

**ANA MÁRCIA BASÍLIO SEGISMUNDO**

**A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES  
PRATICADOS CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:  
*societas delinquere non potest versus societas delinquere potest***

Monografia apresentada à Universidade de Franca como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista no curso de Pós-graduação *lato sensu*. Área de concentração: Direito Penal: teoria.

**FRANCA  
2010**

**DEDICO** este trabalho aos meus pais que muito se esforçaram para me proporcionar a oportunidade de estudar. Às minhas filhas e ao meu esposo que compreenderam os momentos de ausência e muito me apoiaram nessa fase de estudos.

## AGRADECIMENTOS

Manifesto meus agradecimentos a todos que contribuíram para a realização deste trabalho e em especial a:

Deus, por sua incansável proteção e bênçãos a mim derramadas, e por permitir que eu pudesse finalizar mais esta etapa na minha vida, com êxito;

aos mestres que incentivaram as pesquisas e muito se dedicaram na transmissão do conhecimento;

Juíza Federal, Dra. Daniela Miranda Benetti, possuidora de conhecimento e dedicação admiráveis, incentivadora dos estudos jurídicos e que muito colaborou em minha evolução profissional;

aos colegas de curso, pelo companheirismo e intercâmbio na troca de sugestões, ao longo deste curso de Especialização.

*A força do direito deve superar o direito da força.*

**Rui Barbosa**

## RESUMO

SEGISMUNDO, A. M. B. **A responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes praticados contra a ordem econômica: *societas delinquere non potest versus societas delinquere potest***. 2009. 47 f. Monografia (Especialização em Direito Penal: Teoria) – Universidade de Franca, Franca.

O presente trabalho analisou a questão da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, mencionando as diversas teorias relativas à natureza da pessoa jurídica e sua aplicabilidade consoante posicionamento dos penalistas. Demonstrou a celeuma que envolve o tema, mormente considerando o fato de que a sanção penal não pode ser aplicada em pessoa distinta daquela que praticou a conduta delitiva. Abordou a impossibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica por atos ilícitos praticados por terceiros, que são pessoas dotadas de índole volitiva própria. Vontade é inerente ao ser humano e, portanto, não pode ser extensível ao ente coletivo. Os métodos utilizados foram: Analítico-Sintético. Aplicação parcial do método Indutivo-dedutivo. Comparativo. E, principalmente, o dogmático, que se refere a um método ou processo essencial à natureza imperativa do Direito, pois as normas jurídicas são, efetivamente, “abstratas, gerais e obrigatórias”, criadas e sancionadas pelo poder público, para regular as relações dos homens em sociedade, daí a sua imperatividade. Criadas para serem efetivamente cumpridas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal; Pessoa jurídica; Sanção penal; Conduta.

## ABSTRACT

SEGISMUNDO, A. M. B. **A responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes praticados contra a ordem econômica: *societas delinquere non potest veruss societas delinquere potest.*** 2009. 47 f. Monografia (Especialização em Direito Penal: Teoria) – Universidade de Franca, Franca.

This study examined the question of liability of legal entities for crimes against the economy, citing the various theories concerning the nature of the entity and its applicability as positioning of scholars of penal law. Demonstrated the controversy surrounding the issue, especially considering the fact that the penalty can not be applied in other than that person who committed the criminal conduct. Addressed the impossibility of the legal responsibility for illegal acts committed by third parties, they are people endowed with volitional nature itself. This desire is inherent to human beings and therefore can not be extended to the collective entity. The methods used were: Analytical-Synthetic. Partial application of the inductive-deductive method. Comparative. More importantly, the bigoted, which refers to a method or process essential to the mandatory nature of law, because the laws are, in effect, “abstract, general and compulsory”, established and sanctioned by the government to regulate the relations of men in society, hence its imperative nature. Designed to be effectively met.

**Key-words:** Criminal liability, Legal entity; Penalty; Conduct.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

<b>1</b>	<b>CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE ORDEM ECONÔMICA.....</b>	<b>14</b>
<b>3</b>	<b>CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA IMPUTABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....</b>	<b>15</b>
<b>4</b>	<b>TEORIAS SOBRE A NATUREZA DAS PESSOAS JURÍDICAS.....</b>	<b>17</b>
4.1	TEORIA DA FICÇÃO.....	17
4.1.1	Preferência dos penalistas.....	19
4.2	TEORIA DA REALIDADE.....	19
4.3	TEORIA NEGATIVISTA.....	20
4.4	TEORIA DA EQUIPARAÇÃO.....	21
4.5	TEORIA DOS DESTINATÁRIOS OS BENS OU INTERESSES.....	21
4.6	TEORIA DA PROPRIEDADE COLETIVA.....	21
4.7	TEORIA DO FRACIONAMENTO ESTATAL.....	22
4.8	TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA OU JURÍDICA.....	22
4.9	TEORIA NORMATIVA OU DO SISTEMA NORMATIVO.....	22
4.10	TEORIA INSTITUCIONALISTA OU DA REALIDADE DAS INSTITUIÇÕES.....	22
<b>5</b>	<b><i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i>.....</b>	<b>24</b>
5.1	ELEMENTOS COMPONENTES DO INJUSTO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	31
5.1.1	Incapacidade de ação.....	31
5.1.2	Incapacidade de culpabilidade.....	33
5.1.3	Princípio da personalidade e individualização da pena.....	34
<b>6</b>	<b><i>SOCIETAS DELINQUERE POTEST</i>.....</b>	<b>36</b>
<b>7</b>	<b>APLICAÇÃO DE PENA AO ENTE COLETIVO ATRAVÉS DE MEDIDAS ESPECIAIS.....</b>	<b>40</b>

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

A intenção em realizar o presente trabalho surgiu face às controvérsias doutrinárias existentes no tocante à responsabilidade penal da pessoa jurídica, com enfoque nos crimes contra a ordem econômica, à luz do fundamento contido no dispositivo constitucional.

Igualmente, o Direito por não ser uma disciplina estática e exata, incentiva e praticamente induz a constantes pesquisas sobre assuntos que não se encontram pacificados entre doutrinadores e aplicadores do direito.

No presente caso, o ponto fulcral da discussão sobre o tema gira em torno da necessidade da instituição de uma norma para aplicação do texto contido no artigo 173, § 5.º, da Lei Maior ou se este dispositivo é auto-aplicável. O assunto é objeto de posicionamentos diversos e questionamentos sobre a constitucionalidade da aplicação do referido dispositivo.

Nesse sentido, impende que se ressalte que enquanto a Lei que tutela o meio ambiente (Lei 9.605/98) descreve os crimes da pessoa jurídica em ofensa ao meio ambiente em complemento ao texto originariamente inserido no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, o mesmo não ocorre em relação aos crimes contra a ordem econômica, levando em conta que o § 5.º, do artigo 173, da Constituição Federal até o momento não foi regulamentado.

Pretende-se abordar a questão acerca da impossibilidade de se responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, em face da polêmica existente sobre o assunto diante dos vários posicionamentos sobre o assunto pelos doutrinadores, estudiosos do direito e entendimento jurisprudencial nos Tribunais Pátrios.

A controvérsia diz respeito fundamentalmente à questão sobre a possibilidade de a sociedade poder ou não delinquir, mormente considerando tratar-se de um ente despersonalizado e apenas representado pela figura dos sócios, acionistas, empregados ou prepostos.

Muitos autores defendem a impossibilidade de responsabilização do ente coletivo em face ao surgimento da teoria da ficção de Savigny, fundamentada no princípio de que a pessoa jurídica não é dotada de capacidade de vontade própria, portanto não detém a

capacidade delitiva, sendo exclusivamente da pessoa natural a capacidade de ser sujeito de direitos.

Serão mencionadas outras teorias defendidas por jus filósofos e civilistas que se relacionam diretamente com a questão em discussão e que exercem influência no direito penal.

O estudo sobre o tema é de extrema relevância, visto que em razão do fenômeno mundial da globalização, o qual propicia a divulgação em tempo real das informações, vale dizer, de forma simultânea, vem proporcionando a possibilidade de crescimento econômico das empresas de maneira rápida e, por consequência, facilita o cometimento de crimes de proporcionalidades gigantescas.

Diante da relevância de tais fatos, a questão abordada analisa a possibilidade ou não de a pessoa jurídica poder ou não delinquir e de ser responsabilizada pelos atos realizados por esse ente coletivo ou se a conduta típica se restringe apenas às pessoas naturais, ou seja, seus representantes.

O que se pretende demonstrar é que embora a Constituição Federal apresente previsão sobre o assunto em seu dispositivo, não há um consenso sobre sua aplicabilidade nos crimes contra a ordem econômica, sobretudo em razão da ausência da instituição de norma específica e considerando a dificuldade de aplicação ao caso concreto em face aos obstáculos existentes no tocante à mensuração da pena aplicável ao ente coletivo que deve diferir-se daquela aplicável à pessoa natural.

Para o desenvolvimento do trabalho científico serão utilizadas as técnicas a seguir descritas.

**Análítico-Sintético.** O processo de análise é o que nos permite partir de um texto global e descer ao exame minudente de suas partes; formada a compreensão das partes temos, então, pelo processo de síntese, o conhecimento do todo, isto é, do texto integral. Trata-se aqui da visão sintética e geral do texto.

A combinação da análise-síntese possui um largo emprego no estudo do direito, especialmente do direito codificado, ou do texto de uma lei, em que, exemplificativamente, procede-se ao exame de cada artigo e das partes ou orações e frases, etc. Com a inteligência dessas partes analisadas, forma-se o entendimento do todo, isto é, do capítulo pelo exercício da síntese. A Analítica-sintética é uma das vias de aprofundamento e entendimento dos textos.

