

A QUESTÃO DA PERSONALIDADE NO REALISMO JURÍDICO E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA EMPRESA

Marcelo D'Angelo Lara*

Resumo: Em vista do surgimento de correntes doutrinárias que defendem a responsabilização da pessoa jurídica, sobretudo no que tange aos crimes ambientais, surgiu a necessidade de se estudar os fundamentos de possibilidade e utilidade da criminalização das condutas praticadas por empresas. Nesse aspecto, este trabalho visa analisar os fundamentos da incriminação à luz do realismo jurídico, verificando as condições de imputabilidade da pessoa jurídica e a possibilidade de aplicação do direito penal no que tange à atuação das mesmas.

Palavras-chave: Pessoa jurídica. Responsabilização Penal. Realismo Jurídico. Culpabilidade.

Resumen: Em vista de la aparición de tendencias doctrinales que defienden la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente cuando se trata de crímenes ambientales, surgió la necesidad de estudiar los fundamentos de la utilidad de la tipificación como delito das conductas praticadas por las empresas. Em este se pretende analizar los fundamentos del crimen em comparación com el realismo jurídico, a través del estudio de las condiciones de responsabilidad de las personas jurídicas, y la posibilidad de aplicar la ley penal para ellas.

* Aluno do programa de pós-graduação *strictu sensu* em nível mestrado da Faculdade Milton Campos. E-mail: marcelodlara@hotmail.com

Palabras-clave: Persona jurídica. Responsabilidad penal. Realismo jurídico. Culpabilidad.



1 INTRODUÇÃO

Atendendo à necessidade de se promover a defesa do meio ambiente, descrita nos termos da Constituição da República, o legislador editou a Lei 9.605/98. O aludido diploma legal trouxe como inovação a responsabilização penal da pessoa jurídica, o que gerou diversas discussões no âmbito jurídico.

Dentre essas discussões, certamente a mais importante gira em torno da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, sobre o ponto de vista da culpabilidade.

Parte dos doutrinadores rejeita essa possibilidade, fiando-se na consagrada máxima do sistema jurídico romano-germânico *societas delinquere non potest*. Da mesma forma, encontram supedâneo nas teorias modernas do delito, que seguem orientações do princípio constitucional da pessoalidade das penas, bem como guardam respeito aos requisitos de culpabilidade e capacidade penal, reconhecendo a máxima garantista *nulla poena sine culpa*.

Outros pensadores do direito, entretanto, defendem a responsabilização penal das pessoas jurídicas, apontando que as garantias e teorias supramencionadas devem ser flexibilizadas em prol da defesa do meio ambiente e da moralização da sociedade. Sustentam que as necessidades modernas transformaram o direito penal, outrora direcionado para a culpa, em um ramo do direito concentrado no fato, motivo pelo qual a culpabilidade poderia ser substituída por

uma presunção objetiva, tornando ultrapassada a análise dos elementos subjetivos do fato delituoso.

Da mesma forma, os que sustentam a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica alegam que o panorama atual exige que se apliquem punições exemplares aos grandes poluidores do meio ambiente, que seriam as empresas de grande porte. Apregoam ainda que o direito penal deve atender às necessidades políticas do Estado e que, por este motivo, a sua utilização como elemento capaz de conferir força coativa às normas não pode ser limitada por princípios gerais aplicáveis somente em benefício de pessoas físicas.

Diante da consistência dos argumentos das duas vertentes, em conjunto com a impossibilidade de valoração das duas correntes doutrinárias - uma vez que cada qual visa apresentar suas hipóteses partindo de premissas que guardam pouca relação entre si-, decidimos desenvolver um estudo sobre o ponto convergente nas duas hipóteses: o caráter reeducador da norma penal.

Partindo dessa premissa, e com base nas construções do realismo jurídico, demonstraremos a incongruência entre os argumentos favoráveis à responsabilização penal das pessoas jurídicas, em face da própria impossibilidade de reeducação diretamente relacionada ao ente submetido às normas indicadas, em virtude da inexistência de personalidade no sentido filosófico-jurídico. Para tanto, apontaremos como fundamento as colocações do autor Javier Hervada sobre personalidade jurídica, e seus desdobramentos acerca da culpabilidade e capacidade de conscientização.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a pessoa jurídica - por ser incapaz de determinar suas ações no mundo jurídico, enquanto instrumento das manifestações de vontade de seus administradores -, não pode ser destinatária de normas penais, uma vez que a ausência de uma dimensão psicológica própria, diretamente ligada à substância da empresa, inviabiliza

a reeducação do ente, o qual possui apenas capacidade jurídica formal.

2 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS À RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Muitos doutrinadores, alguns diretamente ligados ao direito penal, defendem a responsabilização penal da pessoa jurídica. O fundamento principal é o da necessidade de se moralizar a sociedade, punindo as condutas lesivas ao meio ambiente como forma de compelir as pessoas jurídicas a se abster da prática de tais condutas. Dessa forma, a norma penal se distanciaria das finalidades definidas no pós-iluminismo, deixando de ser aplicáveis com ênfase na prevenção especial – mais precisamente a ressocialização do apenado –, e sim visando à prevenção geral, consistindo em efetiva ameaça aos que potencialmente poderiam praticar condutas lesivas ao bem jurídico protegido.

Em defesa dessa hipótese, esses doutrinadores sustentam a flexibilização da sistemática penal trazida pelo modelo romano-germânico, com conseqüente aproximação com o modelo adotado por países de direito consuetudinário.

O ponto central dessa flexibilização seria uma desmistificação da máxima jurídica *societas delinquere non potest* (pessoa jurídica não pode delinquir), considerando a valoração de outra máxima, *peccata suos teneant auctores* (o pecado se atribui ao seu autor; no sentido de que a pena deve ser aplicada ao autor do fato).

No entanto essa flexibilização, por si só, não justifica a responsabilização penal da pessoa jurídica, diante da hipótese de autoria mediata, que define a punição para o indivíduo cuja projeção psicológica converge para a prática do crime utilizando outra pessoa, seja ela física ou jurídica, como instrumento do delito. Isto porque não se pode falar, na

hipótese de autoria mediata, que a pena não se atribui ao autor do crime, posto que dele o dolo direcionado para a prática da conduta delitiva.

Cientes desse percalço, os que sustentam a responsabilização penal da pessoa jurídica passaram a apresentar a teoria moderna do delito como obstáculo transponível em busca do bem comum devendo o direito penal, nessas ocasiões, prescindir das garantias constitucionais da pena em prol da moralidade, evitando assim que as pessoas jurídicas pudessem se eximir das obrigações derivadas de danos ao meio ambiente através da responsabilização penal dos seus sócios. Para tanto, defendem a responsabilização direta do ente personalizado, como único meio efetivamente capaz de reeducar o comportamento das empresas com relação ao meio ambiente.

Fundamentam, portanto, a capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica não na possibilidade de reeducação do ente personalizado, mas sim nos benefícios provavelmente decorrentes desse expediente, apresentando as hipóteses que a seguir demonstraremos.

