispuser, tendo em vista o princípio da legalidade.

¹³² Idem, p. 50. A obra citada é *Psicologia de grupo e análise do ego*, de 1921.

¹³³ Idem, *ibidem*.

¹³⁴ Idem, *ibidem*.

¹³⁵ Idem, *ibidem*.

¹³⁶ Idem, *ibidem*.

Em outras palavras, não basta que a atitude dos indivíduos seja alterada por qualquer motivo, é a lei quem deve referir que essa alteração deve ser considerada pelo Direito Penal. Apenas a título de exemplo, para elucidar o absurdo que seria assumir uma tese contrária, poder-se-ia, sem autorização legal, imputar um crime de lesões corporais a um grupo de amigos que está em um bar, simplesmente porque um de seus integrantes se descontrolou e desferiu uma facada em uma pessoa que zombava do grupo, por qualquer motivo.

No exemplo citado, bem se vê que o indivíduo não teria desferido a facada se não estivesse em grupo, entretanto, não há qualquer autorização na legislação penal que faça que o tipo de lesão corporal seja atribuído a todo o grupo. No mesmo absurdo incorrer-se-ia, nos mesmos moldes, responsabilizar uma coletividade – e aqui se incluem as pessoas jurídicas – pela ação de um indivíduo, pelo motivo de que, simplesmente pelo fato de ela existir, a ação desse indivíduo foi alterada.

Poucas páginas depois,¹³⁷ ao tentar conciliar o princípio da personalidade com a responsabilização penal ativa da pessoa jurídica, refere Rothenburg que, por conta dessa alteração de comportamento, seria desrespeitar o princípio da personalidade punir o indivíduo ao invés do grupo, porquanto, segundo seu entendimento, o princípio da personalidade não diz respeito somente às penas, mas principalmente à imputação.

Esse argumento é particularmente importante para o estudo em questão. Na primeira parte, viu-se o conceito de ação para a teoria finalista welzeliana, e, agora, vê-se o conceito de imputação. A imputação nada mais é do que a própria autoria, isto é, a quem é imputada determinada conduta criminosa.

Se o sistema penal brasileiro está atrelado ao conceito de ação finalista, e, como bem refere Rothenburg, também ao princípio da personalidade, como dissociar “quem” agiu e “a quem” o crime é imputado? Não se vislumbrou, em princípio, na parte anterior deste trabalho, a possibilidade de ação pela pessoa jurídica nos moldes da teoria finalista. Até então, Rothenburg não enfrentou diretamente o conceito de ação em sua obra,¹³⁸ e, por esse motivo, uma análise mais aprofundada desse exato argumento deverá ser feita em momento posterior, notadamente no ponto 2.1.4.3.1.

¹³⁷ Idem, p. 52.

¹³⁸ Isto não constitui uma crítica, tendo em vista que, diferentemente de Shecaira, como será visto, Rothenburg enfrenta o conceito de ação oportunamente.

Por ora, entretanto, limita-se a referir que, não sendo possível a dissociação mencionada, ao menos no Direito Penal brasileiro, não se entende como “*pretender sujeitar o indivíduo ao invés de visar o grupo em função do qual aquele agiu (ou vice-versa) seria desrespeitar a própria personalidade*”.¹³⁹

Depois de referir diversas teses de Direito comparado, em especial francesas, Rothenburg revela o que, para ele, é o(s) grande(s) obstáculo(s) à sujeição criminal ativa da pessoa jurídica: a inadmissibilidade teórica e a inaplicabilidade prática das sanções.¹⁴⁰

Segundo o autor, um dos argumentos mais levantados é a ausência de “estrutura moral” para sofrer punição, entretanto, não se está levando em consideração que as punições referidas foram inteiramente concebidas para os seres humanos. Subjacente a esse raciocínio, segundo Rothenburg, está o de aproximar os entes da pessoa física e da jurídica, e, tendo em vista esse erro, evidenciar uma falta de realidade dos entes coletivos.

O autor defende que sejam criadas modalidades penais “assimiláveis” pela pessoa jurídica, seja no aspecto clássico da concepção de pena (interdição) ou criando formas específicas (fechamento de estabelecimento, interdição temporária de negociar determinadas ações, perda de benefícios fiscais).¹⁴¹ Objetiva-se, neste ponto, o caráter penal dessas modalidades de sanção. Rothenburg passa, então a discutir algumas das penas que seriam assimiláveis pela pessoa jurídica, individualmente. Entre as citadas, estão: trabalho social voluntário, publicidade da condenação ou do procedimento, dissolução e multa.¹⁴²

Entende o autor que é substancial a crítica de que as medidas acima arroladas seriam inócuas, porque destituídas de qualquer efeito “*expiatório, dissuasivo ou reabilitador, e portanto não seriam autênticas penas*”.¹⁴³ Igualmente, reconhece que seria “ousado” aceitar a pessoa jurídica como uma realidade psicológica, visto ser essa noção forjada em termos humanos.

Refere, entretanto, que é possível reconhecer uma dimensão subjetiva na pessoa jurídica, hábil a absorver os efeitos aflitivo e infamante da sanção criminal. Os

¹³⁹ Vide o exemplo dado na página anterior.

¹⁴⁰ Idem, p. 60.

¹⁴¹ Idem, p. 61. Todos os exemplos citados são da própria obra.

¹⁴² Entende-se que tais sanções ditas penais já foram suficientemente refutadas quando da análise da Lei 9.605/98.

¹⁴³ Idem, p. 71.

exemplos utilizados por Rothenburg, a fim de coadunar com sua tese de ressentimento pela pessoa jurídica em relação à condenação, são: diretores desprestigiados, técnicos envergonhados e acionistas prejudicados. A fim de justificar seus argumentos, o autor explicita que as medidas sancionadoras devem poder corrigir a atividade criminosa da pessoa jurídica, seja através de medidas como a veiculação da condenação, para que dirigentes, acionistas e empregados possam lamentar a conduta adotada e envergonhar-se dela.¹⁴⁴

Entende-se que há uma falta de objetividade muito grande na aferição da subjetividade da pessoa jurídica por parte do autor. Explica-se: não necessariamente um crime financeiro que tenha revertido em milhões de reais para os acionistas de uma empresa os prejudique o desprestígie seus diretores, isto porque, falando de uma sociedade anônima por ações, o que realmente importa é o valor dos dividendos, para a grande maioria dos investidores. Quanto aos técnicos envergonhados, acredita-se estar entrando em uma zona gris, tomada por incertezas. Pode ser que os técnicos se sintam envergonhados, mas também pode não ser, e esse simples fato já caracteriza a fraqueza do argumento.

Além disso, acredita-se que há maior probabilidade de vergonha por parte dos técnicos se forem eles responsabilizados, e não a empresa em seu lugar. Por mencionar a empresa, lembra-se – mais uma vez – que nem toda pessoa jurídica é empresária, e nem toda pessoa jurídica possui diretores, ações ou funcionários. O argumento para aferir sua subjetividade deve ser aplicável a todas as modalidades de pessoas jurídicas, haja vista que o que está sendo discutido não é, em momento algum, a responsabilização penal ativa da empresa, mas sim de qualquer pessoa jurídica.

Lembra Rothenburg que a simples ineficácia das penas não constitui, por si só, algo suficiente para inviabilizar a sustentação ideal de sanções criminais contra a pessoa jurídica, mas apenas que tenha possibilidade de sucesso. Ainda, para desvencilhar-se das críticas de que bastasse que os dirigentes constituíssem outra empresa quando a primeira fosse condenada penalmente, refere o autor que isso é *“contornável, por exemplo, através da condenação também de determinados integrantes da pessoa jurídica faltosa (por crimes a eles imputados) à proibição de*

¹⁴⁴ Idem, p. 73.

participarem de outros grupos com atividade idêntica ou assemelhada, aliada a um eficiente sistema de cadastro".¹⁴⁵

Há duas objeções quanto a afirmação do autor. A primeira, é que, se é necessária a punição das pessoas que fazem parte da pessoa jurídica, tendo em vista que apenas a sanção penal dessa é impotente, questiona-se sobre a necessidade da própria. Ora, se é necessário punir, além da pessoa jurídica, também aqueles que dela fazem parte, qual a imprescindibilidade da punição da própria pessoa jurídica? Parece, isso sim, simples punição pelo desejo de punir, haja vista que, como bem menciona o autor, é totalmente ineficaz. Em outras palavras: se o que torna a sanção à pessoa jurídica eficaz é justamente a sanção de seus integrantes ou responsáveis, então a eficácia não está na primeira, mas somente na segunda. Onde está a *necessidade* da sanção (posto que sua utilidade pode ser facilmente constatada)?

A segunda objeção, não menos importante, inicia com um simples questionamento: o impedimento seria quanto ao trabalho no mesmo ramo ou quanto à detenção de ações ou administrar a pessoa jurídica? Sabe-se muito bem que isso pode ser facilmente fraudado: a pessoa jurídica está em nome de um "laranja", sendo que outro ocupa, no contrato social, o cargo de administrador que, na verdade, é exercido por aquele que está, teoricamente, impedido. Em meio a tantas ficções e abstrações, a punição da pessoa jurídica em outra esfera que não em relação ao seu patrimônio (e, portanto, está se falando de eventual sanção de natureza civil) – esse sim, facilmente aferível e rastreável – é simplesmente inútil, ou, ao menos, pouco eficaz. Quanto mais há esforços para sancioná-la, tantos mais esforços há para fraudar a eficácia da sanção. Por esse exato motivo, impende a sua mais alta objetividade.

Sobre a individualização da pena, Rothenburg refere que o princípio permanecerá respeitado se a sanção for "ajustada" às particularidades de cada pessoa jurídica condenada. O autor passa, posteriormente, a discorrer sobre o princípio da personalidade da pena, e explica o motivo pelo qual esse não seria violado pela admissão da pessoa jurídica como sujeito criminal ativo. Segundo Rothenburg, o que esse princípio quer dizer é "*que quem deve sofrer a pena é quem praticou a infração*".¹⁴⁶ Prossegue:

¹⁴⁵ Idem, p. 74.

¹⁴⁶ Idem, p. 77.

“Vai daí que a dificuldade poderia estar no primeiro momento, o da imputação, e não no seguinte, da sanção. Ao tratarmos da questão da imputação de crimes à pessoa jurídica (item VII.2.a1), sustentaremos que o princípio da personalidade refere-se, antes de mais nada, à própria imputação. Assim, quem não admitisse que à pessoa jurídica se pode impor uma pena estaria, a rigor, inadmitindo a própria possibilidade de a pessoa jurídica cometer uma ação ‘criminosa’. Quem, por outro lado, aceitasse a ‘imputabilidade’, deveria, por coerência, aceitar também a apenação da pessoa jurídica, justamente por força do princípio da personalidade das penas (não é aquele a quem se atribui o crime que deve pagar por este?). Portanto, a simples alegação de que, pelos atos ‘criminosos’ de uma pessoa jurídica, a condenação de indivíduos a ela ligados (normalmente dirigentes) já seria suficiente (idem a hipótese acadêmica inversa: pelos atos criminosos de indivíduos ligados a uma pessoa jurídica, a responsabilização criminal desta já seria bastante, o que supõe a franca admissão da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica) – caso de responsabilidade criminal ‘por fato de outrem’ –, é contraditória com o princípio em foco”.¹⁴⁷

Dissecar o presente parágrafo citado, em partes, torna-se necessário pela complexidade do texto. Quanto à primeira frase, há plena e total concordância para com esse estudo, haja vista que, não sendo possível imputar uma conduta “criminosa” à pessoa jurídica, não há como estabelecer uma sanção penal. É justamente por essa importância, reconhecida pelo autor, que este trabalho estuda o próprio agir, e não, de maneira principal, as sanções eventualmente imputadas.

Quanto à segunda frase, há, sim, laço inseparável em relação ao princípio da personalidade e a imputação, algo que será explorado e debatido no momento oportuno. A terceira e quarta frases não causam problemas interpretativos, haja vista que são postulados lógicos bastante simples e contrastados, ambos corretos.

O problema está na última frase do parágrafo, com o qual se extrai uma conclusão baseada nos dois postulados anteriores. De maneira resumida: a simples alegação de que, pelos atos “criminosos”¹⁴⁸ da pessoa de uma pessoa jurídica, a condenação de indivíduos a ela ligados já seria suficiente – caso de responsabilidade criminal “por fato de outrem” –, é contraditória com o princípio em foco.

A conclusão chegada pelo autor é lógico-dedutiva, e, em princípio, inquestionável. A questão que se indaga é: o que isso comprova? Apenas que aquilo que não pode sofrer sanções também não pode ter, a ele, imputado responsabilidade penal? Em que isso impede a inimputabilidade penal da pessoa jurídica? Não se entende a força argumentativa dessa conclusão, se é que há.

¹⁴⁷ Idem, p. 78.

¹⁴⁸ As aspas são originais do texto e foram mantidas. A razão da manutenção é muito simples: quem define uma conduta como criminosa é a lei, assim como o sujeito ativo. Se a lei penal não permite que a pessoa jurídica aja, em primeiro lugar, serão impossíveis chamar os atos da pessoa jurídica de criminosos. Nesse sentido, referir “atos criminosos” praticados por pessoa jurídica é, de pronto, afirmar, subliminarmente, que a pessoa jurídica pode praticar condutas, para o Direito Penal.

O próximo argumento¹⁴⁹ utilizado pelo autor, também muito questionável, é o de que a ideia de não há injustiça em punir dirigentes inocentes ou todo o corpo social, se há dirigentes culpados. Nas palavras do autor:

“A responsabilização criminal da pessoa jurídica apenas faria substituir uma injustiça por outra ainda maior: para não se punirem dirigentes quiçá inocentes, alargar-se-ia a injustiça a todo corpo social (...). Ora, pode-se rebater simplesmente que o oposto não seria menos injusto: deixar impune uma pessoa jurídica sabidamente culpada por mero escrúpulo para com indivíduos talvez inocentes”.

Tal posição é inaceitável. Segundo esse pensamento, na dúvida, entre dez diferentes pessoas, a respeito daquela que cometeu determinado delito, é mais injusto deixar impunes do que responsabilizar todas elas, pela pura e simples incerteza do aparato estatal.

