

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

NAIELE ROBERTA GONÇALVES DA SILVEIRA

**O DIREITO PENAL FRENTE À NOVA CRIMINALIDADE: É POSSÍVEL
RESPONSABILIZAR PENALMENTE A PESSOA JURÍDICA?**

CURITIBA

2018

NAIELE ROBERTA GONÇALVES DA SILVEIRA

**O DIREITO PENAL FRENTE À NOVA CRIMINALIDADE: É POSSÍVEL
RESPONSABILIZAR PENALMENTE A PESSOA JURÍDICA?**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
do Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: M.e Gustavo Britta Scandelari

CURITIBA

2018

NAIELE ROBERTA GONÇALVES DA SILVEIRA

**O DIREITO PENAL FRENTE À NOVA CRIMINALIDADE: É POSSÍVEL
RESPONSABILIZAR PENALMENTE A PESSOA JURÍDICA?**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, 17 de setembro de 2018.

Aos meus pais LUIZ CARLOS e BENEDITA,

pelo apoio nessa árdua caminhada.

Ao meu orientador GUSTAVO BRITTA SCANDELARI,

pela paciência.

“O mais competente não discute,
domina a sua ciência e cala-se”.

(VOLTAIRE)

RESUMO

No presente trabalho analisaremos se é possível, ou não aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito penal brasileiro. Em um primeiro momento iremos abordar se a constituição federal reconhece a responsabilidade penal do ente coletivo, com análise a partir dos seus capítulos e artigos. Prosseguimos, abordando o conceito e problemática quanto à teoria do delito, através das teorias defendidas pela doutrina e se a pessoa jurídica tem imputabilidade, ou não. Ainda, analisaremos na pesquisa como fica a questão da conduta frente à pessoa jurídica, se há responsabilidade apenas da pessoa física, ou se podemos defender também a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, se o ente coletivo é composto de culpabilidade. Especificar a natureza jurídica e as penas aplicáveis à pessoa jurídica, debatendo se ao aceitar a responsabilização penal do ente coletivo ferimos os princípios da legalidade e da culpabilidade. Demonstrar alguns casos concretos envolvendo a pessoa física e, a pessoa jurídica através de aspectos penais com seus conceitos e teorias adotadas. Explicar qual a definição da teoria do domínio do fato, com a comparação entre autor e partícipe e, se essa teoria é adotada no Brasil. Por fim, o entendimento da filosofia frente à questão da responsabilização de coletividades.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica. Teorias do Crime. Penas Aplicáveis.

LISTA DE SIGLAS

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CC – Código Civil

PJ – Pessoa Jurídica

PF – Pessoa Física

RPPJ - Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

CF – Constituição Federal

STF – Superior Tribunal Federal

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E OBJEÇÕES DOGMÁTICAS	10
2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	10
2.2 TEORIAS DO CRIME	12
2.3 A CONDUTA COMO OBJETO DE REGULAMENTAÇÃO	17
2.4 NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA	21
2.5 DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA	25
3. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS “MÃOS LIMPAS, BANESTADO E LAVA JATO”	29
3.1 DA “LAVAGEM” DE CAPITALS	29
3.2 CASO “MÃOS LIMPAS” NA ÍTALIA	35
3.3 O “ESCÂNDALO” DO BANESTADO	38
3.4 OPERAÇÃO “LAVA JATO” NO BRASIL	40
4. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E CONCEPÇÃO FILOSÓFICA	44
4.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	44
4.2 HÁ LESÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE?	49
4.3 HÁ LESÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE?	51
4.4 BUSCANDO À FILOSOFIA PARA RESPONDER	53
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O tema “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica” vem sendo objeto de inúmeros estudos, além de motivar infindáveis debates em especial quando o assunto é Meio Ambiente, envolvendo ainda economia, política, isto porque a discussão não permanece ligada somente ao direito, é o tema de direito penal e política criminal mais contestado da atualidade.

Entre os fins do presente trabalho, o objetivo proposto consiste em proceder a uma análise crítica da problemática que buscará trazer as principais teses adotadas sobre o tema.

A questão de a possibilidade da pessoa jurídica vir a delinquir tem exigido grande reflexão teórica por parte dos doutrinadores. No Brasil, surgem correntes para se chegar a um consenso, a mais forte dessas correntes considerada como majoritária, defende que pessoa jurídica não pode cometer crime porque a entidade é uma mera ficção legal, existente apenas no plano da abstração jurídica.

Os fundamentos levantados afirmam que, a pessoa jurídica não possui culpabilidade, a capacidade de entender o potencial conhecimento da ilicitude, em suma, não possui vontade própria.

Em relação à legislação usada no Brasil, o país adotou o modelo francês de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em que, para haver uma imputação de conduta criminosa à pessoa jurídica é necessário que o legislador diga quais os delitos aplicáveis aos entes jurídicos, ou seja, tem que conter a previsão legal expressa. O modelo é instituído pela Lei 9.605/98, que define os crimes ambientais.

No campo do direito penal brasileiro, o modelo de responsabilidade penal está disposto na parte geral do Código Penal, assim, o administrador da pessoa jurídica somente responderá criminalmente em razão de sua ação ou omissão na medida de sua culpabilidade.

Isto é, “o resultado, de que, depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”, como dispõe o artigo 13 do Código Penal Brasileiro juntamente com o artigo 29 afirmando que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E OBJEÇÕES DOGMÁTICAS

2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VIII: Da Ordem Social, e em seu capítulo VI: Do Meio Ambiente, artigo 225¹, reconhece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, gerando assim um dever de preservação da natureza e não comprometendo os recursos naturais para as gerações futuras. Corroborado com o Título VII: Da Ordem Econômica e Financeira no capítulo I: Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica em seu artigo 173, parágrafo 5^{o2}.

A questão acima mencionada é bastante polêmica, de um lado do ardo debate doutrinário e jurisprudencial há o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por conta da norma expressa, por outro lado, apesar de conter a previsão legal só responderam por condutas ilícitas aqueles com capacidade e autonomia para agir, seguindo o campo do direito penal em que, terá que haver culpabilidade para então poder imputar conduta criminosa à pessoa jurídica.

Nesse sentido, surgem inúmeros entendimentos sobre a possibilidade de o ente jurídico cometer crimes, existindo correntes defendendo que não há possibilidade da pessoa jurídica praticar crime e ser responsabilizada penalmente, porque a responsabilidade penal é sempre pessoal existindo uma ligação entre a conduta e o homem e, no ente coletivo não há o ato de vontade, inexistindo assim relação direta com a pessoa física, acarretando uma responsabilidade penal objetiva que é tanto rejeitada no ordenamento jurídico, como nas lições de Alexis Couto de Brito:

A teoria da imputação objetiva parece inicialmente como uma “noção supracausal”, ou seja, teleológica, na qual a relação meio-fim entre ação e consequências substitui a de causa-efeito, porquanto parte de uma compreensão da realidade sobre se certa ação pode objetivamente ser

¹ 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 os presentes e futuras gerações.

² Art. 173, §5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

identificada como meio para a transformação desta mesma realidade. O comportamento deixa de ser visto como sucesso para ser entendido como um projeto o que, em outras palavras, significa que o modo retrospectivo inerente ao conhecimento causal é substituído pela consideração prospectiva do comportamento. Trata-se de divorciar o injusto do azar.³

Ainda acrescenta que:

Muitos autores, principalmente os de formação finalista, desconfiam da solidez dogmática ou teórica da imputação objetiva e até mesmo questionam sua utilidade frente aos crimes dolosos. O dolo, como representação e vontade, seria bastante para determinar o curso causal. Por isso, a aceitação da teoria quanto aos crimes culposos ocorreu e ocorre mais facilmente, pelo alto grau de desenvolvimento normativo dos conceitos relacionados com esta estrutura de delito. É comum que se limite o alcance da teoria a estes tipos, o que perde sua razão quando se tem em mente que também o crime doloso necessita de conceitos normativos, e que a aceitação da teoria também com relação a estes crimes pode fornecer maior clareza e segurança jurídica à teoria do delito. Além do mais, se em que grau uma conduta cria um perigo para o bem jurídico protegido depende somente das circunstâncias objetivamente dadas e do processo causal objetivamente proporcionado pelo autor, e não de seu dolo.⁴

Há também, entendimento de que é possível a pessoa jurídica cometer crime e ser responsabilizada penalmente nos casos de praticar crime ambiental, por conta de haver uma previsão constitucional e legal (Lei 9.605/98, Lei de crimes Ambientais)⁵.

Sendo assim, haverá responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas por crimes ambientais.

Quanto aos crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo disposto na Lei Nº 8.137/90 (Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária); os crimes contra a ordem financeira nacional da Lei Nº 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco); e os crimes contra a economia popular Lei Nº 1.521/51 (Lei dos Crimes Contra a Economia Popular), ainda, são tratados como crimes praticados apenas por pessoa física.

³ BRITO, Alexis Couto, **Imputação Objetiva**: Crimes de perigo e direito penal brasileiro. Ed 2ª. São Paulo: Atlas, 2015, p.180.

⁴ BRITO, loc. cit.

⁵ Lei Nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998, Lei de Crimes Ambientais. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

2.2 TEORIAS DO CRIME

O conceito de crime em sua esfera material é todo comportamento humano que propositadamente (existência de dolo) ou descuidadamente (culpa= negligência, imprudência, imperícia) lesa ou expõe a perigo o bem jurídico tutelado.