2.1 NECESSIDADE DE SE ALTERAR OS COSTUMES PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE:

O primeiro argumento indicado pelos defensores da responsabilidade penal das pessoas jurídicas se funda na necessidade de se alterar os costumes criando, através da utilização da sanção penal como instrumento destinado à prevenção geral, um condicionamento do comportamento das pessoas jurídicas, onde a ameaça de sanção consiste em elemento desencorajador da prática de atos lesivos ao meio ambiente por parte das empresas.

Visando evitar a evidente comparação entre o modelo proposto e as práticas inerentes ao *commom law*, alguns

doutrinadores procuraram descrever a responsabilização penal da pessoa jurídica como uma evolução do direito aplicado ao dinamismo da sociedade atual. Alguns autores, como exemplo de Migliari Júnior, sustentam que o modelo de responsabilização penal vigente tornou-se superado chegando, inclusive, a apontar o modelo garantista como derivado da má vontade do legislador:

“pensamos que a responsabilidade individual exclusiva da pessoa física tornou-se superada pelo tempo, necessitando rever os conceitos que fizeram a dicotomia da responsabilização penal há muito tempo e, embora tardiamente, reformular uma nova sociedade, por meio de uma série de medidas nos campos mais variados possíveis, e, no campo do direito, há a necessidade de uma nova conceituação de responsabilidade penal.

A visão desanuviada do problema nos leva a refletir para a real necessidade de sua implantação no Brasil, deixando de lado a má vontade e a incúria de nossos doutrinários no trato com o problema maior de grande repercussão, não analisado dentro de todo o contexto, como já asseveramos no início, que é o esgotamento do modelo jurídico-penal vivenciado até o presente momento.” (MIGLIARI JÚNIOR, 2002, p. 130)

O fundamento desse tipo de construção é que a aplicação de um direito penal centralizado nas garantias fundamentais impede que o Estado tenha ingerência na prática de condutas previstas abstratamente como criminosas, mas passíveis de serem praticadas por entes sem capacidade penal. Com isso, segundo esses críticos da aplicação penal garantista, surgiria em nossa sociedade um sentimento de impunidade com relação aos crimes praticados por pessoas jurídicas contra o meio ambiente.

Dessa forma, derivaria desse sentimento uma necessidade de se levar a ameaça de punição através da sanção penal às pessoas jurídicas, uma vez que seriam essas as grandes responsáveis pelos danos ao meio ambiente, como obtempera Ney Bello Filho:

“Em regra, os maiores criminosos ambientais são as pessoas jurídicas que capitaneiam as grandes agressões ambientais. Um Direito Penal Ambiental que não reconheça esta realidade está fadado a se tornar inócuo, deixando a latere da repressão criminal exatamente o maior responsável pelos crimes ambientais em grande escala.” (BELLO FILHO, 2004, P. 134)

Nesse ponto, a doutrina favorável à responsabilização penal da pessoa jurídica defende a utilidade decorrente da possibilidade de punição da empresa, acreditando que a sanção penal direcionada exclusivamente aos sócios gerentes ou administradores não seria capaz de impedir que a pessoa jurídica continuasse a agredir o meio ambiente.

O interessante nesse ponto é que os defensores dessa responsabilização apontam, ainda que indiretamente, para o reconhecimento de uma dimensão psíquica da pessoa jurídica, diversa da dos seus administradores. Isto porque, ao sustentar que a ausência de sanção direcionada exclusivamente à empresa exclui o ente personalizado da sistemática de repressão criminal, só podemos extrair dessa assertiva uma declaração de que a substancia racional da pessoa jurídica é única, dissociada dos seus sócios. Esse é exatamente o ponto central da celeuma que ora trazemos a debate.

2.2 A REPRESSÃO PENAL COMO UMA ESCOLHA POLÍTICA

Outros pensadores, ao defender a responsabilização penal

da empresa, apontam para a supervalorização da norma, alegando que a responsabilização penal deriva diretamente de autorização prevista na Constituição Federal de 1988, por força de seu Artigo 225, §3º, que apregoa que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” (BRASIL, 2010).

O dispositivo, de redação ambígua, é objeto de discussões, uma vez que traz disposições mistas alternativas, falando de *pessoas físicas e jurídicas*, além de *sanções penais e administrativas*. Não representa propriamente uma autorização ou proibição expressa à responsabilização penal da pessoa jurídica.

Diante desse fato, deve-se recorrer à hermenêutica para correta interpretação do sentido da norma constitucional analisando o dispositivo, inclusive, em concurso com as garantias fundamentais penais previstas na própria Constituição. Uma vez que a lei maior não traz disposições sobre a capacidade penal da pessoa jurídica, a resposta há que ser buscada em outros ramos do direito ou do conhecimento.

Nesse ponto os defensores da responsabilização penal das empresas mais uma vez fogem à questão da culpabilidade e da capacidade penal do ente personalizado indicando, através de critérios positivistas, que a autorização prevista no dispositivo constitucional supramencionado, aliado a disposição de lei vigente (a Lei 9.605/98), traduz tanto a legalidade quando a necessidade da responsabilização penal da pessoa jurídica. Fernando Galvão, sobre o tema, ressalta que a opção política tomada pelo legislador há sempre que ser respeitada:

“Quando se discute o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se pode esquecer que o equacionamento da questão deve ser feito no âmbito político. A consideração

do que seja socialmente inadequado e quem será responsabilizado criminalmente depende sempre do ponto de vista daqueles que legitimamente detêm o poder de imposição. A opção política sobre o tema já foi feita, e por aqueles que detinham legítimo poder para tanto: os constituintes de 1988. O ponto de vista contrário à responsabilização penal da pessoa jurídica foi vencido no debate institucional, segundo as regras do jogo democrático. A opção política foi inserida no ordenamento jurídico, o que significa a preponderância do entendimento da conveniência e oportunidade de utilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica como instrumento eficaz no combate à criminalidade ambiental.” (ROCHA, 2003)

Consideramos a colocação temerária, quiçá inocente, uma vez que parte do pressuposto de que o processo legislativo reflete diretamente os anseios populares e os valores agregados às garantias constitucionais, imaculando o procedimento de criação das leis, ignorando assim os fatores extralegais que interferem no poder legislativo, como interesses partidários e pressões de grupos externos. Sobretudo porque confere a uma norma constitucional de interpretação aberta caráter taxativo, o que confronta inclusive o sentido semântico do dispositivo mencionado.

Apontamos que, ainda que o dispositivo do Art. 225 §3º determinasse expressamente a responsabilização penal da pessoa jurídica – o que não se observa no caso -, restaria ainda a necessidade de se analisar a eficácia do dispositivo em face de outras disposições constitucionais, sobretudo as cláusulas pétreas, ou que tratam de direitos de primeira geração.

Outrossim, temos como certo que a opção política, por mais imaculada que se apresente, reflete os anseios momentâneos de uma sociedade, e não pode jamais prevalecer

diante dos valores e princípios sobre os quais essa sociedade foi construída. Em ambos os casos, não se pode aplicar a máxima *in claris cessat interpretatio*, posto que as disposições em debate carecem da análise teleológica de seu significado.