Para corroborar a sua tese, acredita Rothenburg ser plenamente possível a extensão dos efeitos da condenação a todos os indivíduos que formam o grupo, visto que *“sancionar a pessoa jurídica é também atingir tais indivíduos; estes são a pessoa jurídica”*.¹⁵⁰ Tal posição, além de violadora do princípio da pessoalidade, é contraditória com a própria tese do autor. Antes, quando assim era conveniente,¹⁵¹ a pessoa jurídica era um ente próprio e diferente das pessoas que a “compunham”. Agora, os indivíduos são a pessoa jurídica.

Poucas páginas à frente, o autor chega a mencionar que *“a pessoa jurídica pode ser compreendida como uma realidade suscetível de ‘sentir’ os efeitos de uma condenação criminal, embora vá senti-los sempre e necessariamente por seus órgãos, através de seres humanos em última análise (...)”*.¹⁵² Se quem sente os efeitos da condenação são as pessoas que fazem parte do corpo social, e se a pessoa jurídica são as pessoas que a compõem, qual a necessidade de puni-la, ao invés das pessoas físicas? Desta forma, são atingidas as mesmas pessoas, pelos mesmos fatos, porém sem a “injustiça maior” de serem punidos os inocentes e deixados impunes os culpados.

Para finalizar este capítulo, cita-se a parte mais enigmática da obra de Rothenburg:

“Mas, e se as sanções então impostas não seriam propriamente penais, se seriam as mesmas sanções oferecidas por outros segmentos do

¹⁴⁹ O argumento é de Chambon e Conte, segundo Rothenburg.

¹⁵⁰ Idem, p. 79.

¹⁵¹ Quer-se fazer uma referência ao momento em que o autor discute sobre a possibilidade de vontade da pessoa jurídica, e o motivo pelo qual diferia da vontade das pessoas físicas.

¹⁵² Idem, p. 83.

Direito? Nesse caso, estariam a ocupar-se suficientemente da pessoa jurídica, e não haveria necessidade do Direito Criminal”.

Se não há necessidade, portanto, da ciência penal ocupar-se das sanções impostas à pessoa jurídica – isso, em outras palavras, quer dizer que o próprio autor concorda que essas não têm natureza penal –, como pode defendê-lo? Será que a ausência de necessidade, para Rothenburg, não impede ação do Direito Penal? Em outras palavras: para o autor, o Direito Penal não tem caráter fragmentário (*ultima ratio*)?

2.1.4 Conceitos Instrumentais

Por ser a parte mais importante da obra (e de toda a análise doutrinária feita nesta segunda parte do trabalho), para efeitos deste estudo, os conceitos instrumentais delineados por Rothenburg serão objeto de especial atenção. Em um pequeno parágrafo introdutório, o autor refere que os conceitos por ele apresentados “*aparecerão ‘estipulativos’, sem a menor pretensão de completude, profundidade, definitividade ou validade universal*”.¹⁵³

O capítulo dos conceitos instrumentais é dividido em três diferentes partes: premissas necessárias para a aceitação da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica; as teorias da ficção e da realidade; e as adaptações necessárias ao conceito formal-analítico de crime. Cada uma será analisada em subcapítulo diferenciado.

2.1.4.1 Premissas

Entre as premissas para a aceitação de sua tese, Rothenburg refere que as palavras, isto é, os conceitos, são utilizados para significarem aquilo que se quer dizer, e não aquilo que efetivamente é. Desta forma, os conceitos são estipulados, nas palavras do autor: “*meros instrumentos para expressar um raciocínio, válidos nos limites desta abordagem, sem ambições de universalidade ou definitividade*”.¹⁵⁴

Nesse sentido, Rothenburg acredita que não deve ser levada em consideração a realidade ôntica da pessoa jurídica, mas sim dar um enfoque jurídico do fenômeno, interessando, portanto, as concepções normativas.

¹⁵³ Idem, p. 127.

¹⁵⁴ Idem, p. 127.

Duas diferentes críticas devem ser endereçadas a estes termos. A primeira é a de que, se os conceitos utilizados pelo autor servem somente para essa abordagem e não tem pretensão de universalidade, seu trabalho não é científico. A segunda é a de que, por mais que devamos levar em consideração a realidade jurídica dos fenômenos, não é possível descartar a realidade fática. O Direito se amolda à realidade fática, e não o contrário. A análise jurídica, nestes termos, traz distorções tão intensas às abordagens a ponto de serem totalmente inúteis, ou simplesmente inaplicáveis.

2.1.4.2 Teorias da Ficção e da Realidade

Antes de mencionar as teorias da ficção e da realidade, o autor faz uma pequena introdução ao tema. Nesta introdução, há uma confusão tamanha que não pode deixar de ser explicitada. Citando Orlando Gomes, quando refere que a pessoa jurídica seria mero “*patrimônio destinado a um fim*” – ou, se abstraído o “*aspecto subjetivo do fenômeno*”, tratar-se-ia de propriedade coletiva apenas, de modo que “*os associados possuiriam, em comum, um conjunto de bens, sem individualização de partes*” –, Rothenburg explicita que não está sendo reconhecida a personalidade jurídica, de forma alguma, e que isso inviabiliza a discussão sobre a possibilidade de serem sujeitos criminais ativos.

Fato é que, adotando outra conceituação para a pessoa jurídica, é praticamente impossível considerar a existência das fundações de direito privado como pessoas jurídicas. Nesse sentido, há que se dizer que, materialmente, são apenas patrimônio com uma finalidade, e nada mais. Ficticiamente, é dado a esse patrimônio capacidade jurídica, assim como direitos de personalidade. Orlando Gomes não nega, desta forma, o reconhecimento da personalidade jurídica aos “entes coletivos”.¹⁵⁵

Aliás, é bem verdade que essa definição de pessoa jurídica é, em princípio, a mesma adotada pelo Código Civil brasileiro, e não pode ser considerada pela obra de Rothenburg não porque é inaceitável, mas sim porque inviabiliza totalmente a discussão da própria conduta penal por parte da pessoa jurídica, ou seja, torna absurda a tese de responsabilização, portanto.

¹⁵⁵ Idem, p. 128. Rothenburg defende que essa concepção nega personalidade jurídica aos entes coletivos.

2.1.4.2.1 Teoria da Ficção

A teoria da ficção, conforme o autor, apresenta a pessoa jurídica como uma ficção, sendo, portanto, uma criação artificial e arbitrária do Direito, não correspondente a algo de existência real, justificando-se, somente, por razões de atribuição patrimonial. Responsáveis por essa teoria, segundo Rothenburg, os pandectistas “*fundavam-se em um jusnaturalismo racionalista e localizavam o fundamento do Direito na vontade humana*”, “*na mais direta tradição idealista hegeliana*”.¹⁵⁶

Nos parágrafos seguintes, Rothenburg afirma que a teoria da ficção é anacrônica e que os criminalistas têm dificuldade de perceber que está ultrapassada. Os motivos pelos quais a teoria da ficção é ultrapassada ou anacrônica não são mencionados na obra. Limita-se o autor a dizer que “*essa teoria não permite que se conjecture da responsabilidade criminal da pessoa jurídica nos moldes tradicionais*”.¹⁵⁷

2.1.4.2.2 Teorias da Realidade

É interessante perceber o contraste entre as análises das teorias. Enquanto a teoria da ficção tem lugar a duas únicas páginas – tendo em vista que não pode ser utilizada para os fins pretendidos pela obra –, sem qualquer menção ao que exatamente está ultrapassado, ou até mesmo o que roga a teoria e por que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser aplicada segundo ela, as teorias da realidade são explicadas em quatorze páginas. Critica-se, neste ponto, a parcialidade desmedida do autor, a ponto de ser duvidosa¹⁵⁸ a cientificidade de seu estudo.

Em síntese, a teoria da realidade, segundo Rothenburg, sustenta que as pessoas jurídicas possuem vida autônoma e vontade própria, cuja finalidade é a realização do fim social, ou seja, é um ser real, cuja vontade não é a soma das de seus associados,

¹⁵⁶ Importante mencionar que o descaso com a teoria é tão manifesto, que há esquecimento por parte do autor de colocar a referência bibliográfica dessa citação.

¹⁵⁷ Idem, p. 129.

¹⁵⁸ Vide nota 154.

diretores ou administradores.¹⁵⁹ O que ocorre, portanto, é uma analogia com os seres humanos e, conforme o grau dessa analogia, há teorias mais e menos moderadas.

A versão mais moderada e mais difundida,¹⁶⁰ segundo o autor, é a de que a equiparação entre a pessoa física e jurídica é completa, salvo os pontos inerentes às qualidades próprias da pessoa física. Para esta teoria, a vontade de delinquir seria peculiar ao ser humano, por restar impossível um patrimônio personificado ser considerado passível de ação e responsabilização criminais. Rothenburg refere que essa equiparação artificial e forçada impede que seja reconhecida a pessoa jurídica como sujeito ativo de delitos.

A variante mais exacerbada, por outro lado, propõe o homem apenas como modelo, mas não como limite, possuindo a pessoa jurídica certo limite em relação à física.¹⁶¹ Para essa tese, sendo reconhecida a vontade integral da pessoa jurídica, é possível a sua sujeição criminal ativa, e maneira semelhante à proposta pela teoria da realidade técnico-jurídica ou normativista, objeto posterior de análise.

Entre as teses realistas, está, segundo o autor, a chamada teoria da instituição, segundo a qual as pessoas jurídicas seriam “*organizações sociais destinadas à obtenção de um fim*”, “*desde que seja(m) produtora(s) de uma atividade jurídica e dotada(s) de uma vontade apta a exercer os poderes que lhe(s) são atribuídos a título de direitos*”.¹⁶² Conforme Rothenburg, tal entendimento nada diz, porque “*a realidade anterior está fora do Direito; a realidade que interessa para o Direito é aquela que é por ele constituída enquanto dela se ocupa. Quando a instituição é captada pelo Direito, na verdade ela está então sendo criada juridicamente*”.¹⁶³

Em breve crítica, o autor refere é inútil buscar na ontologia da pessoa jurídica os seus limites. Explica, então, que a pessoa jurídica só existe enquanto realidade normativa. Desta forma, introduz aquilo que chama de “teoria normativista”.

Para a teoria normativista, a aceitação da vontade da pessoa jurídica, para efeitos criminais, com a conseqüente possibilidade de a pessoa jurídica poder agir criminalmente, dependem exclusivamente do Direito positivo. É no contexto normativo, e não na sua natureza, que a vontade da pessoa jurídica é desenhada.

¹⁵⁹ Entre as obras citadas por Rothenburg, estão a de Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes, Franceschini, Pierangelli e Telles Jr.

¹⁶⁰ Rothenburg atribui essa posição a Washington de Barros Monteiro

¹⁶¹ Essa posição é atribuída a Traversi por Rothenburg.

¹⁶² Citação de Serra Lopes, segundo Rothenburg.

¹⁶³ Idem, p. 134.

Segundo o autor, não importa a realidade para o Direito, senão como elemento de construção: a construção de um conceito de pessoa jurídica deve partir das normas, e não o contrário.

Ainda, diz ser falsa a ideia de “limites intrínsecos”,¹⁶⁴ existindo um vício de origem na própria concepção de que haveria, em Direito, algo de peculiar e privativo ao ser humano. Para o autor, ou se considera a vontade criminosa como extrajurídica (e, portanto, irrelevante para o Direito), ou poderá o próprio Direito produzir um conceito de vontade criminosa, e esse pode ser, inclusive, diferente para a pessoa jurídica e para a pessoa física.

Para a teoria “normativista”, portanto, o Direito poderia, livremente, manipular o conceito de vontade para adaptá-lo aos entes coletivos e, desta forma, é a teoria da realidade que *“permite tratar com mais desenvoltura da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, à medida que sustenta que ‘pessoa jurídica’ é um conceito normativo, que envolve imputação (atribuição) em relação à figura por ele entendida (normativamente) como ‘pessoa jurídica’”*.¹⁶⁵

São teorias como essa apresentada por Rothenburg que evidenciam, ainda mais, a importância da compreensão histórica das teorias da ação. Pergunta-se: em que difere essa teoria, dita como “normativista”, da teoria da ação neokantiana? Como visto, a conduta pré-típica era inexistente, haja vista que o método das ciências da natureza não se adequava às ciências do espírito. O Direito poderia, portanto, desconsiderar totalmente o empírico a fim de criar tipos penais.

A total ausência de controle do tipo penal legislativo, por meio da ação pré-típica, é extremamente perigosa, como visto, e pode levar à criminalização de “condutas” de seres inanimados. Se é possível criminalizar a pessoa jurídica, é possível criminalizar um objeto, um animal, ou qualquer coisa – até aquelas que não existem. Em uma tentativa de criminalizar um ente fictício – empiricamente falando –, passa a ser necessário, por essa teoria, desconsiderar tudo aquilo que não seja jurídico.

Apenas para elucidar, seria possível retirar direitos de personalidade de seres humanos que não se enquadrassem como pessoas. O Direito poderia criar um conceito de personalidade, a fim de que fosse dada somente aos seres humanos com duas pernas e dois braços, somente para seres humanos com determinada cor de

¹⁶⁴ Idem, p. 138.

¹⁶⁵ Idem, p. 142.

pele, cabelo ou olhos. Aqueles que não se enquadrassem no tipo “pessoa”, não teriam direito à vida, muito menos à dignidade.

São motivos como os apresentados que afastam a aplicação da teoria neokantista, apesar de sua apaixonante argumentação científica. Se a personalidade é uma criação do Direito, deve ser lembrado essa não diz respeito somente às pessoas jurídicas.

2.1.4.3 Conceito de Crime e Sujeição Criminal Ativa da Pessoa Jurídica

Rothenburg inicia o mais importante capítulo de sua obra fazendo uma distinção entre o conceito material e o conceito formal de crime. Em princípio, essa distinção não tem valor para este trabalho, e, por esse motivo, será apenas referido de forma bastante resumida.

