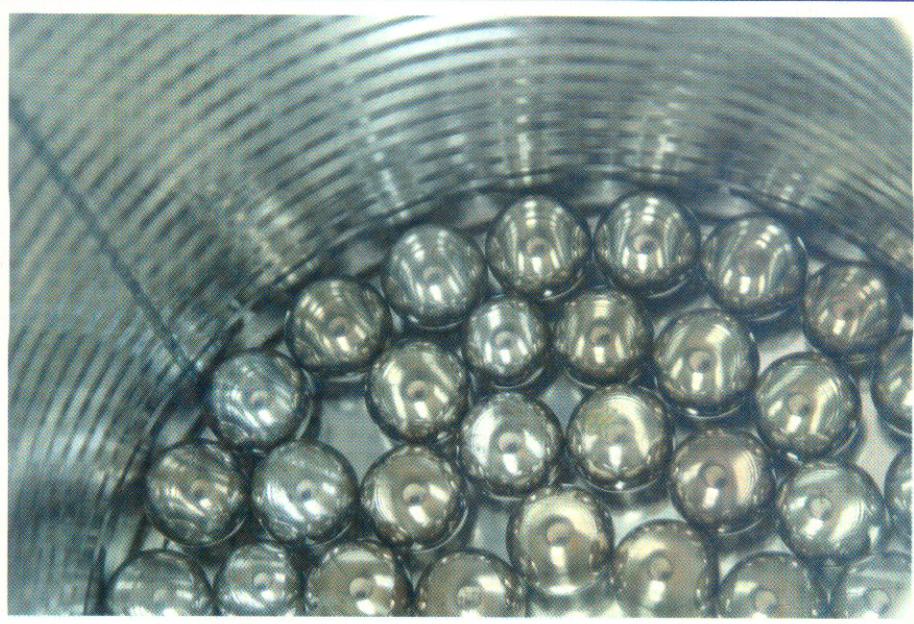


REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



127

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

127



Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras Editora*, com alterações procedidas por *Mars e Dialética*

Capa (fundo)

Detalhe da obra
“100% Azul ou Quase”,
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Duble Express

Impressão
Gráfica Palas Athena

(ABRIL - 2006)

Francisco Lobello

é o autor da fotografia reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do site
www.dialectica.com.br

canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da

Revista Dialética de Direito Tributário,
inclusive exemplar com o
Índice Cumulativo dos n°s 1 a 99.
Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialetica.com.br
Fone/fax (0xx11) 5084-4544
www.dialectica.com.br

S U M Á R I O

Doutrina

Daniel Zanetti Marques Carneiro - Contribuição previdenciária: da retenção de 11% do art. 31 da Lei nº 8.212/91 com relação às empresas optantes do Simples (Lei nº 9.317/96)

1. Introdução.
2. Do pagamento mensal unificado da Lei nº 9.317/96.
3. Da retenção de 11% de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91 (LCPS).
4. Da possível incompatibilidade e inadequação entre os diferentes regimes.
5. A proposta de solução interpretativa.
6. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
7. Conclusão.

7

Douglas Yamashita - Desconsideração da personalidade jurídica abusiva em Direito Tributário e Previdenciário à luz do art. 129 da Lei 11.196/05

- I - Principais questões.
- II - Beneficiários do art. 129 da Lei 11.196/05.
- III - Contexto socioeconômico do art. 129.
- IV - Contexto administrativo-jurisprudencial do art. 129: precedentes de desconsideração da personalidade jurídica.
- V - Abuso de personalidade jurídica em Direito Tributário e Previdenciário.
- VI - Conclusão.

15

Hugo de Brito Machado - Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

1. Introdução.
2. Especificidade do Direito Penal.
3. A responsabilidade.
4. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas.
5. Síntese de nosso ponto de vista.
6. Conclusões.

24

João Dácio Rolim e Daniela Couto Martins - ICMS - manutenção de créditos relativos a bens do ativo permanente na hipótese de comodato

- Introdução.
- I - Da natureza jurídica do ICMS - imposto sobre o consumo.
 - II - Do aproveitamento de créditos de bens destinados ao ativo permanente.
 - III - Remessa dos bens do ativo permanente para fora do estabelecimento, a título de comodato.
 - IV - Possibilidade de aproveitamento dos créditos em razão da natureza dos bens.
 - V - As legislações estaduais de alguns Estados (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais).

47

Marcos André Vinhas Catão - Tributação de stock options

1. O contrato atípico de stock options e seu objeto.
2. Stock options no Direito brasileiro.
3. Natureza jurídica dos stocks options.
4. Requisitos subjetivos e objetivos dos stock options.
5. A tributação dos stock options no imposto de renda.

57

Paulo Nelson Lemos Basto Nascimento - Contribuições previdenciárias - receitas decorrentes da exportação de produtos rurais e agroindustriais intermediada por tradings

1. Introdução.
2. O total descabimento da imposição tributária ora fustigada.
3. Conclusão.

68

Rogério Pires da Silva - Alíquotas interestaduais do ICMS em prestações de serviços de comunicação e a Lei Complementar nº 102/00

- I - Introdução: disciplina constitucional do ICMS na prestação de serviço de comunicação interestadual.
- II - A Lei Complementar nº 102/00 e o novo § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96.
- III - A relevância dos domicílios do tomador e do prestador no conceito de prestação interestadual de serviço de comunicação, e a irrelevância do “trajeto” da comunicação.
- IV - A constitucionalidade do § 6º do art. 11 da LC nº 87/96, inserido pela LC nº 102/00.
- V - Conclusão.

73

Sacha Calmon Navarro Coêlho, Igor Mauler Santiago e André Mendes Moreira - A constitucionalidade das tarifas aeroportuárias e da contribuição de intervenção no domínio econômico sobre elas incidente

1. A constitucionalidade das tarifas aeroportuárias cobradas pela Infraero. Possibilidade de incidência do Ataero sobre elas.
2. A constitucionalidade do adicional de tarifas aeroportuárias - Ataero.
3. Conclusões.

80

Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas

Hugo de Brito Machado

1. Introdução

O tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas tem despertado grande interesse, tanto no âmbito da doutrina do Direito Penal como entre os que se preocupam com questões de política criminal, como registra José de Faria Costa, ilustre Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nestes termos:

“O estudo da responsabilidade penal das empresas e dos seus órgãos tem, mormente nas últimas décadas, constituído um ponto saliente da doutrina penal. Preocupação, adiante-se, que não se circunscreve ao plano da estrita produção acadêmico-científica, antes se estende à zona onde se afeiçoam e concertam algumas das linhas mestras da política criminal comum entre nações de idêntica raiz cultural e civilizacional. Projecção esta que se pode perfeitamente supreender, por exemplo, no cuidadoso estudo que instâncias internacionais de particular relevo e de enorme influência dentro do nosso espaço jurídico-cultural, designadamente o Conselho da Europa, põem no tratamento de uma tal questão. É, por outro lado, também indiscutível que aqueles estudos dogmáticos e aquelas outras directrizes de raiz político-criminal não deixam, por toda a parte, de encontrar eco, mais ou menos intenso, nos trabalhos legislativos mais recentes.”¹

Como ocorre com as questões jurídicas em geral, a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pode ser tratada no plano da Teoria do Direito Penal em geral, ou no plano do Direito Penal positivo, vale dizer, tendo-se em vista as particularidades de cada ordenamento jurídico. E quando nos situamos no plano do Direito positivo é inadmissível o transplante, puro e simples, de lições da doutrina estrangeira, que podem ser acertadas em face do ordenamento jurídico que as inspirou e não o ser em face do ordenamento que estamos a examinar.

Assim, temos de considerar especialmente o nosso ordenamento e a doutrina com base no mesmo elaborada. A doutrina estrangeira é importante na medida em que nos revela a experiência de outros povos, nem sempre semelhante à



Hugo de Brito Machado
é Desembargador
Federal aposentado do TRF da 5ª Região,
Professor Titular de Direito Tributário da UFC, Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários, Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, da Academia Internacional de Direito e Economia, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e da International Fiscal Association.

¹ José de Faria Costa, “A Responsabilidade Jurídico-penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a Alteridade nas Pessoas Colectivas, à Luz do Direito Penal)”, *Temas de Direito Penal Econômico*, organizador Roberto Podval, RT, São Paulo, 2001, pp. 158/159.

nossa. Mas é mister não esquecermos que a doutrina é ou deve ser sempre construída a partir da Constituição e das leis do país, de sorte que muitas vezes a doutrina estrangeira há de ser vista sempre com reservas.

Por isto mesmo, embora fazendo referências a doutrinadores de outros países, neste estudo vamos examinar a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas tendo em vista o que de pertinente está em nossa Constituição e em nossas leis. Especialmente quanto ao que nos parece fundamental na caracterização do Direito Penal.

Faremos algumas incursões no plano da Política Jurídica, avaliando a conveniência de adotarmos a responsabilidade penal das pessoas jurídicas como instrumento para o controle das práticas ilícitas, pois em face de tantas e tão respeitáveis manifestações sustentando essa tese, o assunto está a merecer cuidadoso exame.