2.3 DESCONSIDERAÇÃO DA IDÉIA DE DIREITO PENAL COMO EXCLUSIVO DE PESSOA FÍSICA

Outros autores, agindo em defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, buscam mitigar a fragmentariedade do direito penal. Em suas teses, sustentam que o direito penal não mais pode ser exclusivamente aplicado às pessoas físicas, uma vez que a aplicação desse ramo do Direito traz benefícios para toda a coletividade.

Visando desconstituir os ideais iluministas de que a sanção penal deve primar pela prevenção especial – a ressocialização do indivíduo –, defendem que o direito penal, como ramo do direito público, deve buscar atender aos interesses da coletividade e, para tanto, buscar a punição de todas as condutas descritas como criminosas, independente da capacidade ou culpabilidade de seus autores.

Em seus escritos, Shecaira rompe a inércia dos defensores da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em discutir a questão da destinação do direito penal, sugerindo que a realidade social atual exige que o direito penal se distancie de sua tradição humanista, adotando uma visão mais pragmática, procurando assim abranger todos os fatos que representem lesões a bem jurídicos tutelados por norma penal:

“Assim, de forma quase pacífica, modernamente, temos a culpabilidade do fato como regra – que também não desconsidera o agente – e tal conquista, de certa forma, articula-se com a idéia de que o direito moderno muito mais que o direito da culpa (*nullum crimen sine culpa*) é um

direito do fato (*nullum crimen sine praevia lege*). Em consequência, o direito penal é do fato, não do autor". (SHECAIRA, 1998, p. 78)

Atendendo a esse pragmatismo, o mesmo autor aponta uma considerável diferença entre as sanções penais e as sanções administrativas. Reconhecendo a efetividade das segundas indica, no entanto, que as mesmas não alcançam a abrangência das primeiras, em virtude dos valores morais incluídos na reprimenda penal trazem consigo um maior juízo de reprovação atuante no campo ético:

"Um outro aspecto a se abordar é aquele que diz respeito à necessidade de uma pena de cunho processual criminal e não de uma medida semelhante no plano administrativo ou civil (através de multas). Isto a nosso ver se justifica pelo aspecto mais aflitivo da sanção penal, em cujo centro está uma reprovação ética mais efetiva do comportamento sancionado, que se reflete na própria imagem da pessoa jurídica. É essa a profunda diferença entre a multa penal e aquela de caráter administrativo. Não é por outra razão que os países que têm uma forte vocação pragmática, como os de 'Common Law', recorrem às sanções penais contra a pessoa jurídica. Se trilham esse caminho, é porque fazem uma distinção entre a maior eficácia prática deste tipo de sanção, que imprime à pessoa jurídica uma marca indelével, e a que teriam as sanções de outra natureza." (SHECAIRA, 1998, p. 101)

Considerando que Shecaira faz referência a *reprovação ética mais efetiva e imagem da pessoa jurídica*, extraímos que a sanção objetiva, na visão do autor, visa atingir uma dimensão que transcende a substância física da empresa. Sendo assim, existe o reconhecimento de que a pessoa jurídica apresenta

uma dimensão dissociada da substância física, que possui relevância e produz efeitos no campo moral.

Preocupado em afastar a hipótese de existência de uma dimensão racional própria da empresa, Shecaira aponta para uma desvalorização dos objetivos morais da pena em benefício da relevância pública da sanção penal. Assim, aponta para uma falibilidade da prevenção especial, inclusive no que tange às pessoas físicas:

"Já verificou-se que um dos principais objetivos atribuídos modernamente à pena é exatamente o de reprovar a conduta em conflito, a fim de validar o conceito de bem jurídico para a maioria do grupo social. Disso decorre que a imposição de pena deve ter como objetivo precípua sua relevância pública e não objetivos morais. Dessa forma, pensar em impor objetivos morais a uma empresa, mais do que um contra-senso, é tentar reavivar algo que mesmo relativamente às pessoas físicas já não deve ser aplicado." (SHECAIRA, 1998, p. 92)

Com essa hipótese não podemos concordar. Por que é cediço que o direito penal tem estreita relação com a moral social incidindo, inclusive, nas situações e condutas que afrontam esse senso moral, tornando-se prescindível em situações em que a ocorrência do fato típico não afronte essa moral. Prova disso é a impossibilidade de se punir os incapazes, ou a previsão de minorantes e majorantes penais relativas à repercussão social dos crimes.

Não obstante, podemos extrair dos demais argumentos levantados em defesa da responsabilidade penal das pessoas jurídicas de que a necessidade de penalização das condutas lesivas ao meio ambiente deriva justamente de alterações no senso moral social, fundadas na necessidade de criação de um novo costume, direcionado para a preservação do meio

ambiente.

Não há que se falar em direito dissociado da moral mesmo porque o direito, sobretudo o direito penal é reflexo da moral social. Portanto, mesmo quando se admite a aplicação de uma norma penal a um ente desprovido de racionalidade, é em nome da moral que tais sanções são aplicadas. Mesmo analisado de forma pragmática, o direito penal produz efeitos na moral social sendo esse, inclusive, o fundamento do caráter não patrimonial de suas sanções.

O próprio Shecaira parece retomar a importância da moral quando descreve que a pena se faz necessária como instrumento de coerção de comportamentos violadores de regras sociais de conduta, como citamos:

“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 nas coisas do mundo e da sua vida, como afirmar, a partir dele, que só o homem é suscetível de culpa?”
(SHECAIRA, 1998, p. 94)

Outros autores vão mais além, como Eduardo Cabette, alegando que o ideal iluminista de prevenção especial se encontra ultrapassado, e que o fundamento atual de existência do direito penal é puramente garantir a eficácia da norma:

“Em voga está atualmente a chamada ‘Teoria da Prevenção Geral Positiva’, a qual pretende “reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais.

A missão da pena seria reforçar a vigência da norma e demonstrar a inaceitabilidade da conduta

praticada contra as suas diretrizes. Desse modo, mesmo quando a norma é infringida ocorre, na verdade, um reforço de sua validade.

Isso demonstra que mesmo para as pessoas físicas a intimidação e a reeducação pela pena são afastadas pelas mais modernas orientações teóricas do Direito Penal.” (CABETTE, 2002)

Discordamos, igualmente, da noção meramente positivista proposta, uma vez que considerar a sanção penal como elemento destinado a conferir vigência à própria norma é desconsiderar a existência das influências filosóficas contidos no direito, sobretudo nas garantias constitucionais penais.

2.4 COMPARAÇÃO ENTRE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS COMO ENTES ANALOGICAMENTE SUJEITOS À SANÇÃO PENAL

Diante da impossibilidade de se prescindir da importância do elemento moral na capitulação e punição de crimes, alguns autores buscaram relacionar a capacidade penal da pessoa jurídica com a das pessoas físicas.