Para o autor, o conceito material de crime é inexistente, visto que a própria diferenciação é equivocada. Materialmente, o crime seria um comportamento ofensor de bem jurídico. Conforme Rothenburg, esse conceito aparece com matiz sociológico e naturalístico e, sob um enfoque jurídico, seria duplamente criticável: por ser pretensiosa, na tentativa de alcançar uma verdade inatingível; e por nada acrescentar à indagação jurídico-científica, pois o Direito passaria a se preocupar com o crime – nas palavras do autor – “*no instante em que o fabrica*”.¹⁶⁶

O conceito formal de crime é, para Rothenburg, o único que existe para o Direito, e é adequado à pessoa jurídica, visto que depende apenas da norma criminal. Esse conceito, como bem refere o autor, costuma ser apresentado analiticamente pela doutrina.¹⁶⁷ Para Rothenburg, o crime não possui, propriamente, elementos, e a própria divisão desses elementos é questionável.

Em linhas gerais, afirma o autor que a ação é absorvida pela tipicidade,¹⁶⁸ pelo princípio da reserva absoluta de lei (art. 5, XXIX da Constituição da República Federativa do Brasil); a tipicidade seria apenas uma expressão da legalidade; a

¹⁶⁶ Idem, p. 144. Importante, neste ponto, mencionar que o posicionamento do autor não será criticado em toda vez que aparece. Embora não haja concordância em relação à referida posição, pelos motivos já apresentados, tecer comentários a cada vez que o autor o manifesta tornaria a discussão de sua solução a respeito da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica totalmente inviável.

¹⁶⁷ Idem, p. 145.

¹⁶⁸ Idem, p. 145. Mais uma vez, encontra-se nítida a semelhança (senão identidade) entre a posição firmada pelo autor e a teoria neokantista da ação.

ilicitude seria somente uma oposição a uma norma determinante de um dever (subentendidos no próprio tipo, ou seja, algo contrário ao Direito, mas qualificado pela própria tipicidade), nada mais do que a ausência das suas causas de exclusão;¹⁶⁹ a culpabilidade, ao fim, ficaria restrita ao juízo de censura dessa conduta típica e ilícita.

Diferentemente do que fará Shecaira, Rothenburg dedica a maior parte deste capítulo à ação (cerca de vinte e cinco páginas), e pouco à tipicidade e ilicitude, tratadas juntas (cinco páginas), e à culpabilidade (cerca de seis páginas). Essa proporção refletirá no tamanho dos próximos subcapítulos.

2.1.4.3.1 Ação

Segundo o autor, o Direito atribui determinadas condutas à pessoa jurídica, sempre desempenhadas por indivíduos. Sob um prisma formal, essas poderiam realizar as figuras típicas, mesmo que por meio de pessoas físicas, da mesma maneira que assumem condutas relevantes para outros ramos do Direito.¹⁷⁰ Rothenburg refere, entretanto, que:

*“Porém, a atividade criminosa requer uma determinação subjetiva especial do sujeito. A indagação que se faz então – e talvez a mais importante de ser satisfatoriamente respondida – é no sentido de se saber se é a própria pessoa jurídica que age, com consciência e vontade suas, ou seja, se é possível qualificar a realização do verbo típico como ‘comportamento’ ou ‘ação’ no sentido do Direito Criminal, o que envolve basicamente um processo interno, em que atuam a consciência e a vontade (deliberação), e sua manifestação exterior (comportamento), finalisticamente orientadas, assim que essa conduta possa ser imputada criminalmente à pessoa jurídica em si mesma considerada”.*¹⁷¹

Neste ponto, afirma o autor que se afasta daquilo que alguns dizer ser a melhor maneira de se discutir a responsabilidade criminal da pessoa jurídica – isto é, a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa – mantendo-se nos horizontes clássicos do Direito Criminal, e, portanto, não abrindo mão dos aspectos subjetivos.

¹⁶⁹ Idem, p. 145-151. Entende Rothenburg que, como as exclusões da ilicitude encontram-se todas expressamente previstas em lei, seria ela confundida com o próprio tipo. Se levada tal posição adiante, ver-se-á que nada escapa ao tipo, visto que aquelas que retiram a culpabilidade também estão na lei previstas expressamente. A posição do autor é tão rigorosa a ponto de entender que as exclusões da ilicitude também excluem a tipicidade, visto serem as exclusões também tipificadas.

¹⁷⁰ Idem, p. 151. Permanecem as objeções quanto à figura da representação no Direito Penal, plenamente admissível no Direito Civil.

¹⁷¹ Idem, p. 152.

Segundo Rothenburg, por uma razão histórica, os conceitos de “comportamento”, “ação”, “consciência” e “vontade” foram pensados a partir do ser humano, necessariamente buscando essa realidade como a única admitida. Além disso, somente o homem seria dotado de dignidade, e, portanto, entender o caráter delituoso da sua conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento. A manutenção do significado tradicional desses conceitos inviabilizaria, segundo o autor, a discussão acerca da imputabilidade criminal da pessoa jurídica já no primeiro momento do exame dos aspectos do crime, o da ação típica. Resta saber se é possível e conveniente adaptar aqueles conceitos também a outra realidade, implicando a reformulação dessas noções.

A fim de que seja criticado o autor, faz-se necessário a citação de dois dos seus próximos parágrafos:

*“Os aspectos ‘internos’ da conduta criminosa **deveriam** poder ser definidos juridicamente. Porém não estamos no universo da razão pura, da matemática extrema, da abstração total. A realidade fenomênica, empírica, é a matéria-prima do Direito. Às vezes, a norma jurídica pressupõe dados (requisitos) desse mundo concreto, que precisam verificar-se para que se dê a incidência normativa (toma-se como exemplo a diferença de sexos, pressuposto ainda exigido para o casamento). Outras vezes, reclamam-se condições moldadas pelo próprio universo normativo (ilustre-se com a sentença declaratória/constitutiva de falência para determinados crimes.*

É a teoria normativista que melhor permite situar a discussão acerca da capacidade (‘imputabilidade’) criminal da pessoa jurídica nesse contexto (veja-se o item VII.1.b2). Ou bem os aspectos ‘internos’ da conduta criminosa (a vontade) seriam daqueles dados apenas encontráveis na realidade empírica (vale dizer: no ser humano), e a norma os suporia simplesmente; ou tais requisitos poderiam ser eles mesmas condições normativas, produtos de uma realidade dada pelo Direito. De qualquer modo, a influência normativa sobre o conceito de vontade é sempre sentida, eis que os limites desta são determinados pelo Direito; mesmo a vontade humana é definida pelo Direito em certa medida, interessando – enquanto ‘humana’ – sobretudo como dado pré-jurídico”.¹⁷² (grifou-se)

Acredita-se que há uma total contradição nos argumentos do autor. Em um primeiro momento, refere que, por não se estar no universo da razão pura e da abstração total, a realidade fenomênica é a matéria-prima do direito, sendo necessário pressupor dados empíricos, do mundo concreto, para que se verifique a incidência de determinada norma. Em um segundo momento, acredita o autor ser a teoria “normativista” a que melhor permite situar a discussão acerca da capacidade criminal da pessoa jurídica.

¹⁷² Idem, p. 157-158.

Em conclusão, apresenta duas possíveis soluções. A primeira é supor os aspectos internos da conduta criminosa, apenas encontráveis na realidade empírica. A segunda é tornar essas condições meramente normativas, produto de uma realidade dada pelo Direito. Ambas as conclusões desconsideram as premissas dos parágrafos anteriores. Explica-se.

A primeira conclusão, isto é, supor esses aspectos internos, em nada difere da responsabilidade objetiva, a qual é afastada pelo autor no início da discussão sobre a ação. Ao “supor” a culpa, aproxima-se – e muito – daquilo que comumente é chamado de “responsabilidade objetiva”, sendo fundada a conduta apenas no risco. Em outras palavras, há uma suposição jurídica da culpa, com base no risco daquela conduta, a fim de que haja uma sanção para proteger determinado bem jurídico. Não se entende de que forma essa solução apresentada pelo autor foge a essa realidade que o próprio despreza.

A segunda conclusão possui maior contradição, haja vista que é contraposta ao parágrafo imediatamente anterior. Se parte o autor da premissa que, por não se estar em uma abstração total, e ser necessário ao Direito pressupor determinados dados empíricos, como pode apresentar como uma solução tornar tais requisitos meramente normativos? Ao tornar tais requisitos normativos, não se está aproximando da abstração total desses conceitos, como defendido no capítulo anterior?

Entretanto, conforme grifado, Rothenburg afirma que deveriam poder ser os aspectos internos da conduta definidos juridicamente. Desta forma, por pressuposto lógico, afirma que esses não podem ser definidos juridicamente. Como pode oferecer como suposta “solução” justamente tornar esses aspectos meramente normativos, e fugir do primeiro pressuposto lógico da premissa do parágrafo anterior? Por esses motivos, não se entendeu o que quis dizer o autor, senão que simplesmente se contradisse.

No parágrafo seguinte, o autor refere que a atribuição da vontade criminosa é resolvida em termos estritamente jurídicos, e, por isso, “*pouco importa em tese, desde que a atividade possa ser imputada a quem quer que a ordem jurídica indique*”.¹⁷³ Assim, “*mesmo que os comportamentos criminosos só possam ser concluídos, na prática, por gente, em Direito basta que possam ser referidos ao respectivo ente coletivo*”.¹⁷⁴

¹⁷³ Idem, p. 158.

¹⁷⁴ Idem, ibidem.

Da interpretação dos dizeres de Rothenburg, entende-se que só há uma de duas opções: ou fala o autor da responsabilidade penal da pessoa jurídica em termos teóricos, isto é, a sua simples possibilidade jurídica; ou desconsidera, de maneira total, os princípios constitucionais vigentes.

Quanto à primeira opção, caracteriza-se um tanto óbvia a pretensão. Referir que algo, na opinião de Rothenburg, é juridicamente possível é uma tautologia. Se, conforme pensa o autor, o Direito é uma ficção, não devendo ser limitado pelo mundo dos fatos, e, pode, assim, atribuir a responsabilidade que quiser aos entes fictícios que quiser, não há limites, portanto, ao próprio Direito.

Quanto à segunda opção, entende-se esvaziado de valor prático seu estudo. Ao ignorar a lei penal vigente – e, principalmente, princípios constitucionais – questiona-se a real utilidade da obra analisada. Seria como realizar, por exemplo, um estudo sobre a mera possibilidade jurídica da pena de morte em razão de dívidas.¹⁷⁵

A análise seguinte de Rothenburg diz respeito à possibilidade de atribuição da conduta individual à pessoa jurídica somente em caso de estar previsto aquele tipo penal no seu estatuto, como algo que fizesse parte do objeto da pessoa jurídica.¹⁷⁶

Por se entender que a presença ou não de conduta criminosa no estatuto, devendo ser cometida para observá-lo, é absolutamente indiferente quanto à atribuição dessa conduta ao ente fictício, posto que nem assim seria possível, não serão analisados ou comentados os parágrafos que a isso dizem respeito. A discordância preliminar, sem qualquer discussão aprofundada sobre o tema, dá-se pelo simples fato de que essa disposição seria inválida e, de forma alguma, obrigaria os sócios, administradores e empregados da empresa.

Na sequência, o autor dá dois exemplos de que o Direito atual é soberano para imputar condutas a sujeito designado pelo próprio Direito, na tentativa de corroborar à sua tese de que deve ser adotada a “teoria normativista” da realidade.

O primeiro exemplo seria a teoria da aparência, “*em que terceiro de boa-fé acredita, justificadamente, estar-se vinculando a uma pessoa jurídica, quando, na*

¹⁷⁵ Note-se que haveria diferença, por exemplo, se fosse realizado um estudo sobre a possibilidade jurídica da pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro e, na sua impossibilidade, quais os obstáculos e quais as alterações constitucionais e legais teriam de ser feitas a fim de torná-la uma sanção possível. Neste caso, vislumbra-se utilidade no estudo.

¹⁷⁶ Note-se que há uma pequena confusão, nesse caso, quanto ao próprio questionamento e análise feitos pelo autor. Nem toda pessoa jurídica possui um estatuto, e vincular, de qualquer forma, a obrigatoriedade de observância de um estatuto para configurar a conduta criminosa da própria pessoa jurídica, excluiria, de plano, diversas pessoas jurídicas previstas na lei civil. Raramente poderiam ser aplicadas sanções penais a outras pessoas jurídicas que não empresárias, se é que poderiam.

verdade, se relaciona com alguém que se faz passar por órgão regular da coletividade mas a ela é alheio (esse alguém age em desconformidade com o estatuto)".

Segundo Rothenburg, "*nada impede, todavia, que se estenda o regime para o caso de cometimento de crime*". Será que existe, em qualquer hipótese, o terceiro de boa-fé no ordenamento jurídico penal? Um sujeito que negocia a compra e venda de armamento sem qualquer tipo de rastreabilidade (ditas como "raspadas") com alguém que se passa por responsável do setor de administração de uma empresa fabricante de armas é considerado um terceiro de boa-fé?

Negócios jurídicos, sejam quais forem, que têm um crime como objeto, não existem. Além do mais, essa consequência jurídica só existe para a empresa porque o Direito Civil admite o instituto da representação, ou seja, a vontade abstrata da pessoa jurídica pode ser representada por aquele que tem poderes para tanto (conforme já visto), e, aliado a essa noção, está a tendência do ordenamento jurídico civil de proteger o terceiro de boa-fé – inúmeros poderiam ser os exemplos, entretanto esse tipo de análise não faz parte do objeto de estudo desse trabalho.

O segundo exemplo utilizado pelo autor é o da teoria da desconsideração, que diz respeito à possibilidade de ignorar a existência da pessoa jurídica, em determinadas situações previstas em lei. Segundo Rothenburg, "*a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica não deixa de ser uma desconsideração, e envolve a mesma compreensão do fenômeno jurídico da atribuição (imputação)*".¹⁷⁷

Há inúmeras objeções quanto ao exemplo dado pelo autor. A primeira consiste no fato de serem "desconsiderações" muito diferentes, deturpados os seus sentidos pelo autor, ao usá-las em mesmo contexto. O Direito Civil estabelece algumas exceções, particularmente no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e no art. 50 do Código Civil, nas quais é possível atingir o patrimônio dos sócios quando a houver, basicamente, abuso de direito, desvio de finalidade, confusão patrimonial, ato ilícito, entre outros (como falência e insolvência).