2. Especificidade do Direito Penal

2.1. Destinatários das normas penais

As normas do Direito Penal, especialmente no Brasil, dirigem-se ao ser humano. Basta a leitura do Código Penal para que nenhuma dúvida possa existir a esse respeito. Como afirmam, com inteira propriedade, Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez,

“o direito penal somente pode dirigir seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim. Assim, lastrei-se o direito penal na voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final.”²

Isto não quer dizer que a pessoa jurídica deixe de ser considerada no controle das práticas ilícitas. É inegável que muitas práticas ilícitas ocorrem no âmbito das empresas e nem sempre é possível individualizar a conduta da pessoa natural a ser por tais práticas responsabilizada. Mas isto não significa que se deva atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, pois existem outros instrumentos para o controle dessas práticas, mesmo no campo das sanções jurídicas. A norma especificamente de Direito Penal deve ser dirigida ao ser humano. Nisto reside uma de suas características essenciais. Por isto mesmo vale aqui a advertência feita com inteira propriedade por Rodrigo Sánchez Rios:

“Se por um lado resta evidente a necessidade de aplicar sanções aos abusos cometidos por sociedades anônimas e demais entes societários, por outro há que se indagar se estas sanções devem ser de natureza penal.”³

O Direito Penal é, sem dúvida, um instrumento universalmente utilizado no controle social. Entretanto, devemos admitir que a sua utilização nem sempre é possível ou adequada em todos os casos, e assim muita vez pode ser que o instrumento de controle social deva ser buscado em outros ramos do Direito.

Como a seguir vamos demonstrar, existe uma responsabilidade especificamente penal, ao lado de outras formas de responsabilidade, todas elas destinadas a via-

² Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez, *Direito Penal - Parte Geral*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 9.

³ Rodrigo Sánchez Rios, “Indagações sobre a Possibilidade da Imputação Penal à Pessoa Jurídica no Âmbito dos Delitos Econômicos”, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, livro de autoria coletiva elaborado sob a coordenação de Luiz Régis Prado, RT, São Paulo, p. 183.

bilizar o controle social. Não existem razões que justifiquem a responsabilidade penal se não estiverem presentes os seus pressupostos.

2.2. Os pressupostos da responsabilidade penal

Ao cogitarmos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas estamos admitindo que existe uma responsabilidade especificamente penal. Sabemos que a responsabilidade é a sujeição à sanção, e então temos de demonstrar que existe uma sanção especificamente penal. Só assim poderemos considerar como responsabilidade especificamente penal a sujeição a uma sanção especificamente penal.

A questão de saber se existe uma sanção especificamente penal leva-nos ao exame de uma outra questão que é a de saber se existe um ilícito especificamente penal. Em outras palavras, devemos examinar se existe distinção entre o que denominamos ilícito civil, ou administrativo, e ilícito penal, porque é razoável supor que há uma estreita relação entre o ilícito e a sanção que ao mesmo corresponde.

Isto, porém, não quer dizer que não existindo um ilícito especificamente penal não possa existir uma sanção especificamente penal. Afinal de contas a sanção é uma consequência do ilícito, mas a questão de saber qual a sanção mais adequada a um ilícito é uma questão de política jurídica. O legislador pode, com relativa liberdade, optar por uma sanção penal ou por uma sanção de outra natureza, para um mesmo ilícito. De todo modo, é possível afirmar-se que a responsabilidade penal tem como pressupostos a) a conveniência em cominar-se para um ilícito uma sanção penal, e b) a viabilidade de cominação de uma sanção especificamente penal.

Realmente, é inútil a atribuição de responsabilidade que se qualifica como penal apenas porque o ilícito ao qual corresponde foi pela lei qualificado como ilícito penal. É importante que a atribuição de responsabilidade penal ocorra apenas nos casos em que a sanção seja especificamente penal, vale dizer, uma sanção utilizada exclusivamente no âmbito do Direito Penal.

2.3. O ilícito e a sanção

O ilícito caracteriza-se como uma conduta contrária ao prescrito pelo Direito. Toda e qualquer conduta está no campo da licitude ou no campo da ilicitude. Se for uma conduta conforme o prescrito estará no campo da licitude. Se for uma conduta contrária ao prescrito estará no campo da ilicitude. Cabe ao Direito definir o lícito e o ilícito de sorte que a qualificação de qualquer conduta como lícito ou como ilícito é sempre possível, esteja ou não referida em uma norma jurídica. Não existe conduta nenhuma no mundo que escape à qualificação jurídica de *lícito*, ou de *ilícito*, desde que se admita que o lícito não se confunde com o legal.

É lícito tudo o que a lei explicitamente permite, mas é lícito também tudo o que a lei não proíbe porque, ao não proibir, implicitamente permite. É ilícito tudo o que a lei proíbe. Assim é em princípio, especialmente no âmbito do Direito privado. No âmbito do Direito Público o que a lei não autoriza é proibido. Podemos dizer então que o campo do lícito coincide com o campo do legal.⁴ No âmbito deste estudo de-

⁴ Realmente, em se tratando de saber o que pode uma autoridade fazer, o que é de sua competência, em princípio o lícito coincide com o legal. É lícito fazer o que a lei autoriza. Se a lei não autoriza há proibição. É diferente do que ocorre em se tratando de atuação do indivíduo no âmbito do Direito Privado, onde o que a lei não proíbe é permitido.

finimos o *ilícito* como *não-prestação*, e sua consequência como *sanção*. O Direito vincula à *não-prestação* uma consequência indesejável. É a *sanção*.

Na linguagem utilizada na Teoria Geral do Direito diz-se: *dado o fato temporal deve ser a prestação e dada a não-prestação deve ser a sanção*.

2.4. As espécies de sanção

As sanções são de várias espécies e são inúmeras as classificações possíveis, posto que são muitos os critérios que podem ser adotados e a partir de cada critério se pode ter uma classificação diferente, com a indicação de diferentes espécies de sanções. Vamos cogitar aqui apenas das sanções ditas cíveis, ou administrativas, e das sanções penais.

Por outro lado, a classificação das sanções, como as classificações de figuras jurídicas em geral, quando atinentes ao Direito positivo, deve ser formulada em face de cada ordenamento jurídico. Assim, neste estudo daremos especial atenção ao estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, e em face deste é que vamos distinguir as sanções cíveis ou administrativas das sanções penais, para que possamos afinal identificar a responsabilidade especificamente penal.

2.5. Ilícito civil ou administrativo e ilícito penal

A doutrina é praticamente pacífica no sentido de que não existe uma distinção ontológica, de essência, entre o ilícito civil ou administrativo e o ilícito penal. No dizer de Magalhães Noronha:

“Várias teorias têm sido excogitadas para se traçar uma linha divisória entre o ilícito penal e o civil; porém nenhuma delas satisfaz, nenhuma resistiu às críticas que lhe foram opostas.

Realmente, não há distinção ontológica entre o delito penal e o delito civil. A ilicitude é uma só. Em regra devia importar sempre uma pena, porém esta é um mal, não só para o próprio Estado, obrigado a gastos e dispêndios.

Conseqüentemente, toda vez que a ordem jurídica se contenta com sanção diversa da penal, não há razão para não ser aplicada.

O problema é antes valorativo. A sanção penal destina-se, em regra, às ofensas de maior vulto, que mais seriamente atentam contra interesses sociais. Cabe ao legislador a valoração do bem jurídico, determinando quais os que devem ficar sob a égide da sanção extrema que é a pena.

Diferença de essência não apresentam, assim, os dois ilícitos. A distinção reside na gravidade da violação à ordem jurídica.

Diga-se o mesmo do ilícito administrativo.”⁵

Não havendo, como efetivamente não há, distinção ontológica entre o ilícito civil ou administrativo e o ilícito penal, conclui-se que a qualificação de um ilícito como crime é, como já afirmamos, um problema de política jurídica.

Há, é certo, quem sustente a existência de um conceito material de crime:

“O conceito material do crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. É certo que sem descrição legal nenhum

⁵ E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. 1, 29ª edição, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 104.

fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer um critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria a seu livre alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertaris* dos cidadãos.⁶

Que deve haver um norte para o legislador não há dúvida. Qual é esse norte, eis a questão. A gravidade do ilícito, definida pela valoração do bem jurídico por ele atingido, é sem dúvida um excelente norte para o legislador. Norte que embora nem sempre seja observado sempre está a indicar os casos de ilícitos efetivamente mais graves, como é o caso do homicídio, do latrocínio, do seqüestro, e tantos outros que constituem por assim dizermos o quadro dos ilícitos universalmente qualificados como ilícitos penais.

Além disto, resta sempre o critério formal que nos permite conceituar como ilícto penal o ilícto como tal definido pelo legislador, e assim passarmos ao exame da questão de saber se existe sanção que possamos qualificar como especificamente penal, que seria simplesmente a consequência de um ilícto definido em lei como ilícto penal, mas uma sanção que não é cominada a outras espécies de ilícto. Uma sanção que constitua, podemos assim dizer, uma peculiaridade do Direito Penal.