Logicamente incapazes de equiparar o homem com a figura da empresa, os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica passaram a correlacionar a capacidade penal com fulcro nos fundamentos da personalidade jurídica apontando, mais uma vez, para uma visão pragmática e um tanto quanto positivista do problema em debate.

Para tanto, lançaram mão da teoria da realidade objetiva, ou teoria orgânica, desenvolvida por Gierke, que defendia que as pessoas jurídicas seriam organismos vivos, ou *entidades psíquicas reais*, independentes das ações de seus membros. Sob essa premissa, Vicente Ráo defende a possibilidade de essas entidades psíquicas estarem sujeitas às normas penais:

“A doutrina da realidade objetiva sustenta

que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma vontade real e vontade coletiva, devendo ser consideradas como seres sociais em tudo equiparáveis (embora dentro de uma ordem diversa de fenômenos) às pessoas físicas, pois, como estas nascem, vivem e se extinguem não por artifícios do Estado, mas por ação das forças sociais.” (RÁO, 2004)

Apesar de representar o melhor fundamento até então apresentado em defesa da responsabilização penal da pessoa jurídica, apontamos que a teoria da realidade objetiva não guarda relação com as teorias da *ficção jurídica* (Savigny) e, principalmente, a teoria institucionalista (Maurice Hauriou), mais aceitas na doutrina jurídica pátria. Isso por que a empresa, conforme leciona Silvio Rodrigues, *é uma organização com fins comuns aos membros que a compõem, sendo o grau de concentração e de organização que converte automaticamente a instituição em pessoa jurídica* (RODRIGUES, 1995. p. 67) tratando-se, portanto de projeção das manifestações de vontade de seus membros.

2.5 DESCONSIDERAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO COMO INDISPENSÁVEL PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Antevendo a impossibilidade de se afastar os elementos básicos do delito, sobretudo a culpabilidade, que mais aflora quando se expõe a impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, alguns autores passaram a defender a desconsideração do elemento subjetivo inerente ao crime como condição *sine qua non* de sua punibilidade.

Nesse intento, Bacigalupo procurou fragilizar o elemento subjetivo, apontando a ausência de óbices para a consideração de uma culpabilidade sem dolo:

“así como nada impide que una teoría del delito opere con una “tipicidad vacía” (sin dolo) tampoco hay obstáculo para que lo haga con una culpabilidad sin dolo, si el dolo sigue siendo de todos modos, elemento del delito”. (BACIGALUPO, 1997)

No entanto, não ficou clara a desnecessidade de consideração do elemento subjetivo, haja vista que o próprio autor apontou para a existência da culpabilidade. Essa culpabilidade colocou os defensores da responsabilização penal da empresa sob o mesmo dilema exposto neste trabalho: o da inexistência de uma subsistência racional própria da pessoa jurídica.

Isto porque a projeção psicológica do evento ou resultado criminoso, que se traduz através dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa), impede que seja a pessoa jurídica considerada capaz para a prática de delitos, ante a impossibilidade de existência dessa subsistência racional.

Com a finalidade de contornar esse óbice, Fernando Galvão indica, inicialmente, que a responsabilização da pessoa jurídica deveria responder a outra forma de delimitação:

“Em qualquer caso concurso de pessoas ou de autoria mediata, entretanto, a responsabilidade da pessoa física é sempre subjetiva. É necessária a apuração do dolo ou da culpa da pessoa física para atender às exigências subjetivas da tipificação. Já quando se pensa em responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se pode falar em autoria, ainda que mediata da pessoa moral. Não sendo possível utilizar a teoria do delito para identificar conduta punível por parte desta, a responsabilidade pelo fato praticado pela pessoa física que age em seu nome e benefício deve apresentar outra fundamentação.” (ROCHA)

Sem alternativas para como se deve proceder na delimitação dessa responsabilidade, o autor propõe um modelo que concilia a aplicação parcial da teoria do delito com a da responsabilização civil objetiva. Modelo pressupõe a determinação do crime e a identificação da autoria de acordo com a teoria do delito e, posteriormente, responsabilizada objetivamente a pessoa jurídica:

“Para a responsabilização da pessoa jurídica utiliza-se a teoria do delito apenas para identificar a autoria de crime naquele que atua em nome ou benefício do ente moral. Sempre dependente da intervenção de pessoa física, que responde criminalmente de maneira subjetiva, a pessoa jurídica não apresenta elemento subjetivo ou consciência da ilicitude que viabilize comparação com as construções da teoria do delito. A responsabilidade da pessoa física é subjetiva, pois se deve aplicar a teoria do delito com suas exigências de natureza subjetiva. A responsabilidade da pessoa jurídica, no entanto, decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime.

Considerando a pessoa jurídica isoladamente, os critérios para sua responsabilidade são objetivos. No entanto, a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de pessoa física e análise da conduta desta possui sempre possui aspectos de natureza subjetiva. Há que ressaltar, contudo, que para a responsabilização da pessoa jurídica não é necessária à responsabilidade da pessoa física que concretamente viola a norma jurídica, posto que esta pode não ter cometido um fato típico (diante da ausência de elemento subjetivo - como no caso

de erro) ou pode ter agido sem culpabilidade (sob coação moral irresistível, por exemplo, como no caso de ameaça de perder o emprego).” (ROCHA, 2003, p.70)

Não concordamos com a adoção desse centauro jurídico uma vez que, em busca de uma conformidade social ou de conferir eficácia às normas, o direito penal seria aplicado em desconsideração às mais relevantes garantias constitucionais penais.

Da mesma forma, o modelo representaria a total falência da teoria do delito, cuja flexibilização poderia fragilizar o modelo garantista a tanto custo conquistado em nosso ordenamento, viabilizando que modelos pré-iluministas, diretamente ligados a ideais totalitários fossem adotados. Isto porque a supervalorização da norma e a busca desenfreada pela rápida alteração dos costumes implica, invariavelmente, em prejuízos para o elemento humano, que manifesta seus anseios com um dinamismo maior que o alcançado pelas normas. Não seria exagero dizer que a aplicação do direito penal nesses moldes pragmáticos significaria um sacrifício da liberdade em benefício da lei, o que contraria os objetivos do ordenamento jurídico.

3 FUNDAMENTOS DA IMPOSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Da mesma forma que a possibilidade de responsabilização penal da empresa possui defensores encontra, naturalmente, críticos dessa corrente doutrinária. A instrumentalização do direito como forma de conseguir objetivos sociais, muitas das vezes contrariando as bases legais do ordenamento, não é fenômeno recente no universo jurídico. Mesmo porque, em virtude da repetição desse expediente é que surgiram as garantias fundamentais, as mesmas que ora os

defensores da punibilidade da pessoa jurídica pretendem mitigar.

A tentação de buscar o bem comum, muitas vezes motivada por motivos nobres ou louváveis, não raramente favorece a criação ou ampliação de subsistemas jurídicos cuja aplicação resultam em danos sociais a longo prazo, uma vez que enfraquecem princípios basilares da sistemática legal.

