

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

LEGAL PERSON'S CRIMINAL RESPONSABILITY IN NEW BRAZILIAN PENAL CODE PROJECT

Valdemir Jorge de Souto Batista¹

Ana Clara Viana Nogueira²

Leandro Oliveira Silva³

RESUMO

O presente estudo visa verificar se a teoria do delito aplicada no atual Código Penal é compatível com o instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito privado instituído pelo projeto do novo Código Penal. Para tanto, escolhemos a noção de campo jurídico de Pierre Bourdieu como referencial teórico, de modo a facilitar o estudo do papel da doutrina neste espaço social de luta pelo direito de se dizer o Direito. A partir desta noção, analisamos aspectos da Teoria Finalista do Delito e apuramos a sua (in)compatibilidade com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, por meio de uma breve análise do nosso ordenamento jurídico e das inovações referentes à matéria, adotadas pelo projeto do novo Código Penal.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Brasil. Endereço eletrônico: valdemir.souto@direito.ufjf.br

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Brasil. Endereço eletrônico: ana.viana@direito.ufjf.br

³ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV/MG). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF/MG). Especialista em Ciências Penais pela UFJF/MG. Brasil. Endereço eletrônico: leandro.silva@direito.ufjf.br

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica. Teoria do Delito. Novo Código Penal.

ABSTRACT

The present study aims to verify if the theory of the crime applied in the current Penal Code is compatible with the institute of criminal responsibility of the legal person of private law established by the project of the new Penal Code. Therefore, we chose Pierre Bourdieu's legal field notion as a theoretical reference, in order to facilitate the study of the role of doctrine in this social space of struggle for the right to speak the law. Based on this notion, we analyzed aspects of the Finalist Theory of Crime and investigate its compatibility or incompatibility with the criminal responsibility of legal entities, through a brief analysis of our legal system and the innovations related to the matter, adopted by the new project Penal Code.

KEY WORDS: Criminal Responsibility. Legal Person. Theory of the crime. New Penal Code.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, um dos temas que tem provocado mais discussões no âmbito do Direito Penal é a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Vivemos em uma sociedade onde os conflitos são potencializados pela estrutura social à qual estamos condicionados. Assim, devido aos grandes empreendimentos e inovações, marcados pela utilização de recursos de alta tecnologia, realizados por grandes corporações, os riscos inerentes à vida em comunidade tomam proporções imensas, e as consequências da materialização destes riscos seguem a mesma tônica.

Esse cenário é identificado por Ulrich Beck (2010), sociólogo alemão, como “sociedade mundial do risco”, fenômeno caracterizado pelas

transformações do corpo social que ultrapassaram a “modernidade simples”, própria da sociedade industrial clássica, e atingiram a “modernidade reflexiva”, uma nova e atual configuração da ordem social, cujos riscos transpõem as fronteiras territoriais através do avanço tecnológico, científico, da exploração da natureza e da globalização.

No contexto da “sociedade mundial do risco”, o Direito Penal tem vivenciado, desde as duas últimas décadas do século XX, um movimento de expansão com a criação de novos tipos penais e novas responsabilizações. A tutela do Direito Penal, até então focada na proteção de bens individuais, expande-se numa tentativa de conferir proteção a bens supraindividuais diante de eventos como terrorismo, movimentações financeiras clandestinas, catástrofes ambientais etc.

Silva Sánchez (2007), ao tratar da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, aponta a criação de novos bens jurídicos, a ampliação dos espaços de riscos penalmente relevantes, a flexibilização de garantias e o recrudescimento das sanções penais como características marcantes de uma atividade legiferante profícua no alargamento das malhas do sistema punitivo.

Nessa conjugação de “sociedade mundial do risco” e expansão do Direito Penal, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por perigos e danos causados ao meio ambiente desponta como a primeira a ser adotada no ordenamento jurídico pátrio, conforme previsto na Constituição Federal de 1.988, art. 225, § 3º e na Lei 9.605/1998, art. 3º.