2.6. Ilícto especificamente penal

Embora não exista uma distinção ontológica entre o ilícto penal e o ilícto de outra natureza, certo é que alguns ilícitos são, repita-se, universalmente qualificados como ilícitos penais. Dentre eles vamos tomar como exemplo o homicídio. Um exemplo, aliás, muito eloquente porque se trata de um tipo de fácil compreensão e de prática universal em todos os tempos. Assim, podemos dizer que o controle social consistente na imposição de sanção a quem o comete constitui o núcleo do Direito Penal.

De igual modo e pela mesma razão podemos dizer que a sanção correspondente ao homicídio é especificamente penal e com ele integram o núcleo do Direito Penal. E por isto mesmo nos parece que só devemos cogitar da responsabilidade penal quando essa responsabilidade possa integrar o núcleo do Direito Penal, no sentido de que não pode ser substituída por outra forma de responsabilidade, vale dizer, por responsabilidade de outra natureza.

Em outras palavras, o que pretendemos dizer é que somente se deve cogitar de responsabilidade penal para os casos nos quais seja possível, em tese, cogitar de uma sanção especificamente penal.

2.7. Sanção especificamente penal

Com certeza as sanções previstas na lei penal são, em certo sentido, sanções especificamente penais. Nem todas elas, porém, são sanções exclusivas do Direito Penal, porque presentes em outros ramos do Direito. Assim, quando aqui nos referimos a sanção especificamente penal o fazemos no sentido de sanção exclusivamente penal, vale dizer, sanção que constitui especificidade do Direito Penal.

⁶ Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, vol. 1, 17^a edição, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 133.

Não existe fora do Direito positivo um critério que nos permita afirmar a especificidade de uma sanção exclusivamente penal. Como já afirmamos, o legislador tem liberdade para cominar sanções as mais diversas para os cometimentos ilícitos, de sorte que somente à luz do Direito posto é que podemos identificar a natureza de cada uma delas.

Em nosso Direito positivo atual podemos dizer que a sanção civil, ou administrativa, por excelência, é a execução forçada, ou adoção de meios coercitivos para compelir o devedor à prestação jurídica a que está juridicamente obrigado. Já a sanção penal por excelência é a pena prisional, vale dizer, a privação da liberdade corporal, ou liberdade física.

Um exame do nosso ordenamento jurídico revela com facilidade que em nosso Direito Penal predominam as sanções de natureza pessoal, entre as quais a mais importante é, sem dúvida, a privação da liberdade física. Assim, podemos afirmar que a privação da liberdade física constitui sanção especificamente penal.

2.8. Natureza da sanção e competência para aplicá-la

Em nosso sistema jurídico a distinção entre uma sanção cível e uma sanção penal pode ser estabelecida pelo critério da autoridade competente para a respectiva aplicação. As sanções penais, ou criminais, somente podem ser aplicadas pela autoridade judiciária, enquanto as sanções cíveis ou administrativas, em princípio, podem ser aplicadas pela autoridade administrativa.

É certo que a sanção cível por excelência, vale dizer, a execução forçada da obrigação, só pode ser aplicada pela autoridade judiciária. E por isto mesmo as penas pecuniárias, ou multas de natureza administrativa, embora possam ser aplicadas pela autoridade administrativa que constitui o crédito respectivo, só se tornam efetivas com a intervenção da autoridade judiciária, na execução fiscal correspondente. Isto, porém, não invalida a distinção, até porque também as sanções penais de natureza pecuniária somente se efetivam, vale dizer, somente podem ser cobradas, através do processo de execução.⁷

Seja como for, em nosso sistema jurídico a aplicação das sanções penais ou criminais compete à autoridade judiciária e o procedimento a ser observado é, salvo disposição legal especial em sentido diverso, o Código de Processo Penal. Já a aplicação das sanções cíveis ou administrativas tanto pode ser atribuição da autoridade judiciária, como da autoridade administrativa.

É relevante salientarmos que existem na Constituição Federal dispositivos que tornam privativa da autoridade judiciária a competência para aplicar as sanções que consubstanciem restrições ou a privação da liberdade física,⁸ e, assim, tais sanções não podem ser utilmente definidas como cíveis ou administrativas. Já as sanções de natureza patrimonial, como as multas, assim como as interdições de certos direitos, podem ser aplicadas pela autoridade administrativa. Assim, o legislador é livre para

⁷ STJ, 1ª Seção, Conflito de Atribuições nº 107/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22.08.2001, DJU de 24.09.2001, p. 228; RSTJ nº 151, p. 39.

⁸ Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos LXI, LXII e LXV, entre outros.

cominar tais sanções tanto aos ilícitos cíveis ou administrativos, como aos ilícitos penais. E desta forma chegar-se-ia à conclusão de que o legislador é livre para definir como crime qualquer tipo de ilícito e cominar a quem o pratica qualquer espécie de sanção. Mesmo assim, porém, tendo-se em vista que somente a autoridade judiciária pode impor sanções privativas da liberdade, pode-se concluir, repita-se, que no Direito brasileiro vigente as sanções prisionais são sanções especificamente penais.

Em outras palavras, a especificidade da sanção penal pode ser afirmada, assim, tendo-se em vista a competência para sua aplicação e o direito que a mesma atinge. Quanto à competência, tem-se que esta é privativa da autoridade judiciária, e quanto ao direito atingido, tem-se que se trata do direito individual de liberdade. Entretanto, como existem outras formas de restrição à liberdade individual, além das penas propriamente prisionais, podemos dizer que a especificidade da sanção penal, quanto ao direito atingido, está presente também nas penas de prestação de serviços à comunidade, entre outras que tenham um caráter nitidamente pessoal. Podemos concluir, portanto, que são de natureza especificamente penal as sanções de natureza pessoal, embora não se possa negar a existência, em nosso Direito positivo, de sanções dessa mesma natureza fora do Direito Penal.

2.9. Responsabilidade e natureza da sanção

A perquirição sobre a responsabilidade passa pela questão de saber qual o tipo de sanção prevista para o caso. Em outras palavras, a questão de saber se alguém é ou deve ser responsável só pode ser adequadamente respondida se considerarmos a natureza da sanção que se liga àquela responsabilidade. Pode ser adequado atribuir-se a alguém responsabilidade civil porque a sanção que se liga a essa responsabilidade é patrimonial, e não ser adequado atribuir-se a essa mesma pessoa responsabilidade penal porque a sanção que se liga a essa responsabilidade é pessoal.

É indiscutível a existência de íntima relação entre a responsabilidade e a natureza da sanção com a qual se pretende desestimular a prática de certos ilícitos. O ilícito penal parece-nos ser sempre uma ação humana, e por isto mesmo pode-se afirmar que uma pessoa jurídica não pode praticá-lo. A leitura de diversos dispositivos de nossa Constituição Federal e de nosso Código Penal bem o demonstra. Por isto nos parece que a responsabilidade penal é adequada para sujeitar alguém às sanções de natureza pessoal, e não é adequada para sujeitar alguém às sanções de natureza patrimonial.

Referindo-se ao art. 34 do Código Penal argentino, Zaffaroni assevera que o mesmo se reporta claramente à ação humana, o que revela ter em face do mesmo plena vigência a fórmula segundo a qual *societas delinquere non potest*.⁹

Antes, porém, de examinarmos especificamente a questão da atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, vamos examinar melhor a questão de saber em que consiste a responsabilidade.

⁹ Eugênio Raul Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Geral III, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 58.

3. A Responsabilidade

3.1. Dever jurídico, responsabilidade e sanção

Muitos ainda não distinguem dever jurídico de responsabilidade. A distinção, porém, em muitas situações é fundamental para que se possa entender adequadamente certas questões. Sobre o assunto já escrevemos:

“O dever jurídico situa-se no mundo da liberdade jurídica. Alguém a quem a lei atribui um dever pode cumprir esse dever, ou não. No mundo dos fatos, na realidade, diante da norma que institui um dever pode dar-se tanto a *prestação* ou a *não prestação*. A norma jurídica prescreve um dever ser, que pode não ser. Tanto que a norma estabelece uma consequência para a *não prestação*, isto é, para o não cumprimento do dever. A responsabilidade situa-se no mundo da coação jurídica. É o estado de sujeição no qual a lei coloca alguém, que por isto mesmo responde pelo não cumprimento do dever, seja esse dever próprio ou alheio. A titularidade de direitos e de deveres é inerente à personalidade, por isto mesmo toda pessoa pode ser titular de direitos e de deveres na ordem civil.¹⁰ A responsabilidade é inerente à capacidade jurídica, necessária para que as pessoas possam assumir deveres e exercer direitos. Por isto mesmo existem pessoas absolutamente incapazes, e pessoas incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer.¹¹

A responsabilidade geralmente é atribuída ao titular do dever jurídico, mas pode ser atribuída a terceiros. Por isto se diz que o devedor e o responsável não se confundem. E essa distinção é muito importante sobretudo em se tratando de direitos de conteúdo patrimonial.