Nesse sentido, Walter Nascimento apontou os perigos da utilização da lei como resposta às necessidades sociais prementes, uma vez que tais movimentos nem sempre refletem as reais necessidades sociais:

“Ademais, nesses momentos de conturbação, os protagonistas de cada lado são quase uma unanimidade desviada do significado do bem comum como consequência de uma justiça social, nos termos em que procuramos conceituá-la”.
(NASCIMENTO, 2000, p. 28)

Nessa mesma esteira, indica que a alteração dos costumes, por si só, não autoriza a mitigação das garantias fundamentais, citando Constantino: “O costume e o uso de longo tempo têm autoridade considerável; mas não podem prevalecer sobre a razão e a lei”.

Em sentido semelhante se critica, também, a interpretação de que o Art. 225, §3º da Constituição da República autorizaria expressamente a responsabilização penal da pessoa jurídica e que esse fator, por si só, serviria de supedâneo para a punibilidade da empresa. Isto porque a norma constitucional em apreço não faz referência expressa à autorização, tampouco é taxativa nesse sentido trazendo, apenas a previsão de punibilidade da pessoa jurídica em conjunto coma física, seja na esfera penal ou administrativa, sem indicar qual sanção seria aplicável a qual tipo de pessoa.

Diante disso, somente se pode extrair que a norma constitucional deve ser apreciada em conjunto com outros

institutos hierarquicamente equiparados, ainda sim à luz das fontes basilares do direito. E extrair o sentido semântico da expressão contida do aludido dispositivo penal foge à hermenêutica, devendo o dispositivo – principalmente no que tange a eventual aplicação de uma sanção de natureza penal -, ser analisado em confronto com as garantias fundamentais e os princípios gerais desse ramo específico do direito.

Sobre a consideração isolada dos elementos semânticos de um dispositivo legal, citamos importante lição de Carlos Maximiliano Santos:

“O erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, - interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria da científica da arte de interpretar” (SANTOS, 1961, p. 14)

Concordando com a necessidade da interpretação teleológica, lembramo-nos ainda da máxima de Celso: “Saber as leis não é conhecer suas palavras, mas sua força e poder”¹. E, partindo desse princípio, somente nos resta analisar a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de acordo com os princípios basilares do direito penal.

3.1 O DEBATE ACERCA DA CULPABILIDADE

Analisando a possibilidade de responsabilização penal da empresa acerca da estruturação do direito penal vigente, percebemos que a inviabilidade de responsabilização penal da empresa repousa na culpabilidade.

Isto porque a noção de crime deriva da comprovação de existência dos elementos de um conceito analítico que, no ordenamento atual, define o delito como *ação ou omissão*

¹ Tradução livre: *Scire legis non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*

típica, antijurídica e culpável.

De acordo com essa conceituação parece-nos bastante claro que, com relação às definições de ação, tipicidade e ilicitude, nada denota uma proibição de aplicação do direito penal às pessoas jurídicas, posto que tratam de situações de previsão abstratas, a ser observadas por critérios objetivos.

No entanto, a constatação dos meandros da culpabilidade deriva de análise de elementos de ordem subjetiva, intrinsecamente ligados a consciência do suposto infrator, relacionados às dimensões racional e moral de sua personalidade.

Adiantamos que, embora alguns autores – como é o caso de Damásio de Jesus - defendam que a culpabilidade seja um elemento externo ao crime, tratando somente de uma condição objetiva de punibilidade, essa construção em nada altera os fundamentos da nossa tese, uma vez que é com a possibilidade de aplicação de pena que esse trabalho se preocupa. É essa, inclusive, a visão dos defensores da responsabilização penal da pessoa jurídica, que a todo o momento exaltam os benefícios que a aplicação da pena diretamente à pessoa jurídica pode trazer para o corpo social indicando, inclusive, que a ausência de uma projeção racional diretamente ligada à empresa não representaria lesão às garantias fundamentais penais.

Sendo, portanto a culpabilidade uma circunstância ligada ao binômio possibilidade-necessidade de aplicação da pena, exigindo pra isso a análise de elementos subjetivos intrínsecos (dolo ou culpa) e extrínsecos (capacidade penal), concluímos que somente poderemos considerar a aplicação de pena direcionada exclusivamente à pessoa jurídica, se reconhecermos na mesma um potencialidade de reconhecimento da ilicitude do ato praticado, bem como a possibilidade de reformulação de uma postura moral mediante o cumprimento da reprimenda.

Isto porque a aplicação da pena, segundo as teorias mais

austeras, denota uma prevenção especial (uma ressocialização: modificação do comportamento social do apenado), conjugada a uma prevenção geral (a pena como exemplo a surtir efeitos na autodeterminação dos indivíduos potencialmente capazes de praticar delito similar). Sendo assim, poderemos extrair da pena um caráter ressocializador ou educativo, divergindo sempre do sentimento de vingança social. Podemos dizer, com base nessas colocações, que a pena visa tão somente modificar o comportamento social e moral do infrator, e compelir os demais potenciais infratores e adotar esse mesmo padrão moral e social legalmente aceitável.

Concluimos, portanto, que a pena tem ingerência somente em uma dimensão moral e/ou ética, sendo o desdobramento social da reprimenda mero reflexo da projeção desses valores morais nas inter-relações dos indivíduos a ela sujeitos. Com base nessa conclusão, extraímos que somente os indivíduos capazes de absorver o caráter moral e/ou ético da reprimenda serão, também, capazes de projetar esses valores nas relações sociais.

Nesse ponto, falha a teoria da responsabilização penal da pessoa jurídica uma vez que a empresa possui apenas personalidade jurídica conferida pela norma, de origem positiva, direcionada a criar facilidades para o desempenho da atividade empresarial. A essa personalidade jurídica – que consideramos mais correto tratar aqui como personificação – não corresponde uma dimensão racional, emocional ou ética. A empresa, portanto, é ente personificado, e não pessoa, sobretudo no sentido apontado, a título de exemplo exemplo, por Miguel Reale:

“A idéia de pessoa representa um elemento ético, que só se revela quando o indivíduo entra em relação com os demais indivíduos e, ao afirmar o seu próprio ‘eu’, é levado a reconhecer, concomitantemente, o valor do ‘eu’ dos demais,

transcendendo os limites biopsíquicos de sua individualidade” (REALE, 1983, p. 254)

Por esse motivo, consideramos que a única forma de se debater se a pessoa jurídica é essencialmente capaz de ser responsabilizada penalmente, seria através da análise da conceituação de pessoa em sentido jurídico.

Nesse diapasão, encontramos nos escritos de Javier Hervada, mais precisamente em sua obra *Lições propedêuticas de filosofia de direito* (Ed. Martins Fontes, 2008), importantes ensinamentos acerca da conceituação de pessoa em sentido jurídico, sobre os quais fundamentaremos a nossa hipótese.

3.2 A CONCEITUAÇÃO ONTOLÓGICA DE PESSOA

Com a finalidade de se desenvolver um raciocínio mais amplo sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é importante definir, inicialmente, se pode a pessoa jurídica ser equiparada à pessoa física em uma conceituação filosófica-jurídica.