Note-se que o que se busca, na verdade, com essa teoria, é atingir os sócios, haja vista que a lei civil, de alguma forma, reconhece que a pessoa jurídica, em si, é uma ficção, e pode ser utilizada para fraudar credores. O que a lei civil faz, simplesmente, é retirar a ficção que ela mesmo propôs, a fim de que essa ficção não

¹⁷⁷ Idem, p. 166.

lese direitos de terceiros, visto que, inclusive, dentre as possibilidades arroladas pela lei civil está a confusão patrimonial e o desvio de finalidade.¹⁷⁸

Jamais, pela lei civil, faz-se o oposto: em razão da fraude, “desconsidera-se” a pessoa física para atingir a jurídica. O máximo que pode ser feito é realizar a penhora das quotas sociais ou desfazer negócios jurídicos com o objetivo de fraudar credores, mas não desconsiderar a pessoa física para atingir a jurídica. O motivo da norma, em si, é desconsiderar uma ficção feita pela própria ordem jurídica, se ela prejudicar interesses de terceiros; não pode ela – e nem o faz – desconsiderar a existência da pessoa que fraudou os credores e atribuir essa conduta à pessoa jurídica.

A segunda objeção é de caráter lógico. A premissa inicial não é suficiente, por si só, para sustentar a conclusão do autor. A falácia utilizada pode ser traduzida em um exemplo absurdo: a lei consumerista pode responsabilizar o próprio bem com defeito a ressarcir os danos por ele causado? Segundo a lógica utilizada por Rothenburg, se a lei responsabiliza o fabricante, ela pode responsabilizar quem quiser, inclusive o próprio produto, tendo em vista que o direito não encontra limites no mundo dos fatos.

Relacionando os exemplos: se a lei desconsidera a personalidade jurídica, também pode desconsiderar a personalidade física; se a lei responsabiliza o fabricante do brinquedo defeituoso, também pode responsabilizar o brinquedo defeituoso. Acredita-se suficientemente elucidada a questão com a utilização de um exemplo impensável em qualquer realidade jurídica.

Nas páginas seguintes, o autor discorre exatamente a mesma argumentação da atitude diferenciada das pessoas físicas em função da existência da pessoa jurídica. Sobre isso, é possível encontrar objeções suficientes no capítulo de número 2.1.3.

Em absoluta dissonância com aquilo até então defendido,¹⁷⁹ Rothenburg refere que “*pode bastar somente a responsabilização do ente coletivo, ou a incriminação unicamente individual – quando for possível identificar um (ou os) indivíduo(s) responsável(is) isolada e exclusivamente*”.¹⁸⁰ Nas páginas seguintes, ainda diz: “*Sempre que ficar demonstrada a não-participação de alguém no empreendimento*

¹⁷⁸ Acredita-se que não se faz necessário repetir, novamente, que essa desconsideração está, em última análise, relacionada com a própria representação da pessoa jurídica – uma ficção jurídica – por parte desses sócios.

¹⁷⁹ Vide nota 150, 151 e 152, páginas 79 a 83.

¹⁸⁰ Idem, p. 170.

*criminoso imputado à pessoa jurídica, sendo possível, é de se excluí-lo dos efeitos da incriminação*¹⁸¹.

Apenas para encerrar a ideia, continua Rothenburg:

*“É também por isso que a responsabilização ‘automática’ de todos os diretores, gerentes, administradores e afins da pessoa jurídica não pode ser presumida, em se tratando de crime cuja prática por entes coletivos é prevista, pela simples circunstância de aqueles indivíduos ocuparem determinadas posições sociais: o princípio da culpabilidade requer, para a incriminação individual, a perfeita individualização da responsabilidade”.*¹⁸²
(grifou-se)

Como é possível conciliar as frases do autor com seu posicionamento de que *“Finalmente, a extensão dos efeitos da apenação a todo o corpo social é precisamente o **objetivo da criminalização da pessoa jurídica**: a sanção deve atingi-la; como ela é composta por todos os indivíduos que formam o grupo, sancionar a pessoa jurídica é também atingir tais indivíduos; estes são a pessoa jurídica”* (grifou-se).¹⁸³

Trazer à tona o contexto desta frase torna ainda mais paradoxal a opinião do autor: esse é um dos seus argumentos utilizados para afastar a tese de que o princípio da personalidade das penas é desrespeitado pela admissão da pessoa jurídica como sujeito criminal ativo.¹⁸⁴ Acredita-se que a própria contradição baste como objeção a sua tese.

Logo em seguida, Rothenburg explica seu posicionamento:

*“Impõe-se a investigação da conduta criminosa em confronto com a previsão do tipo legal. Nesse contexto, é possível que esteja prevista a co-responsabilidade de todos os diretores (desde que devidamente demonstrada a respectiva autoria) como forma de combater a tendência de fragmentação e diluição da responsabilidade em meio a inextricável ‘organização’ societária. Há de ser (des)considerada a concorrência (‘participação’) de vários indivíduos, alguns sem conhecimento e de boa-fé, na prática dos atos infratores, de modo a excluir-lhes a responsabilidade, atribuída apenas aos decisores”.*¹⁸⁵

Questiona-se, então, o que segue: se, conforme o autor, a responsabilização individual pode bastar;¹⁸⁶ se não pode ser presumida a participação de todos os diretores, gerentes, administradores e afins da pessoa jurídica;¹⁸⁷ e se deve ser aferida a participação (e seu grau de intensidade) de cada um dos agentes em relação

¹⁸¹ Idem, p. 172.

¹⁸² Idem, p. 173.

¹⁸³ Idem, p. 79.

¹⁸⁴ Idem, p. 77.

¹⁸⁵ Idem, p. 174.

¹⁸⁶ Idem, p. 170.

¹⁸⁷ Idem, p. 173. Acredita-se não se fazer necessário realizar o mesmo tipo de objeção toda vez em que a única pessoa jurídica considerada pelos autores analisados é a sociedade empresária. Além de enfraquecer sua argumentação, torna totalmente equivocada a utilização da expressão “pessoa jurídica” ao invés de simplesmente “empresa” ou “sociedade empresária”.

aos atos criminosos, de modo a excluir a sua responsabilidade se necessário,¹⁸⁸ qual a necessidade da sanção criminal da pessoa jurídica?

Pela relevância do bem, ou sua difícil reparação, não pode ser, visto que se está considerando um processo longo com intensa instrução probatória a fim de aferir cada uma das responsabilidades de todos os que fazem parte da pessoa jurídica, individualmente. Se esse processo existe e se faz necessário, para atender ao princípio da personalidade das penas, a pessoa jurídica está sendo punida a que título? Aliás, essas considerações não violam de maneira vil o caráter fragmentário do Direito Penal?

Para encerrar este subcapítulo, Rothenburg analisa a possibilidade de responsabilizar penalmente indivíduos, dentro da empresa,¹⁸⁹ no caso de serem omissos quanto à prática interna de crimes. Acredita-se ser desnecessária tal análise, visto que, fosse a omissão fora da empresa, seriam responsabilizados da mesma forma, visto com a atividade criminosa serem coniventes. Por esse motivo, encerra-se o subcapítulo sem análise das páginas finais.

2.1.4.3.2 Tipicidade e Ilícitude

Rothenburg inicia este subcapítulo com a frase “*Toda questão da tipicidade – que em Direito Criminal já encerra a ilicitude – no tocante à sujeição criminal da pessoa jurídica resolve-se basicamente no plano da legislação*”.¹⁹⁰ Muito embora existam objeções a esta frase, não consistem no objeto de estudo deste trabalho.

Limita-se, com o presente escopo, a realizar uma breve remissão à parte anterior. Ao que tudo indica, a posição de Rothenburg alia-se ao que foi chamado, no capítulo 1.3 da primeira parte, de Neokantismo. Como visto, nesta teoria da ação, não há limite pré-típico da conduta, e, por isso, a tipicidade e a ação se confundem totalmente, posto que a ação só interessa para o Direito Penal se tipificada.

Desta forma, é evidente que, para o autor, a enunciação de tipos incriminadores em relação à pessoa jurídica nada terão de especial. Refere Rothenburg, também, que o legislador pode valer-se tanto de uma dicção genérica, pondo qualquer pessoa

¹⁸⁸ Idem, p. 174.

¹⁸⁹ O autor utiliza a expressão “pessoa jurídica”.

¹⁹⁰ Idem, p. 176.

(e isso inclui a pessoa jurídica) como sujeito ativo – o que, segundo relata, é o mais comum –, ou valer-se de tipos penais em branco.

Pode ocorrer, ao contrário, de a norma típica estar direcionada a um conjunto específico de pessoas, nesse caso levando em consideração aspectos relativos a determinados tipos de pessoas. Mais uma vez, reitera, também, que o princípio da personalidade não é por isto desrespeitado, uma vez que exige, apenas, que o tipo mencione o efetivo sujeito praticante da conduta incriminada.

Rothenburg, então, conclui o enxuto subcapítulo citando Lombois: “*Nada exclui, textualmente, a possibilidade de infrações próprias às pessoas jurídicas (...)*”.¹⁹¹

2.1.4.3.3 Culpabilidade

Inicia Rothenburg sua análise quanto à culpabilidade referindo que há alguns doutrinadores que não chegam a negar aos entes coletivos a possibilidade de serem reprovados, mas, nesse caso, se costuma aludir a uma reprovação escorada em critérios exclusivamente objetivos de proteção social (como a periculosidade), ao invés de uma responsabilização criminal objetiva.

O autor refere que, em Direito Penal, a culpabilidade aparece como uma “*valoração, um juízo de censura*”.¹⁹² Dos pressupostos da culpabilidade (imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), Rothenburg acredita ser o mais inassimilável a imputabilidade, visto ser, segundo o autor “*o conjunto das faculdades psíquicas e físicas mínimas requeridas para poder ser motivado (o autor da infração), em seus atos, pelos preceitos normativos*”.

A solução apresentada por Rothenburg é pensar a própria culpabilidade em termos puramente normativos, sendo possível atribuir essa imputabilidade aos seus representantes uma vez que tomam suas decisões segundo as determinações jurídicas. Para o autor, pouco importa admitir se a pessoa jurídica detém realidade psicológica, visto que basta o Direito a ela emprestar vontade.

Por fim, conclui o subcapítulo referindo que a pessoa jurídica é formada de indivíduos, e que sua reprovação é uma reprovação humana. Segundo o autor “*A censura da pessoa jurídica não se confunde com a reprovação individual exclusiva,*

¹⁹¹ Idem, p. 181. A obra citada é: Lombois, Claude. ***Droit pénal général***. Paris: Hachette, 1994.

¹⁹² Idem, p. 183

mas não se distingüe da reprovação individual essencial, assim como o patrimônio da pessoa jurídica e toda sua atividade estão de alguma sorte ligados aos indivíduos que a integram".¹⁹³

A principal objeção à ideia de culpabilidade posta por Rothenburg é um tanto quanto óbvia, mas será resumida por já ter sido tratada anteriormente. Se o critério de culpabilidade é meramente normativo a ponto de ser possível enquadrar ficções jurídicas, também é possível enquadrar bebês, portadores de deficiência psíquica e motora, animais irracionais, objetos inanimados e até mesmo seres inexistentes como culpáveis pelo ordenamento jurídico. Tal poder, nas mãos do legislador, como visto quando da análise da teoria neokantiana, pode ter consequências desastrosas.

A segunda objeção é a de que, diferentemente do que disse o autor, acredita-se que mais um pressuposto da culpabilidade não seria atingido pela pessoa jurídica. Trata-se da consciência potencial da ilicitude. Se se admite que a pessoa jurídica não tem nexos psíquicos a ponto de ser imputável, deve-se admitir, por razão lógica, que a mesma pessoa jurídica não tem "consciência", nem mesmo potencial, daquilo que vem a ser ilícito.

É evidente que essa última objeção não configura óbice à posição adotada pelo autor. Acredita-se que, segundo Rothenburg, embora esse não diga, seria plenamente possível que a ordem jurídica adotasse um conceito próprio de consciência, no qual se enquadrassem as pessoas jurídicas.

Se levado às últimas consequências, essa posição torna-se interessante no sentido de que, se o Direito não quisesse reconhecer personalidade às pessoas jurídicas, não o faria da mesma forma, e toda a discussão proposta pelo autor perderia o sentido. Na medida em que a justificativa para todo e qualquer obstáculo é que o Direito pode conceituar e considerar aquilo que bem entender, toda discussão sobre possibilidade jurídica se esvazia imediatamente.

2.1.5 Sujeição Criminal Ativa do Estado e das Demais Pessoas Jurídicas de Direito Público

Rothenburg defende que as pessoas jurídicas de Direito Público não devem ter, em princípio, responsabilidade penal negada, visto que a autonomia outorgada a

¹⁹³ Idem, p. 187.

esses entes pela lei não as difere muito das pessoas jurídicas de Direito Privado. Sob essa égide, nada obsta que sejam atribuídas ao Estado condutas individuais desconformes (violadoras de “deveres jurídicos”)¹⁹⁴, e, portanto, atos ilícitos.

Desta feita, para o autor, a natureza jurídica conferida às pessoas de Direito Público “*não tem por que impedir a responsabilização criminal, que é perfeitamente hábil a provocar os efeitos característicos e fundamentais de reprovação (moral e social) e de reorientação (...)*”.¹⁹⁵ Refere, entretanto, que essa responsabilização dos entes públicos reveste uma importante conotação política, tendo em vista que atinge as autoridades vinculadas às respectivas coletividades, com reflexos eleitorais e partidários.

2.2 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

2.2.1 Introdução

Provavelmente a obra mais conhecida e citada a respeito do tema da responsabilização penal da pessoa jurídica, a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, de autoria de Sérgio Salomão Shecaira, é o primeiro livro de verdadeiro impacto – alguns doutrinadores chegam a atribuir a ele a efetiva “consagração” dessa responsabilização – no meio jurídico sobre o assunto. Embora, como visto, a obra de Rothenburg tenha sido anterior, a ausência da Lei 9.605/98, ao tempo em que foi escrita, tornou a análise do autor quase que exclusivamente a respeito de lei estrangeira.

Embora não faça Shecaira uma análise minuciosa da Lei Ambiental (afinal, não é este o objetivo de seu trabalho, haja vista que é um penalista, e não um ambientalista), o faz da responsabilização penal da pessoa jurídica, em conformidade com a lei. Em verdade, cerca de apenas 10% da obra tem referência à lei supramencionada, preocupando-se, muito mais, em analisar a possibilidade de cometimento de delitos por entes coletivos, sem qualquer contradição com o restante da legislação vigente, a fim de realizar a norma de proteção constitucional.