Com a tramitação do projeto do novo Código Penal Brasileiro no Congresso Nacional, essa discussão tomou contornos urgentes e volta à tona de maneira ainda mais incisiva. Neste contexto, questionamos: a atual teoria do delito adotada em nosso ordenamento jurídico é suficiente para abordar o fenômeno da responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira satisfatória?

Buscando responder tal indagação, no entanto sem a pretensão de esgotar o assunto, partiremos das concepções teóricas de Pierre Bourdieu, para a realização de um levantamento bibliográfico que propicie um estudo

mais detalhado da questão a partir de um método dedutivo hipotético, que tem como hipótese a incongruência existente entre a teoria e a aplicação fática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em nosso ordenamento pátrio.

No segundo ponto deste trabalho, buscaremos expor a noção de campo de Bourdieu, examinando qual a conceituação que o autor sugere para esse espaço de inter-relações, e como estas se desenvolvem no campo jurídico.

O terceiro ponto tem como objetivo abordar a Teoria Finalista do Delito, adotada pelo Código Penal Brasileiro, desvelando suas principais características. Desse modo, será possível analisar a (in) compatibilidade de tal teoria com a imputação penal das pessoas jurídicas.

Por fim, passamos para uma breve exposição das alterações que o projeto do novo Código Penal traz em relação à matéria, analisando qual o papel da doutrina neste cenário, a partir da conceituação deste papel por Bourdieu.

2. PIERRE BOURDIEU E A NOÇÃO DE CAMPO

Pierre Bourdieu define a noção de campo como um universo intermediário, situado entre os polos cujas representações se manifestam em dois modos distintos de compreender determinado fenômeno: a partir do seu próprio conteúdo e a partir do seu contexto social. Ou seja, tal universo seria o elo entre esses dois extremos, “no qual estão inseridos os agentes e instituições que produzem, reproduzem ou difundem a arte, a literatura ou a ciência” (BOURDIEU, 2004, p. 20). Assim, cria-se um microcosmo autônomo que obedece a leis específicas, ou seja, mesmo que ele seja submetido a leis sociais, assim como o macrocosmo a que pertence, elas não serão comuns aos dois microcosmos. Para o autor, “o campo científico é um mundo social e, como tal, faz imposições, solicitações etc., que são, no entanto, relativamente independentes das pressões do mundo social global que o envolve” (BOURDIEU, 2004, p. 21).

Prossegue Bourdieu, apontando que “todo campo [...] é um campo de forças e um campo de lutas para conservar ou transformar esse campo de forças” (BOURDIEU, 2004, p. 22). Sua manifestação se apresenta nos espaços físicos, que comportarão as relações de força e as relações de dominação. O autor, então, confere a criação e a existência desses espaços aos seus próprios agentes e às relações objetivas que estabelecem entre si. Ilustrando, o autor aponta que uma grande empresa deforma todo espaço econômico, conferindo-lhe certa estrutura.

Desse modo, “é a estrutura das relações objetivas entre os agentes que determina o que eles podem e não podem fazer” (BOURDIEU, 2004, p. 23). Ou seja, a posição que determinado agente ocupa nessa estrutura é a que determinará ou orientará suas tomadas de posição. Tal estrutura, segundo o autor, é determinada pela “distribuição do capital científico num dado momento” (BOURDIEU, 2004, p. 24). Em outras palavras:

Os agentes (indivíduos ou instituições) caracterizados pelo volume de seu capital determinam a estrutura do campo em proporção ao peso, que depende do peso de todos os outros agentes, isto é, de todo o espaço. Mas, contrariamente, cada agente age sob a pressão da estrutura do espaço que se impõe a ele tanto mais brutalmente quanto seu próprio peso relativo seja mais fraco (BOURDIEU, 2004, p. 24).

Para Bourdieu, “qualquer que seja o campo, ele é objeto de luta tanto em sua representação quanto em sua realidade”. Prossegue definindo que “o campo é um jogo no qual as regras do jogo estão elas próprias postas em jogo” (BOURDIEU, 2004, p. 29). As estratégias neste jogo são desenvolvidas pelos próprios agentes sociais inseridos na estrutura, cujas posições derivam do seu capital⁴, e orientam-se tanto para preservação da estrutura quanto para sua modificação. Deste modo, o autor verifica que, genericamente, quanto mais os agentes ocupam posições favorecidas na estrutura, mais tendem a conservar ao mesmo tempo a estrutura e sua posição.