**Indutivo-dedutivo.** Trata-se de um processo até certo ponto análogo ao anterior. O método indutivo é aquele que nos permite chegar à afirmação de um princípio geral, após a

observância do particular; já o dedutivo, parte de princípios gerais para se chegar a uma compreensão particular.

A aplicação da indução-dedução nos estudos das ciências humanas e sociais como o Direito é apenas parcial.

**Comparativo.** Indispensável no estudo comparado dos sistemas jurídicos; das leis ou códigos anteriores com os mais recentes, dentro de um mesmo sistema; ou no estudo do código, ou legislação vigente com a anterior; ou do atual em vigor com o projeto de outro que se propõe em sua substituição.

O estudo comparativo não tem uma finalidade em si mesma, mas é feito para se conhecerem as permanências e as mudanças ou inovações, mais ainda, para estabelecer a comparação de valores e um exame crítico dos resultados.

**Dogmático.** Consiste, o dogmático, de um método ou processo essencial à natureza imperativa do Direito. As normas jurídicas são, efetivamente, “abstratas, gerais e obrigatórias”, criadas e sancionadas pelo poder público, para regular as relações dos homens em sociedade, daí a sua imperatividade. Criadas para serem efetivamente cumpridas.

Pretende-se, por fim, contribuir com o presente estudo científico para a elucidação das questões relativas à responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, face à relevância do assunto, considerando que há um crescente número de crimes praticados pelos entes coletivos em prejuízo da sociedade e do próprio Estado.

O que se busca é ressaltar a necessidade de criação de legislação específica para abordar o tema e determinar as formas, penas e sanções aplicáveis em caso de se responsabilizar penalmente o ente coletivo. Porque na verdade a previsão da responsabilização da pessoa jurídica inserida na Carta Magna é insuficiente para aplicação ao caso em concreto, mormente por tratar-se de norma penal em branco, que depende de lei que disponha sobre o tema e sua aplicabilidade.

## 1 CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA

Antes de adentrar propriamente ao tema, há necessidade de se entender o significado de pessoa jurídica através da visão dos renomados doutrinadores.

A definição de pessoa jurídica na visão de Rodrigues (2000, v. 1, p. 64): “entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na via jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem social”.<sup>1</sup>

Já Acquaviva apresenta o conceito de pessoa jurídica no Dicionário Jurídico Brasileiro (1998), como sendo:

A personalidade jurídica depende da própria ordem jurídica, pois houve épocas em que o homem era considerado coisa, como em Roma, onde os escravos não eram dotados de personalidade civil. Ademais, além da pessoa natural existem figuras jurídicas que, por ficção, se acham dotadas de personalidade: são as pessoas jurídicas. Desta forma, a personalidade civil é conferida pela lei ao próprio ser humano enquanto tal, ou a um ente coletivo, como a pessoa jurídica. Por isso, o CC faz uma distinção da Parte Geral, que reserva o Título I, Capítulos I e II, para a disciplina das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, respectivamente. Chama-se pessoa jurídica, coletiva ou moral o ente ideal, abstrato, racional, que, sem constituir uma realidade no mundo sensível, pertence ao mundo das instituições ou ideais destinados a perdurar no tempo. A pessoa jurídica pode ser formada por pessoas naturais (CC, art. 1.363) ou bens, no caso da fundação (CC, arts. 16, 24 e segs.). A pessoa tem existência que independe de cada um dos indivíduos que a integram, e seu objetivo é próprio, destacado da simples soma dos objetivos daqueles que dela participam. As pessoas jurídicas, nos diz Francesco Ferrara, são tão reais como outras instituições (contratos, heranças). Trata-se de uma realidade ideal, jurídica, não sensível (Teoria de las Personas Jurídicas, p. 359). As pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios (CC, art. 14). Quanto às pessoas de direito público externo, temos como exemplos a ONU e o FMI. São pessoas jurídicas de direito privado, conforme determina o art. 16 do CC: I – as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II – as sociedades mercantis<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 64.

<sup>2</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. 9. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 956/957.

Como o conceito extraído da obra citada é anterior à edição do Código Civil de 2002, os artigos mencionados devem ser analisados de acordo com a norma civil atualmente vigente e considerando a correspondência entre os artigos. Destarte, onde se lê: “Parte Geral, que reserva o Título I, Capítulos I e II”, deve ser: “Parte Geral, Livro I, que reserva os Títulos I e II, Capítulos I ao III”. O mesmo entendimento deve ser aplicado no tocante aos demais artigos mencionados: art. 1.363, arts. 16, 24 e segs., art. 14, art. 16, I e II. Aplicando o disposto no Código Civil de 2002 os artigos correspondentes, respectivamente, serão: art. 981; art. 44, 62 e segs.; art. 41, I a V; e art. 44, I a V.

Relevante notar que como o conceito extraído da obra citada é anterior à edição do Código Civil de 2002, os artigos mencionados devem ser analisados de acordo com a norma civil atualmente vigente e considerando a correspondência entre os artigos.

Para Diniz (2007, v. 1, p. 229), “pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações”.<sup>3</sup>

Constata-se que há uma dificuldade em se conceituar a natureza da pessoa jurídica. Essa assertiva é justificada em razão dos diversos posicionamentos doutrinários, opiniões e da existência de várias teorias, mormente levando em conta a complexidade que envolve a matéria em questão.

No tocante a essa discussão, menciona Venosa (2003, v. 1, p. 254):

É por demais polêmica a conceituação da natureza da pessoa jurídica, dela tendo-se ocupado juristas de todas as épocas e de todos os campos do Direito. (...) Na verdade, o conceito de *pessoa jurídica* é um dos assuntos mais tormentosos em Direito. Intuitivamente, percebemos, quer se trate de sociedades, quer se trate de associações, quer se trate de fundações, destacar-se delas algo que as transforma em entidade que não se confunde com as pessoas que as constituíram ou as dirigem, nem com as pessoas que são beneficiadas por sua atividade. A personalidade é distinta<sup>4</sup>.

Relevante notar que o assunto em questão passará a ser analisado de forma mais detalhada em momento posterior, vale dizer, no tópico relacionado à aplicação das diversas teorias criadas através das idéias dos civilistas, jus filósofos e sociólogos acerca das pessoas jurídicas e sua influência do direito penal.

Dentre as várias teorias existentes, impende ressaltar que a teoria da ficção tornou-se para os penalistas a teoria mais aceita.

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 229.

<sup>4</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 254.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE ORDEM ECONÔMICA

Consoante menciona Prado (2004), o tratamento jurídico-penal da ordem econômica apresenta dificuldade de apreensão, mormente por se tratar de tipos penais de grande complexidade e imprecisos.

O Ministro Eros Roberto Grau conceitua ordem econômica como sendo o *“conjunto de princípios de organização da vida econômica. . . condicionando juridicamente a atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. . . É a ordenação fundamental da economia”*.

Para Prado (2004) o conceito de ordem econômica para fins de tutela jurídica, possui natureza ambígua, ou seja, pode ser expresso de forma estrita ou ampla. De forma estrita, compreende-se ordem econômica como a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia, já no sentido amplo trata-se da regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens ou serviços. Em face à dicotomia conceitual, para efeito de proteção penal, somente a forma estrita constitui objeto jurídico tutelado.

O que se busca evitar e coagir é a concorrência desleal e a praticada com abuso de poder.

Pretende-se reprimir a constituição de pessoas jurídicas que possuem o intuito de delinquir. Tem se constatado o crescente número de indivíduos que se unem com o objetivo de constituir pessoas jurídicas com a finalidade exclusiva da prática de crimes. Destaca-se como sendo um dos delitos mais comuns praticados por estes grupos a lavagem de capitais.

### 3 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA IMPUTABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Relevante notar que são diversos os posicionamentos doutrinários e dos estudiosos do direito acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Na verdade, embora haja previsão na Lei Maior, a discussão gira em torno da necessidade da criação de uma norma para sua aplicação ou se o dispositivo é autoaplicável.

Antes da elaboração da Constituição Federal de 1988, não se admitia no ordenamento jurídico a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Os dispositivos do artigo 173, § 5.º relativo à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica nos casos de cometimento de crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular; e do artigo 225, § 3.º sujeitam as pessoas jurídicas a sanções penais e administrativas na prática de condutas lesivas ao meio ambiente, representam um marco que levou parte da doutrina a aceitar a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Constituição de 1988, nos referidos artigos, dispõe:

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. 173, § 5o)<sup>5</sup>.

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" (art. 225, § 3o)<sup>6</sup>.

Desse modo, há quem defenda que a expressão contida no artigo 173, § 5.º "punições compatíveis com sua natureza" deve ser interpretada sistematicamente com o parágrafo 3.º do artigo 225 da Constituição Federal, o qual admite expressamente a sanção penal da pessoa jurídica.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12.mai. 2009.

<sup>6</sup> Ibid.

Em que pese tal argumento, há que questionar a legalidade do uso de mencionada analogia, já que se trata de matéria pertinente ao direito penal e há vedação legal de sua aplicação em *mala partem*, vale dizer, em prejuízo do réu.