Para a ação ser convertida em delito, é necessário conter elementos fundamentais, ou seja, na conduta deve haver um fato típico (tipicidade), antijurídico (antijuridicidade) e culpável (culpabilidade), na falta de qualquer elemento, não há crime, nas palavras de José Henrique Pierangeli destacamos que:

Não há negar que o Direito Penal só interessam uma parte das condutas possíveis ao ser humano, ou, por outras palavras, apenas as ações proibidas, tipificadas como delito. Mas é verdade que, na averiguação da proibição – tipicidade –, devemos fazer uma comparação entre a conduta com a abstrata descrição legal – tipo –, e, para que realizemos essa comparação, torna-se indispensável considerá-la como algo diferente do tipo, ou, talvez com melhor redação, faz-se necessário considerar a tipicidade estranha à teoria do delito ou torná-la apenas um pressuposto desta⁶

O fato típico é todo o comportamento humano, seja negativo ou positivo, que provoca um resultado, previsto em lei como infração penal.

Na lição de Rogério Greco, explica que:

Se não há conduta, não há fato típico e, como consequência, não há crime. Neste caso, elimina-se o crime a partir do estudo de seu primeiro elemento – o fato típico. Somente quando o fato é típico, isto é, quando comprovado que o agente atuou dolosa ou culposamente, que em virtude de sua conduta adveio o resultado e, por fim, que o seu comportamento se adapta perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal, é que poderemos passar ao estudo da antijuridicidade. Da mesma forma, somente iniciaremos a análise da culpabilidade se já tivermos esgotado o estudo do fato típico e da antijuridicidade.⁷

⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídico-Penais**. Ed 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.185.

⁷GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Ed 12º. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.132.

No código penal não há um conceito claro de crime, ficando a encargo doutrinário fornecer o conceito de delito que obtém uma definição formal, material ou, substancial e analítico.

Os conceitos formal e material em si, não conseguem definir o crime com precisão, surgindo então, o conceito analítico que analisará os elementos que contempla a infração penal.

Em relação ao conceito analítico do crime, defende Francisco de Assis Toledo:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.⁸

Afirma Nelson Hungria que “um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado de pena, isto é, criminoso, e, no entanto, anormalmente deixar de acarretar a efetiva imposição de pena.”⁹

Nesses casos, o delito será sempre uma conduta humana voluntária, salienta Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Por isso, no conceito analítico de crime, a conduta abrange o dolo (querer ou assumir o risco de produzir o resultado) e a culpa em sentido estrito. Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como fato típico e antijurídico.¹⁰

Insta salientar que o formato da teoria do delito orientada à responsabilidade exclusiva de pessoas físicas, é um produto da estrutura do Direito Continental Europeu (Civil Law) que se constrói a posteriori da decisão político criminal da exclusão de responsabilidade das corporações, como esclarece Atades Kist:

⁸TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, p.80.

⁹HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Ed 5º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.26.

¹⁰MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal I**: Ed 25º. São Paulo: Atlas, 2009, p.83.

As tendências individualistas e coletivistas marcam a evolução histórica do problema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ou seja, da Idade Antiga à Idade Média destacam-se as sanções coletivas, e a partir da Revolução francesa, com o pensamento iluminista e o surgimento do liberalismo, fortalece-se o individualismo. Já a partir do século XIX, encontra-se uma preocupação dos doutrinadores quando aos fundamentos e princípios frente à própria responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atualmente, há uma discussão acerca da dogmática do direito penal frente ao problema, sendo que alguns países acabam por aceitar e implantar a responsabilidade penal da pessoa jurídica frente aos que repudiam com base na própria dogmática do direito penal.¹¹

Sendo vinculada a ideia da Revolução Burguesa, no qual, o poder sendo dividido não só entre os nobres, mas também entre os burgueses e, nada mais lógico que houvesse uma proteção dessas pessoas jurídicas como resultado desse processo político de transição, por conta de a ascensão burguesa ser a ascensão da corporação.

Com essa visão histórica Eugênio Pacelli e André Callegari explicam que:

A problemática da definição da responsabilidade penal da pessoa jurídica se apresenta, no cenário jurídico-penal atual, como um divisor de doutrinas. Ou seja, apresenta-se inalcançado um ponto comum em relação à possibilidade ou não de se proceder a essa responsabilização, justamente por não ser tarefa fácil à adequação da pessoa jurídica à teoria historicamente desenvolvida do Direito Penal. Nesse aspecto, desde a época da Roma antiga, costumava-se invocar o aforismo “societas delinquere non potest”, representativo da incapacidade da pessoa jurídica de responsabilização penal.¹²

Naturalmente, como a teoria do delito surge de um ponto a posteriori, partindo de uma visão político criminal de exclusão de responsabilidade das corporações, como nas lições de Eugênio Pacelli e André Callegari:

Comumente se entendia que a pessoa jurídica não poderia ser considerada um sujeito criminoso, seja em razão de sua concepção como mera ficção jurídica, seja pelo princípio do Direito Penal liberal da pessoalidade das penas.¹³

¹¹ KIST, Ataiades. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Led Editora de Direito, 1999, p.41 e 42.

¹² PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Ed 4ª. São Paulo: Atlas, 2018, p.217.

¹³ PACELLI, CALLEGARI, loc. cit.

Nos debates acerca do tema diversos defensores da tese de que pode sim haver responsabilidade penal da pessoa jurídica, argumentam defendendo que antes da Revolução Francesa, a responsabilidade coletiva era algo que existia no direito medieval, mesmo no continente Europeu.

Argumentam que, ao contrário do continente europeu, na Inglaterra, nas bases do “Common Law” sempre existiu responsabilidade das corporações e segue existindo até hoje a responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim:

Esse cenário passa a se alterar modernamente, verificando-se cada vez maior relativização do ditado romano acima transcrito, em prol da responsabilização penal da pessoa coletiva. Grande parte da responsabilidade por essa tendência se deve ao papel social desempenhado pelas pessoas jurídicas, pela relevância e amplitude dos danos advindos da atividade empresarial e de tomadas de decisões, no âmbito da teoria do crime, influenciadas pelos valores político-criminais. Determinante nessa matéria, portanto, é o reflexo das atividades empresárias na sociedade, o que, por vezes, viola ou expõe a perigo um amplo conjunto de bens jurídicos de destacada relevância. Soma-se a isso uma necessidade de se desenvolver e incentivar políticas de gestão adequada das pessoas jurídicas, como forma de tutela dos bens jurídicos envolvidos, o que nem sempre se alcança com as tutelas diversas da penal.¹⁴

Do ponto de vista histórico, as revoluções políticas na Inglaterra antecederam a Revolução Industrial e a ascensão do capital, como o poder já se encontrava dissolvido não era possível oferecer essa espécie de protecionismo as pessoas jurídicas.

Podemos destacar também alguns países que não admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas como a Alemanha que defende a ideia de responsabilização individual, afirmando que em face das PJ somente há multas administrativas. A Espanha também não aceita responsabilizar penalmente o ente coletivo.

Outro país a ser destacado é a Itália que na mesma esfera de defesa da Alemanha alega que a responsabilidade criminal é apenas individual e, em relação a pessoa jurídica prevê apenas medidas administrativas.

¹⁴ PACELLI, CALLEGARI, 2018, p. 217.

Atualmente, a tese usada pela doutrina que é contra a responsabilização do ente jurídico vem usando a visão do delito, partindo do pressuposto da conduta humana, defendendo que tem que haver consciência e vontade de praticar os fatos para ser responsabilizado penalmente, sendo defendida por Ataides Kist:

O sistema jurídico penal Brasileiro trata exclusivamente, acerca da responsabilidade penal das pessoas físicas, não abrindo condições para a responsabilização dos entes coletivos. Ou seja: o delito e a contravenção não podem ter como coerção a aplicação penal no ente coletivo. Assim, também Heleno Fragoso, se manifesta dizendo que a responsabilidade penal é pessoal e subjetiva. Portanto, na linguagem do Código Penal, o sujeito ativo do delito somente pode ser a pessoa física, e jamais o ente coletivo.¹⁵

O doutrinador José A. Paganella Boschi defende que pessoa jurídica não comete crime e, nem pode ser responsabilizada penalmente, porque a PJ é apenas uma ficção jurídica, não tem consciência e nem vontade de praticar o crime. Ou seja, só será punida, civilmente, administrativamente e tributariamente, e apenas a pessoa física que será responsável e responderá na esfera penal.

Fernando Galvão, outro doutrinador que é contra a RPPJ afirma nos seus debates que apenas a pessoa física comete crime, a PJ não comete crime, mas nos crimes ambientais a CF e a Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) trouxeram a hipótese de responsabilidade criminal da pessoa jurídica, havendo uma responsabilidade penal da empresa, desde que, haja uma relação objetiva entre o autor da infração penal e o ente jurídico.

Argumentos e teses como, a pessoa jurídica é um ente autônomo distinto dos seus membros, portanto, é dotada de vontade própria e pode sim cometer crimes plenamente e sofrer as sanções penais, estão surgindo cada vez mais quando o assunto é RPPJ.

Não devemos esquecer que o direito penal pune sempre a conduta provida de vontade, por isso, não tem lógica punir uma ação que não esteja ligada à vontade humana e, não faz sentido colocar um ente jurídico composto por inúmeros membros atrás das grades porque o delito existirá somente se for gerado por ação ou omissão humana.

Assim, nas lições de Ataides Kist:

¹⁵ KIST, 1999, p. 69.

Não se admite a capacidade penal das pessoas jurídicas em face da exigência da culpabilidade que atua como fundamento e limite da pena. Somente as pessoas físicas são as depositárias dos elementos da formação da culpabilidade, firmando, no que se refere à incriminação dos atentados ao meio ambiente, o caráter pessoal e subjetivo da responsabilidade penal.¹⁶

Deverá haver apenas um membro (pessoa física) para responder na esfera penal, pois a PJ é um ente abstrato não tem vontade própria, sendo assim, não tem imputabilidade.