⁴ A noção de capital utilizada por Bourdieu não se relaciona com a tradicional noção de capital financeiro, mas sim com uma noção de capital social, como produto da acumulação de conhecimento.

Assim, “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito” (BOURDIEU, 1989, p. 212). Tal como faz o autor, tomemos este campo como um campo social, onde as práticas jurídicas são um produto das relações de força que lhe conferem a estrutura e das obras doutrinárias que dão fronteira ao espaço dos possíveis. Nas palavras do autor,

as práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 211).

A partir da noção de campo jurídico, como lugar de luta e conflitos para se definir a própria estrutura do Direito, passemos a analisar a Teoria Finalista do Delito, de modo a diagnosticar quais são os agentes envolvidos no conteúdo da discussão sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

3. TEORIA FINALISTA DO DELITO

O ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito penal, adota a Teoria Finalista. A doutrina finalista foi desenvolvida por Hans Welzel e apresentada pela primeira vez em seu trabalho *Kausalität und Handlung* (causalidade e ação), em 1931. O autor buscava inovar o conceito de ação e superar falhas deixadas por antigas teorias, tecendo profundas críticas a Teoria Causal da Ação e ao Neokantismo. Desta forma, propunha um conceito ontológico de ação humana, considerando a ação como um exercício de atividade finalista, um acontecimento dirigido a um fim. Como ensina Luís Greco,

o sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o

de que entre o ser e o dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: a lógica da coisa (Sachlogik). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade. (GRECO, 2000, p.05).

Welzel acreditava que a mera causalidade era cega e não se fazia suficiente para a teoria do delito, sendo necessária a noção de causalidade dirigida. A Teoria tem como um dos principais enfoques a função constitutiva da vontade que seria responsável pelo direcionamento da ação. Em suas palavras,

a ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade conforme um plano, à consecução de seus fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. (WELZEL, 2011, p.31).

A doutrina finalista revolucionou o Direito Penal de sua época, pois fez com que o dolo não ocupasse mais a esfera da culpabilidade, tornando-se um dos elementos do próprio tipo penal, já que não faria sentido a separação da ação de seu conteúdo volitivo. Além disso, era necessária a caracterização de três elementos na ação para que ela fosse considerada delitiva, a saber: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Segundo Welzel,

uma ação converte-se em delito se infringe a ordem da comunidade de um modo previsto em um dos tipos legais e pode ser reprovável ao autor no conceito de culpabilidade. A ação tem que infringir, por conseguinte, de um modo determinado a ordem da comunidade: tem que ser “típica” e antijurídica; e há de ser, além disso, reprovável ao autor como pessoa responsável: tem que ser “culpável”. (WELZEL, 2011, p.57).

O Código Penal brasileiro deixa evidente a opção pela teoria finalista da ação, razão pela qual determina a imputação subjetiva, exigindo

que haja, no mínimo, culpa para que a conduta seja penalmente atribuída ao agente. Seu artigo 18 dispõe que:

Art. 18. Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 1940)

Nota-se que ordenamento pátrio torna imprescindível a presença da vontade para a caracterização de delitos dolosos. De acordo com Cirino dos Santos,

o componente volitivo do dolo (indicado na definição legal de crime doloso, art. 18 I, CP) consiste na vontade, informada pelo conhecimento atual, de realizar o tipo objetivo de um crime. O verbo querer, empregado para exprimir a vontade humana, é um verbo auxiliar que necessita de um verbo principal para explicitar seu conteúdo; neste caso, o verbo querer deve ser complementado com o verbo realizar, porque o Direito Penal proíbe realizar crimes e, portanto, o componente volitivo do dolo define-se como querer realizar o tipo objetivo de um crime. (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p.133).