Para Ribeiro (1998), o projeto da Constituição, já na Comissão de Sistematização, em dezembro de 1987, não deixava dúvidas acerca da introdução da responsabilidade criminal da pessoa jurídica no Brasil.<sup>7</sup>

Nessa mesma linha de entendimento, Pierangeli (1992) admite a possibilidade de a pessoa jurídica responder por infração penal, desde que submetida a uma nova principiologia, diversa da estabelecida para pessoa natural.<sup>8</sup>

Há quem entenda que não há possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, pois o constituinte não foi técnico ao associar a pessoa jurídica à sanção penal. Defendem que o dispositivo do artigo 225, § 3.º deve ser interpretado como sendo sanções administrativas e civis aplicáveis às pessoas jurídicas e responsabilização administrativa, civil e penal para a pessoa natural.

De acordo com a corrente que sustenta esse entendimento, a defesa é feita no sentido de que o ente coletivo não comete delito ante a ausência de vontade própria, senão por uma ficção de direito. Tanto para a teoria clássica, quanto para a finalista e para a social da ação, para conduta é necessário que haja voluntariedade, o que não é possível com a pessoa jurídica. Os defensores afirmam, outrossim, que somente as pessoas naturais, como os dirigentes de uma sociedade, podem sofrer sanção penal em razão de possuir a culpabilidade.

Ademais, corroborando esse entendimento verifica-se que a responsabilidade penal continua a ser pessoal, consoante artigo 5.º, inciso XLV, da Constituição Federal: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 26, set. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1714>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

<sup>8</sup> PIERANGELI, José Enrique. *Escritos jurídicos penais*. A constituição e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 180.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil - 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12.maio. 2009.

## 4 TEORIAS SOBRE A NATUREZA DAS PESSOAS JURÍDICAS

Os autores enumeram várias teorias sobre a natureza jurídica das pessoas jurídicas. Serão abordadas a seguir algumas delas.

### 4.1 TEORIA DA FICÇÃO

As teorias da ficção consideram as pessoas jurídicas uma criação artificial da lei, carecendo de realidade; sua existência teria o intuito apenas de facilitar determinadas funções.

Desenvolvida na Alemanha, essa teoria perdurou por determinado tempo, sendo, para a maioria dos juristas do século XIX, o fundamento da noção de personalidade jurídica.

Teoria defendida por Savigny e Sommières.

A concepção geral da ficção estabelecida por Savigny considera que cada direito supõe essencialmente um ser ao qual ele pertence. Segundo ele, somente o homem, por sua natureza, vale dizer, por ser dotado de existência física e psíquica, possui aptidão de ser sujeito de direito.

Desta forma, defende que o homem é o único sujeito de direito. No entanto, surge ao lado do homem uma ficção legal, a pessoa jurídica que é criação artificial do Direito, *fictio júris*, constituída em um agrupamento de pessoas e bens.

O Direito passa a atribuir às pessoas jurídicas, direitos e obrigações e passa a considerá-las como se pessoas reais fossem.

Venosa (2003) defende que a pessoa jurídica, por ser obra do direito positivo, tem sua ação restrita apenas ao âmbito das relações patrimoniais.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> VENOSA, op. cit., p. 11.

Esta teoria da ficção atribui um meio jurídico para realizar um interesse geral e, para tanto, passou-se a aceitar que uma pessoa ficta fosse tratada como sendo uma pessoa real.

Sobre a teoria da ficção, Damásio (1999, v. 1, p. 168) afirma que:

A personalidade jurídica, ao contrário, somente existe por determinação da lei e dentro dos limites por estas fixados. Faltam-lhe os requisitos psíquicos da imputabilidade. Não tem consciência e vontade próprias. É uma ficção legal. Assim não tem capacidade penal e, por conseguinte, não pode cometer crimes. Quem por ela atua são seus membros diretores, seus representantes. Estes sim são penalmente responsáveis pelos crimes cometidos em nome dela<sup>11</sup>.

Por não exprimir a realidade dos fatos, esta teoria foi bastante contestada, levando em conta que de um lado requeria para o reconhecimento de um direito a exigência de um sujeito, e, de outro, reconhecia às pessoas jurídicas a possibilidade de possuírem certos direitos. Sendo assim, os homens seriam os verdadeiros sujeitos, sempre.

Sobre tais questionamentos ensina Reale (2002, p. 234):

[...] é inegável que a compreensão da pessoa jurídica como simples ficção não corresponde à prática do Direito. Antes que o Código Civil brasileiro houvesse estabelecido que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa de seus membros, a jurisprudência pátria passou por grandes dificuldades para explicar certos fatos<sup>12</sup>.

Também no sentido da não aceitação dessa teoria, defende Monteiro (1967, p. 106):

Ela não cuidou de explicar de maneira alguma a existência do Estado como pessoa jurídica. Quem foi o criador do Estado? Uma vez que ele não se identifica com as pessoas físicas, deverá ser havido igualmente como ficção? Nesse caso, o próprio direito será também outra ficção, porque emanado do Estado. Ficção será, portanto, tudo quanto se encontra na esfera jurídica inclusive a própria teoria da pessoa jurídica<sup>13</sup>.

Destarte, verifica-se que a teoria da ficção suscitou inúmeras críticas, embora seja esta a preferida dos penalistas.

<sup>11</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 168.

<sup>12</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 234.

<sup>13</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 106.

#### 4.1.1 Preferência dos penalistas

Embora os civilistas defendam a responsabilização civil das pessoas jurídicas por atos ilícitos dolosos ou culposos praticados por terceiros no desempenho de atividades a elas relacionadas, há que se levar em conta que as sanções penais são mais gravosas que as penas civis.

A sanção penal, por se tratar de uma coação pedagógica, imposta pelo Estado ao criminoso, com a finalidade de que haja reconhecimento de que o delito praticado ofendeu a ordem jurídica, somente pode ser aplicada a um ser racional e possuidor de discernimento, sendo capaz de dirigir sua conduta de acordo ou contra a norma jurídica.

Não se nega que as pessoas jurídicas possuam existência própria e distinta de seus membros, mas são dotadas de uma natureza *sui generis*, pois apesar de possuírem patrimônio próprio, não são donas de seus atos e decisões, eis que tais atos são praticados por seus dirigentes. Não há possibilidade de aplicação de pena a esses entes (*corpores sine anima*).

Desse modo, grande parte dos penalistas defende a aplicação da teoria da ficção, pois entende que os entes coletivos não agem nem pensam e são substancialmente diferentes das pessoas físicas, não justificando a imposição de penas a essas pessoas morais.

#### 4.2 TEORIA DA REALIDADE

Para os doutrinadores que defendem a teoria da realidade as pessoas jurídicas são consideradas como realidade social.

Teoria também conhecida como de realidade objetiva ou orgânica.

As teorias da realidade, cujos defensores mais conhecidos são Otto Gierke e Zitelman, admitem as pessoas jurídicas como entidades de existência real, efetiva e distinta dos indivíduos que as compõem. Defendem, outrossim, que possuem finalidades específicas.

O objetivo desta teoria é afirmar e demonstrar a real existência de um ente coletivo, com vida própria, distinta de seus sócios. Assim, haveria uma vontade própria e independente da vontade de seus membros que estaria direcionada às metas da sociedade.

A origem desta corrente se firma nos ideais sociológicos, considerando a célebre polêmica encadeada entre Gabriel El Tarde e Émile Durkheim, no final do século XIX.

Constantino (2005) ensina que enquanto Tarde defendia que a sociedade seria uma mera soma de consciências individuais e por assim de definir as parcelas e o resultado seriam da mesma natureza; Durkheim afirmava tratar-se de elementos de natureza psicológica comum, no entanto, seu conjunto, a sua síntese desaguardaria em um composto novo e diferente: o social.

Conclui Constantino (2005) que Zittelmann, defensor da teoria orgânica, firmando o entendimento de Durkheim, corrobora que a união de várias vontades para um determinado fim não origina uma simples soma, mas tende a produzir uma unidade nova e diferente dos elementos singulares que se apóia.

#### 4.3 TEORIA NEGATIVISTA

Venosa (2003) defende, ainda, a existência de doutrinas que partem da negação do conceito de direito subjetivo, as quais inferem o desconhecimento da personalidade, ou seja, negam sua existência.

Sustenta Venosa (2003, p. 258) que M. Planiol é incluído nessa categoria. Para Planiol:

[...] a denominação de “pessoa jurídica” mascara um “patrimônio coletivo” ou uma “propriedade coletiva. Sustenta ele que se trata de forma muito especial de propriedade, que tem em si mesma sua razão de ser e que se fundamenta no necessário agrupamento e indivíduos a quem a propriedade pertence. A propriedade é comum, embora a administração dos bens seja apenas reservada a alguns membros<sup>14</sup>.

A visão de Planiol complica ainda mais a questão relativa à natureza da pessoa jurídica. Venosa (2003) faz crítica acerca do citado entendimento, mormente ressaltando que há necessidade de se estabelecer a distinção entre coletividade e seus membros integrantes.

---

<sup>14</sup> VENOSA, op. cit., p. 11.

#### 4.4 TEORIA DA EQUIPARAÇÃO

Para os defensores desta concepção não existem pessoas jurídicas, o que ocorre é que a lei se limita a equiparar certas massas de bens ou patrimônios às pessoas jurídicas, com a finalidade de que possam cumprir os propósitos a que se destinam.

Registre-se que há críticas sobre a aplicabilidade desta teoria, eis que há uma confusão entre pessoas e coisas (bens ou patrimônios).

#### 4.5 TEORIA DOS DESTINATÁRIOS DOS BENS OU INTERESSES

Concepção sustentada por Rudolf Von Ihering. Consoante esta teoria somente são sujeitos de direito os indivíduos e não o ente coletivo. Apenas quem compõe as pessoas jurídicas são sujeitos de direito, pois que são os indivíduos destinatários dos bens ou interesses produzidos pelas empresas que integram.