¹⁹⁴ Rothenburg utiliza uma linguagem kelseniana, haja vista que, quando menciona esse conceito, há pouco havia citado parte da Teoria Pura do Direito.

¹⁹⁵ Idem, p. 212.

A análise e crítica desta consagrada obra dar-se-á em três diferentes etapas. A primeira delas, mais geral, consistirá em um breve resumo da obra e sua estruturação. A segunda, e certamente a mais importante para o escopo deste estudo, será composta da análise detida de como o autor superou as dificuldades de enquadrar a pessoa jurídica nas estruturas do conceito analítico de crime (isto é, como pode realizar uma conduta típica, ilícita e culpável) no sistema atual (à época) do Código Penal brasileiro. A terceira etapa, de menor importância, consistirá, por fim, na análise das sanções penais aplicáveis à pessoa jurídica, caso, efetivamente, seja possível que pratique crimes conforme a teoria finalista, adotada pelo Código Penal, nos moldes do segundo capítulo da primeira parte deste trabalho.

2.2.2 Resumo e Estruturação

A obra de Shecaira, segundo o próprio autor, tem como objetivo verificar como as modificações sociais “produziram seus efeitos na esfera da responsabilidade penal; que transformações foram feitas e de que forma podem ser introduzidas ao direito brasileiro”.¹⁹⁶ Para isto, utiliza-se tanto de argumentos históricos e sociológicos quanto jurídicos e doutrinários, de diferentes partes do mundo, os quais serão detidamente analisados no momento apropriado.

Quanto a sua estruturação, pode-se dizer que se divide em seis diferentes capítulos. O primeiro capítulo examina a evolução histórica da responsabilidade penal, desde a Idade Antiga (começando a análise do autor pela Babilônia) até a modernidade, mostrando como as próprias sanções evoluíram de coletivas para individuais. No segundo capítulo, há a análise da atual conjectura de diferentes países quanto à responsabilização da pessoa jurídica, isto é, se existe ou não, como se dá o procedimento, quais os crimes e quais as sanções aplicáveis.

O terceiro capítulo da obra é destinado a aprofundar a diferentes conceitos de culpabilidade, assim como a análise das modalidades individual e coletiva, sua relação, contraste e reciprocidade. O quarto capítulo (entende-se o mais importante) é composto da análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a detida atenção aos argumentos favoráveis e contrários, todos acompanhados da opinião do

¹⁹⁶ Shecaira, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 20.

autor, que estabelece, ainda, os requisitos necessários para que se reconhecesse tal responsabilização.

O penúltimo capítulo trata sobre as penas aplicáveis à pessoa jurídica propriamente ditas, também realizando uma digressão sobre a possibilidade, ou não, da aplicação de medidas de segurança às empresas ao invés de sanções penais, baseado, portanto, na periculosidade, e não na culpabilidade. O sexto e último capítulo consiste em uma análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica dentro de um contexto brasileiro, analisando a Constituição de 1988 e a Lei 9.605/98 propriamente dita.

Para a realização do escopo desta pesquisa, serão examinados os capítulos terceiro e quarto, exclusivamente, para a segunda parte da análise da obra do referido autor, e o capítulo quinto, exclusivamente, para a terceira. O capítulo sexto será referido, entretanto nas duas partes.

Quanto aos primeiros dois capítulos, entende-se desnecessária sua análise para os objetivos deste trabalho, haja vista que a única evolução histórica que, efetivamente, terá impacto na crítica da argumentação dos autores quanto à aplicação da lei penal às pessoas jurídicas será a das próprias teorias da conduta.

2.2.3 A Pessoa Jurídica e o Conceito Analítico de Crime

2.2.3.1 Conduta

Antes de examinar efetivamente o ponto em questão, deve-se dizer que, na obra de Shecaira, não há qualquer menção direta, ou qualquer destaque, à estrutura analítica do crime proposta pelo Código Penal, e muito menos à possibilidade de sua aplicação à pessoa jurídica. Por esta razão, a análise do tema não poderá ser realizada de maneira detida – na verdade, de maneira alguma – frustrando, provavelmente, a parte que deveria ser a mais relevante para o escopo deste trabalho.

Como pode ser visto pela leitura da obra supramencionada, após o segundo capítulo (o qual, como referido, trata a respeito da sujeição – ou não – da pessoa jurídica à legislação penal em diversos países do mundo), o autor passa a analisar a culpabilidade.¹⁹⁷ Ora, como pode analisar a culpabilidade se, segundo o próprio

¹⁹⁷ Idem, p. 66.

Código Penal, essa só deve ser objeto de exame caso haja uma conduta típica e ilícita? Como pode analisar a culpabilidade sem sequer mencionar a conduta, que, segundo a teoria finalista, é o objeto do Direito Penal (isto é, seu próprio elemento-limite)?

De certo haveria um problema metodológico em analisar a culpabilidade antes dos outros elementos do conceito analítico de crime, a fim de aplicá-lo à pessoa jurídica, mas o que ocorre é que tal análise dos outros elementos simplesmente inexistente, e sem qualquer justificativa, como se simplesmente não importassem para responsabilizar a pessoa jurídica penalmente. Ora, se quer tornar uma ação da pessoa jurídica criminalizada, primeiro deve ser questionado se essa ação é uma conduta final. Neste caso, considera-se essa uma falta grave, ao invés de um simples problema metodológico.

Entretanto, entende-se que há um problema ainda maior em relação à obra. Considerando que o autor passa, diretamente, para a análise da culpabilidade, deve ser entendido que a possibilidade de aplicação em relação aos outros elementos do crime está, teoricamente, vencida, mesmo que de maneira implícita (haja vista que não há qualquer menção a esses elementos por parte do autor, como referido). O problema é que, segundo Shecaira, não é isso o que acontece.

Além de não enfrentar o tema, é capaz de referir, ao final da obra que “a empresa¹⁹⁸ – por si mesma – não comete atos delituosos”.¹⁹⁹ Como é possível, frente ao Código Penal e à própria Constituição, aplicar sanções penais a algo que não comete condutas delitivas? Não se vê outra alternativa que não a responsabilização penal objetiva, rechaçada pelo próprio autor, quando afirma que “se forem criados tipos caracterizadores de uma responsabilidade objetiva, por exemplo, estar-se-á a consagrar uma perspectiva de direito penal que ultrapassa a visão de um direito penal

¹⁹⁸ Shecaira, reiteradamente, durante toda a sua obra, ao referir-se à pessoa jurídica, sempre menciona empresa. Embora cite, nas páginas finais, em especial a de número 143, que existem outras pessoas jurídicas, todos os seus exemplos e fundamentações (e até mesmo a sua referência), no decorrer de todo o livro, não são de quaisquer pessoas jurídicas, apenas à empresa. Tais exemplos serão rebatidos no momento apropriado, quando da análise da culpabilidade.

¹⁹⁹ Idem, p. 130.

humano,²⁰⁰ *calcado nos fundamentos do Estado Democrático de Direito*”.²⁰¹ Em outra passagem, de maneira ainda mais enfática, afirma: “*Quando o direito penal da culpa individual exacerba seu interesse preventivo, acaba por cair na esfera da responsabilidade objetiva dos diretores, o que, dentro de uma moderna concepção do direito penal, é inaceitável*”.²⁰²

Neste caso, não se entende exatamente o rumo que o autor deseja dar a sua obra, uma vez que fundamenta a necessidade da aplicação de sanções penais à empresa,²⁰³ mas acredita que “*a reforma penal de 1984 consagrou a culpabilidade como base da responsabilidade penal, princípio incompatível com presunções legais*”.²⁰⁴

De maneira semelhante, fundamenta que a responsabilização da pessoa jurídica é uma “*alternativa viável para assegurar princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito*”,²⁰⁵ mas também refere que a Constituição (art. 5 incisos LIII, LIV, LV e LVII) reconhece o princípio da exclusão da possibilidade de reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera penal.²⁰⁶

Acredita-se, por um lado, que a análise desta obra poderia ser finalizada neste ponto, por aparente insuficiência de elementos correspondentes ao que seria o tema central deste estudo (a conduta final). Entretanto, não se entende que, ao restringir a análise apenas ao que o autor deixa de explicar e referir, estar-se-ia fazendo uma análise completa de sua obra.

Fica igualmente prejudicada a análise tanto da tipicidade quanto da ilicitude pelo mesmo motivo: não há qualquer enfrentamento específico por parte do autor em sua

²⁰⁰ A palavra “humano”, mais uma vez, acredita-se ter sido usada em total imprecisão de linguagem. Pela presença da oração subordinada explicativa ao final da frase, entende-se que “calcado nos fundamentos do Estado Democrático de Direito” é uma explicação ao que seria o “direito penal humano”. Desta forma, o autor não quis dizer que a criação de tipos penais caracterizadores de uma responsabilidade penal objetiva ultrapassariam uma visão de direito humano porque aplicável a outros seres não humanos (animais, objetos inanimados e ficções jurídicas), mas que ultrapassariam uma visão de um direito penal calcado nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto que alguém poderia ser responsabilizado penalmente (e ter seu direito de liberdade restringido) simplesmente porque a lei diz que sim, sem que haja comprovação de culpa subjetiva (ou seja, não aquela que tenha por fundamento o risco, existente apenas na legislação civil). Como exemplo, apenas para elucidação, seria a esposa presa por um crime cometido pelo marido, simplesmente porque a lei diz que assim deve ocorrer.

²⁰¹ Idem, p. 137.

²⁰² Idem, p. 97.

²⁰³ Não será colocada uma referência direta a qualquer página da obra propositalmente por desnecessidade, haja vista que essa é sua fundamentação principal (ao menos aparentemente).

²⁰⁴ Idem, p. 139. A citação é de Damásio E. de Jesus, com a qual, aparentemente, Shecaira concorda pelo contexto no qual ela foi inserida.

²⁰⁵ Idem, p. 137.

²⁰⁶ Idem, p. 122.

obra. Entretanto, a culpabilidade poderá ser analisada, porquanto plenamente enfrentada de forma dedicada em um capítulo exclusivo.

2.2.3.2 Culpabilidade

Diferentemente dos elementos anteriores do conceito analítico de crime, a culpabilidade, na obra de Shecaira, ganha um capítulo exclusivo. Sua abordagem acerca do tema inicia com uma breve diferenciação entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, além de um breve histórico da responsabilidade penal primitiva, concluindo, já ao início do capítulo, que a culpabilidade é determinada pelo estágio evolutivo da sociedade.

Após a breve introdução do capítulo, Shecaira enfrenta as diferentes concepções acerca da culpabilidade, iniciando pelo que chama de “teoria psicológica”, referindo-se à teoria causal-naturalista. Como visto na parte inicial deste trabalho, para essa teoria, a culpabilidade era a ligação psíquica (ou nexu psíquico) entre o autor e o fato. Entretanto, o autor restringe-se a mencionar, além disso, que “*o dolo e a culpa em sentido estrito se constituíam na totalidade do conceito de culpabilidade*”.²⁰⁷ Se entendido o motivo (isto é, o “para que”) da conduta como parte do dolo, a frase pode ser considerada como verdadeira, embora entenda-se o contrário.²⁰⁸

Os problemas desta teoria são apresentados em dois pequenos parágrafos, e se resumem na identidade de conceitos entre a culpa e o dolo²⁰⁹ e ao equacionamento não adequado da culpa inconsciente e do estado de necessidade exculpante.

Passa Shecaira a analisar a teoria normativa da culpabilidade (referido no início deste trabalho como a teoria neokantista), expondo que, na culpabilidade, foi inserido o conceito de “juízo de censura” como um novo requisito para aferi-la. Este juízo de censura não estaria presente no autor, mas sim no julgador que o condena ou o absolve. A crítica a essa teoria vem em basicamente uma frase autoral, na qual refere que “*a principal crítica que se pode fazer a essa teoria diz respeito ao cometimento de*

²⁰⁷ Idem, p. 70.

²⁰⁸ É por isso que, ao exemplo da teoria finalista da conduta, o dolo e o motivo estão separados em elementos distintos. Pode-se argumentar que, à época, tal diferenciação não existia, mas, ainda assim, entende-se que há um equívoco por parte do autor.

²⁰⁹ Mais um equívoco é cometido por parte do autor. À época, conforme visto (nota 26), não existia qualquer identidade entre a culpa e o dolo, Von Liszt as referias como espécies de culpabilidade.

crimes por delinquentes a que a criminologia tradicional chamaria de habitual ou por tendência".²¹⁰

A análise da culpabilidade adotada pelo Código Penal brasileiro, a finalista, é feita em uma página. No primeiro parágrafo, Shecaira ressalta a importância que Welzel teve para a noção de culpabilidade, uma vez que tirou desta o dolo e a culpa, transferindo-a para a ação típica.²¹¹ Segue o autor relatando maior adequação da noção finalista de conduta para os crimes omissivos.²¹²

No segundo parágrafo, após referir novamente o dolo como integrante da ação humana, afirma que a culpabilidade passa a ser "*puro juízo de reprovação ao autor quando este tenha consciência potencial da ilicitude do fato que comete, e possa agir de outro modo, sendo-lhe exigível esta conduta*".²¹³ Complementa, relatando que a culpabilidade passa a ser, neste ponto, puramente normativa. No terceiro e último parágrafo, afirma que o erro de tipo e o erro de proibição puderam ser totalmente compreendidos em virtude da teoria finalista.

Shecaira continua sua evolução histórica com o pensamento das teorias sociais da ação. Esquece-se o autor de mencionar, entretanto, que o sistema penal brasileiro utiliza uma culpabilidade finalista. Por fugir demasiadamente do escopo deste estudo, seus comentários sobre esta escola de pensamento não serão mencionados.

No próximo subcapítulo, trata sobre uma "concepção atual de culpabilidade",²¹⁴ não referindo qual país ou teoria efetivamente está comentando. Em sua conclusão, o autor refere o que entende pela culpabilidade atual, analisada a seguir.

Shecaira conclui o capítulo referindo que há uma culpabilidade do fato e não uma culpabilidade do autor (diferenciado o *nullum crimen sine culpa* do *nullum crimen sine*

²¹⁰ Idem, p. 71.