Quanto aos delitos culposos, entende-se que o desvalor da conduta prepondera sobre o desvalor do resultado, pois o modo de realização da conduta desrespeita as exigências básicas de cuidado formuladas pelo cotidiano. Zaffaroni e Pierangeli (2008), afirmam que

o tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque, na forma em que se obtém essa finalidade, viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p.437).

Observa-se que tanto na conduta dolosa, quanto na culposa, há uma vontade finalisticamente dirigida. A distinção existe na medida em que na conduta dolosa, o agir finalístico é dirigido a um fim ilícito e na conduta culposa, o agir final se dirige a um fim lícito, mas a forma descuidada de

sua realização leva à produção de um resultado não querido, nem assumido pelo agente.

A culpabilidade também é um aspecto essencial para que se entenda a forma de imputação defendida pelo Finalismo e, conseqüentemente, pelo Código Penal brasileiro. Sua conceituação gira em torno de um juízo de reprovabilidade direcionado ao agente, em razão de o mesmo conhecer o caráter ilícito do fato e determinar-se de forma diversa. Acerca disso Welzel assegura que

a capacidade de culpabilidade tem, portanto, um elemento de conhecimento (intelectual) e um elemento de vontade (volitivo): a capacidade de compreensão do injusto e de determinação da vontade (conforme uma finalidade). Apenas a soma dos dois elementos constitui a capacidade de culpabilidade (vide RG 73, p. 122). Se falta um deles – em razão da juventude ou dos estados mentais anormais -, o autor não é capaz de culpabilidade. (WELZEL, 2011, p.130).

Contudo, é necessário que se faça distinção entre a culpabilidade, elemento integrante do conceito analítico de crime, e o princípio da culpabilidade. Este último impede a responsabilidade penal objetiva, pois determina que ninguém responderá por um resultado se não o houver causado ou com dolo ou com culpa. Entende Bitencourt que

a culpabilidade – vista como um conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, com o identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva. Nessa acepção, o princípio da culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva, assegurando que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível e se não houver agido, pelo menos, como dolo ou culpa. (BITENCOURT, 2010, p.386).

Conjugando o conceito de culpabilidade, elemento do crime, com o princípio da culpabilidade, podemos afirmar que ninguém pode ser censurado ou reprovado penalmente (juízo de culpabilidade – elemento do crime) se não tiver agido ou com dolo ou com culpa, ou seja, vinculando-se subjetivamente ao resultado, sob pena de incorrer-se na proscribita responsabilidade penal objetiva. Noutras palavras: não haverá juízo de

culpabilidade penal baseado apenas e tão somente na causação de um determinado resultado.

Passemos, pois, para uma análise mais específica de como se comporta a teoria estudada no âmbito de aplicação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

3.1 A TEORIA FINALISTA DO DELITO E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Desta forma, é importante examinar a (in)compatibilidade da Teoria Finalista com o instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Parte da doutrina baseia-se na teoria da ficção⁵, que tem como um de seus principais defensores Savigny, para demonstrar os entraves existentes à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Como afirma Luís Paulo Sirvinskas:

Para a teoria da ficção, a pessoa jurídica não pode cometer delito, pois é destituída de consciência e de vontade. Os delitos praticados pela pessoa jurídica são de responsabilidade de seus dirigentes. São estes os responsáveis pelos crimes praticados pela pessoa jurídica. (SIRVINSKAS, 2001, p. 2).

Desprovida de vontade, a pessoa jurídica não pode dirigir finalisticamente uma ação, tornando-se impossível apurar o dolo e a culpa, restando excluída a imputação penal subjetiva. Além disso, não possui capacidade de culpabilidade. Segundo Evânio Moura: “A culpabilidade no Brasil sempre esteve vinculada à capacidade de vontade, razão pela qual somente o homem, que é dotado de capacidade de vontade, pode praticar ilícitos penais” (MOURA, 2018, p.7).

⁵ Tal teoria defende que a pessoa jurídica é uma criação artificial do Estado por meio da lei, logo ela não poderia ser titular de relações jurídicas ou de direitos subjetivos, já que para esta corrente tais prerrogativas são exclusivamente de pessoas naturais.