Em síntese, apenas as pessoas naturais podem ser titulares de interesses ou bens, sendo os entes coletivos apenas instrumentos ou meios de uso dos indivíduos.

#### 4.6 TEORIA DA PROPRIEDADE COLETIVA

A personalidade da pessoa jurídica é um mito, vale dizer, uma idéia superficial criada apenas com a finalidade de se distinguir a propriedade individual da propriedade coletiva.

#### 4.7 TEORIA DO FRACIONAMENTO ESTATAL

As pessoas jurídicas são entes secundários criados através de um desdobramento do Estado, com personalidades autônomas e com a finalidade de atingir seu fim.

A finalidade da pessoa jurídica é representar as funções que o Estado deveria exercer, portanto o Estado seria o único sujeito do direito.

#### 4.8 TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA OU JURÍDICA

Para seus defensores a pessoa jurídica não é ente fictício, mas sim real, no entanto, sua realidade é distinta da pessoa natural.

A realidade da pessoa natural é material, enquanto a realidade da pessoa jurídica é técnica, ou seja, jurídica.

Esse atributo da pessoa jurídica é criado pela Lei e reconhecido no mundo jurídico que reconhece a necessidade de sua existência para a vida social e o bem comum.

#### 4.9 TEORIA NORMATIVISTA OU DO SISTEMA NORMATIVO

Para esta concepção defendida por Kelsen tanto o homem como a corporação são entes personificados pelas normas jurídicas, estabelecidas pelo sistema normativo.

Assim, a pessoa natural e o ente coletivo são tidos como pessoa jurídica.

#### 4.10 TEORIA INSTITUCIONALISTA OU DA REALIDADE DAS INSTITUIÇÕES

Segundo os defensores desta teoria, as pessoas jurídicas existem como instituições, verdadeiras unidades teleológicas ou de fins.

Os indivíduos se reúnem, formam uma pessoa jurídica e passam a atuar visando à consecução do fim social a que se propuseram.

No tocante às teorias sobre a natureza jurídica das pessoas jurídicas, embora os autores enumerem várias concepções, verifica-se que em resumo estas podem ser agrupadas em duas tendências: teorias da ficção da pessoa jurídica e teorias da realidade.

Registra-se que o ordenamento jurídico cria direitos e obrigações tanto para as pessoas naturais quanto para as pessoas jurídicas.

Assim, consoante Venosa (2003) para o direito positivo, a pessoa jurídica possui realidade objetiva, consoante o disposto no artigo 45 do Código Civil. Conclui que a pessoa jurídica traduz uma realidade técnica.

Relativamente ao tema propriamente dito, impende que se ressalte que não há um consenso sobre os posicionamentos doutrinários quanto à responsabilidade penal, podendo-se verificar que são diversas as subdivisões.

Consoante Smanio (2000), as posições doutrinárias são divididas em três: as que não aceitam a responsabilização penal das pessoas jurídicas (*Societas delinquere non potest*), as que somente concordam com a aplicação de medidas especiais e as daqueles que admitem a responsabilização penal (*Societas delinquere potest*).<sup>15</sup>

Assim, analisemos cada uma delas à luz do entendimento de vários estudiosos do assunto.

---

<sup>15</sup> SMANIO, Gianpaolo Foggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 118.

## ***5 SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST***

A expressão latina *societas delinquere non potest* significa a sociedade não pode delinquir.

No contexto histórico, relevante notar que no Direito Romano já não se admitia a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Afirma Smanio (2000) que mencionada interpretação também foi mantida até o final do século XVIII pela *Teoria da Ficção* de Fewerbah e Friedrich Karl von Savigny que consistia na afirmação de que a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei e, como tal, não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal, que somente pode recair sobre os reais responsáveis pelo delito, os homens por trás das pessoas jurídicas. Esse pensamento ainda é adotado nos dias de hoje por grande maioria da doutrina.

Na verdade, a impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica se sustenta em face de dois principais fundamentos: a falta de capacidade de ação e ausência de culpabilidade.

O fato que induziu a manter o citado entendimento reside na má redação dada ao artigo 173, § 5.º que criou dúvidas acerca do real sentido do texto. Desse modo, parte da doutrina tem optado pela exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mantida unicamente na seara administrativa.

Por outro lado, no tocante à lei ambiental, embora se questione a constitucionalidade do dispositivo legal, há previsão acerca da possibilidade de se responsabilizar no âmbito penal a pessoa jurídica, visto que restou estabelecido de forma expressa sua responsabilidade por crime contra o meio ambiente (art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.605/98), ao fixar que “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes da sua entidade”.

É evidente a pretensão do legislador em criar um concurso de agentes necessário entre pessoa física e jurídica, quando ambas concorrerem para o evento, com a finalidade de facilitar a apuração do fato delituoso.

O renomado penalista alemão Claus Roxin inclui-se dentre os penalistas defensores da impossibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica e ao abordar a questão em sua obra, afirma que de acordo com o Direito Penal alemão, não são condutas:

[...] os atos de pessoas jurídicas, pois, dado que lhes falta uma substância psíquico-espiritual, não podem manifestar-se por si mesmas; só "órgãos" humanos podem atuar com eficácia para elas, porém, então, há que se apenar a estas e não a pessoa jurídica<sup>16</sup>.

No mesmo sentido, no direito brasileiro defende René Ariel Dotti o mesmo posicionamento:

No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída exclusivamente às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos<sup>17</sup>.

A discussão sobre a responsabilização dos entes coletivos gira em torno da necessidade ou não da existência de norma que regulamente o parágrafo 5.º do artigo 173, da Constituição Federal.

Destarte, o principal fundamento de defesa se firma no sentido de que não houve aprovação integral do texto original, o qual previa expressamente tal responsabilidade. Portanto, a interpretação literal da nova redação do texto constitucional conduz à conclusão de que a intenção do legislador originário constituinte era de não admiti-la.

Nesse sentido é o posicionamento de Antônio Evaristo de Moraes Filho, que no enfrentamento da questão afirma:

Vários estatutos repressivos já admitem a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime. Fazendo uma pesquisa sobre a origem desse dispositivo verifiquei que na comissão de sistematização o texto primitivo estava redigido assim: 'a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade criminal desta'. O texto falava expressa e explicitamente em responsabilidade criminal da pessoa jurídica, sujeitando-a as penas compatíveis<sup>18</sup>.

Juarez Tavares trata do assunto em artigo publicado na Revista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro em 1990, analisando a distinção entre o disposto nos artigos 173, § 5º e 225, § 3º, da Constituição Federal. Comenta que enquanto nos crimes ecológicos há disposição expressa da sanção penal imputada à pessoa jurídica que pratica o fato delituoso, o

<sup>16</sup> ROXIN apud CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Direitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005. p. 33.

<sup>17</sup> DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito Brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 11, jul./set. 1995. p. 201.

<sup>18</sup> MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. *Crimes contra a economia popular. Direito penal dos negócios. Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1989. p. 108/109.

mesmo não ocorre em relação ao regulamento da Ordem Econômica e Financeira que estabelece sanções apenas de caráter administrativo compatíveis com a própria natureza. O autor manifesta-se contrário à responsabilização da pessoa jurídica, mantendo-se fiel ao estilo clássico do Direito Penal.

Também corroborando o entendimento mencionado leciona Carlos Ernani Constantino que:

[...] embora o direito confira à pessoa moral existência distinta da de seus membros (art. 20 do Código Civil), é forçoso reconhecer-se que o referido ente não possui corpo físico próprio nem psiquismo exclusivamente seu, razão pela qual não é capaz de ter dolo ou culpa, como resultado de uma atividade psicológica oriunda de sua própria personalidade (singularmente entendida), não podendo, destarte, praticar, por si só (mas apenas através de seus sócios), ações ou omissões. Em outras palavras: a pessoa jurídica é, na prática, um instrumento nas mãos de seus sócios, ou de algum ou alguns deles. Nesta linha de raciocínio, a pessoa coletiva jamais poderá ser autora direta de algum crime. Destarte, o que ocorre em relação às pessoas jurídicas é algo bem semelhante à chamada autoria mediata<sup>19</sup>.

Ainda, defendendo o mesmo posicionamento, ensina Oswaldo Henrique Duck Marques:

As sanções impostas aos entes coletivos, previstas na nova legislação, não podem ter outra natureza senão a civil ou a administrativa, porquanto a responsabilidade desses entes decorre da manifestação de vontade de seus representantes legais ou contratuais. Somente a estes poderá ser imputada a prática de infrações penais. Atribuir à pessoa jurídica a autoria de uma infração penal, por fato de terceiro, constituirá retorno à responsabilidade coletiva e objetiva, oriunda de uma época totêmica, na qual os clãs primitivos atuavam como um todo, solidários na ação e na responsabilidade. As sanções atingirão todos os integrantes da entidade, tenham ou não participação no crime, o que violará o princípio da personalidade da pena<sup>20</sup>.

O principal argumento contra a responsabilidade da pessoa jurídica é o de que não pode haver responsabilidade penal sem culpa, e o próprio texto constitucional baseia o sistema penal brasileiro no princípio da culpabilidade. A necessidade de um elemento subjetivo do injusto não se coaduna com a idéia de imputar delitos à pessoa jurídica. A pessoa jurídica é desprovida de consciência e vontade para praticar delitos.