Existem também situações nas quais existe o dever jurídico mas não existe a responsabilidade. Em matéria penal, por exemplo, não se pode dizer que os menores, ou os loucos, não têm o dever de não praticar ilícitos. Com certeza todos, sejam penalmente capazes ou não têm o dever de adotar condutas lícitas, vale dizer, têm o dever de não cometer ilícitos penais. Entretanto, os que não são dotados de capacidade penal não são responsáveis. Por isto mesmo não se submetem às sanções correspondentes aos ilícitos que praticam.”¹²

A sanção é a consequência do ilícito, vale dizer, a consequência da *não-prestação*, ou seja, do não-cumprimento do dever jurídico. A ela, porém, só se submetem os que sejam dotados de responsabilidade.

Carlos Fontán Balestra cita doutrina de Enrique Aftalión, que se apóia na distinção entre obrigação e responsabilidade para sustentar que é perfeitamente possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica mesmo que se entenda que ela não pode cometer o crime. Segundo Balestra, Aftalión

“Critica la postura de los partidarios de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, que arguyen entre otras cosas, que su tesis es una consecuencia de las modernas teorías sobre el delito, que lo definen como una ‘acción típicamente antijurídica y culpable’. Y, frente a esta posición, que él califica de insostenible, se limita a decir lo siguiente: 1º que el argumento pierde fuerza si se recuerda que nada impide al ordenamiento jurídico disociar los conceptos de ‘obligación’ y ‘responsabilidad’, e imputar las consecuencias del acto a otro ente que el agente humano que lo realizó; 2º que si aun así subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las per-

¹⁰ Código Civil, art. 1º.

¹¹ Código Civil, arts. 3º e 4º.

¹² Hugo de Brito Machado, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2004, p. 30.

sonas jurídicas, con la llamada ‘teoría jurídica del delito’, peor para ésta! Y dice que es del caso recordar, una vez más, la célebre crítica que dirigía Von Ihering al formalismo jurídico: ‘la vida no debe plegarse a los principios sino que éstos modelarse sobre aquélla’.”¹³

A nosso ver Aftalión, um dos autores de notável obra de *Introdução ao Direito*, não tem razão quando apóia a defesa da responsabilização penal da pessoa jurídica na possibilidade de distinção entre o dever ou obrigação e a responsabilidade. Essa distinção, como formulada pela teoria egológica, é consistente. Não se presta, porém, para justificar a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas porque na verdade não basta dissociar o dever ou obrigação da responsabilidade. Além de outras razões também expostas neste estudo e mesmo dissociando-se o dever ou obrigação da responsabilidade, a responsabilização penal da pessoa jurídica exigiria que se dissociasse também a responsabilidade da sanção, o que não é razoável admitir-se, ao menos em face de um ordenamento jurídico que, como o nosso, autoriza a distinção entre a sanção especificamente penal, ou sanção exclusiva do Direito Penal.

É certo que em face da distinção entre o dever jurídico e a responsabilidade é perfeitamente possível atribuir-se a responsabilidade a pessoa diversa daquela que praticou o ilícito, vale dizer, daquela que não cumpriu o dever jurídico. Mas é importante esclarecermos que a responsabilidade não se confunde com a responsabilidade penal. Esta é apenas uma espécie daquela. E assim se esclarece que a responsabilidade penal não pode ser atribuída a pessoa diversa daquela que praticou o ilícito.

Relevante para o equacionamento da questão é a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, que se vai a seguir examinar.

3.2. Responsabilidade civil

A expressão *responsabilidade* é geralmente utilizada para identificar a responsabilidade por danos patrimoniais, ainda quando derivados esses danos de um ilícito penal, ou crime. A propósito, é interessante o registro feito por De Plácido e Silva:

“É a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à *responsabilidade criminal ou penal*. Designa a obrigação de reparar o dano, quando injustamente causado a outrem.

Pode ter como causa a própria ação ou ato ilícito, como, também, o fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável.

O emprego da expressão universalizou-se, não somente para que se distinga da responsabilidade penal, como porque, embora derivada de crime ou delito, é a responsabilidade civil trazida a discussão em juízo cível, onde é indagada, litigada e decidida.”¹⁴

Em síntese, para os fins deste estudo podemos dizer que a responsabilidade civil é a sujeição às sanções destinadas a ressarcir ou indenizar. Todas de natureza patrimonial. E que podem ser atribuídas a pessoa diversa da que tenha praticado o ilícito, vale dizer, trata-se de responsabilidade desprovida de natureza pessoal.

¹³ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, 2^a edição, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 126/127.

¹⁴ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vol. IV, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 125.

3.3. Responsabilidade penal

Responsabilidade penal, ou criminal, é a submissão às sanções destinadas a castigar, a infligir sofrimento, que somente podem ser impostas a pessoas que tenham sentimentos, capacidade de sofrer. Segundo registra De Plácido e Silva:

“Entende-se a obrigação de sofrer o *castigo* ou incorrer nas sanções penais impostas ao agente do fato ou omissão criminosa.

A responsabilidade criminal ou penal funda-se na imputabilidade do ato criminoso.”¹⁵

Como tem fundamento na imputabilidade, cuja presença depende de condições próprias da pessoa natural, a responsabilidade penal só pode ser atribuída às pessoas naturais. E realmente deve ser assim porque a responsabilidade penal é precisamente a sujeição às sanções de natureza pessoal, entre as quais se destacam as penas prisionais. Por isto mesmo já escrevemos:

“Ressalte-se que a responsabilidade penal é sempre pessoal. Pelo menos é assim na atualidade, nos países que adotam o denominado Direito Penal da culpa, que afasta inteiramente tanto a responsabilidade penal objetiva como a responsabilidade penal por fato de outrem.”¹⁶

No mundo civilizado a responsabilidade penal é estritamente pessoal. Ninguém pode ser responsabilizado penalmente por fato de outrem. Nem se admite a responsabilidade objetiva. Além disto, mesmo que se admita a possibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas, temos de examinar a questão da utilidade da sanção como instrumento de controle social, vale dizer, temos de examinar se a imposição de sanção penal às pessoas jurídicas pode ser, ou não, mais útil do que as sanções administrativas.

3.4. Utilidade da sanção

Sabemos todos que a sanção é o meio de que se vale o Direito para desestimular a conduta, ou a omissão, consistente na não-prestação. Em outras palavras, a finalidade da sanção é dar maior eficácia à norma que institui o dever jurídico. Ou ainda, em outras palavras, dar maior efetividade ao Direito como instrumento de controle social.

Assim, a sanção é útil na medida em que é eficaz. E a eficácia da sanção depende, em primeiro lugar e acima de tudo, de sua viabilidade, que contribui para que o seu destinatário acredite que ela ocorrerá. Por isto mesmo se diz que o efeito intimidativo da sanção depende mais da certeza de sua aplicação do que de sua gravidade.

É certo que a intimidação tem uma forte carga de preconceitos. A simples notícia de que alguém está sendo processado por um crime já implica sério constrangimento. Mas as sanções patrimoniais têm sua gravidade dimensionada pelo valor econômico da pena, e não pela natureza *penal* ou *administrativa*. A gravidade de uma sanção penal de natureza patrimonial não é na verdade maior do que a gravidade da sanção administrativa.

Será, portanto, mais eficaz uma sanção patrimonial cuja aplicação é mais viável, porque definida como sanção cível, ou administrativa, do que uma sanção pe-

¹⁵ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vol. IV, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 126.

¹⁶ Hugo de Brito Machado, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2^a edição, Atlas, São Paulo, 2004, p. 30.

nal, que até pode ser mais grave do ponto de vista dos preconceitos, mas tem aplicação menos provável, em face dos obstáculos decorrentes das formalidades destinadas a garantir os direitos do acusado, que a tornam de aplicação muito mais difícil.

4. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas

4.1. Manifestações doutrinárias

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas tem sido preconizada como forma de controle de certas práticas ilícitas. Há quem sustente, de forma eloquente aliás, tanto na doutrina estrangeira como na doutrina brasileira, que do ponto de vista dogmático nada impede a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, e do ponto de vista de política criminal isto é mais do que conveniente, chegando a ser uma indiscutível necessidade.¹⁷ Sustenta-se que já é tempo de abandonarmos o velho brocado segundo o qual a pessoa jurídica não pode delinqüir, pois os entes coletivos são realidades evidentes no mundo de hoje, com um vasto potencial danoso em relação à economia e ao ambiente natural, reclamando tutela jurídica para a qual o Direito Penal pode bem mostrar-se adequado.¹⁸

Sérgio Salomão Shecaira afirma incisivamente que

“A Constituição brasileira, inescondivelmente, adotou a responsabilidade penal da empresa. Ela o fez nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal. Não obstante alguns autores ainda não admitirem seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotado, com uma interpretação literal, lógico-sistêmática ou teleológica, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre há de se concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos dispositivos mencionados.”¹⁹

Manoel Rolim Campbell Penna, ilustre Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, reporta-se aos argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, citando as manifestações de Marcus Vinícius de Viveiros Dias, Ivan Lira de Carvalho e Luiz Régis Prado. E a seguir registra “argumentos a favor da responsabilidade penal da pessoa jurídica”, asseverando que

“Aos que resistem a inovar na dogmática penal atinente à culpabilidade da pessoa coletiva cabe ponderar que as fórmulas jurídicas nascem e se desenvolvem sempre visando a atender aos anseios e necessidades das sociedades humanas cujas existências se destinam a regular. É dizer: as leis existem para as sociedades, e não o contrário. O Direito é o meio. A sociedade é o fim.