Os críticos também apontam que há uma quebra do axioma *societas delinquere non potest*, e uma possível infração ao princípio do *nullum crimen sine conducta*. Zaffaroni e Pierangeli afirmam que

em nossos dias, as penas impostas às coisas e aos animais têm um puro valor histórico, mas um dos caminhos pelos quais atualmente se nega ou pretende-se negar o princípio de que não há delito sem conduta é a pretensão de punir as pessoas jurídicas, particularmente as sociedades mercantis, sob o argumento político-criminal do auge da delinquência econômica". (ZAFFARONI E PIERANGELI, 1999, p. 409).

A despeito disso, como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Tão importante é a importância que o legislador originário conferiu à proteção ao meio ambiente, que o art. 225, § 3º da Constituição Federal estabelece sanções penais e administrativas para pessoas físicas e jurídicas que cometam atos lesivos ao meio ambiente, independentemente da obrigação de reparar o dano causado. Em harmonia com o referido dispositivo constitucional, o já mencionado art. 3º da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) dispõe que as pessoas jurídicas devem ser penalmente responsabilizadas nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou em benefício da sua entidade, sem, contudo, excluir a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

A interpretação de tais diplomas legais sofreu recentes modificações, tornando-se prescindível o condicionamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica à responsabilidade da pessoa física. O paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, de 06 de agosto de 2013, de relatoria da ministra Rosa Weber, evidencia as transformações ocorridas nesse plano. Em seu voto, a relatora defende a quebra do antigo posicionamento da jurisprudência que adotava a teoria da "dupla imputação", exigindo-se a identificação e persecução concomitante da pessoa física para o curso de ação penal em face da pessoa jurídica.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal permitiu que se processasse na esfera penal, exclusivamente, a pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física em relação ao crime ambiental, considerando que em uma sociedade de complexas organizações empresariais, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nem sempre é possível, pois os atos destas pessoas podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos, o que dificulta a identificação ou punição dos responsáveis. O Supremo Tribunal Federal, diante da dificuldade de identificar a pessoa física e, conseqüentemente, o dolo ou a culpa, optou, em verdade, pela responsabilidade penal objetiva decorrente da mera causação de um resultado pelo empreendimento da pessoa jurídica. É, noutras palavras, a porta aberta para a adoção da responsabilidade objetiva também na esfera do Direito Penal.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio ainda carece de uma regulamentação mais específica a esse respeito. Nota-se que existem muitas lacunas legais, o que impossibilita uma aplicação eficaz do comando constitucional, conforme explica Luiz Regis Prado,

em nosso País deu-se o contrário, visto que o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para tal propósito (PRADO apud SIRVINSKAS, 2001, p.7).

O legislador infraconstitucional buscou regulamentar melhor a matéria, estabelecendo quais seriam as penas aplicáveis aos entes morais. A Lei 9.605, de 12/02/1.998, estipula as seguintes penas: a) multa (art. 21, I); b) restritivas de direitos (art. 21, II); c) prestação de serviços à comunidade (art. 21, III); d) desconsideração da personalidade jurídica (art. 4.º); e, e) liquidação forçada da pessoa jurídica (art. 24). Porém, tais dispositivos não se mostram suficientes para solucionar todas as questões que entravam a imputação penal das pessoas jurídicas. É necessário salientar que há uma grande dificuldade jurídica na aplicação das penalidades supracitadas já que elas estão contidas apenas na parte que

trata da “Aplicação da Pena” (Capítulo II), não constando dos tipos penais previstos no Capítulo V. Devido a essa estrutura normativa, critica-se a ampla discricionariedade dada ao juiz no momento de escolher a pena que será aplicada ao crime em espécie praticado. Além disso, surgem incertezas a respeito dos parâmetros que seriam utilizados pelo juiz na dosimetria e aplicação da pena, já que não existem critérios estabelecidos pelo legislador. Desta forma, o juiz ficaria totalmente responsável por escolher qual a pena deve ser aplicada ao caso concreto e os seus critérios de dosimetria, pois as penas estabelecidas no preceito secundário dos tipos penais são, como regra, privativas da liberdade, de reclusão ou de detenção, incompatíveis com as pessoas jurídicas.