Para Paulo José da Costa Júnior:

O princípio *societas delinquere non potest* está sendo constantemente colocado em cheque, devido à crise perante as leis penais especiais, que evidenciam a carência da

<sup>19</sup> CONSTANTINO, Carlos Ernani. Outros aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Boletim IBCCrim, n. 74, ja. 1999.

<sup>20</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. In: Boletim IBCCrim, n. 65, abr. 1998.

sanção penal, insuficiente para contrabalançar as vantagens que as empresas auferem com o agir criminoso. Esse fenômeno, de que se vem tomando consciência, determina várias tentativas de libertar o Direito Penal societário do caráter personalista da responsabilidade penal, para que se dê vida a uma forma anômala de responsabilidade penal das empresas, de natureza direta ou indireta<sup>21</sup>.

Bittencourt ao analisar os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional por administradores de consórcios também analisa o artigo 173, § 5º, da Constituição Federal e conclui:

1º) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; 2º) a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, considerou a responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza<sup>22</sup>.

Semelhante pensamento é comungado por Damásio (1995, v. 1, p. 150):

Fora do homem, não se concebe crime. Só ele possui a faculdade de querer. E, como as pessoas jurídicas só podem praticar atos através de seus representantes, para sustentar sua capacidade penal, dever-se-ia reconhecer consciência e vontade com referência ao representado. E isso é absurdo<sup>23</sup>.

De acordo com o entendimento de Bittencourt a responsabilidade continua sendo pessoal, nos termos do disposto no artigo inciso XLV, do artigo 5.º da Constituição Federal, bem ainda que a disposição contida no artigo 25 da Lei 7.492/86 deve ser interpretada em consonância com a Constituição Federal e o Código Penal. Defende, pois que não há que se falar em responsabilidade objetiva, eis que vedada pelo texto constitucional e pelo direito penal da culpabilidade, permanecendo exclusivamente a responsabilidade subjetiva.

Na opinião de Aníbal Bruno, os entes morais não possuem vontade própria, a qual é manifestada somente através de seus dirigentes, razão pela qual não pode ser a eles imputada a culpabilidade, por se tratar de entes inanimados:

[...] Sujeito ativo do crime é o homem que o pratica. Só ao ser humano se reconhece capacidade para delinquir [...] Em verdade, a pessoa moral é uma realidade jurídica, criada pela lei, que transforma em unidade um agrupamento de pessoas reunidas para determinado fim e à qual concede o regime jurídico capacidade de direito e obrigações. No Direito Privado, às corporações e fundações pode ser assim atribuída a capacidade de direito. No Direito Penal, a situação, porém, é diversa. O fulcro em que assenta o Direito Penal Tradicional é a culpabilidade, cujo conceito depende de

<sup>21</sup> COSTA JR. Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 254.

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Revista dos Tribunais*, v. 735, p. 493, 1997.

<sup>23</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 19. ed., v. 1, 1995. p. 150.

elementos biopsicológicos que só na pessoa natural podem existir. A própria especialização da pena a cada caso concreto há de ter em consideração a personalidade do delinqüente, que é um elemento de índole naturalista-sociológica, impossível de existir em uma entidade puramente jurídica como são as pessoas morais. São considerações que tiram todo fundamento à idêia de capacidade desses entes jurídicos de serem sujeitos de fatos criminosos<sup>24</sup>.

Hugo de Brito Machado (2001) ensina que em alguns países os legisladores chegaram a atribuir a prática de ilícitos penais à pessoa jurídica, destacando entre outros a responsabilidade relativa à degradação do meio ambiente e à sonegação de tributos.

Esclarece que em nosso ordenamento jurídico, embora o legislador tenha atribuído a responsabilização das pessoas jurídicas nos âmbitos administrativo, civil e penal pelas condutas lesivas ao meio ambiente atribuindo as penas aplicadas, defende que o mesmo não se deu em relação aos crimes contra a ordem tributária.

Afirma que o legislador não atribuiu a responsabilidade à pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária, pois a responsabilidade está atribuída a cada indivíduo, na medida de sua culpabilidade.

Outro fato que afasta a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica penalmente diz respeito ao princípio da personalidade da pena. De acordo com o esse princípio não seria possível punir a pessoa jurídica, pois ao puni-la estariam sendo atingidos terceiros, como acionistas e cotistas sem poder decisório, além de outros dirigentes que sequer podem ter conhecimento do ato ilícito praticado.

Outro argumento de extrema relevância é o fato de que as pessoas jurídicas jamais seriam passíveis de apenamento com privação de liberdade, bem ainda diante da impossibilidade de fazer a pessoa jurídica arrepender-se, posto ser ela desprovida de vontade. Portanto, não poderia ser intimidada, reeducada.

Dentro destas hipóteses, verifica-se que grande parte da doutrina defende a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pelos crimes cometidos contra a ordem econômica.

E nesse passo, consoante já mencionado, embora a Lei Maior tenha previsto a possibilidade de imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, impende que se ressalte que o dispositivo não é auto-aplicável, visto depender de normas que regulamentem os delitos, através do enquadramento da conduta típica, bem ainda atribuindo-lhes penas compatíveis com sua natureza jurídica.

---

<sup>24</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal - Tomo II*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito Ltda., 1956. p. 557-559.

Nesse sentido, Bittencour em artigo denominado “Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho-Branco” publicado em 1995, seguindo a proposta de Hassemer, inspira a criação de um Direito de Intervenção, no qual deveria haver um comedimento entre Direito Penal e Direito Administrativo para que não sejam aplicadas as pesadas penas do Direito Penal, mormente a pena privativa de liberdade. Ao final, conclui que o Direito Penal que está fundamentado na culpabilidade não é instrumento eficiente para o combate da moderna criminalidade, sobretudo a delinquência econômica.

Considerando toda a argumentação delineada, relevante também se faz o questionamento acerca da constitucionalidade da responsabilidade penal.

O que se observa é que embora pareça existir uma tendência mundial a aceitar a responsabilização penal do ente coletivo, em face da necessidade de se punir o ente coletivo que muitas vezes é constituído com o objetivo exclusivo de cometimento de crimes de grandes proporcionalidades, colocando em risco a existência do próprio Estado, o que se verifica é que está longe de haver um consenso sobre o assunto.

A discussão sobre o tema é acirrada e várias são as considerações atribuídas em seu ataque e sua defesa.

A jurisprudência não apresenta maiores mudanças quanto a este tema. As decisões refletem a teoria clássica do crime. Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

[...] a pessoa jurídica pode ser punida. Essa punição é prevista na Constituição e na lei 9.605. Ela não pode ser ré. Ela não é ré, porque não pratica ação criminosa. Ação criminosa é praticada pelo seu representante. Agora, ela pode ser punida, como já eram punidas as pessoas jurídicas, no passado pelas medidas de segurança patrimoniais como autorizariam a Constituição e a Lei 9605. As penas aplicadas às pessoas jurídicas são outras e não são penas, são medidas de segurança que estão no artigo 21: multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade, são autênticas medidas de segurança patrimoniais<sup>25</sup>.

[...] a responsabilidade penal é sempre subjetiva: os crimes praticados na pessoa jurídica ou por meio dessa somente podem ser punidos através da apuração da responsabilidade individual dos seus mandatários, desde que comprovada a sua efetiva participação nos fatos.[...]<sup>26</sup>.

[...] 1. A responsabilidade penal é sempre subjetiva. Os crimes praticados na pessoa jurídica ou por meio dessa somente podem ser punidos através da apuração da responsabilidade individual dos seus mandatários, desde que comprovada a sua

<sup>25</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão 70009597717/2004. Relator: José Eugênio Tedesco. Julgado em: 14.08.2004.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Cível n. 2000.04.01.134973-6, da 1ª Turma, Relator Juiz Amir Sarti – DJU 06.06.2001, p. 1207.

efetiva participação nos fatos. A responsabilidade penal dos administradores pode resultar tanto de haverem praticado o fato delituoso quanto de haverem permitido que ele ocorresse, se tinham a obrigação e a possibilidade concreta de evitá-lo - é dizer, se tinham o domínio do fato, como aconteceu, de regra, nas empresas familiares em que todos os sócios detêm amplos poderes de administração. [...] <sup>27</sup>.