Nessa linha, recorde-se que a pessoa jurídica foi concebida, e permanece, como uma ficção jurídica, que se fez necessária para viabilizar toda uma gama de relações cívicas e comerciais. Com efeito, ‘a criação da pessoa jurídica derivou de uma evolução histórica diante das necessidades emergentes. Não poderia o direito negar sua realidade. Logo, o advento de um sistema normativo regulador das atividades empresariais coletivas constituiu decorrência inexorável.’ (T.R.F. da 4ª Região - 7ª Turma - MS nº

¹⁷ Cfr. José de Faria Costa, “A Responsabilidade Jurídico-penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a Alteridade nas Pessoas Coletivas, à Luz do Direito Penal)”, *Temas de Direito Penal Econômico*, organizador Roberto Podval. RT, São Paulo, 2000, pp. 159/180.

¹⁸ Cfr. Walter Claudio Rothenburg, “A Pessoa Jurídica Criminosa”, *Revista dos Tribunais* nº 717, RT, São Paulo, julho de 1995, pp. 359/367.

¹⁹ Sérgio Salomão Shecaira, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª edição, Método, São Paulo, 2003, p. 195.

2002.0401013843-0/PR - Rel. p/ acórdão Des. Fed. Fábio Rosa, maioria - *DJU* de 26/02/2003, item I da ementa do acórdão”²⁰

Toda a argumentação desse ilustre Juiz Federal gira em torno da idéia da necessidade de modernização do Direito pois,

“assim como as fórmulas jurídicas se transformaram para admitir as responsabilidades, e respectivas punições, das empresas nos campos dos direitos civil, trabalhista, tributário, administrativo, etc., com os devidos cuidados para que a flexibilização da dogmática penal tradicional não acarrete danos irreparáveis aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, sempre inolvidáveis em seara penal, faz-se possível evoluir as teorias da conduta e da culpabilidade para a construção de fórmulas que viabilizem a responsabilização da pessoa jurídica por fatos criminosos, como já se dá na esfera ambiental”.²¹

Ney de Barros Bello Filho também se manifesta favorável à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para o ilustre Juiz Federal, a Lei nº 9.605/98 realiza o objetivo constitucional da prevenção pela tônica do Direito Criminal, a) prevendo uma responsabilidade criminal quer para a pessoa jurídica, quer para os diretores da empresa, e b) afastando os problemas de aplicabilidade que existiam em face das dificuldades da comprovação da responsabilidade dos mandantes do ilícito.²²

Sustenta que constitui obstáculo à proteção do meio ambiente sadio e equilibrado “o excessivo apego a concepções clássicas do Direito Penal, como certos dogmas da teoria da culpa ou do nexo de causalidade, ou ainda princípios da teoria geral das provas”.²³ Invoca doutrina estrangeira para sustentar a conveniência dos tipos penais indeterminados e o socorro às normas penais em branco, mitigando-se o princípio da legalidade. “A flexibilização das normas do direito penal, abandonando-se concepções absolutamente clássicas no que pertine a condutas integrantes do tipo e dimensão da responsabilidade”, seria, segundo os que assim pensam, exigências da própria evolução da sociedade.²⁴

Há, todavia, respeitável corrente doutrinária em sentido contrário. Entre as manifestações mais bem fundamentadas, contrárias à idéia da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, destacam as de José Henrique Pierangelli,²⁵ Promotor de Justiça aposentado e Professor de Direito Penal na USP, e René Ariel Dotti,²⁶ Professor Titular de Direito Penal na Universidade Federal do Paraná.

Pierangelli inclusive sustenta que os dispositivos de nossa Constituição, invocados pelos que defendem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, não au-

²⁰ Manoel Rolim Campbell Penna, “A Pessoa Jurídica como Sujeito Ativo de Delito”, *Direito Federal* nº 81, Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, 3º trimestre de 2005, p. 167.

²¹ Manoel Rolim Campbell Penna, “A Pessoa Jurídica como Sujeito Ativo de Delito”, *Direito Federal* nº 81, Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, 3º trimestre de 2005, p. 168.

²² Cf. Ney de Barros Bello Filho, “Responsabilidade Penal Ambiental no Brasil”, *Revista da Ajufe*, 16º Encontro Nacional de Juízes Federais, Fortaleza, 1999, p. 288.

²³ Cf. Ney de Barros Bello Filho, “Responsabilidade Penal Ambiental no Brasil”, *Revista da Ajufe*, 16º Encontro Nacional de Juízes Federais, Fortaleza, 1999, p. 290.

²⁴ Cf. Ney de Barros Bello Filho, “Responsabilidade Penal Ambiental no Brasil”, *Revista da Ajufe*, 16º Encontro Nacional de Juízes Federais, Fortaleza, 1999, p. 290.

²⁵ José Henrique Pierangelli, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição”, *Revista dos Tribunais* nº 684, RT, São Paulo, outubro de 1992, pp. 278/285.

²⁶ René Ariel Dotti, “Meio Ambiente e Proteção Penal”, *Revista dos Tribunais* nº 655, RT, São Paulo, maio de 1990, pp. 245/257.

torizam a conclusão daqueles. E assevera que uma interpretação sistemática de nossa Constituição leva-nos exatamente a concluir pela impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas,²⁷ tese com a qual concordamos inteiramente, não apenas em face dos elementos da hermenêutica, como e especialmente em face da finalidade essencial das penas criminais. Tais penas, como ressalta, com absoluta propriedade, Ariel Dotti, são inegavelmente afeitivas, tanto que o juiz está legalmente autorizado a não as aplicar “se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave se torne desnecessária”.²⁸ Na verdade a pena criminal é sofrimento, é dor, atinge o sentimento, e constitui verdadeira heresia pretender-se que uma pessoa jurídica possa sentir os seus efeitos.

Damásio, embora afinal admita que a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, determine que a legislação ordinária estabeleça punição da pessoa jurídica nos delitos contra a economia popular, a ordem econômica e financeira e o meio ambiente, resume muito bem a questão, ensinando:

“A discussão tem origem na própria conceituação dessa entidade. Várias teorias se propuseram à solução da questão. Dentre elas, são apontadas a *teoria da ficção* e a *teoria da realidade*.

De acordo com a primeira, a personalidade natural é uma criação do direito, sendo que este a recebe das mãos da natureza, já formada, e limita-se a reconhecê-la. A personalidade jurídica, ao contrário, somente existe por determinação da lei e dentro dos limites por esta fixados. Faltam-lhe os requisitos psíquicos da imputabilidade. Não tem consciência e vontade próprias. É uma ficção legal. Assim, não tem capacidade penal e, por conseguinte, não pode cometer crimes. Quem por ela atua são seus membros diretores, seus representantes. Estes sim são penalmente responsáveis pelos crimes em nome dela.

A esse pensamento se contrapõe a *teoria da realidade*, também chamada *teoria organicista*. Vê na pessoa jurídica um ser real, um verdadeiro organismo, tendo vontade que não é, simplesmente, a soma das vontades dos associados, nem o querer dos administradores. Assim, pode a pessoa jurídica delinqüir. Além disso, apresenta tendência criminológica especial, pelos poderosos meios e recursos que pode mobilizar.

Aceita-se a teoria da ficção, afastando-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: *societas dellinquere non potest*.

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

Como dizer que a pessoa jurídica agiu dolosamente?

E o instituto da pena? Como aplicar-se a pena privativa de liberdade à pessoa jurídica? É concebível aplicar-se a um estabelecimento comercial a pena de, p. ex., três meses de detenção?