Diante de todos os pontos apresentados, depreende-se que é necessária uma nova abordagem da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, abandonando antigos conceitos enraizados no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Seria muito importante a elaboração de um capítulo no projeto do novo Código Penal destinado exclusivamente às pessoas jurídicas, descrevendo critérios próprios de imputação da conduta, bem como critérios para uma dosimetria da pena justa e proporcional, evitando incertezas jurídicas e a discricionariedade judicial.

4. PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL E O PAPEL DA DOCTRINA COMO AGENTE NO CAMPO JURÍDICO

O projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012), em tramitação no Senado Federal, foi elaborado por uma Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça. O projeto prevê novas regras gerais que deverão ser aplicadas a outras leis que tratam de matéria penal, dentre estas, a responsabilização penal da pessoa jurídica de direito privado pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que o ilícito seja cometido por

decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Assim, o projeto ratifica posição do STF no tocante à prescindibilidade da verificação de responsabilidade penal da pessoa física para atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica. Outra importante mudança oportunizada pelo projeto é a definição das penas a que se sujeitariam as pessoas jurídicas, descartando somente as penas privativas de liberdade, pois, à obriedade, são incompatíveis com a própria natureza dos entes morais. Tal mudança ainda deixa dúvidas a respeito de qual teoria do delito será adotada para fundamentar imputação penal, pois, como vimos, a Teoria Finalista não alcança essa nova dimensão delitiva protagonizada pelas pessoas jurídicas. Assim, tal lacuna poderá gerar óbices à aplicação de normas penais relativas a entes coletivos, demandando uma atuação supletiva do juiz, como ocorreu no art. 3º da Lei n.º 9.605/98.

Existem reiteradas intervenções judiciárias no sentido de criminalizar condutas específicas de pessoas jurídicas, cujo exemplo pode ser visualizado no paradigmático processo n.º 0002725-15.2016.4.01.3822, que tramita perante a 1ª Vara Federal de Ponte Nova – Minas Gerais. No caso em questão, a Samarco S/A, entre outros réus, é submetida a um processo de competência do Tribunal do Júri, pelas mortes de dezoito pessoas por ocasião do rompimento da barragem de propriedade da empresa, na cidade de Mariana/MG. Trata-se, portanto, de um caso emblemático, tanto do ponto de vista social, quanto do ponto de vista dogmático penal, razão pela qual devemos acompanhar o seu desfecho de modo a verificar os argumentos jurídicos trazidos para a imputação penal da pessoa jurídica Samarco S/A.

Desse modo, parece-nos existirem duas direções que o Direito Penal brasileiro pode seguir. A primeira é solidificar a ideia de que não há espaço para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em razão das inconsistências aqui expostas, encerrando-se essa discussão; a segunda é compreender a sociedade como um “corpo social” em constante mudança e que requer uma resposta mais maleável do Direito no que concerne a seus

dogmas e paradigmas, de modo a acomodar a responsabilização penal dos entes morais. Acreditamos nesta última direção, todavia ainda existem lacunas importantes a serem colmatadas pelo Direito Penal brasileiro por meio da adoção de uma teoria de imputação que seja capaz de levar a efeito, com segurança jurídica e precisão normativa, aquela pretendida acomodação, tarefa, como já analisado, impossível para a Teoria Finalista do Delito.

Encontra-se na doutrina (MACHADO, 2005) a figura da “conduta social” como base fundamentadora da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A “conduta social” da pessoa jurídica tem a ver com a sua própria atuação no seio social, ou seja, tudo aquilo que é realizado por ela enquanto sujeito atuante na sociedade através da realização de obras, contratos, empreendimentos de grande monta *etc.*

Machado (2005, *apud* MEDEIROS, *s/d*) explica que “a vontade não seria aqui algo resultante da existência natural humana, mas de uma existência em um plano sociológico, que permite à empresa manifestar-se em uma vontade pragmática.” Neste sentido, o agir da pessoa jurídica se desloca do foco da vontade psíquica, que é própria daqueles que dirigem finalisticamente suas ações, os seres humanos.