1. A atribuição de responsabilidade penal a pessoa física que não tenha praticado a ação típica ou concorrido, de qualquer modo, objetiva ou subjetivamente, para a sua prática ou, no caso de ação típica em que o sujeito ativo seja pessoa jurídica, pela só qualidade que nela tenha a pessoa física, independentemente da existência de qualquer vínculo, objetivo ou subjetivo, com a conduta criminosa, é recolher, no mais primitivo, a responsabilidade penal objetiva que transigia até mesmo com o fato de terceiro e que, em qualquer das suas expressões penais, se mostra inconciliável com o Estado de Direito e com o Direito Penal, cujas essências recolhem, como elemento próprio, a democracia. 2. Em sendo fundamento para a determinação ou a definição dos destinatários da acusação, não, a prova da prática ou da participação da ou na ação criminosa, mas apenas a posição dos pacientes na pessoa jurídica, faz-se definitiva a ofensa ao estatuto da validade da denúncia (Código de Processo Penal, artigo 41), consistente na ausência da obrigatória descrição da conduta de autor ou de partícipe dos imputados. 3. É de rigor o trancamento da ação penal, em persistindo inepta a denúncia. 4. Ordem concedida <sup>28</sup>.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RESTRIÇÃO A CRIMES AMBIENTAIS. ADESÃO AO REFIS. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. NECESSIDADE DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DATA DO PARCELAMENTO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.964/2000. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DA SOCIEDADE. IRRELEVÂNCIA. DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA NÃO EVIDENCIADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. TESE A SER ANALISADO APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. A única previsão legal para a responsabilização criminal de pessoa jurídica ocorre nas hipóteses de crimes ambientais e, mesmo assim, desde que haja também imputação à pessoa física que por ela responde. 2. A adesão ao REFIS não implica, necessariamente, na extinção da punibilidade, que está condicionada ao pagamento integral do débito. Considerando que a inclusão no REFIS ocorreu em 28.04.00, quando já em vigor a Lei nº 9.964, publicada em 11.04.00, é esta a norma a ser aplicada, daí decorrendo a exigência de pagamento integral do débito para a extinção da punibilidade. 3. O fato de o paciente não mais integrar a sociedade no momento do descumprimento das obrigações assumidas no REFIS não altera esse quadro, considerando que a punibilidade estava apenas suspensa, ficando sua extinção condicionada ao pagamento integral do débito, o que não ocorreu. 4. O tipo previsto no art. 168-A do Código Penal não se esgota somente no "deixar de recolher", isto significando que, além da existência do débito, deve ser analisada a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução do tributo, já que o agente "podia e devia" realizar o recolhimento. 5. Não se revela possível reconhecer a inexigibilidade de conduta se não ficou evidenciada a alegada crise financeira da empresa, cabendo ao magistrado de primeiro grau melhor examinar a matéria após a instrução processual. 6. Recurso improvido. a responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também,

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Cível n. 96.04.54456-0, da 1ª Turma, Relator Desembargador Amir José Finocchiaro Sarti – DJ 16.12.1998, p. 285.

<sup>28</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 53379, da 6ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido – DJe 07.04.2008.

quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. Indispensável o sócio participar do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia, por isso, deve imputar conduta de cada sócio de modo que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício de direito pleno de defesa<sup>29</sup>.

De acordo com a jurisprudência mencionada, percebe-se que prevalece o entendimento de que a responsabilidade é subjetiva, mantendo-se o estilo clássico do Direito Penal, não se aplicando à pessoa jurídica a responsabilização criminal por ausência de previsão legal.

## 5.1 ELEMENTOS COMPONENTES DO INJUSTO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Relevante notar a existência de várias questões que obstam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, merecendo destaque principalmente a falta de capacidade de ação, a incapacidade de culpabilidade e o princípio da personalidade da pena.

Será realizada uma análise perfunctória de cada um dos citados elementos citados e que compõem o fato típico.

### 5.1.1 A INCAPACIDADE DE AÇÃO

De acordo com o Direito penal atual, o único sujeito com capacidade de ação é a pessoa natural.

Somente os seres humanos podem realizar conduta, pois somente o homem é dotado de consciência e vontade. Tal assertiva vem a ser corroborada pelo entendimento de Francisco Assis de Toledo:

---

<sup>29</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2882, da 6ª. Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 13.09.1993, P. 18.580.

[...] no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto, só eles podem cometer crimes<sup>30</sup>.

O entendimento é pacífico no sentido de que a teoria adotada pelo Código Penal na Parte Geral é a teoria finalista da ação. Para a teoria finalista o dolo e a culpa estão inseridos na conduta, ao passo que na teoria clássica o dolo e a culpa estão inseridos na culpabilidade.

A conduta consiste na materialização da vontade humana dirigida a determinado fim, portanto ação ou ato é apenas uma parte da conduta caracterizada por um comportamento positivo, fazer ou realizar algo, de conteúdo psicológico, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e do movimento corporal dirigido a um fim proposto. No entanto, a conduta também pode ser considerada omissiva. A omissão exprime um comportamento negativo, ou seja, uma abstenção, preterimento, um não fazer.

Constantino (2005) ratifica o entendimento ao ensinar que a pessoas jurídicas não cometem ilícitos até mesmo no âmbito do Direito Civil e do Direito Comercial. Defende que na verdade o que ocorre é que os entes morais são sempre responsabilizados por atos contrários à lei praticados pelas pessoas naturais que agem em nome ou benefício dessas entidades. Conclui que se a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada por ilícitos de natureza civil ou empresarial, pois não podem realizar por si própria tais atos, muito menos poderá ser responsabilizada no âmbito penal, já que não pode delinquir.

Evidente que a pessoa coletiva não possui consciência e vontade, no sentido psicológico, pois a conduta – comissiva ou omissiva – somente pode ser praticada exclusivamente pela pessoa natural. Desta forma, a pessoa jurídica não é capaz de ser sujeito ativo do delito, pois sem a presença desses dois elementos, consciência e vontade, não há possibilidade se considerar, tecnicamente, a ação que é o primeiro elemento estrutural do crime, pois ao contrário seria aplicada a responsabilidade objetiva que é abolida pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial contemporâneo.

---

<sup>30</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 91.

### 5.1.2. A INCAPACIDADE DE CULPABILIDADE

Conforme já discorrido, com a adoção da teoria finalista, ocorreu a exclusão do dolo e da culpa da culpabilidade que passaram a integrar a tipicidade. Destarte, o princípio da culpabilidade passou a ser analisado de acordo com a tipicidade e a culpabilidade.

A tipicidade consiste na descrição precisa do comportamento humano reprovável, vale dizer, é a individualização da conduta penalmente relevante.

De acordo com o princípio da tipicidade não há conduta típica sem a presença de dolo ou culpa. Desse modo, como ressaltado no tópico anterior, o resultado decorrente da conduta deve ingressar na vontade realizadora do agente para que seja penalmente relevante.

O fundamento que conduz a tal conclusão é o fato de o Direito Penal estar baseado no princípio *nullum crimen sine culpa* o qual define como destinatário exclusivamente o homem.

Tal entendimento é comungado por Aníbal Bruno, que ao tratar do assunto ensina que essa capacidade é inerente ao ser humano, apenas.

[...] o fulcro em que assenta o Direito Penal tradicional é a culpabilidade, cujo conceito depende de elementos biopsicológicos que só na pessoa natural podem existir. A própria especialização da pena a cada caso concreto há de ter em consideração a personalidade do delinqüente, que é um elemento de índole naturalista-sociológica, impossível de existir em uma entidade puramente jurídica como são as pessoas morais<sup>31</sup>.

Segundo mencionado entendimento, a configuração de um crime não se dá somente com a presença dos elementos objetivos, quais sejam: a tipicidade e a antijuridicidade.

Na lição de Damásio E. de Jesus (1993), a culpabilidade é, ao lado da imputabilidade, um pressuposto da punibilidade.

Partindo dessa acepção pode se chegar à conclusão de que a culpabilidade somente pode ser endereçada a uma pessoa humana.

A imputabilidade, um dos elementos da culpabilidade, é a aptidão para ser culpável, é a capacidade de culpabilidade. Nesse aspecto, verifica-se que não há fundamento para que se possa exigir que uma empresa possa formar a consciência da ilicitude da atividade desenvolvida através de seus diretores ou prepostos.

---

<sup>31</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forcnse 1959. p. 207, v. 1.

Na realidade, falta um juízo de reprovabilidade em razão da conduta da referida empresa que, por exemplo, contrarie a ordem jurídica.

No tocante à exigibilidade de conduta diversa ou de obediência às normas legais, embora, em tese, possa ser exigido da pessoa jurídica, relevante notar a existência de óbice, pois falta o caráter sequencial desses elementos, considerando que a exigibilidade de conduta diversa pressupõe tratar-se de agente imputável e de estar configurada a potencial consciência de ilicitude, impraticável no caso do ente coletivo.

Em conclusão, resume-se que para responsabilização da pessoa pela prática de um delito, além da necessidade da presença dos elementos objetivos: tipicidade e antijuridicidade, torna-se indispensável a existência do elemento subjetivo, ou seja, a culpabilidade, que é atribuída exclusivamente ao homem, responsável pela prática do fato delituoso. Fato este que inviabiliza a responsabilidade dos entes coletivos pela prática de crimes.

### 5.1.3 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

De acordo com a Constituição de 1988, nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Referido dispositivo descrito no artigo 5º, inciso XLV consagra o princípio da personalidade e individualização da pena e determina que a sanção penal deve recair exclusivamente sobre os autores materiais do delito.

Com fundamento no referido princípio, verifica-se que a responsabilidade deve ser individual, visto que ninguém pode responder criminalmente além dos limites da própria culpabilidade.

Descendo propriamente ao tema em discussão, o obstáculo que impede a responsabilização do ente moral dá-se em razão da violação dos mencionados princípios da personalidade e individualização da pena, posto que a condenação da pessoa jurídica pressupõe a condenação de todos os seus membros, autores materiais do delito e membros inocentes que fazem parte da sociedade.

Para o Direito Penal, relevante é punir-se efetivamente apenas os autores e partícipes do ato ilícito, vale dizer, aqueles que efetivamente concorrem para sua prática, jamais podendo ser responsabilizadas pessoas inocentes ou que sequer concorreram para que o fato delituoso ocorresse.

O que se busca, na verdade, é a punição das pessoas naturais que se ocultam através das pessoas coletivas, com o intuito exclusivo de se utilizarem desse poder como instrumento para a prática de crimes.

O ente coletivo não se sujeita à retribuição, intimidação e reeducação, referentes à pena, tampouco no tocante aos fins de prevenção especial, eis que a empresa não é capaz de sentir esses efeitos.

## 6 SOCIETAS DELINQUERE POTEST

A expressão latina *societas delinquere potest* significa a sociedade pode delinquir.