²¹¹ Shecaira comete dois equívocos com esta afirmação. O primeiro é atribuir o desmembramento do dolo da culpabilidade a Welzel, pois, como visto na primeira parte, o autor que primeiro visualizou essa importância foi Zu Dohna. O segundo equívoco é referir, na página 72, que "*o dolo faz parte do conceito da ação humana*", quando, na verdade, à época, o dolo era inserido na tipicidade, tratando-se, como visto, do seu elemento subjetivo, porque reduzido apenas a sua parte psicológica.

²¹² Não se entende o motivo deste destaque, tendo o autor feito em um espaço tão curto a análise da culpabilidade finalista. Em primeiro lugar, porque isto refere-se à conduta, e não à culpabilidade. Em segundo lugar, quando foi referida a teoria causal-naturalista, nem foi referido o crime omissivo como uma das suas maiores críticas. Aparentemente, aparecem agora os crimes omissivos fora de contexto.

²¹³ Idem, p. 73.

²¹⁴ Idem, p. 77. Shecaira refere nesta página que "a culpabilidade sugere, portanto, uma especificidade bastante estrita, pois é um critério valorativo que faz depender sua apreciação do ser humano que é objeto de exame" (grifou-se). A não ser que sua concepção de culpabilidade seja diferente, as valorações negativas do Direito Penal recaem sempre sobre a conduta humana, sob pena de retornarmos a um direito penal do autor. Entende-se que houve um equívoco por parte do autor, ou uma imprecisão linguística.

praevia lege). Desta forma, a responsabilização dos atos consiste em uma imputação em razão da liberdade do autor (que é, para o autor, o fundamento da culpa jurídico-penal).

A liberdade, portanto, acarreta a responsabilização pelos atos cometidos, quando realizados contrariamente a uma norma penal específica. Critica o autor o “poder de agir de outra forma”, segundo ele, indemonstrável, visto que só poderia ser constatado se fosse colocado o agente nas mesmas condições em que o fato se deu, algo impossível. O autor afirma, nos parágrafos seguintes, que, uma vez constatada a culpabilidade em face à lesão a algum bem jurídico protegido pela norma penal, haverá intervenção estatal através da pena (sempre como última instância de controle social, tendo em vista os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima vigentes no Estado Democrático de Direito), só implementada quando necessária e útil.

Para o autor, *“a pena, dentro do contexto de modernidade, só deve ser aplicada não com o objetivo de ressarcimento moral ou para determinar a expiação; não para impor uma ‘recuperação’ ou ‘ressocialização’ do indivíduo; não para retribuir; mas sim para ‘reprovar a conduta em dissenso, capaz de validar o conceito de bem jurídico, sincronicamente, para a maioria do grupo social, respeitando a minoria’”*.²¹⁵ Conclui Shecaira: *“Disso decorre que a imposição de uma pena a alguém só deve ter como objetivo sua relevância pública – quando proporcional e necessária – não mais seus objetivos pessoais...”*.²¹⁶

2.2.3.3 A Responsabilidade Penal Coletiva

Este capítulo da obra de Shecaira pretende superar as principais dificuldades de aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Primeiro, passa a uma análise geral sobre as teorias da ficção e da realidade (de Savigny e Gierke,

²¹⁵ Idem, p. 80.

²¹⁶ Idem, p. 80. Acredita-se ser impossível discordar do autor, uma vez que este não refere, exatamente, de que país ou teoria está falando, ou se esta é apenas a sua opinião. Entretanto, se estiver falando do Brasil, comete equívocos graves. Segundo a Lei de Execução Penal (LEP), está claro e delimitado o objetivo da aplicação das penas no Brasil, conforme seu art. 1º: *“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*. Desta forma, é impossível referir que, no Brasil, a pena se dá exclusivamente por relevância pública. Diferente seria se o autor afirmasse que a pena teria também tal função (chamada de função geral positiva), mas de maneira alguma é possível simplesmente descartar a legislação vigente.

respectivamente) para, então, passar a análise aprofundada dos argumentos contrários e favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A teoria da ficção, segundo o autor, prevaleceu até o século passado e teve como principal defensor Savigny. A ideia central desta teoria é que apenas o homem é capaz de ser sujeito de direitos. O ordenamento jurídico, no entanto, retira essa capacidade ou a amplia a entes fictícios, incapazes de vontade e que são representados. Segundo a teoria da ficção, a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais. É pessoa fictícia e somente obtém sua personalidade por abstração

Dentro desta concepção, a existência das pessoas jurídicas são as decisões de um certo número de representantes que, em virtude de ficção, são consideradas como suas; tal representação, que exclui a vontade dos representantes propriamente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca penal. Segundo Savigny: *“tal sujeito vem chamado por nós de pessoa jurídica, isto é, pessoa admitida como tal somente por um escopo jurídico”*.²¹⁷

Assim, para a teoria da ficção, os delitos que são imputados à pessoa jurídica são praticados sempre pelas pessoas físicas que a compõem. O Direito Penal refere-se ao homem natural, livre; a pessoa jurídica está desprovida desse caráter, sendo, portanto, apenas um ser abstrato.

A teoria da realidade, por outro lado, parte do pressuposto de que a pessoa não é somente o homem, mas todos os entes dotados de existência real. Gierke e Zitelman sustentam que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser equiparáveis, como seres sociais que são, às pessoas físicas. Sua capacidade, segundo esses autores, é em tudo equivalente ao homem, tendo a capacidade de querer e de agir, o que faz por meio dos seus órgãos, da mesma forma que o ser humano comanda com a sua cabeça seus membros para executar suas ações.

Segundo Shecaira, *“embora tal teoria tenha sofrido certa erosão pelas críticas a que foi submetida, é inescandível que a pessoa jurídica não é uma ficção, mas um verdadeiro ente social que surge da realidade concreta e que não pode ser desconhecido pela realidade jurídica”*. Neste ponto, tece-se uma crítica ao autor, no sentido de que não analisa propriamente as críticas, nem as rebate, e muito menos

²¹⁷ Conforme Shecaira, Idem, p. 86.

tenta convencer argumentativamente o leitor baseado em teorias ou doutrina. Ao invés disso, simplesmente refere que é “inescondível” que a pessoa jurídica não é uma ficção. Acredita-se que apenas um adjetivo é incapaz superar o imenso obstáculo criado pela teoria de Savigny, que influenciou, segundo o próprio Shecaira, a legislação de vários países do mundo.

Ainda assim, refere Shecaira, se aplicados tais conceitos ao Direito Penal, pode-se constatar que a pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade, concretizando-se pela “*deliberação e voto da assembleia geral de seus membros, ou mesmo através de sua administração ou gerência*”.²¹⁸

A seguir, o autor analisa, separadamente, os argumentos contrários e favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Conforme Shecaira, quatro são os argumentos contrários esse tipo de responsabilização penal.

O primeiro argumento é o de que não há responsabilidade sem culpa e, pela pessoa jurídica ser desprovida de inteligência e vontade, é incapaz, por si, de cometer um crime, necessitando recorrer a pessoas físicas. Segundo Shecaira, até hoje busca-se uma justificativa para a culpabilidade penal. Conforme um grande número de autores, decorre do livre-arbítrio, o que é ontologicamente indemonstrável. Assim como o poder agir de outro modo não é demonstrável cientificamente, assim o é a própria culpa. Segundo o autor, é apenas uma base filosófica do direito penal para legitimar o “*direito de punir comportamentos que põem em perigo ou atingem bens juridicamente relevantes*”.²¹⁹

Para ultrapassar este obstáculo, descrito por Shecaira como a “*principal objeção a ser respondida*”,²²⁰ o autor profere a seguinte frase: “*O comportamento criminoso, enquanto violador de regras sociais de conduta, é uma ameaça para a convivência social e, por isso, deve enfrentar reações de defesa (através das penas). O mesmo pode ser feito com as pessoas jurídicas. Quando o próprio fundamento da culpabilidade individual encontra certa representação das coisas do mundo e da vida, como afirmar, a partir dele, que só o homem é suscetível de culpa?*”.²²¹

²¹⁸ Vê-se nitidamente como o discurso de Shecaira é feito sempre tendo como por base empresas, e, em especial, as sociedades. Existem diversas pessoas jurídicas de direito privado que não são obrigadas a deliberar através de voto ou de assembleia geral, haja vista que algumas delas, inclusive, nem sequer são constituídas por mais de uma pessoa física. Apenas a título de exemplo, desde a reforma de 2003 da Parte Geral do Código Civil, conforme o art. 44, inciso IV, as organizações religiosas são consideradas pessoas jurídicas de direito privado.

²¹⁹ Idem, p. 93.

²²⁰ Idem, p. 93.

²²¹ Idem, p. 94.

Se for considerado como verdadeira a primeira objeção proposta por Shecaira, todo e qualquer ser é passível de culpabilidade, basta que viole uma regra social de conduta e represente uma ameaça para a convivência social. Desta forma, um cachorro que morde a mão de uma pessoa em um parque, por violar uma regra social de conduta (causou lesão corporal) e, em sendo uma ameaça para a convivência social, deve enfrentar reações de defesa do Estado por meio das penas. Limitar-se-á a oferecer este exemplo como crítica à posição do autor.

A segunda objeção proposta pelo autor para vencer o primeiro obstáculo da culpabilidade, é a de que, em momento algum, a reprovação administrativa ou civil por um ato ilícito é questionada. Segue o autor “*Não estaríamos reprovando alguém que, também aqui, não tem consciência nem vontade? Não seria uma burla de etiquetas permitir a reprovação administrativa e civil por um crime ecológico (por exemplo), mas não uma reprovação penal?*”.²²²

Entende-se que tal argumento é igualmente inválido. Uma prova pode ser suficiente para uma condenação civil e insuficiente para uma condenação penal. Alguém pode ser responsabilizado por um fato simplesmente porque a lei assim dispõe na esfera civil (isto é, a responsabilização objetiva, fundamentada no risco, e não na culpa), mas não na esfera penal. Nestes mesmos casos, estar-se-á realizando a mesma “burla de etiquetas”? Acredita-se que isso ocorre pelo caráter fragmentário do direito penal, e denominar tais situações de mera “burla de etiquetas” é menosprezar o caráter garantista que merece a legislação penal.

Shecaira apresenta, ainda, uma terceira objeção para esse primeiro e principal obstáculo: “*E mais, essa reprovação civil – por algo que no fundo é a mesma culpa – não limitaria a possibilidade de defesa da própria empresa,²²³ que não teria os instrumentos normalmente assegurados pelas normas processuais para exercício de seus direitos (devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.)?*”.²²⁴ Há dois problemas em reconhecer esse argumento como verdadeiro (ou até mesmo válido).

O primeiro problema é que a “culpa” a que o autor se refere não é a mesma. No Direito Civil, é possível agir por representação, isto é, com uma simples procuração, é possível realizar atos juridicamente como se fosse outra pessoa. Assim, uma pessoa

²²² Idem, p. 94.

²²³ Novamente, o autor usa o exemplo de uma empresa, quando deveria referir-se às pessoas jurídicas em geral.

²²⁴ Idem, p. 94.

física pode realizar atos, no plano civil, como contratos, em nome de uma pessoa jurídica, e não há qualquer problema nisso. No plano do Direito Penal, não existe esta possibilidade. Seria, no mínimo, cômico reconhecer a responsabilidade penal por representação. Imagina-se o exemplo que uma pessoa matasse outra, mas, quando fosse presa em flagrante, apresentasse uma procuração referindo que matou em nome de outra pessoa, sendo aquela solta e esta presa.

O segundo problema refere-se à suposta limitação de defesa da própria empresa, por não ser processada penalmente. Esquece-se o autor que, da mesma forma, no Direito Processual Civil (e em qualquer ramo processual), estão presentes as mesmas garantias constitucionais processuais, visto que, exatamente por serem garantias ou direitos constitucionais, a legislação infraconstitucional reguladora de qualquer procedimento deve respeitá-las.

Ainda sobre o primeiro obstáculo, a quarta objeção apresentada pelo autor para superá-lo é a utilização da teoria dos contratos multilaterais para referir a vontade da empresa. Segundo esta teoria, “ *os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem. É um sentimento novo que se forma, peculiar a uma entidade abstrata, e que, muitas vezes, está até em franca hostilidade com o sentimento pessoal de uma das suas células componentes*”.²²⁵

Shecaira denomina a ação realizada pela empresa segundo essa vontade de “ação institucional”. O autor utiliza, para reforçar seus argumentos, a doutrina francesa, no sentido de que:

“A pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade, porquanto nasce e vive do encontro das vontades individuais dos seus membros. A vontade coletiva que a anima não é um mito e caracteriza-se, em cada etapa importante de sua vida, pela reunião, pela deliberação e pelo voto da assembleia geral dos seus membros ou dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes tanto quanto a vontade individual”.²²⁶

A doutrina alemã tende ao mesmo sentido, segundo o autor:

“Ao formular-se a reprovação de culpabilidade da pessoa coletiva, à corporação se aplica plenamente um parâmetro moral. Ele se reflete também no fato de que nas associações de pessoas se reconhece honra. Não só se fala de honra das nações, como também de honra das empresas e associações. O lado negativo, ou seja, a desonra, mostra claramente que aqui também se aplicam parâmetros éticos. Nessa medida, pois, é absolutamente possível comprovar paralelos de culpabilidade com as

²²⁵ Idem, p. 94.

²²⁶ Idem, p. 95.

peças naturais. E o paralelismo existe também no que se refere à livre determinação".²²⁷

Este argumento, em princípio, seria válido se a responsabilidade penal fosse em relação a entidades societárias (isto é, empresas não individuais), na qual fosse feita, efetivamente, um contrato social multilateral. Entretanto, em função de estar sendo estudada a possibilidade de qualquer pessoa jurídica cometer delitos, não há como reconhecer esse argumento como válido, sequer suficiente para vencer o imenso obstáculo que é a terceira valoração negativa da conduta: culpabilidade.