2.3 A CONDUTA COMO OBJETO DE REGULAMENTAÇÃO

Quando o assunto é responsabilidade da pessoa jurídica, surgem inúmeras definições para a conduta praticada no delito. Surgem ideias de que, deve invocar a conduta de um dos sócios para tentar justificar a responsabilidade penal do ente coletivo, que a pessoa jurídica pode responder criminalmente independentemente da responsabilidade da pessoa física que a constitui, que poderá ser denunciada juntamente com a pessoa física.

Por outro lado, há conclusões que não é possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, porque ela não é composta de culpabilidade.

A conduta em si é representada por uma ação ou omissão humana dirigida a um fim, no qual, haverá crime através do comportamento das pessoas naturais (físicas). Pode ser um fazer ou não fazer, quando a conduta humana for um fazer trata-se de uma conduta comissiva, a conduta humana como não fazer é a conduta omissiva. Existindo então, crimes comissivos que são crimes de ação, de fazer e, crimes omissivos que estão relacionados à omissão, o não agir.

Há também situações que excluem a conduta como: atos reflexos, que são movimentações ou não corporal que não passam por uma ordem consciente do cérebro, a movimentação corporal é involuntária é reflexa não há o comando de ordem

¹⁶ KIST, 1999, p. 75.

dizendo o que tem que ser feito, é uma resposta que não conseguimos controlar, sendo assim, se não houver atos reflexos não haverá crime.

Outra situação que exclui a conduta é a coação física e irresistível, significa que alguém utilizou seu corpo como instrumento para causar certo dano; e a última hipótese é no caso do estado de absoluta consciência, como por exemplo, o sono (uma pessoa sonâmbula), ou, no caso da hipnose.

Explica Julio e Renato Fabbrini que:

Não há crime sem ação (nullum crimen sine conducta). É sobre o conceito de ação (que se pode denominar conduta, já que a palavra ação tem sentido amplo, que abrange a ação em sentido estrito, que é o fazer, e a omissão, que é o não fazer o devido) que repousa a divergência mais expressiva entre os penalistas. Conforme o sentido que se dê à palavra ação, modifica-se o conceito estrutural do crime, examinando as teorias mais divulgadas: a teoria causalista, a teoria finalista e a teoria social da ação.¹⁷

Em relação às teorias mencionadas, entende-se que, para a teoria causalista a conduta é um comportamento humano voluntário; a teoria finalista entende que a conduta é uma atividade final humana implicando uma finalidade; já para a teoria social a conduta é socialmente relevante controlada pela vontade humana.

Damásio de Jesus conceitua a conduta como “ação ou omissão humana consciente e dirigida à determinada finalidade”.¹⁸

Sendo assim, a conduta pode ser vista como forma de ação e de comportamento humano, sendo o primeiro elemento integrante do fato típico.

Rogério Greco defende que:

Não se fala em conduta de pessoa jurídica no sentido de imputar a esta a prática de alguma infração penal. Embora seja o delito o resultado de uma ação humana, nosso legislador constituinte previu expressamente em nossa Constituição Federal a possibilidade de punir penalmente a pessoa jurídica por ter ela própria praticado uma atividade lesiva ao meio ambiente, conforme se deduz da redação de seu art.225, parágrafo 3º.¹⁹

¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal I: Parte Geral**. Ed 25º. São Paulo: Atlas, 2009, p.88.

¹⁸JESUS, Damásio. op. cit. p.211.

¹⁹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Ed 12º. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.143.

O simples pensamento, a cogitação não serve para constituir o conceito de conduta, tem que haver o ato de vontade e sua manifestação. E, para a existência do crime não basta apenas à conduta tem que haver o elemento do resultado.

Se por alguma hipótese, o sujeito não atuar tanto dolosamente como culposamente, não há ação.

Na Lei de crimes ambientais Lei 9.605/98 em relação ao processamento da pessoa jurídica por crime ambiental, na denúncia deve destacar que ação ou omissão cominou para a ocorrência do delito criminoso.

Por sua vez, Ataides diz que:

A responsabilidade penal pelos delitos do meio ambiente poderá recair tanto sobre o autor como sobre o partícipe, ou seja, sobre o instigador ou sobre o cpumplice, sejam os crimes consumados ou simplesmente tentados. Desta maneira, o sistema atual pune os crimes contra o meio ambiente em todas as modalidades de perigo, uma vez que tanto no Código Penal, quanto nas leis especiais existem ilícitos contra a flora, a fauna, a água, o ar e o solo que efetivamente provocam as situações de perigo, praticados por ação ou por omissão. Os crimes contra o meio ambiente somente poderão ser cometidos por dolo ou por culpa, como atos exclusivos do ser humano, uma vez que nele reside a questão da responsabilidade penal.²⁰

O jurista italiano Bettiol afirma que:

O sujeito capaz de ação é apenas o homem, entendido como entidade psico-física, como entidade que pode cumprir uma ação animada por um processo psicológico finalístico, ainda que não passível de reprovaçõesalienta. A pessoa jurídica é um ser abstrato sendo assim, não é sujeito possível de delito²¹

Conclui-se que pelo crime praticado responderá em nome próprio a pessoa física, não a PJ.

O também jurista italiano Giulio Battaglini, defende que:

O delito é a violação de norma de comportamento, suscetível de valoração moral. E essa valoração não pode dizer respeito senão à ação humana, pois somente nesta é que se pode encontrar uma vontade moralmente valorável.²²

²⁰ KIST, 1999, p. 76.

²¹BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Vol I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

²²BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1964.

Na doutrina brasileira, o pensamento do professor René Ariel Dotti:

O ilícito penal (crime ou contravenção) é fruto exclusivo da conduta humana, logo, somente a pessoa física pode ser sujeito ativo da infração penal. Apenas o ser humano, nascido de mulher pode ser considerado como autor ou partícipe do crime ou contravenção; somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como suporte causal do delito.²³

Outro ponto bastante debatido também é a questão da capacidade de ação do ente coletivo, o doutrinador Juarez Cirino defende que:

A ação é fenômeno exclusivo de pessoas naturais, já que a capacidade de ação é atributo natural de seres humanos, de modo que não constituem ações os atos de pessoas jurídicas, uma vez que apenas as pessoas naturais realizam ações, mesmo que estas sejam praticadas na qualidade de órgãos representativos das pessoas jurídicas. A ação é toda conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência materializada tipicamente como expressão da prática humano-social.²⁴

Juarez Tavares em seu conceito de ação ressalva:

Se for concedida importância à fundação do estado de garantia da pessoa humana, a conduta deverá ser entendida como a realização concreta do homem em cada tipo penal, isto porque o conceito de conduta tem origem na perspectiva da dogmática penal de impedir que o legislador possa configurar como crime todo e qualquer agir.²⁵

Em relação ao instituto as compreensões são absolutamente divergentes, mesmo com uma definição mais atual do tema esta premissa, ainda, não se modifica.

²³DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

²⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. Ed 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.23.

²⁵ TAVARES, Juarez. **Apontamentos sobre o Conceito de Ação. Direito Penal Contemporâneo- Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. Luiz Regis Prado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.139.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA

Preliminarmente, podemos conceituar a pessoa jurídica como uma reunião de pessoas e bens, que empreendem esforços em busca de fins comuns, podendo ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil. Ou seja, quando várias pessoas naturais se reúnem com objetivo comum, com respaldo da lei, de buscar uma finalidade.

Dá mesma forma que nós temos vários institutos jurídicos criados para auxiliar a pessoa natural, o direito também criou a pessoa jurídica para dar mais poder a essas pessoas naturais que se reúnem com objetivo em comum. Assim, com o respaldo da lei, agem em nome da pessoa jurídica e conseguem realizar atividades que sozinhas não conseguiriam.

Para ser configurado como uma pessoa jurídica faz-se necessário conter três requisitos primordiais: 1º) tem que haver uma reunião de pessoas e bens; 2º) com finalidade em comum; 3º) e por fim, terá que ser revestida de personalidade e capacidade jurídica própria.

Eis que surge a grande dúvida e, quando sabemos que a pessoa jurídica tem personalidade? Ora, o artigo 1º do CC deixa claro que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.²⁶ E, o artigo 52 também do CC, dispõe que: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.²⁷

Por fim, concluímos que a PJ é a reunião de pessoas e bens, com fins em comum que possui personalidade e capacidade próprias, independente de seus membros.

Em relação ao tema exposto da natureza jurídica da pessoa jurídica, a doutrina classifica três teorias: Teoria da Ficção, Teoria da Realidade e Teoria da Realidade Técnica.

A Teoria da Ficção criada por Savigny no século XVIII defende que as pessoas jurídicas são fruto de abstração, possuindo existência fictícia, somente a pessoa natural pode ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil, por este motivo a pessoa jurídica seria uma criação artificial da lei, como formula José Henrique Pierangeli:

²⁶ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

²⁷ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Esta teoria origina-se do direito romano e desde a Idade Média predomina na doutrina. Encontrou em Bartolo, no Direito medieval, a sua maior expressão, e até o século XVIII era considerada questão incontroversa: *societas delinquere non potest*. As pessoas jurídicas têm existência fictícia, e, por conseguinte, dentro de uma visualização realista, a elas falta a capacidade de atuar, e, por tal razão, não pode ser considerada culpada e punida, conquanto a lei que as cria determine a validade de atuar dentro de limites preestabelecidos. Vale, pois, a máxima de Feuerbach, de que “só um indivíduo pode ser autor de um delito, nunca uma pessoa moral.”²⁸

O fato das sociedades não possuírem vontade própria lhes retira a capacidade de delinquir, caso seja reconhecido que os delitos praticados podem ser imputados à pessoa jurídica, as condutas serão praticadas pelas pessoas físicas que a compõe.

Sendo assim, a pessoa jurídica seria uma criação do direito positivo sendo que sua capacidade civil estaria restringida as relações patrimoniais.