O Brasil, ao lado da França, Portugal e Espanha, foram pioneiros em admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pelo Código Penal Francês de 1994, que substituiu o ultrapassado de 1810, à exceção do Estado, o ente jurídico responde penalmente por vários tipos de delitos. Os Códigos Penais de Portugal, reformado em 1995, e o da Espanha, revisto em 1996, embora prevejam a possibilidade de cometimentos de crimes pela pessoa jurídica de direito privado, não apresentam em seus textos disposições objetivas a respeito dos tipos penais a ela atribuídos.

Parte da doutrina brasileira afirma que a Constituição Federal admitiu expressamente a possibilidade de a pessoa jurídica receber sanção penal, além de responder nas esferas administrativa e civil, por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente (art. 225, § 3.o).

Também afirmam que o § 5.o do art. 173 da Lei Maior admitiu, implicitamente, a responsabilidade penal de pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, por prever que a lei poderá sujeitá-las “às punições compatíveis com sua natureza”.

Para essa corrente doutrinária, é perfeitamente possível responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica por ela ser uma realidade, que tem vontade própria, nascida do encontro das vontades de seus membros. Assim, para essa corrente, a vontade da pessoa jurídica é independente da vontade dos integrantes que a compõem.

Conforme leciona, João Marcello de Araújo Júnior:

As pessoas jurídicas têm vontade e capacidade de agir. O argumento em contrário não nos parece exato, pois, como afirma Tidemann, a pessoa jurídica age e reage por seus órgãos, cujas ações e omissões são consideradas como da própria pessoa jurídica. As grandes corporações possuem, no mundo dos negócios, uma vontade própria, que independe, muitas vezes, da vontade de seus dirigentes<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> *Societas Delinquere Potest - Revisão da Legislação Comparada e Estado Atual da Doutrina*, in Luiz Flávio Gomes (coord.), *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, p. 90-1.

A pessoa jurídica não pode se sujeitar a uma pena privativa de liberdade, porém pode sofrer uma punição compatível com sua natureza. A Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, prevê penas que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas como à pena de multa, às penas restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade (arts. 21 a 23).

Embora existam opiniões doutrinárias divergentes acerca da possibilidade ou não da pessoa jurídica delinquir, tal fato vem firmar a convicção da existência de um autorramento em direito penal para que não se estabeleça conceitos absolutos.

Nesse sentido, ensina Paulo Roberto da Silva Passos:

Fortalece a convicção de que, no campo do direito, nomeadamente do direito penal, já não se permite o estabelecimento de conceitos absolutos. Ao contrário, o progresso que anima a sociedade coloca o jurista frente a situações que só serão resolvidas por meio de uma certa flexibilização, de modificações de dogmas tidos como intocáveis<sup>33</sup>.

A legislação brasileira e de alguns países europeus, para certas situações, vêm incorporando ao direito penal, em contraponto à velha teoria da culpabilidade pessoal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mesmo que agregada ao poder público, mormente nos casos relativos aos delitos contra o meio-ambiente, às relações de consumo, à ordem financeira e tributária, objetivando coibir a impunidade que pode decorrer de sua complexidade organizacional.

E, considerando que a finalidade da lei é o bem comum e em face às modificações constantes na sociedade em razão do tempo Isidoro, em suas Etimologias, afirma: “Não é em vista de um interesse privado, mas da comum utilidade dos cidadãos que uma lei deve ser escrita”.

Atualmente, vivemos a globalização, em um mundo crivado pelo materialismo consumista, pela força econômica e financeira de grupos econômicos, o que leva as pessoas a se tornarem inferiorizadas em relação às pessoas jurídicas, mormente as de cunho multinacional, que, por vezes, ensejam delitos complexos, acobertados na fraude e na ânsia do lucro desmedido, sem falar nos crimes cometidos contra o meio ambiente, em detrimento dos direitos elementares dos cidadãos e dos interesses mais legítimos da sociedade.

A realidade social em relação à criminalidade vem forçando a superação dos dogmas clássicos, com a adequação do sistema penal para apresentar soluções em face da nova criminalidade econômica, ambiental e, enfim, social.

---

<sup>33</sup> PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes econômicos e responsabilidade penal de pessoas jurídicas**. São Paulo: Edipro, 1997. p. 104.

Ao analisar a realidade criminal nos diversos países, Klaus Tiedemann leciona:

De una parte, La sociología nos enseña que La agrupación crea um ambiente, um clima que facilita a incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos em beneficio de La agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser remplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, em los que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan em sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que uma nueva aproximación parece indispensable<sup>34</sup>.

O maior defensor da possibilidade da pessoa jurídica delinquir é Salomão Schecaira (1995) e ensina que a responsabilidade penal é uma história de responsabilidade coletiva e não individual. Afirma que a responsabilidade penal coletivo tem origem em período que antecedeu o iluminismo, eis que no Código de Hamurabi já previa em seu artigo 23 imposição de penas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias dentre outras. A responsabilidade penal individual somente surgiu após a Revolução Francesa e com o Iluminismo.

Tal narrativa pode significar traços históricos da responsabilidade penal dos entes coletivos, o significado aqui é a responsabilidade em relação ao grupo social, portanto, essa responsabilidade sempre esteve presente em todo contrato social.

Menciona, ainda, sobre os pontos clássicos da discussão teórica, fundados nas teorias de Frederich Karl Von Savigny e Otto Gierke. Àquele com a teoria da ficção, a qual determina que a pessoa jurídica é um ser abstrato, tratando-se de uma ficção exercendo direito patrimonial por meio de seus responsáveis e sem vontade própria, desprovida de caráter. Este com a teoria orgânica, ou da personalidade real, ou ainda teoria da realidade objetiva, em que as pessoas jurídicas são dotadas de responsabilidade coletiva, com vontade própria, existindo algumas que são criadas exatamente para cometimentos de delitos. E o autor então comenta: “quando ela tem vontade de contratar, tem vontade para outras finalidades”<sup>35</sup>.

Salomão Schecaria enumera os requisitos para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, que são:

1) a infração praticada com o interesse coletivo, no interesse da pessoa jurídica; 2) a infração individual não pode situar-se fora da esfera de atuação da empresa, do

<sup>34</sup> Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 27.

<sup>35</sup> *A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais*. Boletim IBCCrim, São Paulo, fasc. 65. cd. esp., p. 4, abr. 1998.

contrário fica fora da responsabilidade; 3) a infração deve ser praticada por alguém que esteja direta e estritamente ligada a empresa, no caso de gerente, diretor etc., previsão do Código Penal da Califórnia; 4) a infração tem que ser cometida mediante o auxílio do poderio da empresa, o que quer caracterizar o atingimento das grandes empresas, pois, é o seu poderio que cria o risco do cometimento do delito. Com a estipulação de um rol de penas a serem aplicadas como, por exemplo, multa, dissolução do conselho, confisco de bens, proibição de negociação com o Estado, divulgação da sentença condenatória etc. Como modelo de legislação o Decreto-Lei nº 282/84, de Portugal<sup>36</sup>.

Nesse sentido, dentre outros estudiosos do direito que defendem o mesmo posicionamento, ensina Fausto de Sanctis:

[...] as pessoas jurídicas possuem vontade própria e se exprimem pelos seus órgãos. Essa vontade independe da vontade de seus membros e constitui uma decorrência da atividade orgânica da empresa. Conclui-se, portanto, que diante dessa vontade própria é possível o cometimento de infrações, de forma consciente, visando à satisfação de seus interesses<sup>37</sup>.

Na verdade, há uma forte tendência mundial a se considerar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes praticados contra a ordem econômica. No entanto, é fato que não há uma perspectiva acerca do momento em que se dará tal fato, mormente, considerando a divisão de opiniões dos estudiosos deste ramo do direito penal e levando em conta o posicionamento atual dos Tribunais Pátrios.

Não se desconhece a necessidade de pacificação do tema, principalmente considerando o número crescente da prática de condutas delitivas por pessoas jurídicas, principalmente nos crimes contra a ordem econômica e tributária.

Entretanto, há que se notar que consoante lição de Constantino (2005) a pessoa jurídica é, na prática, mero instrumento nas mãos de seus sócios ou administradores, ou de algum ou alguns deles.

<sup>36</sup> Reafirmação da necessidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo : IBCCrim, 2001.

<sup>37</sup> SANCTIS, Fausto Martin de. Apud SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal dos interesses difusos. São Paulo: Atlas, 2000, p. 123.

## **7 APLICAÇÃO DE PENA AO ENTE COLETIVO ATRAVÉS DE MEDIDAS ESPECIAIS**

Assim como aqueles que defendem o posicionamento de impossibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, menciona-se a existência de outra vertente doutrinária, a qual defende a necessidade de uma criação intermediária entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, para anular a periculosidade que determinadas pessoas jurídicas podem trazer para o sistema social.

Essa é a posição que defende a adoção de medidas preventivas especiais integrantes de um Direito de Intervenção, cuja denominação seria um liame entre Direito Penal e Direito Administrativo, com a finalidade de que não sejam aplicadas as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente no que diz respeito à pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a criminalidade coletiva.

Tais medidas especiais aplicadas às pessoas jurídicas não são semelhantes às medidas de segurança, aplicadas quando o sujeito manifesta periculosidade criminal, vale dizer, aquele que conquanto seja inimputável penalmente em razão de sua incapacidade, é dotado de potencial para praticar fatos considerados delituosos.

Para os seguidores dessa teoria, em face à ausência de capacidade da pessoa jurídica para o cometimento do crime e pelo fato de não poder oferecer periculosidade criminal, não é cabível em relação a ela a aplicação de medida de segurança.