Quanto mais se desenvolve o Direito Penal da culpa, mais se mostra insustentável a tese da capacidade penal das pessoas jurídicas, que não podem praticar *ações*, nem sofrer atribuições de *culpa* ou imposição de *penas*. Esse princípio foi reafirmado por

²⁷ José Henrique Pierangelli, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição”, *Revista dos Tribunais* nº 684, RT, São Paulo, outubro de 1992, pp. 284/285

²⁸ René Ariel Dotti, “Meio Ambiente e Proteção Penal”, *Revista dos Tribunais* nº 655, RT, São Paulo, maio de 1990, p. 253.

unanimidade no XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo, Egito, no período de 1º a 7 de outubro de 1984.”²⁹

Rodrigo Sánchez Rios reconhece haver “um consenso no pensamento penal moderno no sentido de que a pessoa jurídica não pode ser utilizada como um escudo de impunidade para legitimar a prática de ilícitos penais”. Mas assevera que:

“Neste sentido há que se responsabilizar criminalmente os órgãos diretivos verdadeiramente responsáveis pelos ilícitos (comuns e especiais) perpetrados sem prejuízo das demais sanções administrativas cabíveis.”³⁰

Entretanto, conclui seu texto sobre o tema em posição contrária à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, salientando a possibilidade de se encontrar em outros ramos do Direito construções doutrinárias eficazes para a repressão dos ilícitos praticados no âmbito empresarial, e afinal afirma que:

“Ao Direito Penal, indviduosamente, sem melindrar pensamentos teóricos respeitáveis em contrário, cumpre um papel complementar a estes diversos ramos do Direito, sob pena de superdimensionar a função do Direito Penal, a ponto de torná-lo inócuo, ou, na melhor das hipóteses, atribuir-lhe uma mera natureza instrumental.”³¹

Assumindo posição francamente contrária à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Ataídes Kist, em monografia sobre o tema, formula conclusões das quais destacamos:

- “c) A pessoa jurídica existe em função da vontade do ser humano e é constituída por seres humanos que têm personalidade individual e vontade própria, devendo, por tanto, a responsabilidade criminal alcançar unicamente o ser humano enquanto pessoa.
- d) O direito penal existe para dar uniformidade aos fatos humanos e a estes conjugar ante ao dispositivo legal. Deve-se voltar os olhos ao ser humano, ao ente enquanto ser, a quem de direito deve-se vincular o direito penal.
- e) O ser humano é a essência do direito penal, e querer atribuir ao ente coletivo responsabilidade penal é contradizer a própria ciência do direito penal e do homem.”³²

4.2. A eloquente manifestação de Zaffaroni

Precisa, clara e extremamente eloquente é a manifestação de Zaffaroni, que se opõe, com inteira razão, à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Depois de afirmar que o art. 34 do Código Penal argentino refere-se claramente à ação humana, o que revela que em face daquele Código tem plena vigência a fórmula *societas delinquere non potest*, ensina com inteira propriedade:

“De cualquier modo, entendemos que la disputa en torno de la capacidad penal de las personas jurídicas es casi especulativa. Hemos visto que esta capacidad es defendida con argumentos de corte ‘defendiste’ o bien, de naturaleza formal, pero lo cierto es que, en último análisis, la discusión es perfectamente inútil, porque la circunstancia de que la persona jurídica no tenga capacidad penal no implica - en modo alguno - que no sea posible sancionar a los directivos que en el desempeño de sus cargos cometan delitos.

²⁹ Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 17ª edição, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 150.

³⁰ Rodrigo Sánchez Rios, “Indagações sobre a Possibilidade de Imputação Penal à Pessoa Jurídica no Âmbito dos Ilícitos Econômicos”, em Luiz Régis Prado (coordenador), *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, RT, São Paulo, 2001, p. 194.

³¹ Rodrigo Sánchez Rios, “Indagações sobre a Possibilidade de Imputação Penal à Pessoa Jurídica no Âmbito dos Ilícitos Econômicos”, em Luiz Régis Prado (coordenador), *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, RT, São Paulo, 2001, p. 195.

³² Ataídes Kist, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, LED, São Paulo, 1999, p. 164.

Nada impide tampoco la aplicación de una sanción administrativa a la persona jurídica, que no afecta el principio penal de la intranscendencia de la pena - porque no es pena - ni altera los principios que fundan la culpabilidad penal. Además, no estando la aplicación de sanciones sometida a exigencias tan estrictas como las de la sanción penal, la misma ofrece una mejor defensa 'social' contra estos entes usados como medios para la comisión de delitos.”³³

4.3. A lição de Soler

Interessante é também a lição de Sebastián Soler:

El principio de subjetividad de la acción, de tan alta significación en el desarrollo de la cultura humana, conduce a dos consecuencias de la mayor trascendencia: a) a la subjetivización de la culpa, que excluye las formas de *responsabilidad objetiva*; b) a la individualización de la responsabilidad: *nadie sufra pena por otro*.

La responsabilidad penal por el hecho de otro es propia, según lo hemos visto, de formas primitivas de cultura, cuando en el seno de una sociedad dada no se haya operado el proceso de diferenciación individualizadora. Aun en sociedades evolucionadas y en sistemas jurídicos considerablemente espiritualizados, es dable verificar la existencia de castigos que recaen sobre inocentes, sea en razón de venganzas, sea a consecuencias del estado de faida o de la transmisión hereditaria de culpas.

Es contraria a este principio de subjetividad toda tendencia a extender formas de responsabilidad penal a grupos sociales en conjunto (expediciones punitivas) o a afirmar la posibilidad de imponer penas sobre personas no individuales. La incapacidad penal de las personas colectivas establecida por el art. 43 del C.C., no solamente constituye la sanción de un principio sustancialmente justo, sino también sustancialmente adecuado a la realidad de las relaciones penales: *societas delinquere non potest*. Toda vez que la sociedad es una persona distinta de los socios y su personalidad jurídica consiste en un mero centro imputativo, carente de todo substrato psíquico, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente.

Con tanto ingenuidad jurídica como torpeza política, algunos autores, al verificar que es de hecho posible imponer cierto tipo de sanciones de carácter penal a personas colectivas, han entrado a postular ese tipo de legislación como un progreso. En la legislación nacional esa corriente ha logrado admisión franca en la Ley 12.906, en la cual, además de las penas comunes aplicables a los autores de los hechos, se castiga a las sociedades con fuertes penas de multa y con la disolución. Desde luego, no se ha medido la gravísima injusticia que representa la imposición de una pena que indefectiblemente irá a recaer sobre todos los asociados, comprendidos los que se opusieron a los actos ejecutados por los órganos y los accionistas que votaron por otras personas para dirigir la sociedad. Al hecho de que en materia de concesión de servicios públicos resulte prácticamente conveniente a previsión de pequeñas multas por ciertas deficiencias del servicio (atraso de trenes), se le ha pretendido acordar una generalización teórica inadmisible, pues la aceptación de la capacidad penal de las personas jurídicas debería ser completada con la total derogación de los más firmes principios del derecho penal; los que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena. En

³³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Geral III, Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 58/59.

nombre de la ingenua postulación de ‘la realidad’ de la persona jurídica, se concluiría construyendo un derecho penal totalmente asentado sobre ficciones. Claro está que el derecho puede crear formas a errantes de imputación, como tantas veces las ha reconocido, especialmente en sus formas primitivas, y puede también admitir formas objetivas de responsabilidad; puede, por otro lado, imponiendo multas a una sociedad y disolvéndola, privar de sus bienes a un accionista inocente, por actos delictivos cometidos por un gerente de la sociedad. La cuestión no consiste, pues, en verificar la factibilidad de esa clase de sanciones, sino en ver si la admisión de ellas está conforme con los principios de un derecho penal civilizado y si en homenaje a conveniencias políticas o prácticas debe admitirse la derogación de ciertos principios cuyo valor humano los ha tornado casi universales, en particular el principio de que no hay pena sin culpa.”³⁴

4.4. Oportuna advertência de González

Oportuna, neste contexto, é a advertência de Joaquín González, em sua excelente monografia sobre corrupção e justiça democrática, feita nestes termos:

“Conviene tener presente que, si bien el modelo que arranca del siglo XVIII no parece sostenible en la actualidad, ello no ha de suponer un giro copernicano de desastrosas consecuencias: una especie de regresión al pasado, malversando el producto, valiosísimo aunque perfectible, que la tradición racionalista nos ha legado, ni una interpretación ilimitada de la ley, ni menos aun un gobierno de los jueces, a todas luces inadmisible.

(...)

El principio de legalidad, al traducir implícitamente los elementos más sobresalientes del ideario político criminal de la Ilustración, representó la inevitable reacción contra el Derecho penal del Antiguo Régimen, el que era práctica común la reconstrucción extralegal de la responsabilidad por los jueces. A esta libérrima forma de proceder, cuyas secuelas más funestas fueron la incertidumbre y la arbitrariedad, se opone el principio *nullum crimen sine praevia lege poenali*. Esta garantía se instala en el elenco jurídico del *status libertatis*, a modo de derecho fundamental esgrimible frente al Estado, de modo que la libertad de acción sólo mediante ley puede ser restringida.”³⁵

4.5. Manifestação do TRF da 4ª Região

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região denegou mandado de segurança impetrado pela Petrobras, manifestando-se favoravelmente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Na quilográfica ementa do acórdão então prolatado estão expressamente colocados todos os argumentos desenvolvidos pelo ilustre Desembargador Federal autor do voto vencedor naquele julgamento.³⁶

Como não chegamos a entender a linha do pensamento expresso nessa ementa, não nos atrevemos a comentá-la. Diremos apenas que nos parece incongruente, contendo afirmações que se contradizem. E deixamos para a reflexão dos leitores as seguintes questões:

³⁴ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, vol. 1, TEA, Buenos Aires, 1992, pp. 329/331.