No caso da Teoria da Realidade (Hauriou), também conhecida como Doutrina da Instituição pelo fato dos entes se reunirem em forma de instituto. Afirma que, a ideia de sociedade surge da consciência dos indivíduos que passam a atuar com o objetivo de atingir os fins sociais (serviços e ofícios), adquirindo a personalidade moral.

Quando a atuação desses indivíduos é reconhecida como o exercício de um poder juridicamente reconhecido, a instituição adquire personalidade jurídica:

Por volta do final do século XIX, surge uma nova concepção em prol da punibilidade penal da pessoa jurídica, conhecida como “teoria da realidade” (diferente da teoria da ficção), nascendo a partir de então diversas outras concepções favoráveis à punição penal da pessoa jurídica. Por essa corrente de pensamento, considerou-se a pessoa jurídica um verdadeiro organismo existente, conquanto diferente da pessoa natural.²⁹

Pierangeli aponta que:

A teoria da realidade, também chamada de teoria organicista e da personalidade real, oferece uma perspectiva inteiramente distinta. Para ela, a pessoa jurídica é um ser real, um verdadeiro organismo cuja vontade não é

²⁸ PIERANGELI, 1999, p.191.

²⁹ PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Ed 4ª. São Paulo: Atlas, 2018, p.217.

a soma das vontades de seus associados ou de seus diretores ou administradores. Contrariamente, ela possui vontade própria, e, em consequência, o ato praticado por seus integrantes é distinto destes, ato próprio que o é.³⁰

Essa Teoria da Realidade não explica definitivamente a existência da PJ e, afirma que não existe somente pessoa jurídica com o objetivo de realizar serviços e ofícios. Por conta de um pensamento totalmente reservado é vista como uma teoria “ultrapassada”.

A terceira teoria que surge é a Teoria da Realidade Técnica (Colin e Capitant) defendendo que, a personalidade jurídica é um atributo que o Estado concede a um grupo de pessoas ou bens que possuem objetivos comuns e que cumpram os requisitos exigidos pela lei.

Sendo assim, a lei concede personalidade à pessoa jurídica que não se confunde com a personalidade de seus membros. Conclui que as PJ são reais, mas baseadas em uma realidade técnica, das lições de Pierangeli concluímos que:

Embora se repute o resultado a uma pessoa jurídica e exista entre todos os componentes da equipe uma interrelação ou até uma interdependência quanto ao resultado pretendido, o que se vê nos estádios é cada jogador perfeitamente individualizado, dando a sua parcela de esforço para a consecução do fim comum, que pode-se confundir com o fim social. Consequentemente, Pelé nunca de confundiu com o Santos, assim como Maradona não foi o Napolis. A conclusão que se tira é apenas a seguinte: Pelé integrou a equipe pessoa jurídica Santos Futebol Clube e Diego Maradona integrou a pessoa jurídica denominada Napolis, que se dedicam à prática do futebol. Nada além disso.³¹

As teorias sobre a natureza da pessoa jurídica também apareceram nos grandes debates jurisprudenciais sobre a possibilidade de haver ou não responsabilidade penal da pessoa jurídica, como analisado a seguir:

(...) direcionar ação penal contra a PJ, de forma exclusiva, como aqui se constata, é totalmente desconsoante, pois uma PJ, ente abstrato e ficção jurídica, não pode ser autora de um crime, mas apenas por ele ser responsabilizado, nos termos da lei. A PJ, como sabido, não tem os atributos físicos nem as reações humanas de querer e pensar (...) o que afasta a

³⁰ PIERANGELI, 1999, p.191.

³¹ Ibid., p.194.

possibilidade de análise do dolo em sua conduta. Ela responde pelos atos de seus diretores.³²

(...) as pessoas jurídicas possuem vontade, embora não no sentido atribuído às pessoas físicas, e a externam em sentido pragmático-sociológico. (...) Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.³³

Cumprе ressaltar, no entanto, que uma das preocupações do legislador constituinte de 1988 foi à necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas como entes autônomos das pessoas físicas que as compõem, justamente pelo fato de elas apresentarem-se perante o mundo jurídico como sujeitos de direitos e deveres, o que acarreta a sua punição quando agem em desconformidade com os dispositivos penais vigentes.³⁴

Podemos notar que a jurisprudência assumiu um grande papel em relação às decisões que rodeiam a RPPJ, é vista como uma forma de justificativa para as decorrentes teses.

Temos ainda nas palavras de Eugênio Pacelli e André Callegari que:

Além do sistema de responsabilização penal pessoal (para pessoas naturais), já desenvolvido e consolidado na história do Direito Penal, se mostra necessário o desenvolvimento de uma teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica, especialmente na atual sociedade, demarcada pelo desenvolvimento tecnológico, pela sofisticação dos meios de produção e, dentre outras características, pela disseminação dos riscos de danos nas relações sociais. Em um contexto tal, são justamente as pessoas coletivas que aparecem como maiores produtores de risco e de danos a bens transindividuais.³⁵

A conclusão que se pode ter é que o tema ainda sofre com algumas lacunas, como a necessidade de atuação do Estado em face da RPPJ e, a construção de uma teoria que realmente decida sobre a responsabilidade penal ou, não, do ente coletivo.

2.4 DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA

³² TJSP, Décima Sexta Câmara de Direito Criminal, Recurso em Sentido Estrito n° 990.09.006672-5. Julgado em 11 de agosto de 2009.

³³ TRF1, Terceira Turma, Recurso em Sentido Estrito n° 20074100006063-4. Julgado em 08 de abril de 2008.

³⁴ TJSC, Terceira Câmara Criminal, Recurso Criminal n° 2007.007506-0. Julgado em 13 de junho de 2008.

³⁵ PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.217.

Como visto anteriormente, é possível punir a pessoa jurídica nos crimes ambientais, eis que surgem as dúvidas: Como que a pessoa jurídica vai cumprir pena? Quais penas a pessoa jurídica pode cumprir?

No artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal dispõe que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³⁶. A própria CF/88 dita que as normas infraconstitucionais deveram regular a chamada individualização da pena.

Após dez anos da promulgação da CF/88 foi editada a lei 9.605/98 que disciplinou o artigo 225, §3º da Carta Magna³⁷. A referida lei disciplinou sanções penais administrativas e ambientais aplicadas as pessoas físicas e jurídicas que violarem as regras da harmonia ambiental.

A Lei Nº 9.605/98 faz distinção das penalidades aplicáveis de pessoas físicas e jurídicas.

As pessoas físicas que violarem os preceitos do diploma normativo em análise poderão receber como retribuição estatal, ou seja, como pena a seguintes: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito ou multa.

No que tange as penas privativas de liberdade, estão disposta no artigo 29 até o 69-A da Lei Nº 9.605/98, podendo ser elas de detenção ou de reclusão. Já a multa, será calculada segundo os parâmetros do próprio código penal prevista no artigo 49, cumulado com o artigo 18 da Lei Nº 9.605/98.

Porém, vale destacar que considerando a vantagem econômica auferida poderá o magistrado ainda triplicar o valor desta sanção. ³⁸

Referente às penas restritivas de direitos é importante ressaltar que são penas autônomas e substituem as penas privativas de liberdades quando, há crimes culposos ou com pena inferior a quatro anos desde que, respeitadas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, personalidade do agente bem como as

³⁶ Art. 5º, inciso XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁷ Art. 225, §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.

³⁸ Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

circunstâncias do crime indicar que a substituição seja suficiente para os efeitos de reprovação e prevenção do crime conforme o artigo 7º da Lei Nº 9.605/98.³⁹

Como espécies das penas restritivas de direito há: prestação de serviço à comunidade; a interdição temporária de direitos; a suspensão parcial ou total de atividades; a prestação pecuniária e, por fim o recolhimento domiciliar, todas elencadas no artigo 8º da Lei de Crimes Ambientais.⁴⁰

Na análise das penas aplicadas a pessoa jurídica, o artigo 225, §3º da CF e o artigo 3º da Lei 9.605, à previsão da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, porém, deve se respeitar alguns requisitos como: que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou de seu órgão colegiado e seja também no interesse ou em benefício de sua entidade.

Para Ataiades Kist:

Observa-se, assim, algumas penas aplicáveis às pessoas jurídicas, quais sejam: a) Pena de admoestação ou de advertência: esta constitui-se numa pena de menor gravidade, consistindo-se em uma censura oral feita contra o agente considerado culpado; b) Penal de multa: verifica-se esta em todas as legislações que adotam a responsabilidade da pessoa jurídica. Tais penas possuem várias formas de aplicação, ficando restrita à realidade de cada país; c) Pena da perda dos bens ou confisco: abrange o lucro ilícito obtido pelo infrator, bem como os bens adquiridos com o produto do crime; d) Pena de Intervenção: é a imposição de um administrador para monitoramento das atividades, para cessar o ilícito e adotar medidas necessárias em relação à situação; e) Pena de prestação de serviços à comunidade: principalmente no direito ambiental, e a efetiva alternativa penal para cometimento dos ilícitos, justificando-se a finalidade da pena por sua repercussão social quanto à reconstituição de áreas lesadas em detrimento ao fato delituoso; f) Pena de Interdição de direitos: visa à proibição do condenado de contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais e de participar de concorrências públicas; g) Pena de fechamento temporário: medida mais grave que visa ao encerramento temporário da pessoa jurídica, ante os fatos ilícitos que colocam em perigo os bens jurídicos tutelados na órbita penal. Devem decorrer medidas impeditivas para o despedimento dos trabalhadores e não pode tê-la como ensejadora de suspensão ou de redução do pagamento das respectivas remunerações; h) Pena da dissolução da empresa: nos casos graves, e aplicável principalmente à repressão do crime organizado ou que põe em risco os interesses da economia nacional e ao próprio desvio da finalidade da empresa; i) Pena da divulgação da sentença: é feita a

³⁹ Art. 7º. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I – tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos; II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime. Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

⁴⁰ Art. 8º. As penas restritivas de direito são: I – prestação de serviços à comunidade; II – interdição temporária de direitos; III – suspensão parcial ou total de atividades; IV – prestação pecuniária; V – recolhimento domiciliar.

divulgação da condenação da pessoa jurídica no próprio estabelecimento comercial, no local de exercício e região em que se encontra instalada, através dos meios de comunicação; j) Pena do instituto da suspensão condicional da pena: esta, em substituição à privação da liberdade, sendo utilizada para a não execução de uma sanção aplicada, desde que preenchidos certos requisitos e mediante o cumprimento de determinadas condições; k) Pena da suspensão condicional do processo: é a suspensão da tramitação do feito, antes da própria decisão definitiva, principalmente na ordem ambiental.⁴¹

Insta salientar, que a responsabilização da PJ não exclui a responsabilidade da pessoa física autora, coautora ou participe do mesmo fato.