Inicialmente, é preciso dissociar o conceito de pessoa a uma conceituação meramente semântica positivista, no sentido de que a personalidade em sentido jurídico corresponde ao desempenhar de um papel no mundo jurídico. Essa definição guarda relação mais estreita com o conceito de personificação que acima mencionamos, que traduz somente a consideração da empresa como ente capaz de praticar em seu nome atos da vida civil.

Essa última construção, ainda que dela discordem os defensores da responsabilização penal da pessoa jurídica, nos parece a mais sensata, posto que reflete a realidade do ordenamento jurídico pátrio que, em um ponto de vista simplista, reconhece a empresa como instituto criado a partir da vontade e mediante a junção do patrimônio de seus membros, com a finalidade de empreender atividade comercial. Na

verdade esse mesmo ordenamento não só prevê a possibilidade de desconsideração dessa personificação jurídica quando praticados atos que extrapolam os fins dessa atividade comercial, como atualmente vem ampliando a aplicabilidade desse subterfúgio a uma gama maior de situações. Sobre os fundamentos dessa desconsideração, não podemos imaginar outros que não o reconhecimento da limitação da personalidade, ainda no que tange a esfera do direito civil.

Portanto, a fim de compreender os limites dessa personalidade, é importante analisar os fundamentos do conceito de pessoa. Sobre a significação desse conceito, Hervada indica a criação e a sedimentação filosófica de tal conceito:

“Originalmente, os termos utilizados foram os gregos *ousia* (substância, essência) e *hypóstasis* (subsistência). (...) Como equivalente latino ao termo *hypóstasis*, foi usado o termo de pessoa como mais adequado. Com isso – embora sem pretender –, criava-se a acepção filosófica da palavra pessoa: uma subsistência ou ser subsistente de natureza intelectual.

(...)

Quem é pessoa ou, em outras palavras, que ser é pessoa? A definição mais antiga – e universalmente aceita – de pessoa em sentido ontológico é a exposta pelo filósofo considerado o último da antiguidade, Boécio: A pessoa é uma substância individual de natureza racional.” (HERVADA, 2008, p. 296)

reconhecendo a validade dessa conceituação, adotamos a compreensão de que a natureza racional, atrelada a essa substância individual, é elemento indispensável para a personalidade, sobretudo se a analisamos sobre a ótica do direito penal, estritamente ligado aos desdobramentos éticos e

morais da existência humana.

Essa natureza racional, embora possa ser compartilhada por um grupo de indivíduos através do consenso ou projetada através dos atos praticados em nome de um ente personalizado, não pode subsistir sem uma estreita relação com uma substância individual. Isto porque, analisando o conceito realista indicado, a idéia de *ousia* (substância) separada de uma projeção racional é meramente corpo, e a *hypóstasis* (subsistência) dissociada de uma representação substancial é puramente espírito ou, mais precisamente, um ideal.

Nesse ponto, se apresenta a primeira incongruência da consideração de uma ampla personalidade da empresa. Porque a representação racional da pessoa jurídica deriva de um consenso de seus sócios, e representa um ideal, e não uma subsistência, como por exemplo o ideal direcionado para a prática de atividade comercial, ou para a percepção de lucro. Independente do intento, esse ideal sempre vai representar não uma dimensão racional completa, mas sim uma projeção do consenso derivado dos interesses dos sócios. Mesmo porque, caso sejam esses ideais contrários às finalidades comerciais – como, por exemplo, um ideal volta para causar danos ao meio ambiente –, restam ausentes os requisitos da atividade empresarial resultando, por parte da lei, na negação da existência da empresa.

No entanto, por amor ao debate, consideremos que essa projeção dos ideais dos sócios configurasse uma subsistência intelectual própria da empresa, como pressupõe a teoria da realidade objetiva. Poderíamos assim imaginar que a empresa seria uma pessoa em sentido ontológico, posto que presentes uma substância individual e uma subsistência racional.

Nesse caso, seria importante verificar a existência de outro elemento indispensável à culpabilidade penal: a capacidade de autodeterminação. Isto porque o reconhecimento de uma dimensão racional própria da empresa não encerra o

debate acerca da responsabilidade sobre seus atos. Considerando que a projeção racional da empresa corresponde ao ideal relativo a atividade desempenhada e que um ideal direcionado a uma finalidade legal é pressuposto de existência da pessoa jurídica, somente nos restaria como justificativa o fato de a projeção racional da empresa ser influenciada por um ser racional externo a sua personalidade, como a figura do administrador. Com isso, resta a conclusão de que a empresa não se pode determinar de acordo com a sua vontade.

Sobre essa incongruência, preconizou Hervada:

“Porém, o problema existe quando se esquece da natureza racional como substrato em que se fundamenta a pessoa, focalizando a atenção em seus atos espirituais como se fosse o fundamento do próprio ser pessoal. Pode-se dizer que, com Descartes, começa a se expandir um novo conceito de pessoa: ela já não é definida em relação à autonomia do ser, mas em relação à autoconsciência.

A racionalidade e, portanto, a autoconsciência, sempre fez parte da definição de pessoa. Aparece nitidamente assim na própria definição de Boécio. A autoconsciência faz parte da pessoa, porque nela se manifesta a plenitude do ser em si; mas a autoconsciência é ato, não substância.” (HERVADA, 2008, p. 297)

Conforme essa construção, a pessoa jurídica careceria de autonomia uma vez que, por mais que se reconheça a existência de uma subsistência intelectual atrelada ao ente personificado, não se pode falar em autonomia dessa dimensão racional, uma vez que os atos praticados pela empresa decorrem sempre manifestações do intelecto de terceiros, como o administrador, o gerente ou o consenso da maioria dos sócios.

Não obstante, aproximando ainda mais a questão da teoria delitiva vigente, retomamos o debate sobre a autodeterminação – doutrinariamente descrita como a capacidade de compreensão do ilícito e possibilidade de determinar-se de acordo com essa compreensão -, indicando a impossibilidade de sua atribuição à pessoa jurídica.

Em um primeiro momento, em vista da impossibilidade de se atribuir ao ente personificado a compreensão de eventual atividade ilícita. Isto porque essa compreensão exige a existência de uma potência cognosciva atribuível somente ao ser humano:

“Não é possível que exista consciência – conhecimento -, que é um ato de conhecer, sem potência cognosciva intelectual, como é impensável o ato de ver sem os olhos. (...) O eu da pessoa é justamente a consciência do ser e do existir, que permanece inalterável em meio às mudanças que a pessoa sofre ao longo de sua história.

(...)

o que o termo pessoa designa é um indivíduo ou ser singular. Ou, em outras palavras, é nome de indivíduo. Portanto, não expressa um universal, e sim um ser concreto existente”.

(...)

Pessoa designa o ser humano singular existente e precisamente em sua singularidade existencial: o indivíduo humano. Quando se fala do homem e são declaradas determinadas características dele, se está falando de um gênero e de uma espécie; quando o discurso se refere à pessoa, é dos indivíduos humanos que se está falando.” (HERVADA, 2008, p. 298)

Reconhecendo a ausência de capacidade cognosciva, resta clara a conclusão de que a pessoa jurídica somente pode

determinar-se de acordo com o comando de um indivíduo ontologicamente externo à sua existência, esse sim dotado de consciência.