Para Gianpaolo Poggio Smanio:

O Direito de Intervenção para as pessoas jurídicas é visto no Direito português como Direito de outra ordenação social, situado entre o Direito Penal e o Direito Civil, em que são possíveis as aplicações de sanções como a multa, por exemplo, mas sem implicar sanção penal<sup>38</sup>.

Nessa mesma linha de entendimento menciona-se João Castro e Souza, e, Santiago Mir Puig, sendo que esse último destaca que as medidas especiais a serem aplicadas

---

<sup>38</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 118.

às pessoas jurídicas podem ser: a dissolução da entidade, a mera intervenção na empresa, o fechamento desta, a suspensão de suas atividades ou a proibição de realizá-las no futuro.

João Castro e Souza, analisando a questão, defende:

[...] situando-se, porém, o Direito Civil e o Direito de mera ordenação social no âmbito do eticamente indiferente, compreende-se que a violação das suas normas possa ser levada a cabo, tanto por pessoas singulares, como colectivas, pelo que se lhes poderá reconhecer capacidade de acção nestes domínios e negar-lha no direito criminal<sup>39</sup>.

Por sua vez Santiago Mir Puig, citado por Gianpaolo Poggio Smanio, “defende que as medidas especiais a serem aplicadas às pessoas jurídicas podem ser: a dissolução da entidade, a mera intervenção na empresa, o fechamento desta, a suspensão de suas atividades ou a proibição de realizá-las no futuro.”

Impende que se ressalte que as medidas especiais, de carácter ordenatório, administrativo ou civil, podem ser utilizadas para a prevenção dos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas.

No entanto, atualmente não são suficientes para reprimir a realidade criminal econômica e ambiental, de modo que devem ser aplicadas em conjunto com medidas de carácter penal, inovando-se através de um novo sistema jurídico-penal, capaz de atuar de forma eficaz no combate à criminalidade contemporânea, à lavagem de dinheiro, à criminalidade organizada etc.

Nesse sentido, a análise de Fausto Martin De Sanctis:

Por fim, a responsabilidade civil ou administrativa não pode impedir a responsabilidade penal dos entes coletivos. Em primeiro lugar, porque esse tipo de responsabilidade possui, respectivamente, o escopo de reparar o dano causado ou meramente preventivo (no sentido de se impedirem maiores prejuízos à coletividade), enquanto a responsabilidade penal possui o de punir os atos que causam perturbação da ordem pública. Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar a possibilidade de decisões de cunho administrativo serem objeto de ingerências políticas, o que tem levado ao descrédito desse tipo de sanção. Acrescente-se que, dotado o ato administrativo de auto-executoriedade, não é incomum abusos no exercício desse poder<sup>40</sup>.

Luiz Flávio Gomes não segue a atual tendência no Brasil e no mundo de admitir a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica. Para ele, como para outros

<sup>39</sup> CASTRO E SOUZA, João. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 113.

<sup>40</sup> SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 45.

doutrinadores já mencionados, o Direito penal brasileiro do *ius libertatis* é inequivocamente incompatível com esse tipo de responsabilidade.

Afirma ainda que a única interpretação possível do artigo 3º da Lei 9.605/1998 consiste em admitir que a responsabilidade da pessoa jurídica não é propriamente “penal”, no sentido estrito da palavra. É mais uma hipótese, isso sim, de Direito judicial sancionador, que se caracteriza justamente pelo fato de se exigir a intervenção judicial para a imposição da sanção prevista em lei.

Acrescentado que:

Não se trata, destarte, nem de Direito penal, nem de Direito administrativo. Não é tema do Direito penal do *ius libertatis* porque, dentre as sanções cominadas para a pessoa jurídica, obviamente, não consta a privação da liberdade. Não é assunto do Direito administrativo porque não é a autoridade administrativa a competente para impor tais sanções. Cabe ao juiz fazer isso, no seio de um processo penal, com observância de todas as garantias constitucionais e legais pertinentes. Conclusão: é matéria do Direito judicial sancionador, que se caracteriza justamente pelo fato de se exigir a intervenção judicial para a imposição de sanção prevista em lei<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade “penal” da pessoa jurídica. Disponível em <http://www.blogdofg.com.br/24.setembro.2007>. Acessado em 05 de maio de 2009.

## CONCLUSÃO

É patente a existência de várias teorias acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica defendidas por seus precursores.

Embora timidamente venha surgindo uma crescente e atual tendência à sua aceitação diante da evidente preocupação mundial em viabilizar meios para se responsabilizar os entes coletivos das condutas criminosas praticadas, essencialmente aquelas cometidas em face da ordem econômica. A finalidade de sua aplicação passa a ser o combate da nova criminalidade de forma eficaz e rápida, uma vez que o Direito Penal tradicional não possui meios para fazê-lo.

Tal fato ocorre em razão de estarmos vivendo em constantes mudanças, notadamente em face do fenômeno da globalização que proporciona a transmissão de informações em tempo real e simultâneo, somos alvos de crimes de grandes proporcionalidades, inclusive os internacionais com o aumento crescente de empresas multinacionais.

Entretanto, há um óbice a sua aplicação, considerando a disposição legal contida no parágrafo 5.º, do artigo 173, da Constituição Federal, diante da necessidade de se levar em conta que mencionado dispositivo não é auto-aplicável, já que por tratar-se de uma norma penal em branco, depende da elaboração de uma lei que disponha sobre as penalidades a serem aplicadas, bem como promova a tipificação dos delitos praticados pela pessoa jurídica.

Em que pese os argumentos favoráveis à possibilidade de a pessoa jurídica vir a delinquir, faz-se necessário observar que o ponto negativo mais relevante existente diz respeito à culpabilidade, considerando tratar-se de condição inerente às pessoas naturais, ou seja, exclusiva do homem que possui capacidade de agir por si mesmo, ou seja, que possui vontade própria, com dolo ou culpa. Nesse aspecto, a definição de pessoa jurídica se contrapõe justamente por se tratar de um ente abstrato, criação de uma ficção e desprovido de caráter.

De acordo com o princípio da personalidade da pena, não seria possível punir a pessoa jurídica, pois ao puni-la estariam sendo atingidos terceiros, como acionistas e cotistas

sem poder decisório. Relevante notar que caso haja aplicação da pena, sem observância dos citados princípios, tal punição poderia alcançar inclusive o próprio Estado, em se tratando de delitos cometidos por seus representantes ou entes públicos.

Por outro lado, somadas às questões apresentadas, ao fato de que as pessoas jurídicas não poderiam sofrer pena de privação de liberdade, deve-se levar em conta que não há possibilidade de se fazer a pessoa jurídica arrepender-se, pelo fato de ser ela desprovida de vontade. Destarte, não poderia ser intimidada ou reeducada.

Ademais, o ponto trivial para a questão é relativo à constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, já que a Lei Maior consagrou o princípio da pessoalidade da pena cuja previsão legal determina que a pena não pode passar da pessoa que o praticou. Desse modo, a pena torna-se cabível às pessoas físicas que praticaram o fato delituoso e que possuíam poderes para agir em nome do ente coletivo.

Portanto, embora não se desconheça a crescente tendência à responsabilização da pessoa jurídica, registra-se que ainda persiste a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pelos crimes cometidos contra a ordem econômica por absoluta ausência de autorização legal e incompatibilidade com os princípios e preceitos que vigoram no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- Boletim IBCCrim. *A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais*. São Paulo, fasc. 65 ed. esp., p. 4 abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Outros aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. fasc. 74, ja. 1999.
- \_\_\_\_\_. *A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente*. fasc. 65, abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo : IBCCrim, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Reafirmação da necessidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: IBCCrim, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 maio 2009.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 53379*, da 6ª. Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido – DJe 07 abr 2008.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2882*, da 6ª. Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cnicchiaro – DJ 13 set. 1993, p. 18.580.
- BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Cível n. 2000.04.04.134973-6*, da 1ª Turma, Relator: Juiz Amir Sarti – DJU 06 jun. 2001, p. 1.207.
- BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Cível n. 96.04.54456-0*, da 1ª. Turma, Relator Desembargador Amir José Finocchiaro Sarti – DJ 16 dez. 1998, p. 285.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal – Tomo II*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.
- CASTRO E SOUZA, João. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*. Coimbra: Coimbra, 1985.
- COSTA JR. Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

- DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito Brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, jul./set., 1995. v. 11.
- DUARTE, Maria Carolina de Almeida. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade "penal" da pessoa jurídica*. Disponível em <http://www.blogdofg.com.br>. 24 set. 2007. Acesso em 5 maio 2009.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. *Crimes contra a economia popular*. Direito penal dos negócios. Crimes do colarinho branco. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1989.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Crimes econômicos e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. São Paulo: Edipro, 1997.
- PIERANGELLI, José Enrique. *Escritos jurídicos penais. A constituição e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, por BITTENCOURT, Cezar Roberto, 1997. v. 735.
- RIBEIRO, Lúcio Ronaldo P. *Da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. <http://www.jus.com.br/doutrina>. Consulta em 11 maio 2009.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão 70009597717/2004. Relator: José Eugênio Tedesco. Julgado em 14 ago. 2004.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- SALOMÃO, Heloísa Estellita. *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.
- SANCTIS, Fausto Martín de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Celeste Leite dos. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade de sanção penal*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 3.

*Societas Delinquere Potest - Revisão da Legislação Comparada e Estado Atual da Doutrina*, in Luiz Flávio Gomes (coord.), *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.