Há grande divergência entre os outros autores, os criminalistas sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica sobre crimes ambientais, porém, o STF decidiu no Resp 889528/07 sobre a possibilidade da RPPJ em caso de infração penal de cunho ambiental.

Como modalidades de penas da pessoa jurídica previstas no artigo 21, incisos I, II e III da Lei 9.605/98 podem ser destacadas: multa, penas restritivas de direito e pena de prestação de serviço à comunidade. Por uma razão lógica não há a pena privativa de liberdade.

Sendo assim, Ataides afirma que:

Inconcebível é a prisão do ente coletivo. A modalidade de prisão em nada poderia se aplicar à pessoa jurídica. Torna-se inaplicável às pessoas jurídicas as penas privativas de liberdade. E, um dos grandes valores do ser humano é o seu arrependimento, sendo que a pessoa jurídica não pode ser intimidada e nem reeducada, ou seja, os fins da pena não poderiam ser atingidos pela aplicação de uma sanção deste tipo.⁴²

Partindo da análise da pena de multa, será feito o mesmo raciocínio em relação às pessoas físicas. São calculadas de acordo com o próprio código penal brasileiro.

No caso das penas restritivas de direito, podem ser elas de três modalidades: suspensão parcial ou total das atividades; interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, ou, por fim, proibição de contratar com o poder público e dele obter subsídios. Lembrando que no último caso, não poderá ultrapassar o prazo de 10 anos.

⁴¹ KIST, 1999, p. 121 e 122.

⁴² KIST, 1999, p. 113.

Em análise a próxima sanção, a prestação de serviço à comunidade, poderá ser de custeio de programas ou projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos ou contribuições a entidades ambientais.

Já na seara processual, destaca-se que a ação sempre será pública e incondicionada nos termos do artigo 26 da referida lei.⁴³

Em relação ao procedimento, será utilizado aquele do código de processo penal brasileiro, assim como, o regramento quando cabível da Lei 9.099/95 que disciplina os Juizados Especiais, inclusive para fins de transação penal, encontrada no artigo 76 da Lei Nº 9.099/95⁴⁴ e, no artigo 27 da Lei 9.605/98.

Insta salientar, que a reparação do dano além de ser uma atenuante da pena é o objetivo inicial do legislador para concretização do desenvolvimento sustentável.

Por fim, destaca-se que a Lei 9.605/98 subdivide as espécies de crimes em capítulos, quais sejam: fauna, flora, poluição, ordenamento urbano e patrimônio cultural e a administração ambiental.

Mas, diante de tal penalidade prevista na Lei 9.605/98 e, de acordo com a atual condição do sistema penal brasileiro é inviável responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

A referida lei não cominou devidamente as penas aplicadas, limitando a lei a tratar de forma genérica a aplicação das penas aos entes coletivos.

⁴³ Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

⁴⁴ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

3. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS “MÃOS LIMPAS, BANESTADO E LAVA JATO”

No presente capítulo serão abordados aspectos penais em relação a casos concretos como seus conceitos e teorias adotadas, entendendo primeiramente, como funciona a lavagem de capitais e, prosseguindo com uma discussão de casos concretos.

3.1 DA “LAVAGEM” DE CAPITALS

Falar sobre lavagem dinheiro é uma questão que envolve num primeiro momento, entender qual o significado desse crime. Até então, uma criminalidade que não era tão comum, não era tão conhecida, mas atualmente diante dessas grandes operações tocadas no país, isso se torna mais recorrente.

Essa expressão “lavagem de dinheiro” surgiu no século XX com a máfia norte americano e, ficou denominada como lavagem de capitais porque a forma com que os mafiosos encontraram para ocultar e dissimular o lucro que conseguiam com a prática de crimes, foi de criar lavanderias porque não havia controles, podia existir um controle interno, mas, o controle externo era difícil de fazer.

A criação de lavanderias foi o primeiro ramo utilizado para movimentar uma quantia exorbitante de dinheiro gerado atrás de práticas criminosas.

A lavagem de capitais é conceituada por Celso Sanchez Vilardi como:

Lavagem de dinheiro é o processo no qual o criminoso busca introduzir um bem, direito ou valor oriundo de um dos crimes antecedentes na atividade econômica legal, com a aparência de lícito (reciclagem). Este processo, em regra, é formado por três etapas distintas: a da ocultação, em que o criminoso distancia o bem, direito ou valor da origem criminosa; a etapa da dissimulação, através da qual o objeto da lavagem assume aparência de lícito, mediante algum tipo de fraude; e a etapa da reintegração: feita a dissimulação, o bem, direito ou valor reúne condições de ser reciclado, ou seja, reintegrado no sistema, como se lícito fosse.⁴⁵

⁴⁵ VILARDI, Celso Sanchez. **O Crime de Lavagem de Dinheiro e o Início de sua Expressão**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 11.

Estendendo-se ainda as sábias palavras de Marcelo Batlouni Mendroni:

Lavagem de dinheiro poderia ser definida como o método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer a sua aparência para obtidos licitamente.⁴⁶

A lavagem de dinheiro pressupõe um crime anterior, ou seja, há uma prática criminosa e a partir daquele proveito obtido da prática criminosa, o sujeito, ele faz atos, ele pratica atos posteriores, que são atos em que ele oculta aquele valor, dissimula e depois reintegra a economia. Ele faz com que isso volte à economia de uma maneira lícita e, a compreensão da lavagem de dinheiro, ela é importante a partir de uma lei, a Lei 9.613/98 que é a Lei de Lavagem e Ocultação de Bens.

Essa lei trazia consigo uma discussão a respeito do conhecimento do agente, como que o sujeito poderia praticar esse crime de lavagem de dinheiro e o que ele precisaria conhecer. Em um primeiro momento, nessa Lei de 98, pensava-se que o crime ele poderia ser praticado apenas com dolo direto, ou seja, o sujeito queria aquele resultado, ele visava aquele resultado.

André Luís Callegari e Ariel Barazzetti salientam que:

O delito de lavagem de dinheiro é de tipo subjetivo exclusivamente doloso, restando afastada qualquer hipótese de punição por culpa. Isso importa dizer, como assevera Bottini, que o ordenamento jurídico brasileiro não admite responsabilidade penal objetiva em matéria de lavagem, configurando relevante garantia de imputação subjetiva que somente permitirá a responsabilização de agente que possua “relação psíquica” com os eventos do caso concreto.⁴⁷

A partir de 2012, com uma reforma legislativa, começa-se a entender que além do dolo direto, poderia trabalhar também com o dolo eventual, o sujeito assumiria o risco de produzir aquele resultado.

⁴⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. Ed 3ª. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p.21.

⁴⁷ CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. Ed 2ª. São Paulo: Atlas, 2017, p.11.

Pensando na nossa estrutura do código penal, temos no artigo 18 uma postura de dolo direto ou dolo eventual, que hoje seria cabível em relação a essa lavagem de dinheiro.

A grande questão que se percebe aqui, é que a partir dessa alteração, saber da proveniência ilícita e agora simplesmente a proveniência ilícita do delito, eu posso constatar um dilema entre quais tipos de dolo seriam cabíveis. Parte da doutrina questiona isso, mas o entendimento que tem vigorado em relação ao aspecto subjetivo, é que tanto o dolo direto, quanto o dolo eventual, seria cabível em relação a essa prática criminosa.

Em relação aos vários casos e operações que estão sendo tratados, possuem algumas curiosidades porque são as mesmas figuras, tanto numa primeira instância, onde o Juiz Sérgio Moro atuou, sendo como um dos defensores dessa doutrina da “cegueira deliberada” que veremos mais à frente era também um juiz assessor na época do STF. Não há uma coincidência de que a utilização desse instituto, que é um instituto importado, ele começa a ser utilizado por determinadas figuras.

Em sua obra o doutrinador Rodolfo Tigre Maia explica quais são as etapas da “lavagem”:

A primeira etapa é a do “placement” ou conversão: tendo como momentos anteriores a captação de ativos oriundos da prática de crimes e sua eventual concentração, nesta fase busca-se a escamoteação (ocultação) inicial da origem ilícita, com a separação física entre os criminosos e os produtos de seus crimes; O segundo momento do processo designa-se por “layering”, dissimulação: os grandes volumes de dinheiro inseridos no mercado financeiro na etapa anterior, para disfarçar sua origem ilícita e para dificultar a reconstrução pelas agências estatais de controle e repressão da trilha do papel, devem ser diluídos em incontáveis estratos, disseminados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias de diversas empresas nacionais e internacionais, com estruturas societárias diferenciadas e sujeitas a regimes jurídicos os mais variados; A etapa final é chamada de “integration”, ou integração, que se caracteriza pelo emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens.⁴⁸

⁴⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem De Dinheiro**: lavagem de ativos provenientes de crime. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 37,38,39 e 40.

O que devemos entender é que, essa forma de cegueira deliberada é uma importação, nós não temos essa estrutura no nosso ordenamento jurídico, é importada dos Estados Unidos e também da Inglaterra.