Portanto, esse indivíduo consciente é quem determina as ações da empresa, cabendo a ela a consciência sobre eventual ilicitude dos atos praticados pelo ente personificado, a capacidade de determinar os atos da pessoa jurídica de acordo com essa compreensão e a obrigatoriedade de determinar a atuação do ente de maneira conforme ao direito, uma vez que é este elemento quem exerce o domínio sobre a empresa.

A impossibilidade de autodomínio, nos termos da obra mencionada, nega à empresa a condição de pessoa em sentido ontológico:

“Em virtude da natureza espiritual, a pessoa é um ser que domina seu próprio ser. É característica da pessoa o domínio sobre seu próprio ser, um domínio que tem a dupla índole de ontológico e jurídico. Portanto, o conjunto de forças, instintos, inclinações, capacidades e potências do ser humano são dominados – cada um de acordo com sua própria natureza – pelo espírito humano, o que confere a eles seu caráter pessoal e sua unidade.”
(HERVADA, 2008, p. 302)

Portanto, não cabe a empresa o autodomínio. Na verdade, se podemos falar de uma liberdade inerente à pessoa jurídica, esta é uma liberdade criada, derivada da autorização da lei e das decisões de seus administradores. Sobre isso também se pronunciou Hervada:

“O decisivo é que essa esfera de autodomínio existe real e verdadeiramente como uma dimensão essencial do ser da pessoa, e é um de seus constituintes essenciais como pessoa. A principal diferença entre possuir o ser livre por participação ou tê-lo por essência (o ser subsistente) é que na

primeira hipótese a liberdade é dada (criada), limitada e finita (pois o ser é limitado e finito), e no segundo caso é a se, ilimitada e infinita (já que o ser é infinito e ilimitado”. (HERVADA, 2008, p. 312)

Compreendendo então que a pessoa jurídica é desprovida de consciência, e é incapaz de exercer o autodomínio, nos resta classificá-la como indivíduo, e não pessoa em sentido ontológico. Sobre a diferenciação dos conceitos de indivíduo e pessoa:

“Uma pedra, um vegetal, um animal são seres individuais, porém sem ser inteiramente ouros em relação ao universo. A pessoa é diferente: é um ser inteiramente outro, o que se evidencia quando se diz que pessoa acrescenta algo ao indivíduo; acrescenta a plenitude de ser inteiramente ela mesma e, portanto, incomunicável; a pessoa é um ser inteiramente outro: essa dimensão pode ser chamada de transcendência ontológica”. (HERVADA, 2008, p. 305)

Considerando que a pessoa jurídica depende de um fator racional extrínseco para exercer a sua autonomia, fica reforçada a tese de impossibilidade de aplicação da lei penal, uma vez que prejudicada a aferição da culpabilidade.

Sendo o elemento subjetivo da conduta supostamente criminosa atribuível a terceiros, resta a configuração de hipótese de exclusão de punibilidade, nos termos da sistemática penal vigente, em virtude da autoria mediata, situação em que o mentor intelectual do ilícito se utiliza de indivíduo incapaz de se autodeterminar de acordo com a sua consciência para a prática de delito.

A hipótese se relaciona com a coação, em virtude da impossibilidade de o indivíduo utilizado como autor material do delito em evitar a adoção do comportamento criminoso. Sob

esse aspecto, o autor mencionado trata da *imunidade de coação*, como requisito essencial do exercício da liberdade e de domínio sobre a subsistência racional:

“A liberdade fundamental tem dois aspectos: a liberdade de decidir fazer ou não fazer (liberdade de exercício) e a liberdade de escolher fazer uma coisa ou outra (liberdade de especificação).

(...)

pessoa comum um ser dotado de liberdade de autonomia ou imunidade de coação. A pessoa não pode ser submetida a forças coativas, isto é, que substituam sua livre atuação por pressões externas que ou modifiquem ou coarctem sua ação, ou a incitem extrinsecamente. Pelo contrário, a pessoa é autônoma, e regida por sua razão e vontade.

(...)

Por isso a coação – dizíamos isso ao tratar do direito – não faz parte por si só do sistema de relações sociais e jurídicas inter-humanas ou interpessoais; é sempre um subproduto do direito, que supõe uma decadência da pessoa, que se comporta de modo subumano e se coloca em situação de subumanidade (fora do sistema racional e relações humanas).” (HERVADA, 2008, p. 313)

Portanto, atendendo a conceituação ontológica de pessoa, não podemos sequer considerar a empresa como pessoa, em virtude da ausência de uma subsistência racional intrinsecamente ligada à sua substância individual, capaz de se autodeterminar e livre de coação. Resta agora desconstruir a tese derivada da visão positivista de que a lei confere à empresa personalidade em sentido jurídico.

3.3 A REAL CONCEITUAÇÃO DE PESSOA EM SENTIDO JURÍDICO

Se em sentido ontológico não podemos considerar a empresa como pessoa, nos resta combater a tese de que a lei confere a ela esse caráter, sendo a personificação jurídica um reconhecimento, através do direito positivo, da sua personalidade.

Com a finalidade de desmistificar essa tese temos que, inicialmente, verificar se existe exclusão entre o conceito ontológico e o jurídico de pessoa. O que observamos, em contrário, é a existência de uma estrita relação entre os mesmos, no sentido de que, nas palavras de Hervada:

“Os dois conceitos são diferentes, mas distintos de modo inadequado, no sentido de que o conceito filosófico de pessoa é o conceito superior e o conceito jurídico é o conceito inferior, pois o conceito jurídico está contido no conceito ontológico. (...) É a tese da vinculação ou subordinação do conceito jurídico de pessoa ao conceito ontológico.” (HERVADA, 2008, p. 319)

De acordo com essa construção resta claro que, em virtude da subordinação da conceituação jurídica à filosófica, não haveria possibilidade de se reconhecer a empresa como pessoa, uma vez que essa possibilidade é excluída, inclusive, da premissa mais ampla do conceito. No entanto, ciente de que os adeptos da corrente positivista refutariam essa hipótese, se torna importante combatê-la.

Inicialmente, cumpre salientar que a norma não confere ampla personalidade à empresa, mas sim confere à mesma poderes para praticar atos da vida civil. Na verdade, essa personificação visa não o reconhecimento de um ente com irrestrita relevância social, mas sim de um ente com relevante atuação em ramos específicos da via social como, por exemplo, o mercado de circulação de riquezas. Prova disso é que, juridicamente, a empresa é sempre representada – ou

presentada, de acordo com as colocações de Pontes de Miranda -, por indivíduo sem necessária relação com sua identidade social ou comercial.