No que se refere à doutrina francesa trazida pelo autor, a fim de complementar sua argumentação, repete-se a oposição de que nem toda pessoa jurídica possui Assembleia Geral ou voto, assim como nem todas podem ser consideradas "coletivas". Quanto à doutrina alemã, ao menos no Brasil, não é possível reconhecer a culpabilidade penal simplesmente pelo reconhecimento de direitos de personalidade (desconsiderando o fato de que esses são dados pelo Código Civil) a determinada entidade. Não se entende, em verdade, qual a relação entre eles, visto que, por exemplo, não é porque uma criança tem direitos de personalidade que pode ser considerada culpável penalmente.

O segundo argumento, conforme o autor, é o desrespeito ao princípio da personalidade das penas, haja vista que a condenação de uma pessoa jurídica pode atingir pessoas inocentes, como sócios minoritários e acionistas que não tiveram participação na ação delituosa.²²⁸ O autor objeta no sentido de que qualquer pena restritiva de liberdade de um chefe de família, por exemplo, atingiria a sua mulher e seus filhos, privados de seu sustento.

Desta forma, a pena de recolhimento atinge não só o recluso, mas também seus dependentes. Segundo Shecaira, portanto, não existe o princípio da personalidade das penas, consagrado pela Constituição de 1988, haja vista que toda condenação, de alguma forma, atinge pessoas inocentes, e, por isso, o princípio da personalidade das penas não pode ser um óbice à responsabilização penal da pessoa jurídica. Não é possível concordar com o autor neste ponto, haja vista que faz verdadeiro escárnio deste princípio que é, em verdade, um marco evolutivo da civilização moderna.

Nas ordens jurídicas das civilizações antigas, a pena tinha uma característica singular: não se restringia ao autor do ato criminoso, mas se transferia aos seus

²²⁷ Idem, p. 96.

²²⁸ Novamente, o autor utiliza exemplos de uma sociedade empresária, e não de qualquer dos outros diversos tipos de pessoas jurídicas.

familiares. A marca civilizatória que representa este princípio é justamente a incapacidade de o legislador brasileiro infraconstitucional reutilizar tais tipos de penas, apenas podendo condenar o autor da prática do crime, e atribuindo somente a ele uma pena.

É inegável que este argumento, apresentado pelo autor como um dos possíveis óbices à responsabilização penal da pessoa jurídica, possui algum fundamento. Ao atribuir uma pena privativa de liberdade ao autor de um delito, embora possa ficar privada de sustento sua família em razão da prática criminosa, essa não irá ser reclusa. A pena privativa de liberdade que foi imposta ao chefe de família não atingirá seus familiares no sentido de que esses não sofrerão uma pena privativa de liberdade ao invés dele, em razão de sua prática criminosa.

No caso de uma pessoa jurídica, estar-se-á falando de um conjunto corporificado de bens. Não é necessário nem recorrer a pessoas jurídicas que não sejam empresas para criticar a posição do autor. Se essa pessoa jurídica for, por exemplo, uma empresa de qualquer tipo que não tenha responsabilidade limitada, o capital social da empresa é o patrimônio do próprio empresário. Isto significa que impor à empresa individual uma pena de multa atinge, obrigatoriamente, o patrimônio do empresário, mesmo que tenha sido o administrador da empresa o responsável pela prática delituosa (esse sim, nada sofrerá com a pena de multa).

O terceiro argumento é o de que seriam inaplicáveis às pessoas jurídicas as penas privativas de liberdade, principal medida institucional utilizada pelo Direito Penal. Segundo Shecaira, *“a prisão é a forma mais extremada de controle social, é a expressão mais absoluta de seu caráter repressivo e deve, pois, ser reservada apenas para aqueles casos de crimes mais graves. No plano do direito econômico ou mesmo do direito ecológico, onde normalmente vem se implementando a responsabilidade coletiva, a pena privativa de liberdade é, na maioria das vezes, desnecessária e até descabida”*.²²⁹

Em uma rápida leitura da Lei 9.605, é possível verificar que a imensa maioria – se não a totalidade – dos crimes ali dispostos tem pena ou de reclusão ou de detenção, duas formas diferentes de privação de liberdade. Não se confirma, de forma alguma, portanto, a desnecessidade e nem o descabimento da pena privativa de liberdade nos casos de direito ecológico. Aliás, o quadro é o mesmo em relação a

²²⁹ Idem, p. 91.

quase todos os tipos penais (isto é, sua imensa maioria tem prevista uma pena restritiva de liberdade), justamente pelo caráter fragmentário do próprio Direito Penal, devendo abranger somente aquelas condutas consideradas mais gravosas, isto é, quando *necessária e útil* uma intervenção máxima nos direitos de personalidade.

O autor, no mesmo parágrafo e contexto, afirma que “*o tipo particular de agente que comete crimes econômicos, que a criminologia moderna, a partir de Sutherland, batizou de ‘crimes de colarinho branco’, não precisa de qualquer ‘ressocialização’, por se tratar de pessoa altamente socializada, integrada ao corpo social e de boas qualificações profissionais*”.²³⁰ Ora, não tinha afirmado o autor que a pena privativa de liberdade também tinha como papel exclusivo a sua “*relevância pública*”?²³¹ Por que trazer à tona a desnecessidade de ressocialização do autor dos denominados “crimes de colarinho branco”?

Conclui o autor sua crítica ao terceiro argumento com a seguinte expressão: “*Se é verdade que a pena privativa de liberdade – evidentemente só aplicável às pessoas físicas – deve ser utilizada com efetiva parcimônia, como afirmar que ela não pode ser imputada às pessoas jurídicas?*”.²³² Não se entendeu o que quis dizer o autor. Sugere que as penas privativas de liberdade devam ser imputadas as pessoas jurídicas, mesmo que só sejam aplicáveis às físicas?

O quarto e último argumento diz respeito à impossibilidade de ressocialização, reeducação ou arrependimento da pessoa jurídica. Ou seja, os fins a que se atribuem as penas não poderiam ser imputados à pessoa jurídica, porquanto não tem capacidade de compreensão da distinção entre atos lícitos e ilícitos. Quanto a este ponto, Shecaira reafirma sua posição quanto ao objetivo das penas, contrariando a própria Lei de Execução Penal, como visto anteriormente. Entretanto, apresenta alguns novos argumentos.

Segundo o autor, quando alguém pratica um crime no exercício das funções que tem dentro da empresa,²³³ “*ele se despe de suas condições pessoais, agindo no interesse exclusivo da empresa*”.²³⁴ Além disso, “*se os tribunais lhe aplicam uma pena*

²³⁰ Idem, p. 91.

²³¹ Idem, p. 80.

²³² Idem, p. 92.

²³³ Novamente, utilizado um exemplo de empresa, ao invés de qualquer outra pessoa jurídica.

²³⁴ Idem, p. 92.

privativa de liberdade, esta sanção não tem nenhum efeito dissuasor relativamente ao ente coletivo".²³⁵

Ao passo que ambos os “argumentos” podem ser verdadeiros, podem não ser, pois são apenas suposições generalistas. Quanto à primeira, o administrador poderia ter contratado uma empresa de um parente seu para realizar um serviço, mesmo sabendo que essa não respeitaria normas de proteção ambiental, ao contrário daquilo que prezava a empresa. Poderia, inclusive, ser o preço do serviço maior do que o de mercado, dando prejuízo à empresa, simplesmente para beneficiar seu parente.

Quanto à segunda, o administrador pode ter cometido um equívoco ao contratar determinada empresa para realizar um serviço, que, ao contrário do que foi firmado no contrato, essa não seguiu normas de proteção ambiental. A prisão desse administrador pode acarretar, sim, prejuízo para a empresa, por sua competência e sua experiência. Tratando-se de uma empresa pequena, tal exemplo é ainda mais provável.

2.2.3.4 Requisitos para a responsabilização penal da pessoa jurídica

Shecaira não deixa claro se os requisitos constantes na sua obra são autorais ou não, haja vista que menciona a seguinte frase: “*João Casto e Sousa propões alguns critérios para que se possa aplicar a responsabilidade penal à pessoa jurídica (...)*”.²³⁶ Não se entende se os requisitos são iguais aos critérios ou se foram neles simplesmente baseados. Por razão desta dificuldade interpretativa, não serão atribuídos a ninguém, mas apenas referidos como presentes na obra analisada.

O primeiro requisito é o de que a infração deve ser praticada no interesse da pessoa coletiva, ou seja, ter como objetivo ser útil à pessoa jurídica. Ficam fora do âmbito de responsabilização da pessoa jurídica, por obviedade, aquelas cometidas pelo agente em interesse próprio.

O segundo requisito apresentado é a necessidade de a infração situar-se dentro do domínio normal de atividade da empresa. São excluídas as infrações, portanto, que somente podem ser cometidas na esfera individual de seres humanos.

²³⁵ Idem, p. 92. A citação é da obra *Irresponsabilité pénale des personnes Morales – Responsabilité penal du fait d’autrui*, p. 118, de Manuel António Lopes Rocha

²³⁶ Idem, p. 99.

O terceiro requisito é o de que o agente que praticou a ação deve ter estreita ligação com a pessoa jurídica. Os exemplos trazidos pelo autor são de prepostos ou empregados, no exercício de suas funções, portanto, qualquer pessoa que não tenha vínculo empregatício ou esteja diretamente ligado à administração. Desta forma, seriam excluídos eventuais prestadores de serviço.

O quarto e último requisito apresentado é o de que “*a prática da infração deve ter o auxílio do poderio da pessoa coletiva*”.²³⁷ Isto significa que o autor do fato delitivo deve utilizar-se da infraestrutura da empresa para cometer o crime.

2.2.4 Sanções Penais Aplicáveis à Pessoa Jurídica

Shecaira inicia o capítulo correspondente às penas aplicáveis em sua obra com a seguinte frase: “*o direito penal, em linhas gerais, pode apresentar três respostas efetivas para o ilícito cometido pela empresa*”²³⁸ (grifou-se). As três respostas a que se refere o autor são as seguintes: medidas administrativas ou civis; medidas de segurança; e responsabilidade criminal.

Quanto à primeira resposta, fica evidente o completo menosprezo do autor em relação aos outros ramos do Direito ao afirmar que “*as responsabilidades civil e/ou administrativa são aplicadas nos países em que se nega a responsabilidade da empresa*”²³⁹ e “*(...) observa-se que tais medidas são débeis para o verdadeiro combate à criminalidade²⁴⁰, sobretudo no que concerne à criminalidade profissional*”²⁴¹ (grifou-se). A seguir, Shecaira diferencia a indenização civil, penal e administrativa.

Segundo o autor, a indenização civil “*está circunscrita ao limite do prejuízo causado; sendo um bem disponível, existe sempre a possibilidade de o lesado não a requerer*”²⁴². Em primeiro lugar, não se entende exatamente qual o demérito de a indenização civil estar circunscrita ao limite do prejuízo causado, e a questão que se

²³⁷ Idem, p. 100.

²³⁸ Idem, p. 103. Todo o capítulo que se refere às penas aplicáveis versa exclusivamente sobre a empresa, quando, na verdade, deveria mencionar as pessoas jurídicas, de maneira geral.

²³⁹ Idem, p. 103.

²⁴⁰ As medidas “*débeis*” às quais o autor se refere são da Itália, Espanha e Alemanha, tendo em vista que os dois primeiros países adotam a responsabilização civil e o último a responsabilização administrativa da pessoa jurídica. Grifou-se a palavra “*criminalidade*” pelo motivo de que, nesses países, não há qualquer crime. A criminalização de determinada conduta é estabelecida por cada país, e não simplesmente um adjetivo de cariz negativo.

²⁴¹ Idem, p. 103-104.

²⁴² Idem, p. 104.

põe é se a penal poderia ser diferente, mesmo em um país no qual se adota a retribuição²⁴³ como objetivo da pena. Em segundo lugar, também no Direito Penal é possível haver a possibilidade de o lesado não requerer a pena, como nos casos em que a ação penal para o crime é privada. Seria cômico afirmar que o particular tem o mesmo dever constitucional de promover a ação penal que tem o Ministério Público nos casos em que a ação penal correspondente ao crime é privada.

Shecaira afirma, na frase seguinte: “*além disso, o montante de uma indenização será, em regra, inferior ao ganho que a empresa obteve através da infração*”. A primeira objeção a essa afirmação é a de que isso é apenas uma suposição generalizadora, visto que não parte de dado empírico algum, muito menos consta qualquer referência. A segunda objeção é a de que, para que seja igual, basta que se realize uma perícia a fim de que se quantifique quais os ganhos provenientes do ato ilícito. Desta forma, escapa-se das suposições e indeniza-se de maneira mais justa.

Quanto à diferenciação feita pelo autor em relação às multas de caráter administrativo, afirma que “*tem uma função preventiva e retributiva*”. Além disso, refere que “*esta sanção, embora tenha o mesmo caráter decorrente de um processo criminal, segundo a maioria da doutrina alemã, não supõe uma reprovação ética da empresa*”. Há uma aparente contradição nesta frase: como pode defender Shecaira a aplicação de sanção penal em razão de a administrativa não supor qualquer reprovação ética se o próprio autor não acredita em qualquer função penal que não a de relevância pública?

Segundo Shecaira, a insuficiência das multas administrativas e da responsabilidade civil está em: não ter a mesma publicidade do processo criminal; permitem a negociação; e não traduzem a força coercitiva das penas criminais. Quanto à publicidade do processo, a não ser que este tenha segredo de justiça, o princípio constitucional (art. 5, inciso LX) da publicidade dos atos processuais é inerente a qualquer ramo do direito, e o mesmo ocorre em relação ao processo penal. No que diz respeito a permitir a negociação, é bem verdade que à época não existia a colaboração premiada, por exemplo, mas ela é um procedimento dentro do processo penal em que há negociação, não ficando essa restrita aos outros âmbitos do Direito. Quanto à maior força coercitiva das penas criminais, entende-se que tal argumento,

²⁴³ Retribuir é uma palavra de etimologia latina. Provém da palavra *retribuere*, que significa “corresponder, dar em troca”. Nesse caso, se o objetivo da pena fosse a retribuição, isto significa que deveria “corresponder” ao prejuízo causado, e não ser superior, como propõe o autor.

mesmo que verdadeiro, por si só, é insuficiente para vencer o obstáculo da necessidade e utilidade quanto ao caráter fragmentário (*ultima ratio*) do próprio Direito Penal. Se apenas esse argumento fosse suficiente, qualquer conduta poderia ser trazida para a abrangência penal: por exemplo, correr à noite, aos sábados, seria uma conduta criminalizada porque a força coercitiva das penas criminais é maior.