A primeira modalidade, a primeira aparição é na Inglaterra, em um segundo momento nos Estados Unidos com ampla aplicação, tanto em questões de drogas, quanto em questões de lavagem de dinheiro.

Há um sinônimo aqui, que se diz que é a “tática do avestruz”. Essa doutrina tem um nome curioso porque aquele agente se esconderia na terra para não ver exatamente o que está se passando, ainda mais ou menos da forma como o animal faz, eu me esconderia me colocaria numa situação de indiferença, numa situação de ignorância, para não saber exatamente o que está acontecendo.

Exatamente isso que se trabalha em relação à cegueira deliberada, que consiste na equiparação no plano subjetivo da consciência com relação à prática de um fato criminoso, a posição deliberada de manutenção de um estado de cegueira com relação a esse evento criminoso.

Significa dizer que vão ser responsabilizados da mesma forma, tanto aquele agente que sabe que está praticando um delito, quanto àquele agente que desconfia que esteja praticando o delito, mas deliberadamente se mantêm nesta posição de ignorância mesmo quando era possível obter a um pleno conhecimento com relação aos fatos.

Basicamente, o que nós estamos tratando aqui, é de uma pessoa que se colocaria em uma situação, em um momento de indiferença em relação aquilo, porque a sua ignorância lhe traria proveito, haveria no caso da lavagem de dinheiro, um proveito econômico.

O grande problema de se discutir isso, é que não há uma correspondência, o primeiro momento, quando nós falamos de dolo direto e dolo eventual, é que não há uma correspondência em relação à cegueira deliberada e, aqui nós temos esse primeiro problema.

Apesar do uso recorrente, que é nessas decisões, é interessante perceber que a importação feita dos Estados Unidos traz alguns problemas.

Como? A teoria ela não tem uma unanimidade, são várias correntes, várias teorias adotadas nos Estados Unidos e, essa importação que é feita para o nosso sistema, que é um sistema da “Civil Law”, geralmente ela vem de uma maneira estranha.

Porque, nos Estados Unidos se fala que o sujeito não é simplesmente “não saber do fato” para praticar lavagem, não basta que ele desconheça a origem criminosa daqueles bens e valores. Há uma alta probabilidade, isso quer dizer que existe uma alta probabilidade de que, aqueles bens tenham uma origem ilícita.

No Brasil, o que se tem feito é simplesmente dizer: “bom, ele se colocou numa situação de indiferença, pronto, eu teria o conhecimento, teria um dolo eventual”.

Mesmo fazendo um comparativo, entre o nosso dolo eventual, isso não guarda uma correspondência exata com a teoria da cegueira deliberada e, mais, nessas decisões estudando os casos concretos, muito se invoca em relação ao entendimento espanhol porque, nos tribunais espanhóis há sim a utilização da cegueira deliberada, mas é como se fosse uma terceira via, assim, trabalharia com dolo direto, com o dolo eventual e com a cegueira deliberada, o que nós não fazemos aqui no Brasil.

Quando falamos em lavagem de dinheiro e entramos na questão da teoria da cegueira deliberada, podemos fazer um link com um caso que ocorreu aqui no Brasil que foi o “Furto ao Banco Central” na cidade de Fortaleza.

Os responsáveis pelo furto se dirigiram a uma concessionária de veículos e, efetuaram a compra de onze carros todos à vista e em dinheiro, conforme precedente do TRF-5 julgado em 09/09/2008:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSA IDENTIDADE, USO DE DOCUMENTO FALSO, LAVAGEM DE DINHEIRO E DE POSSE DE ARMA DE USO PROIBIDO OU RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINARES: JUNTADA DE NOVAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTO À APRECIÇÃO DE TODAS AS TESES DA DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO (DE LAVAGEM DE DINHEIRO) E A SENTENÇA CONDENATÓRIA. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. INEXISTÊNCIA. MÉRITO: AUTORIA E MATERIALIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO NA PRÁTICA DE FURTO CONTRA A AUTARQUIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. SENDO O CRIME PRATICADO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DEVIDAMENTE CONFIGURADA, RECONHECE-SE O DELITO ANTECEDENTE DO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE VALORES. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DA PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. NÃO CONSTITUI CRIME O MERO PORTE DE DOCUMENTO DE TERCEIRO, MORMENTE QUANDO PARENTE PRÓXIMO. ABSOLVIÇÃO

PELO CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ABSOLVE-SE DA IMPUTAÇÃO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA O ACUSADO DE QUEM NÃO SE DEMONSTRÓU A RELAÇÃO ESTÁVEL COM OS INTEGRANTES DO BANDO. FIXAÇÃO DAS PENAS: CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. EXACERBAÇÃO EXCESSIVA DA PENA-BASE. REDUÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DE AUMENTO EM RELAÇÃO AO DELITO DE LAVAGEM. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À HABITUALIDADE DAS CONDUTAS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. ⁴⁹

Na época, o vendedor responsável pela venda dos veículos, foi denunciado por crime de lavagem de capitais e, o fundamento quanto ao dolo, o elemento subjetivo do crime de lavagem, neste caso, foi o fato do empresário proprietário do estabelecimento ter deliberadamente se mantido em posição de cegueira, ter optado por não querer saber qual a procedência do dinheiro, mesmo quando podia ter observado a origem daquele valor, em razão da estranheza daquela situação, mas, voluntariamente se manteve cego com relação às verdades dos fatos.

Em relação à aplicação do direito penal Francisco de Assis Betti entende que:

O combate aos crimes do colarinho branco está intimamente ligado à educação de um povo, de seus governantes, das autoridades públicas, para a conscientização de que o Estado existe para garantir o bem-estar social, sob as normas programáticas insertas nas Constituições dos países livres se consagrarem como simples propostas de intenção. É necessário que se tornem realidade. A significação e o valor do Direito são aferidos nas suas implicações práticas, analisando-se a função do sistema normativo no modelo social em que se encontra. ⁵⁰

Portanto, o que nós temos em relação a essa teoria é uma importação que tem que ser estudada, tem que ser examinada, mas, com bastante cautela.

Por mais que a lavagem de dinheiro hoje seja um desafio a ser enfrentado, há que se pensar o seguinte, além da efetividade do sistema penal, precisamos de uma segurança jurídica e, comportar a cegueira deliberada, que com certeza é um tema relevante, temos que levantar a seguinte questão: será que no Brasil o instituto está sendo aplicado da maneira correta?

⁴⁹ TRF5, Segunda Turma, Apelação Criminal: ACR 5520 CE nº 0014586-40.2005.4.05.8100. Julgado em 09 de setembro de 2008.

⁵⁰ BETTI, Francisco de Assis. **Aspectos dos Crimes Contra o Sistema Financeiro no Brasil:** Comentários às Leis 7.492/86 e 9.613/98. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.21.

3.2 CASO “MÃOS LIMPAS” NA ITÁLIA

A operação “Mãos Limpas” deu início em 17 de fevereiro 1992 na cidade de Milão na Itália e, além de ser a operação judicial mais importante na história do país, foi o que demarcou a linha de fronteira entre a primeira e a segunda república, tornando-se uma operação com grande influência em relação à política italiana que foi capaz de gerar algumas modificações, das palavras de Rodrigo Chemim extrair que:

O nome “Mani Pulite” (Mãos Limpas) nasceu da referência às letras “M” e “P”, soletradas como “Mike” e “Papa” pelo alfabeto internacional da OTAN e utilizadas pelo procurador Antonio Di Pietro (usando o condinome Papa) e o policial que o ajudou a prender Mario Chiesa, o capitão Zuliani (usando o condinome Mike), para se comunicar via rádio sem revelar suas identidades. Veio daí à inspiração de Di Pietro para Mani Pulite, talvez porque lhe remetesse ao famoso discurso proferido aos jovens italianos em 1980 pelo então presidente da república Sandro Pertini, um partigiano que atuou na resistência ao fascismo: “A política deve ser feita com as mãos limpas”. O certo é que dar nomes às operações policiais serve não apenas para facilitar a comunicação entre os investigadores no plano interno da atividade policial, pois são milhares de investigações em curso simultaneamente, mas também para facilitar a referência da mídia nos casos de repercussão. Dar nome aos bois, portanto, costuma ser uma providência de dupla funcionalidade comunicacional.⁵¹

Uma das modificações foi que, antes da operação “mãos limpas” em 1948 a Itália era primeira república, ou seja, deixa de ser uma monarquia e passa a ser república e, posteriormente se transforma em segunda república, o procurador de justiça Rodrigo Chemim ainda destaca:

Na Itália, o apoio popular e a repercussão desfrutada pela Operação “Mãos Limpas” praticamente constrangeram o Parlamento italiano e revogar a regra que proibia que um senador ou deputado pudesse ser investigado criminalmente sem prévia autorização da casa legislativa correspondente. O apoio se deu desde praticamente os primeiros dias após o que então se chamava de Caso Chiesa vir à tona.⁵²

⁵¹ CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: A Corrupção se olha no Espelho**. Ed 1ª. Porto Alegre: Citadel, 2017, p.73 e 74.

⁵² Ibid., 2017, p. 84.