Sendo assim, qual seria o fundamento da ampla personalidade da empresa, o único capaz de endossar a responsabilidade penal da pessoa jurídica? Como vimos anteriormente, quando da apresentação de algumas teses favoráveis à punibilidade, os fundamentos repousam em uma autorização da constituição reafirmada pela norma, aliada a uma necessidade de se unificar os costumes inerentes a preservação do meio ambiente.

Essa fundamentação, entretanto, não pode prosperar, por parte de uma premissa que considera a supervalorização da norma e o desrespeito às garantias humanistas. Sobre essa visão positivista, também se manifestou o autor em quem nos embasamos:

“Por consequência, a visão positivista é inaceitável por estar defasada (anacrônica e anti-histórica), por partir de uma incompreensão radical do princípio de igualdade e por negar à pessoa um de seus principais atributos: a juridicidade²”.
(HERVADA, 2008, p. 321)

Por estes motivos, o conceito de pessoa não pode ser conferido pela norma. Da mesma forma, não há que se falar em ampla personalidade da empresa, e sim em personificação jurídica, uma vez que o ente nada mais é que uma projeção do homem em relação, em essência nas relações comerciais, e não reflete a personalidade em sua existência, somente mera projeções do intelecto do homem na busca pelo lucro, ou no desempenho de atividades que empenhem capital. Não poderíamos, portanto, igualar o ente dotado de capacidade civil

² Por juridicidade, Javier Hervada aponta a capacidade exclusiva do homem em traduzir sua liberdade de autonomia nas relações de dever-ser, do que decorrem as relações jurídicas e as normas em si.

à pessoa em sentido jurídico, senão vejamos:

“Pessoa (em sentido jurídico) é uma conceituação intrínseca do homem; é certamente racional, isto é, designa o homem de acordo com uma relação social, porém uma relação que é intrínseca ao homem e, por consequência, não designa um papel social extrínseco, e sim o ser relacional do homem: designa o homem em seu ser digno, que inclui o ser-em-relação”. (HERVADA, 2008, p. 322)

E ainda, de forma mais incisiva:

“A personalidade jurídica – ser pessoa – não é uma concessão da lei ou da sociedade. O homem, e por conseguinte todo ser humano enquanto ser humano – é pessoa em sentido jurídico enquanto é – e porque é – pessoa em sentido ontológico. Atribuir à legislação – à sociedade – a concessão da personalidade jurídica ao homem constitui, sem dúvida, uma atitude anacrônica e anti-histórica, mas representa, sobretudo, um atentado contra a dignidade humana e um desconhecimento do que significa o homem ser pessoa em sentido ontológico”. (HERVADA, 2008, p. 323)

Sendo assim, a visão positivista da ampla personalidade da pessoa jurídica como substrato da norma não pode prosperar, motivo pelo qual deve ser analisada a questão sob a ótica ontológica, através da qual fica impossível se considerar a existência da pessoa jurídica como um ente capaz de absorver os valores éticos ou morais derivados da aplicação da sanção penal.

4 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, reconhecemos que são

necessárias medidas para se promover a defesa do meio ambiente, bem como buscar reduzir aos danos ao meio ambiente causados pelas grandes corporações.

No entanto, por mais sólidos pareçam ser os argumentos dos defensores da responsabilização penal das pessoas jurídicas, concluímos que a sistemática penal não pode ser utilizada para promover a proteção ambiental. Da mesma forma, ressaltamos que a proibição da responsabilidade penal da empresa esgota os recursos utilizáveis pelo Estado na promoção dos direitos sociais.

Isto porque o direito penal nunca pode ser considerado exclusivamente como um fenômeno juspositivista. Independente de definições doutrinárias o direito penal mantém seu caráter humanista, uma vez que trata de coerção sobre elementos relativos à moral social e trata, invariavelmente, das liberdades individuais, mesmo quando se fala em penas pecuniárias. Em virtude dessa caracterização, o direito penal deve sempre ser aplicado observando as garantias humanistas, tornando-se inútil a sua aplicação se considerada sob a ótica política ou instrumentalista, conforme corrobora Antolisei:

“contra la responsabilidad antedicha se observa que es ella inconciliable com el principio de la individualidad de la pena (peccata sous teneant auctores) [que os delitos recaigan sobre sus autores]. Se agrega que tal responsabilidad es inútil y al mesmo tiempo danoso: inútil, ya porque a los entes colectivos se los puede castigar com otras medidas jurídicas, ya porque em caso de violaciones de las leyes penales es siempre posible sancionar a los individuos que efectivamente las han cometido; em dañosa porque, como se há señalado, termina por incidir sobre todos los socios, sobre los inocentes y sobre los reos por igual, sobre los jefes y sobre los subalternos, sobre los taimados

y sobre los ingênuos.” (ANTOLISEI: 1988, p. 424)

Sob esse prisma, acrescentamos que nos parece mais prudente concordar com a visão realista do personalidade da pessoa jurídica, com a conseqüente negação da ampla personalidade à empresa, posto que a personalidade jurídica corresponde, tão somente, a uma personificação de cunho legal, destinada a legitimar o ente para a prática dos atos da vida civil.

Portanto, não há que se considerar um substrato intelectual ou uma potencialidade cognosciva com vistas a pressupor uma absorção, por parte da empresa, seja da prevenção especial ou da prevenção geral ligada à penalização proposta.

A idéia de intimidação através da responsabilização penal – no sentido de que a ameaça se sanção seria capaz de incutir o sentimento de respeito às normas à empresa - também não pode ser aceita, uma vez que denota uma racionalidade inerente ao ente personalizado, o que não se ode confundir com a projeção da racionalidade individual do administrador ou do consenso entre os sócios, invariavelmente conjugados a uma pessoa física com poder de ingerência no ente personificado.

Sendo assim não resta fundamento capaz de demonstrar a necessidade ou utilidade da incriminação de condutas praticáveis por um ente personificado, uma vez que a empresa carece dos elementos essenciais de personalidade, motivo pelo qual resta a incongruência da teoria da responsabilização penal da pessoa jurídica.



REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, Franchesco. *Manual de derecho penal: parte general*. 8. ed. Bogotá: Temis, 1988. v. 1.
- BACIGALUPO, Henrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá, ed. Temis, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Breve estudo crítico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 8, 28/02/2002 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5459. Acesso em 19/07/2011.
- FILHO, Ney de Barros Bello. *A responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica por Danos ao Ambiente*. In: *Direito Ambiental Contemporâneo*. Ed. Manole, 2004.
- FREITAS, Vladimir Passos de , FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6a. ed. São Paulo: RT, 2000.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto: revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MIGLIARI JUNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 1ª. ed, Campinas: CS Edições, 2002.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A justiça*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 6ª. ed, São Paulo, Revista dos tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 6ª. Ed., vol. I, São Paulo, Editora Saraiva, 1983.
- ROCHA , Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. *Revista jurídica do ministério público*, vol 6. in: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27706>

/possibilidade_responsabilidade_penal_pessoa.pdf?sequence=1. Acesso em 19.07.2011

- ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: *Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público*. Coordenadores: Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão. Ed. Del Rey, 2003.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 7ª. Ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1961.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica de acordo com a Lei 9.605/98*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.