³⁵ Joaquín González, *Corrupción y Justicia Democrática*, Clamores, Madrid, 2000, p. 257.

³⁶ TRF da 4ª Região, MS nº 2002.04.01.013843-0/PR, rel. Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva, rel. para o acórdão Des. Fed. Fábio Bittencourt da Rosa, julgado em 10.12.2002, publicado no *DJU* de 26.03.2003, pp. 914 a 916; e na *Revista Dialética de Direito Processual* nº 2, pp. 226 a 236.

1^a) Na tentativa de justificar a imposição da sanção penal, vale dizer, com fundamento nos princípios do Direito Penal, o julgado não teria esquecido que os atingidos serão afinal os acionistas da empresa, que nenhuma participação tiveram no cometimento ilícito e nada fizeram, nem podiam fazer, para evitá-lo?

2^a) Se os dirigentes optaram pela conduta típica e os prepostos executaram a ilegalidade, e assim todos deram causa ao resultado, não seria viável e bem mais adequado punir a estes como pessoas naturais? A sanção não estaria sendo, assim, muito mais eficaz?

5. Síntese de nosso Ponto de Vista

5.1. Aceitando a doutrina de Zaffaroni

Quanto mais meditamos sobre o tema mais se fortalece nossa convicção contrária à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. E para expressar o nosso ponto de vista basta utilizarmos as razões afirmadas por Zaffaroni, que extraímos do trecho já transcrito neste estudo, segundo as quais:

“a) La discusión es perfectamente inútil, porque la circunstancia de que la persona jurídica no tenga capacidad penal no implica - en modo alguno - que no sea posible sancionar a los directivos que en el desempeño de sus cargos cometan delitos.

b) Nada impide tampoco la aplicación de una sanción administrativa a la persona jurídica, que no afecta el principio penal de la intranscendencia de la pena - porque no es pena - ni altera los principios que fundan la culpabilidad penal.

c) Además, no estando la aplicación de sanciones sometida a exigencias tan estrictas como las de la sanción penal, la misma ofrece una mejor defensa ‘social’ contra estos entes usados como medios para la comisión de delitos.”³⁷

A nosso ver tais razões dizem tudo.

5.2. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Constituição de 1988

Mesmo assim, em face da posição hierárquica da Constituição, é relevante a questão de saber se a Constituição Federal de 1988 consagrou a responsabilização penal das pessoas jurídicas, porque se o fez o legislador não pode trilhar caminho diverso.

Respeitáveis doutrinadores afirmam que nossa Constituição Federal consagrou a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Shecaira, por exemplo, afirma que os constitucionalistas, em sua maioria, reconhecem a consagração da responsabilidade da empresa na Carta Política.³⁸ E cita as manifestações de eminentes constitucionalistas, como José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Pinto Ferreira e Walter Claudius Rothemberg, cujas lições, com a ressalva da opinião pessoal de alguns deles, seriam afirmativas de que o texto constitucional é controverso.

Shecaira registra ainda que:

“Inúmeros penalistas, na esteira dos autores acima citados, asseveram com firmeza que a Constituição de 1988 consagrou a responsabilidade criminal da empresa. Gilberto

³⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Geral III, Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 58/59.

³⁸ Sérgio Salomão Shecaira, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2^a edição, Método, São Paulo, 2003, p. 132.

Passos de Freitas, ao comentar o art. 225, § 3º, afirma: ‘Diante deste dispositivo, tem-se que não há mais o que se discutir a respeito da viabilidade de tal responsabilização. No dizer da Profª. Ivette Senise Ferreira: Designando como infratores ecológicos as pessoas físicas ou jurídicas o legislador ... abriu caminho para um novo posicionamento do direito penal no futuro, com a abolição do princípio ora vigente segundo o qual *societas delinquere non potest*.’³⁹

E segue citando autores como Édis Milaré, Paulo Afonso Leme Machado, Paulo José da Costa Jr. e Vicente Cernicchiaro, que reconhecem “ter restado claro que as condutas lesivas ao meio ambiente podem sujeitar os seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais”.⁴⁰

Impõe-se, portanto, uma análise dos dispositivos da vigente Constituição Federal, para que se possa firmar uma posição a respeito dessa importante questão.

5.3. Os dispositivos da vigente Constituição Federal

Os que sustentam haver a nossa Constituição Federal albergado a responsabilidade penal das pessoas jurídicas invocam o disposto em seus arts. 173, § 5º, e 225, § 3º. Vejamos, portanto, o que estabelecem tais dispositivos constitucionais:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Como se vê, tais dispositivos constitucionais na verdade não atribuem nem dizem que o legislador deve atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Tem razão Rodrigo Sánchez Rios, quando afirma:

“Com o devido respeito às ponderações lições da doutrina constitucional acima referidas cumpre observar que a Constituição Federal poderia ter sido mais enfática, extinguindo desde logo a ambigüidade do seu texto na medida em que ao invés de cogitar ‘punições compatíveis com sua natureza’ tivesse desde logo se reportado a sanções criminais (§ 5º, do art. 173).⁴¹ Igualmente no § 3º do art. 225, embora mais expressa, igualmente dá margem a interpretação no sentido de que às pessoas jurídicas sejam

³⁹ Sérgio Salomão Shecaira, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª edição, Método, São Paulo, 2003, p. 133.

⁴⁰ Sérgio Salomão Shecaira, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª edição, Método, São Paulo, 2003, p. 134.

⁴¹ Corrigimos a referência ao dispositivo constitucional, entre parênteses, que no original está evidentemente equivocada, pois a referência a punições compatíveis com a sua natureza está no § 5º, do art. 173 e não no § 3º, do art. 225.

cabíveis apenas sanções administrativas. Da forma como está posto o texto constitucional, permanece aberta a discussão doutrinária, ficando apenas clara a intenção do legislador constituinte de sancionar a pessoa jurídica.”⁴²

Realmente, não se pode afastar desde logo a possibilidade de uma interpretação dos referidos dispositivos constitucionais que permita negar a inconstitucionalidade de lei ordinária que atribua responsabilidade penal às pessoas jurídicas, mas a nosso ver isto não equivale a dizer-se que a Constituição consagrhou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Pode significar, isto sim, que a Constituição não a impede. Mas neste caso a questão continua em aberto, restando para o legislador a opção que deve exercer tendo em vista os aspectos de política jurídica, vale dizer, avaliando a conveniência de impor sanções penais a empresas.

5.4. Razões de política jurídica

5.4.1. Como diretriz para a interpretação adequada

Assim, diante da imprecisão do texto constitucional, resta-nos demonstrar que razões de política jurídica desaconselham a responsabilização penal das pessoas jurídicas. E não se pode negar que a interpretação das normas jurídicas deve ser sempre inspirada em razões de política jurídica, até porque a interpretação adequada não pode prescindir de considerações valorativas. Mesmo sob a ótica das teorias positivistas.

A este propósito, aliás, já escrevemos:

“Muitos doutrinadores afirmam que a Teoria Pura do Direito, elaborada por Hans Kelsen, exclui da interpretação jurídica as perquirições valorativas. Nada mais equivocado. Como observa, com inteira propriedade, João Baptista Machado, seu tradutor, a teoria kelseniana ‘não nega a legitimidade do problema axiológico, mas limita-se a verificar a impossibilidade de seu tratamento científico’.⁴³

Realmente, preso como estava ao conceito positivista de ciência, não podia admitir como objeto desta a questão valorativa. E por haver afastado da Ciência do Direito os juízos de valor, como que banhando-a para livrá-las de todas as impurezas, sofreu duras críticas, entre elas a de Karl Larenz para quem, ‘quando Kelsen, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir através da ‘interpretação’ de uma norma juízos certos, deita a criança fora com a água do banho’.⁴⁴

Justificava-se a preocupação de Kelsen em ‘impedir que se abuse da ciência do Direito utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e de tendências ideológicas’.⁴⁵ Com isto ele prestou inestimável contribuição à humanidade, infelizmente por muitos mal compreendida, atribuindo ao juiz maior responsabilidade, na medida em que afirmou ser a decisão um ato político. Na verdade o juiz, mais do que qualquer

⁴² Rodrigo Sánchez Rios, “Indagações sobre a Possibilidade de Imputação Penal à Pessoa Jurídica no Âmbito dos Ilícitos Econômicos”, em Luiz Régis Prado (coordenador), *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, RT, São Paulo, 2001, p. 189.

⁴³ Nota Preambular ao estudo de Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, 2ª edição, Arménio Amado, Coimbra, 1979, p. XI.

⁴⁴ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 96.

⁴⁵ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 96.

outro aplicador da norma jurídica, tem de fazer valorações. O que não pode é fazê-lo como se estivesse simplesmente declarando o conteúdo da lei, cientificamente.