Nesta toada, percebe-se que a “conduta social” da pessoa jurídica é valorada a partir de uma perspectiva sociológica, cujos fundamentos ainda não foram explorados pelos tribunais superiores nos julgados em que discutiram a responsabilidade penal da pessoa jurídica⁶.

Como estudado acima, o campo jurídico é um lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, do qual resultam práticas e discursos originados das relações de força que dão sua estrutura e das obras jurídicas que definem seus limites. A partir daí, Bourdieu aponta que as práticas jurídicas são definidas pela relação do campo jurídico com as demandas da sociedade, apontando uma incongruência entre essas duas

⁶ Destacamos os seguintes julgados: **RE 548181-PR**, julgado pelo STF em 6/8/2013, com relatoria da Min. Rosa Weber e **RMS 39.173-BA**, julgado pelo STJ em 6/8/2015, com relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca.

esferas. Devido ao seu caráter universal, as normas jurídicas não necessariamente se adequam às demandas sociais; por vezes essa relação é diversa, conflitiva e contraditória.

Como la práctica religiosa, la práctica jurídica se define por la relación entre el campo jurídico, origen de la oferta jurídica que se genera por la rivalidad entre los profesionales del derecho, y la demanda de los profanos, que está siempre parcialmente determinada por el efecto de la oferta. Hay una confrontación constante entre las normas jurídicas ofrecidas, que se presentan como universales, al menos en su forma, y la demanda social, necesariamente diversa, conflictiva y contradictoria, que está objetivamente inscrita en las prácticas mismas ya sea en estado actual o en estado potencial (en este último caso bajo la forma de transgresión o de innovación de la vanguardia ética o política) (BOURDIEU, 2000, p.202).

Nesse sentido, o papel dos juristas é realizar um trabalho de racionalização e formalização do corpo de regras de uma sociedade, de modo a conferir coerência e consistência de um conjunto sistemático de princípios e regras indispensáveis à série de atos de jurisprudência sucessiva⁷. (BOURDIEU, 2000, p.174). Aqui, cabe destacar o importante papel da doutrina ao sistematizar e definir os contornos pelos quais tanto o Judiciário quanto o Legislativo deverão se pautar; mas podemos ir além, cabe à doutrina também o importantíssimo papel de analisar as práticas dessas categorias, de modo a apontar soluções e encontrar instrumentos para o desempenho das funções por elas exercidas.

É justamente nesse sentido que Bourdieu afirma que pertence aos estudiosos do Direito, pelo menos dentro da nossa tradição Romano-Germânica, não o papel de descrever as práticas existentes ou as condições para a aplicação de regras já em conformidade, mas dar forma aos princípios e regras usadas nessas práticas, elaborando um corpo de regras baseado

⁷ Tradução livre: "Por su parte, los juristas, mediante el trabajo de racionalización y de formalización al que someten el cuerpo de normas, representan la función de asimilación, adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y la constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas irreductibles a la serie a veces contradictoria, compleja y, a la larga, imposible de conocer con detalle, de los actos de jurisprudencia sucesivos."

em princípios racionais e visando receber uma aplicação universal⁸ (BOURDIEU, 2000, p.175). Desse modo, ao não enfrentar diretamente a necessidade de adequação da teoria da ação ao contexto atual de penalização das pessoas jurídicas, a doutrina deixa de cumprir seu papel e passa da posição de um agente modificador da estrutura para a posição de mero espectador do campo jurídico.

Ora, se existe uma demanda social tão forte quanto foi apresentada neste trabalho, a doutrina deve debruçar-se sobre esta temática, de modo a esgotar o assunto, até que os critérios da responsabilidade penal de pessoas jurídicas se revistam de um mínimo razoável de segurança jurídica e de clareza científica. Não é razoável que o Ministério Público denuncie e jurisprudência pátria afirme a responsabilização penal das pessoas jurídicas sem se desincumbirem do ônus argumentativo de suas opções no campo dogmático, limitando-se apenas ao argumento de que há uma enorme dificuldade de identificação das pessoas físicas que atuam em nome e em benefício das pessoas jurídicas.