Quanto à segunda resposta, há que se dizer que representa uma solução intermediária, porque, por ter a medida de segurança um caráter preventivo (e não referir-se à culpa), há um afastamento da discussão da culpabilidade da pessoa jurídica. Shecaira estabelece quatro características das medidas de segurança, segundo ele, incompatíveis com as pessoas jurídicas: a medida de segurança tem apenas caráter curativo; ela é aplicada por tempo indeterminado, prevalecendo enquanto não sanada a periculosidade; só aplicada aos inimputáveis; só se justifica em face de objetivos futuros.

Não se entende que a medida de segurança tenha apenas um caráter “curativo”. Diversas doenças psicológicas não possuem cura (inclusive, representam a maioria). Isto significa que os criminosos que lá estão permanecem no hospital psiquiátrico muito mais por uma questão de perigo do que propriamente por uma questão de tratamento. Esta noção lombrosiana de “cura” da criminalidade não pode permanecer incólume depois de tantos anos de avanços da medicina.

Quanto aos três argumentos finais, não se entende exatamente qual a incompatibilidade com a pessoa jurídica. A aplicação por tempo indeterminado (até que cesse a periculosidade) não é exatamente um óbice, embora pudesse ser questionada sua efetividade. A justificação por objetivos futuros, da mesma forma, também não aparenta qualquer óbice, podendo se tratar, por exemplo, de uma barragem que está prestes a se romper e causar imenso dano ambiental. No caso da barragem, poderiam ser suspensas as atividades da empresa por tempo indeterminado até que a barragem tivesse a devida segurança. A medida seria por tempo indeterminado, fundada no perigo de desastre ambiental, e com o objetivo futuro de a mineradora não mais deixasse sua barragem com condições de segurança precárias para não ter sua atividade interrompida e, por consequência, prejuízo.

Quanto à imputabilidade penal, entende-se que sua justificação é mais complexa. Somente poderia ser considerada a pessoa jurídica como inimputável se adotássemos o conceito de imputabilidade como a incapacidade de “*entender o*

*caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*²⁴⁴, ou seja, desconsiderando que a própria lei refere “*doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado*”.²⁴⁵ A possibilidade se dá, somente neste caso, por, de fato, a pessoa jurídica, por não possuir *psique*, e ser incapaz de se determinar de acordo com o caráter ilícito do fato.

Naquilo que se refere à terceira resposta, com a qual o autor concorda, referindo, mais uma vez, que a sanção penal deve ter como objetivo a sua relevância pública. Segundo Shecaira, “*em nosso entender, constatada a lesão a um certo bem jurídico protegido pelo Estado, a consequência natural é a intervenção estatal através da pena*”. Por ser mera reprodução de seu entendimento anterior, acredita-se que, sobre este tema, há suficientes crítica e análise.

A seguir, Shecaira analisa as penas em espécie aplicadas às pessoas jurídicas²⁴⁶ em todo o mundo. Nestas penas consistirá a última análise do trabalho deste autor.

Segundo o autor, das penas aplicadas, a de menor gravidade é, em suas palavras “*a simples admoestação ou advertência*”,²⁴⁷ ou seja, uma censura oral. Esta sanção será prescrita somente em casos menos graves e serve mais como um alerta.

A sanção mais comum, pouco mais grave do que a advertência, é a multa. Esta multa pode ser fixa ou variável. Shecaira refere o exemplo francês, no qual a multa é o quádruplo do que seria previsto às pessoas físicas; e português, no qual há multas fixadas por parâmetros legais.

Pouco mais grave seria a pena de perda de bens ou confisco, também utilizado na França. O autor, ao referir esta pena, entende que “*um efeito preventivo mais eficaz só será atingido quando o autor do delito não perder somente o produto do crime, mas quando a pena também atingir o dobro ou o triplo do lucro colimado com o ilícito praticado*”.²⁴⁸

Uma das medidas mais graves que estão sendo adotadas no mundo é a intervenção, adotada na legislação portuguesa como *Injunção Judiciária*. Nas palavras de Shecaira: “*através dela pretende-se fazer cessar a perduração da situação ilícita,*

²⁴⁴ Art. 26 do Código Penal.

²⁴⁵ Art. 26 do Código Penal.

²⁴⁶ Em verdade, ao analisar as penas, verifica-se que muitas deles seriam apenas efetivas contra empresas, e outras seriam exclusivamente aplicáveis a elas. Embora haja a referência a pessoas jurídicas, poucas são, realmente, generalizáveis a todas elas.

²⁴⁷ Idem, p. 108.

²⁴⁸ Idem, p. 110.

obrigando o agente a adotar medidas necessárias para por termo à situação anômala".²⁴⁹

Outra medida citada pelo autor é a de prestação de serviços à comunidade, adotada pela Lei 9.605, como visto no início da segunda parte deste trabalho. Segundo Shecaira, a prestação de serviços à comunidade estaria de acordo com o pensamento de prevenção geral positiva, entendida por ele como a mais adequada finalidade para justificar a pena.

A interdição de direitos é mais uma medida citada pelo autor, consistindo na proibição de contratar com o poder público, receber incentivos fiscais ou outros benefícios (como subsídios) e participar de licitações. Tal sanção estaria presente tanto na legislação portuguesa quanto francesa, variando entre um a cinco anos, dependendo da gravidade do delito.

O fechamento temporário da empresa também está entre as medidas mais graves. O autor adverte que essa medida deve ser usada com cautela, ou seja, somente para aqueles fatos ilícitos mais graves, visto que pode provocar riscos não só aos empregados da pessoa coletiva, mas até mesmo para a economia em geral.

Certamente, a mais grave das sanções impostas às empresas no mundo é a sua dissolução ou fechamento, presentes na legislação americana e francesa. Essa sanção aplica-se aos "*crimes que lesam ou põem em perigo interesses da economia nacional, cuja proteção impõe, no critério do legislador, a subalternização de outros interesses eventual e indiretamente afetados pela pena*".²⁵⁰

A última medida aplicada à empresa é a divulgação da sentença penal condenatória, as suas custas, no local de exercício da sua atividade ou na região na qual está instalada, através dos meios de comunicação popular.

²⁴⁹ Idem, p. 110.

²⁵⁰ Conforme Shecaira: ROCHA, Manuel António Lopes. **A responsabilidade penal das pessoas colectivas: novas perspectivas**. In: *Direito penal económico*, p. 170.

CONCLUSÃO

Na primeira parte deste estudo, concluiu-se, depois de uma breve introdução histórica das teorias pré-finalistas da conduta, além da análise da própria teoria finalista da ação, que, de maneira sintética, a teoria de Welzel possui, ao menos, dois grandes problemas. O primeiro está relacionado aos automatismos, como visto, resolvidos apenas de modo precário por essa teoria. O segundo, mais importante, sugere que, muito embora a teoria finalista tenha uma origem ontológica – de suma importância pelos seus efeitos garantistas –, é incapaz de demonstrar e provar, de maneira efetiva, esse caráter.

Ocorre que, conforme discorrido, a percepção de que as condutas humanas são “guiadas por um fim” é, apenas, sensorialmente perceptível, sendo correta e coerente, a respeito do tema, a crítica de Roxin. É muito provável que os defeitos mencionados criem a necessidade de uma nova teoria da ação, acompanhando a evolução dos conceitos e, colmatando, aos poucos, as lacunas deixadas pelas teorias (anteriores e presente).

Conforme fixado no início deste trabalho, por ter como objetivo a análise da possibilidade de conduta da pessoa jurídica apenas no ordenamento brasileiro, as teorias da conduta só foram analisadas até a presente utilizada, justamente a finalista. Seria lógico que os autores que defendessem a possibilidade de subsunção da conduta penal às atividades da pessoa jurídica, ou argumentassem no sentido de ser essa possível em razão da aplicação da própria teoria finalista (debruçando-se sobre os conceitos welzelianos), ou argumentassem de no sentido de ser essa possível pelas falhas presentes na teoria finalista e na necessidade de mudança. Entretanto, não foi isso o que ocorreu.

Rothenburg e Shecaira, os autores escolhidos para serem objeto de análise nesse estudo, compreenderam o problema da possibilidade de sujeição criminal ativa da pessoa jurídica de maneira totalmente distinta. Para Rothenburg, o obstáculo principal estava na ação – e, por esse motivo, para o objeto desse estudo, sua obra mereceu maior análise –; para Shecaira, na culpabilidade.

Se, por um lado, Rothenburg quase que ignorou a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, em sua obra, Shecaira simplesmente ignora que existe qualquer obstáculo no conceito de ação finalista para a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica – o que faz, em verdade, é citar a teoria finalista da conduta, e referir que está superada, mesmo afirmando a sua aplicação no Brasil.

Ambos os autores, a fim de se desvencilharem do obstáculo (aparentemente) insuperável dos rígidos limites da teoria finalista da conduta, ou a corrompem, ou a ignoram.

Rothenburg, utilizando-se do que chama de “teoria da realidade normativista” – a qual não se notou quaisquer diferenças quanto à teoria neokantista, explorada na primeira parte deste estudo –, tenta superar, em sua obra, os elementos do conceito analítico de Liszt e Beling, carregados de conceituação welzeliana, com uma teoria que, em princípio, não vê como possível essa divisão. Para a teoria neokantista, como visto, a conduta pré-típica, assim considerada pelo Direito Penal, não existe, e, por esse motivo, é absorvida pela própria tipicidade, tendo em vista que a valoração empírica não caracteriza qualquer limite à valoração do Direito. Conclui-se, portanto, que há um vício de estruturação no próprio enfrentamento do problema.

Conforme criticado em momento oportuno, não há qualquer menção por parte do autor ao conflito aparente de normas penais que regulamentam o art. 225, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Em verdade, apenas utiliza normas brasileiras para referir que a ordem jurídica nacional já previa condutas típicas aplicáveis à pessoa jurídica. Em suma, sua argumentação, quanto aos elementos do conceito analítico de crime, carece de fundamentação quanto a lei penal vigente e quanto à própria teoria adotada pelo Código Penal – segundo o próprio autor e a maioria esmagadora da doutrina: a finalista. Ao invés disso, trata Rothenburg da mera “possibilidade jurídica” da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, o que, para a teoria adotada pelo autor, é óbvia, no sentido de que o Direito não encontra limites no mundo dos fatos, tal qual o neokantismo.

Shecaira, por outro lado, fundamenta a possibilidade da sujeição criminal ativa na capacidade de produção de consequências negativas a bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica penal vigente – o que, como foi visto, é discutível. Em toda sua obra, o problema da ação (ou conduta), seja qual for a teoria adotada, é sequer enfrentado. Nem mesmo a culpabilidade – único elemento expressamente enfrentado em sua obra – possui um conceito ao qual se possa atribuir a uma teoria. Além disso,

também apresenta a teoria finalista como superada por outras, em sua brevíssima evolução histórica.

Incorrendo no vício de não se vincular expressamente a qualquer teoria da ação, restou impossível valorar a argumentação do autor. Entretanto, a ausência de análise legislativa, a fim de explicar o motivo pelo qual não há conflitos entre o Código Penal e a Lei 9.605/98, pode ser comprovada. Em suma, deve-se à falta de enfrentamento, por parte do autor, das questões atinentes ao escopo deste estudo uma análise mais aprofundada de sua obra. Por não mencionar a qual teoria filia seus conceitos, referindo a mera possibilidade jurídica da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, a real utilidade prática do enfrentamento de sua obra, para os fins deste trabalho, restou prejudicada.

Se aquilo o que se esperava, isto é, o objetivo inicial deste estudo, era a exploração dos equívocos da teoria finalista, ou uma reinterpretação de seus conceitos, a fim de abarcar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade cabal de sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, o resultado frustrante é o de que o tema é tratado por teorias não adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, ou simplesmente sem a adoção de qualquer uma das teorias da conduta, expressamente. O que se encontrou, ao final, foi o repúdio velado à teoria finalista, sem a exposição de seu motivo, tratando-a como inaplicável, ou simplesmente ignorada.

O que parece, em verdade, é que a razão pela qual pode se apontar o declínio da teoria finalista na dogmática brasileira está justamente no seu mérito. Se o mérito da teoria finalista é estabelecer limites pré-típicos ao jurista e ao legislador, a fim garantir direitos, há repulsa por parte significativa da doutrina nos freios produzidos por essa teoria, visto que, ao fim e ao cabo, limita, de maneira bastante significativa, a liberdade de criação da própria legislação penal (e seus tipos), mesmo nos casos em que os bens jurídicos protegidos pelo próprio ordenamento jurídicos são atingidos.

Desta forma, o que ocorreu na década de 60 do século XX na Europa, e que está a ocorrer no Brasil, conforme conclui-se quanto aos doutrinadores analisados, é um prestígio pela perigosa liberdade conferida pela teoria neokantiana, cujo método consistia na liberdade de valoração – e de compreensão – dos fenômenos relevantes para o Direito Penal – e por liberdade, entende-se, aqui, a total ausência de limites.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delicto-tipo**. Trad. Sebastian Soler da 11. ed. Alemã de 1930. Buenos Aires: Depalma, 1944.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Parte general. Trad. Jose J. Ortega Torres e Jorge Guerrero, da 5., 6. e 7. ed. Italiana. Bogotá: Temis, 1972. vol. 1.

CARVALHO, Márcia Dometila de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. **Direito penal na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. VIII.

DOTTI, René Ariel. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 11. jul./set. 1995.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 6 e 7.

FREITAS, Gilberto Passos de. **A tutela penal do meio ambiente**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*. Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

JAÉN VALLEJO, Manuel. **El concepto de acción em la dogmática penal**. El concepto de acción em la dogmática penal. Madrid: Colex, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MILARÉ, Edis. **Processo coletivo ambiental**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*. Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental (problemas fundamentais)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**. Curitiba: Juruá Editora, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Parte general. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2. ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SANGUINÉ, Odone. **Os Direitos Fundamentais das Pessoas Jurídicas no Processo Penal**. In: Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS. vol. 2, n.º 2, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal comum vigente en Alemania**. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer da 14 ed. Alemã, de 1847. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez da 11. ed. alemã. 4. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

_____. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Trad. Felipe Gonzáles Vicén da 4. ed. alemã. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Parte general. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 2000.