Nasce através de um pequeno caso de propina, a partir da prisão em flagrante no dia 17 de fevereiro de 1992 do político e, dirigente de um hospital Mario Chiesa. Que tinha recebido em mãos, o percentual de 10% do valor (algo em torno de três mil euros) do contrato de renovação de prestação de serviços de uma empresa de limpeza, de propriedade do empresário Luca Magni, e ao ser investigado constatou que o político possuía duas contas bancárias na Suíça, destacando o assunto Chemim explica:

Ao ser preso, Mario Chiesa havia cobrado propina de 10% do valor do contrato de renovação de prestação de serviços de uma pequena empresa de limpeza industrial cujo proprietário era Luca Magni. (O valor da propina corresponde a cerca de 3,5 mil euros em moeda de hoje.) O jovem empresário, cansado dos repetidos achaques, procurou o então procurador da República Antonio Di Pietro, que constatou o flagrante e prendeu Chiesa quando este recebia o dinheiro. Os detalhes da prisão revelaram como a corrupção havia se tornado rotineira no Trivulzio: na ocasião do flagrante, Mario Chiesa pediu para ir ao banheiro antes de ser levado embora. Ele queria se livrar de mais dinheiro que tinha no bolso – a propina cobrada de outro empresário momentos antes. Chiesa rasgou e jogou as notas no vaso sanitário. Mas, como era muito dinheiro, só conseguiu entupir o vaso.⁵³

O primeiro episódio comandado pelo procurador Antonio Di Pietro, até então desconhecido, que posteriormente vem se tornar muito famoso na Itália, descobre que um funcionário recebeu uma pequena propina de um empreiteiro do ramo de limpeza pública, que por conta de ser feito por licitação gerava de imediato uma porcentagem.

A partir do episódio, surgiu a investigação e, os outros empreiteiros que tinha relação com Mario Chiesa foram intimados e interrogados.

No decorrer da operação cada um dos empreiteiros não só confessaram as propinas recebidas, como confessaram sobre outras propinas relacionadas a outros empreiteiros e, esses outros falaram de outros e mais outros, como se fosse um efeito “cascata” porque era um pequeno caso que foi gerando vários outros, ocorrendo durante um período de dois a três anos entre 1992, 1993 e 1994 e, conseqüentemente, havendo uma explosão do sistema político Italiano, retratado por Piercamillo Davigo:

⁵³ CHEMIM, 2017, p. 89.

Eles confessavam porque tinham certeza de que o sistema do qual faziam parte havia falido e porque sentiam-se abandonados por seus partidos. Uma vez, um suspeito detido perguntou-me: “O que os jornais disseram sobre minha prisão?” Dei-lhe os jornais que tinha em mãos. Ele leu o artigo sobre si mesmo: tinha sido qualificado por seu líderes como “uma maçã podre isolada” Imediatamente ele me disse: “Ah, é? Agora, doutor, descreverei ao senhor o resto do cesto.”⁵⁴

Ganha ainda mais força pela ação do mafioso Tommaso Buscetta, que inclusive viveu no Brasil.

No final do processo 4.500 pessoas foram presas, entre elas, empresários, administradores públicos, deputados e senadores. Dois juízes italianos foram mortos pela máfia, partidos tradicionais italianos desapareceram, tivemos 1.250 condenados, 43 suicídios, foi o fim da segunda república italiana. Chemim complementa:

Antonella Beccaria e Gigi Marucci contabilizam a investigação de 4.520 pessoas na Operação Mãos Limpas entre 1992 e 2002. Destas, 1.254 foram condenadas definitivamente, 430 foram absolvidas no mérito (muitas pela posterior descriminalização das condutas), 422 beneficiaram-se da prescrição, e o restante não foi processado. O cálculo de Gherardo Colombo é mais dramático: se, no início da investigação os processos resultavam numa média de 4% de absolvição sem prescrição, ao final houve 20% de absolvição e 40% de prescrição. É quase consenso entre os analistas italianos e procuradores do Ministério Público que atuaram na Mãos Limpas que pouca coisa mudou na forma dos italianos lidarem com a corrupção. Os índices de corrupção continuam os mesmos, e os índices de desconfiança da população nos políticos também.⁵⁵

O principal objetivo da operação era de construir um sistema político limpo, sem corrupção e, fazer uma varredura como uma espécie de limpeza geral na política Italiana.

Existia esse viés em relação à operação, porque a Itália saiu da 2ª Guerra Mundial como um país “perdedor”, sendo assim, como um país que perdeu a guerra.

Conseguimos verificar uma semelhança muito grande em relação à Operação “Lava Jato” aqui no Brasil, tanto em relação aos casos que deu início nas operações, como no desenrolar das investigações.

⁵⁴ BARBACETTO, Gianni, GOMEZ, Peter, TRAVAGLIO, Marco. **Operação Mãos Limpas: A Verdade sobre a Operação Italiana que Inspirou a Lava Jato**. Ed 1ª. Porto Alegre: Citadel, 2016, p.79.

⁵⁵ CHEMIM, 2017, p. 248.

Como vimos, a discussão se baseia totalmente nas condutas praticadas por cada acusado (a pessoa física propriamente dita), contando com a colheita de interrogatórios um por um e, análise individualizada das ações praticadas para embasar uma condenação.

Sendo assim, a pessoa física, o ser humano é quem foi penalmente criminalizado pelo crime.

3.3 O “ESCÂNDALO” DO BANESTADO

Na década de 1990, o Ministério Público Federal descobriu o maior esquema criminoso de remessa de dinheiro para o exterior já montado no Brasil, em 2003 houve a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito e, mais de R\$ 520 bilhões foram mandados ilegalmente para fora do país, tudo feito através do Banco Banestado, Carlos Graieb e Ana Maria Santos ponderam:

Em 2003, uma força-tarefa do Ministério Público e da Polícia Federal começou a investigar um esquema formidável de evasão de divisas, sonegação de impostos e lavagem de dinheiro por meio das famigeradas contas CC5. As contas deveriam ser um meio legítimo para que estrangeiros, fossem indivíduos ou empresas, movimentassem dinheiro no Brasil. Como não estavam sujeitas a uma fiscalização rígida, acabaram se transformando em uma pista expressa para falcatruas. A investigação começou com movimentações estranhas entre a agência do Banestado em Foz do Iguaçu e sua agência-irmã em Nova York. Como o Banco Central não ajudava um juiz federal paranaense, um tanto fora da curva, tomou uma decisão absolutamente inusitada: mandou quebrar o sigilo de todas as CC5 do país. Todas. Aquela quebra monstruosa de sigilos resultou em mais de 2 mil inquéritos. A força-tarefa descobriu transações financeiras equivalentes a 130 bilhões de dólares. Dizem que dinheiro não tem cheiro. Mas, daquela soma estratosférica, 28 bilhões tinham cheiro de crime.⁵⁶

Tinha entre seus clientes as emissoras de televisão Rede Globo, SBT, RBS, e a Editora Abril. A Globo mandou R\$ 1,6 bilhão para fora do país ilegalmente, enquanto que a editora Abril, despachou R\$ 60 milhões, a RBS mandou R\$ 181 milhões e, o

⁵⁶ GRAIEB, Carlos, SANTOS, Ana Maria. **Polícia Federal A Lei é Para Todos: Os Bastidores da Operação Lava Jato**. Ed 4ª. Rio de Janeiro: Record, 2017, p.84 e 85.

SBT transferiu R\$ 37,5 milhões. Sendo Sérgio Moro o juiz do caso e, tendo Alberto Yousseff como um dos delatores, Graieb e Ana Maria apontam.

O que deu para recuperar? A Receita Federal ficou feliz. Foram quase 5 bilhões de reais em autuações fiscais. Além disso, um montante de gente rica decidiu declarar espontaneamente o dinheiro que mantinha lá fora. Nada como uma investigação para deixar todo mundo “espontâneo”. Outros 16 bilhões de reais entraram nos cofres do Estado. O que foi varrido para baixo do tapete? Dos 684 denunciados, 97 foram condenados. Mas os processos como sempre, se arrastavam com todo tipo de chicana jurídica. Muita gente se safou porque os crimes prescreveram. Ainda havia recursos rodando, rodando... Além disso, nem se arranhou o que parecia estar escondido bem no fundo: políticos e grandes construtoras usando os serviços de doleiros para esconder dinheiro de propina e desvio de recursos públicos.⁵⁷

Entre 1996 e 1997 foram movimentados irregularmente U\$30 bilhões em contas da agência do Banco do estado do Paraná em Nova York e, nos Estados Unidos.

Em 2001 a Polícia Federal descobriu o esquema e, um grupo de doleiro seria o responsável por transferir o dinheiro para “paraísos fiscais” que é uma região de um determinado país, que coloca o funcionamento do seu sistema financeiro em uma forma bastante flexível, como por exemplo, as regras relacionadas às origens dos depósitos. Em um “paraíso fiscal”, por exemplo, a origem do depósito não é um requisito para que seja feita uma transação ou depósito nessa região.

Foram denunciadas 680 pessoas e, na denúncia constou José Serra, atualmente senador e na época ministro do governo de Fernando Henrique Cardoso, Jorge Bornhausen, na época senador do PFL e principal aliado de FHC, o delegado da Polícia Federal José Castilho, responsável pela investigação foi removido do caso e mandado para o interior de Santa Catarina, enquanto que o procurador da República Celso Três, que estava à frente das investigações foi transferido para Porto Alegre.

Ninguém foi preso ou denunciado pelo juiz Sérgio Moro, na verdade, as investigações foram encerradas antes de chegarem ao magistrado.

Serra e o partido político PSDB nunca foram investigados, Globo, RBS, SBT e, o Grupo Abril não sofreu nenhuma punição.

Mais um caso analisado e baseado totalmente na conduta humana. Infelizmente, o direito penal se encontra totalmente saturado, criminalizar um ente

⁵⁷ GRAIEB, SANTOS, 2017, p. 85.

fictício e também um ente físico é de certa forma querer saturar por completo o ramo. Apenas sanções administrativas podem ser aplicadas sem nenhum problema.