Se pelos motivos apresentados, não há um consenso doutrinário acerca da possibilidade desta responsabilização, então que se adote um novo conceito de conduta, não mais focado na conduta humana, mas centrada em um modelo de penalização de empreendimentos socialmente reprováveis, como sinalizou Machado (2005) em sua obra.

5. CONCLUSÃO

Por mais que o tema tratado neste estudo esteja longe de ser superado, esperamos ter cumprido o objetivo de demonstrar, mesmo de modo tímido, que a Teoria Finalista da Ação é incompatível com a

⁸ Tradução livre: "Pertenece a los estudiosos del derecho, al menos dentro de la tradición conocida como romano-germánica, no describir las prácticas existentes o las condiciones para la aplicación de las reglas declaradas conformes, sino dar forma, a los principios y a las reglas usadas en estas prácticas, elaborando un cuerpo sistemático de normas fundadas en principios racionales y destinadas a recibir una aplicación universal."

responsabilização penal das pessoas jurídicas. Assim, apontamos a necessidade de a doutrina jurídica se debruçar sobre o tema, de modo a encontrar um novo conceito de conduta que englobe tal imputação.

Partimos da análise do conceito de campo de Pierre Bourdieu, que nos indicou a existência de relações de poder dentro desses campos. Especificamente no campo jurídico, a luta é pelo direito de se dizer o direito e os vários atores envolvidos desempenham funções diferentes e complementares.

No segundo capítulo abordamos a conceituação da Teoria Finalista do Delito, adotada pelo Código Penal Brasileiro, desvendando suas principais características, analisando seus elementos fundamentais e seu modelo de imputação. Para isso, apresentamos os conceitos de dolo, culpa, e também de culpabilidade. Posteriormente, ainda no segundo capítulo, percebemos a incompatibilidade da teoria com a imputação penal das pessoas jurídicas, destacando os pontos em que há divergência. Para tal, examinamos a legislação brasileira referente à matéria, destacando o art. 225, § 3º da Constituição Federal e o art. 3º da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), apontando suas eventuais lacunas. Além disso, perpassamos pelo paradigmático Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, que foi responsável por recentes alterações na interpretação desses dispositivos legais. Mediante as considerações feitas, chegamos à conclusão de que há necessidade de uma nova abordagem da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sendo de grande importância a elaboração de um capítulo no projeto do novo Código Penal, destinado exclusivamente às pessoas jurídicas.

Por fim, apontamos brevemente as alterações que devem ser trazidas pelo novo Código Penal brasileiro, cuja tramitação corre no Senado Federal, e a urgente necessidade de se discutir a teoria da qual ele (o novo Código Penal) necessita derivar no campo da responsabilização das pessoas jurídicas. Desse modo, apontamos o papel da doutrina no campo jurídico, e como ela é ainda falha no sentido de se elucidar algo que já se torna presente em nosso ordenamento jurídico e nas decisões dos tribunais pátrios.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.**

Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1.** 15ª

Ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho.** Estudo preliminar e tradução Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica**

do campo científico. Texto revisado pelo autor com a colaboração de Patrick Champagne e Etienne Landais, tradução Denice Barbara Catani. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução Fernando Tomaz. Rio de

Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª ed. Lúmen

Juris. Rio de Janeiro, 2007.

GRECO, Luís Filipe Maksoud. **Introdução à dogmática funcionalista do**

delito: Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema jurídico-penal”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 32, n. 4, 2000.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal:**

uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. **Direito Penal na “sociedade mundial de riscos”- Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo.** Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170>. Acesso em: 25 nov.2018

MOURA, Evânio. **Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais.** Revista dos Tribunais, v. 987/2018, p. 217 – 240, jan. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução de Luiz Octávio de Oliveira Rocha. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Lei 9.605/98.** Revista dos Tribunais, v. 784/2001, p. 483 - 496 , fev. 2001

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **"Questões polêmicas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais"**. Boletim do IBCCrim, n. 65, abr., 1998.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista.** 3ª ed. São Paulo, 2011.

ZAFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, Parte Geral.** 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.