Seja como for, a tese albergada pela teoria kelseniana, da impossibilidade de se determinar, pela interpretação científica, um significado que seja o único correto, tomada a ciência no sentido que lhe atribuiu o positivismo, é incontestável.⁴⁶

Os dispositivos constitucionais em tela prestam-se como eloquente exemplo da necessidade de considerações de política jurídica para definirmos a interpretação adequada, vale dizer, para nos permitir uma posição no que concerne à imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

5.4.2. Ineficácia ou inadequação para o fim pretendido

O fim pretendido com a punição das pessoas jurídicas é - afirmam todos os que defendem a responsabilização penal destas - inibir a atividade ilícita praticada no âmbito destas. Ocorre que as penas patrimoniais só inibem comportamentos ilícitos no âmbito da atividade empresarial quando sejam fixadas em valores capazes de absorver as vantagens decorrentes daqueles comportamentos ilícitos.

Por outro lado, as penas criminais cominadas às pessoas jurídicas a rigor atingem simplesmente o patrimônio destas. Mesmo a pena de prestação de serviços à comunidade, que em relação à pessoa natural tem evidente sentido educativo, em relação à pessoa jurídica reduz-se a simples ônus patrimonial em virtude da impessoalidade da prestação, que pode ser cumprida por qualquer pessoa natural, assumindo a pessoa jurídica simplesmente o seu custeio.

A aplicação de sanções penais em nosso sistema jurídico é dificultada pelas garantias que a ordem jurídica oferece aos acusados. É sabido que o processo penal é repleto de garantias ao acusado, entre as quais podem ser mencionadas: a) competência privativa das autoridades judiciárias para aplicar as sanções penais; b) exigência de advogado para patrocinar a defesa; c) intimações pessoais, ao advogado e ao acusado; d) amplitude quase ilimitada do *habeas corpus* para atacar nulidades ocorridas no processo; e) curso da prescrição durante a tramitação do processo.

Ninguém desconhece que em face das dificuldades para a tramitação regular do processo penal é extremamente demorada a conclusão deste, e muito freqüente, por isto mesmo, a ocorrência da prescrição. E quando a pena cominada é simplesmente a de multa, a prescrição está consumada em apenas dois anos, sendo praticamente impossível a conclusão do processo em tempo hábil.

Mesmo que se possa imaginar a possibilidade de aplicação da pena máxima, vale dizer, o decreto da extinção da pessoa jurídica, que equivaleria à pena de morte, se não forem alcançadas as pessoas físicas que atuam no âmbito da empresa, tais pessoas poderão constituir outra pessoa jurídica e continuar, através da nova empresa, a cometer as mesmas ilicitudes.

É evidente, portanto, que a responsabilização penal das pessoas jurídicas não é o meio adequado para o fim pretendido. Além disto, também não é o meio necessário.

⁴⁶ Hugo de Brito Machado, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2^a edição, Atlas, São Paulo, p. 195.

5.4.3. Desnecessidade para o fim pretendido

Em nosso sistema jurídico é possível reprimir os ilícitos praticados no âmbito das empresas com sanções patrimoniais que podem ser aplicadas pelas autoridades administrativas. O processo para esse fim é incomparavelmente mais simples do que o processo penal. A prescrição, que somente ocorre no prazo de cinco anos, não tem curso durante sua tramitação. O uso do instrumento processual de proteção dos direitos da empresa, o mandado de segurança, decai no prazo de cento e vinte dias, e está submetido a diversas restrições não aplicáveis ao *habeas corpus*.

Além de ser possível a aplicação de sanções patrimoniais pela própria autoridade administrativa, é indiscutivelmente menos gravoso o processo para tal fim. Tanto para o acusado como, e especialmente, para o Estado. Qualquer pessoa com alguma vivência do que ocorre no Poder Judiciário pode facilmente perceber que admitir a ação penal contra as pessoas jurídicas é contribuir significativamente para o congestionamento deste, com evidente prejuízo tanto para o Estado como e muito especialmente para os cidadãos.

Ressalte-se que é sempre possível a punição das pessoas naturais que no âmbito das empresas praticam atividades ilícitas. Mesmo podendo haver em alguns casos certas dificuldades na identificação da pessoa natural que age em nome da pessoa jurídica no cometimento de ilícitos, certo é que não se pode afirmar a impossibilidade dessa identificação. Assim, repita-se, é sempre possível a punição das pessoas naturais autoras de crimes praticados no âmbito das empresas.

É indiscutível que possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas de sanções patrimoniais pelas autoridades administrativas, como instrumento de fácil manejo, aliada à possibilidade de aplicação de sanções penais às pessoas físicas que atuando no âmbito daquelas são responsáveis pelas práticas ilícitas, torna inteiramente desnecessária a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

5.4.4. Perigo de retrocesso no Direito Penal da culpa

O mais grave inconveniente da atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, porém, talvez seja o perigo de retrocesso no Direito Penal. Os defensores do Poder começarão preconizando a eliminação ou a redução de garantias ao acusado, pessoa jurídica, e daí resultará a possibilidade de que essa minimização no futuro se estenda às pessoas naturais, em evidente prejuízo das liberdades sociais e individuais.

É sempre muito perigoso fazer-se concessões ao Poder. Não podemos nos esquecer da advertência de González contra a possibilidade de um giro copernicano de desastrosas consequências, uma espécie de regressão ao passado, malversando o produto, valiosíssimo embora comporte aperfeiçoamentos, que a tradição racionalista nos legou.

5.5. Responsabilidade penal nos crimes contra a ordem tributária

É importante observarmos que nos crimes contra a ordem tributária a questão da responsabilização penal das pessoas jurídicas nem ao menos pode ser colocada, a não ser no plano do Direito constituindo.

Realmente, o art. 11, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, afasta qualquer dúvida, ao estabelecer:

“Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Assim, o dirigente, o administrador, o gerente, ou qualquer outra pessoa que tenha participação pessoal no cometimento de um crime contra a ordem tributária, pode ser penalmente responsabilizado. Na medida de sua culpabilidade, porque nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilidade objetiva nem a responsabilidade por fato de outrem.

5.6. O princípio da razoabilidade como diretriz para o intérprete

Ressaltamos, finalmente, que a responsabilização penal das pessoas jurídicas parece-nos inconstitucional porque, além de outras razões, contraria o princípio da proporcionalidade que, no dizer de Hugo de Brito Machado Segundo, “divide-se em três subprincípios: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*”.

Conforme tem entendido o Supremo Tribunal Federal, os atos estatais devem ser praticados com obediência ao princípio da proporcionalidade. Assim, os atos de repressão aos ilícitos, mesmo quando praticados em atenção a princípios constitucionais, devem respeitar o princípio da proporcionalidade. E como ensina Hugo de Brito Machado Segundo:

“Isso significa que um ato - normativo ou não -, praticado com o propósito de prestar um princípio constitucional, será válido na medida em que, além de atender a outras exigências,⁴⁷ for adequado, necessário e proporcional em sentido estrito no atendimento dessa finalidade.

Explicamos.

Será *adequado* o ato que, de fato, conduzir à finalidade anunciada.

Será *necessário* o ato que, além de adequado, for também a maneira *menos gravosa* de se chegar à finalidade buscada. Caso haja outros meios também adequados, e menos gravosos, o ato de cuja validade se cogita será desproporcional por *desnecessidade*.

Finalmente, será *proporcional em sentido estrito* o ato que, além de adequado e necessário, realizar a mais equilibrada ponderação dos valores envolvidos, prestigiando, ou fazendo com que prepondere, aquele que, em prevalecendo, causar menores diminuições na efetividade dos demais.”⁴⁸⁻⁴⁹

6. Conclusões

Em face do que foi aqui exposto, podemos afirmar as seguintes conclusões:

⁴⁷ Além de proporcional, o ato deverá ser editado por órgão competente, revestir-se da forma exigida pelas normas de superior hierarquia, etc.

⁴⁸ Tais aspectos parecem-nos suficientes para guiar as conclusões a que chegaremos a seguir. Não é nossa intenção, aqui, alongar o exame do postulado da proporcionalidade. Não seria *adequado*, nem *necessário*, aos fins deste trabalho.

⁴⁹ Hugo de Brito Machado Segundo, *Contribuições e Federalismo*, Dialética, São Paulo, 2005, pp. 140 e 141.

1^a) Nossa Constituição Federal de 1988 não consagra a responsabilização penal das pessoas jurídicas, embora contenha dispositivos que ensejam interpretação equivocada nesse sentido.

2^a) Em se tratando de crimes contra a ordem tributária não pode haver dúvida. A Lei nº 8.137/90 afasta qualquer possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

3^a) Mesmo que se admita a possibilidade jurídica e a factibilidade de sanções penais às pessoas jurídicas, não nos parece que elas devam ser adotadas, pois a verdadeira questão, como adverte Sebastián Soler, não consiste em verificar a factibilidade das sanções penais às pessoas jurídicas, mas em ver se admitir tais sanções guarda conformidade com um Direito Penal civilizado e se em homenagem a conveniências políticas ou práticas deve admitir-se a derrogação de certos princípios cujo valor humano os tem tornado quase universais, em particular o princípio segundo o qual não há pena sem culpabilidade.⁵⁰

⁵⁰ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, vol. 1, TEA, Buenos Aires, 1992, p. 331.