3.4 OPERAÇÃO “LAVA JATO” NO BRASIL

A Polícia Federal Brasileira denominou de “Operação Lava Jato” um dos maiores crimes de um grupo específico no Brasil. Com início em 17 de março de 2014, recebeu a denominação “Lavo Jato”, pois, acontecia exatamente em vários postos de combustíveis movimentações de valores com origem ilícita, como conceitua Rodrigo Chemim:

O nome Lava Jato decorre de que a investigação no início apurava a conduta do doleiro Carlos Habib Chater, proprietário de um posto de gasolina – o Posto da Torre, em Brasília – usado para lavagem de dinheiro. O estabelecimento não tinha um lava a jato, mas o fato de que postos de gasolina costumam ter esse serviço, somado ao trocadilho com lavagem de dinheiro e que, com o volume de dinheiro que por ali transitava a lavagem não seria de carros, mas de aviões a jato, levou a delegada da Polícia Federal Erika Mialik Marena a batizar a operação de Lava Jato.⁵⁸

O procurador Chemim ainda destaca:

Em entrevista ao canal de televisão Globo News, Marena explicou que no dia da primeira ação policial ela precisava de um nome para registrar o caso no sistema de computadores e conversou com o delegado responsável, que não lhe deu nenhuma sugestão. A primeira coisa que lhe veio à cabeça foi que postos de gasolina costumam ter um lava a jato; então, na falta de algo melhor, resolveu colocar assim mesmo. Se não ficasse bom, pensou ela, depois mudaria o nome⁵⁹.

A Operação contém centenas de mandados de prisão e apreensão por parte da Polícia Federal. O esquema por trás de tudo é uma possível possibilidade de

⁵⁸ CHEMIM, 2017, p.73.

⁵⁹ CHEMIM, loc.cit.

lavagem de dinheiro que gira em torno de R\$ 40 bilhões, dos quais, aproximadamente R\$ 10 bilhões foram utilizados como propinas.

Sendo considerado pela própria Polícia Federal o maior esquema de corrupção da história do Brasil.

Envolvem vários partidos políticos, entre eles o PT, PP, PMDB, empresários, vários políticos de outros partidos e, que de uma forma ou de outra, foram beneficiados por essa Operação, ou melhor, foram beneficiados por essa corrupção, Chemim aponta:

A operação Lava Jato também teve como ponto de partida um caso menor, relacionado ao pagamento de um veículo Land Rover ao diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa por intermédio do doleiro Alberto Youssef e à suspeita de lavagem de dinheiro. Interessante abrir um parêntese aqui para notar que esta não foi a primeira vez que um Land Rover foi dado de presente em atos de corrupção na era petista. Ainda no primeiro governo do ex-presidente Lula, em 2005, Silvio Pereira, o “Silvinho”, então secretário-geral do Partido dos Trabalhadores, foi presenteado com um Land Rover por um diretor da GDK, empresa que depois muito lucrou em contratos com a Petrobras. A GDK, segundo o jornalista Ivo Patarra no livro *Petroladões*, doara cem mil reais para a campanha de Lula à Presidência em 2002; no ano seguinte, faturou 145 milhões de reais em contratos com a Petrobras. Em 2004, a GDK “abocanhou R\$ 512 milhões” e em 2005 fechou outros cinco contratos com a Petrobras no valor de R\$ 272 milhões.⁶⁰

A Operação “Lava Jato” foi dividida em várias fases ao decorrer da investigação.

A primeira fase ocorreu em 17 de março de 2014 e, começou com algumas prisões temporárias e até definitivas, de aproximadamente 17 pessoas, isso envolvendo sete estados brasileiros, entre elas encontrava-se um doleiro na época conhecido como Alberto Youssef.

Nessa primeira fase houve uma apreensão de aproximadamente R\$5 milhões, além de carros de luxo, joias, quadros valiosos entre outros bens.

Já a segunda fase, aconteceu em 20 de março de 2014 e, também ocorreu várias prisões, inclusive de uma pessoa que ficou conhecida na mídia naquela época o Paulo Roberto Costa, como esclareceu Rodrigo Chemim:

No Brasil também foi por colaborações premiadas que a investigação ganhou corpo. E é possível dizer que em alguns casos ela decorreu de um misto de

⁶⁰ Ibid., p. 92 e 93.

sentimento de abandono por parte de alguns investigados e busca de uma válvula de escape para a situação enfrentada. No caso de Paulo Roberto Costa a ideia de abandono não seria lógica, pois ele não pertencia a nenhum partido político, não obstante tivesse sido apadrinhado pelo Partido Progressista (PP). Levando em conta o início da investigação, é possível imaginar que sua sensação fosse outra, aposta à ideia de que corresse o risco de efetiva condenação. Costa ficou preso por 59 dias e foi solto por decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, que liminarmente colocou em xeque a competência do juízo de primeiro grau para o caso.⁶¹

Na terceira fase, ocorreu pouco tempo depois em 11 de abril de 2014. Houve 16 mandados de busca e apreensão, prisões. Quanto à quarta fase, aconteceu em 11 de junho de 2014. A quinta fase em 1º de julho de 2014 e, houve a prisão do empresário João Procópio que foi acusado de ser uma pessoa que gerenciava contas na Suíça, inclusive a do doleiro Youssef.

Quanto à sexta fase da operação, teve início no Rio de Janeiro com 15 mandados de busca de apreensão, entrando na investigação o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa., como atestou Rodrigo Chemim:

O ex-diretor de Abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa revelou no acordo de colaboração premiada ter recebido 23 milhões de dólares em propina da Odebrecht, depositados em contas na Suíça. Segundo o Ministério Público Federal, a Odebrecht também usava contas na Suíça para pagar propina a outros ex-diretores da Petrobras: Renato Duque, Pedro Barusco, Jorge Zelada e Nestor Cerveró.⁶²

A sétima fase houve uma sub denominação, ficando conhecida como “juízo final”, ocorrendo quase 50 buscas e prisões preventivas e vários diretores, empresários de grandes empresas do Brasil foram presos ou chamados para depor nessa fase. Entre as grandes empresas que passou por essa fase foi a Camargo Correia.

Em relação à oitava fase, iniciando em 14 de janeiro de 2015, ocorreram algumas prisões preventivas como do engenheiro químico Nestor Cerveró. E, em cinco de fevereiro de 2015 acontece a nona fase da operação “Lava Jato”, denominada de “my way” e, com aproximadamente 62 mandados de busca e apreensão, e de prisões.

⁶¹ CHEMIM, 2017, p.98 e 99.

⁶² Ibid., p. 119.

É na nona fase que se percebe um alto nível de corrupção dentro também do grupo Petrobras, em relação aos principais diretores onde havia uma vantagem ilícita para uma das suas principais filiadas que era a BR Distribuidora.

No dia 16 de março de 2015 tem início à décima fase da operação sendo titulado de “Que País é esse”, novamente novas prisões, novos mandados de busca e apreensão. O procedimento das fases vai se repetindo, havendo alguns agravantes maiores ou menores em todas elas.

A vigésima quarta fase aconteceu em quatro de março de 2016, sendo expedidos 44 mandados de busca de apreensão e, foi uma fase bastante conhecida pois um dos principais alvos da operação era o ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva e, também os seus dois filhos.

Foram efetuadas algumas apreensões em residências relacionadas ao ex-presidente e, em vários imóveis pertencentes à família ou ao próprio “Lula”, localizados em Atibaia, São Bernardo do Campo, Guarujá entre outros locais, assim, Chemim menciona que:

Na Lava Jato, ainda que vários partidos de oposição tenham recebido verbas desviadas dos cofres públicos em licitações fraudulentas, não se identificou uma combinação entre eles, e por evidente, quem estava no poder beneficiou-se mais. Assim, ainda que vários partidos tenham se aproveitado das fraudes licitatórias, e ainda que uma mesma empresa construtora tenha pago propina a partidos de correntes ideológicas diversas, cada um agiu a seu modo. Ao menos até o presente não se tem notícia na Lava Jato de que os partidos tenham combinado a divisão das propinas cobradas dos empreiteiros, como ocorria na Itália.⁶³

Suspeitando a Polícia Federal de que haja por intermédio de uma forma ou de outra, do ex-presidente algum tipo de lavagem de dinheiro. O ex presidente foi levado até o aeroporto de Congonhas de maneira coercitiva, para que prestasse o seu depoimento, até porque, existia suspeitas que ele estava aos poucos tentando sair da possibilidade de depor.

Outro caso analisado, que pode ver nitidamente que o ente físico pode ser criminalizado sem nenhum tipo de prejuízo.

A conduta em si é representada por uma ação ou omissão humana dirigida a um fim, no qual, haverá crime através do comportamento das pessoas naturais.

⁶³ CHEMIM, 2017, p. 124.

4. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E CONCEPÇÃO FILOSÓFICA

4.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A Teoria do domínio do fato surgiu no momento em que o “alto escalão” do socialismo estava sendo julgado e processado. As pessoas que tinham o poder de decidir, de dar efetivamente ordens pelos critérios do Direito Penal esses indivíduos eram considerados partícipes dos delitos, ao passo que o militar que tivesse executado o ato era o autor do delito.

Em uma visão mais prática, podemos afirmar que no direito penal o partícipe pratica uma conduta menos grave, enquanto o autor uma conduta mais grave, sendo que a teoria do domínio do fato surge para ajustar essa proporcionalidade, do indivíduo que “manda” o ato ser praticado, pratica uma conduta tão grave quanto aquele que efetivamente o executa.

Essa teoria parte de um critério objetivo – subjetivo, em que há duas vertentes: Hans Welzel que idealizou/sistematizou a teoria do domínio do fato em 1939 e, em 1963 a teoria foi reformulada por Claus Roxin. Atualmente no direito brasileiro há quem adota uma das vertentes e, há também quem adota as duas teorias, destacando-se que são duas teorias totalmente distintas, como esclarece Pablo Rodrigo Alflen:

Projetando-se para além das especulações desenvolvidas até então, Welzel procurou elaborar pela primeira vez uma teoria propriamente dita do domínio do fato, que fosse orientada por critérios bem definidos e que servisse de diretriz para o desenvolvimento ulterior da teoria da autoria e da participação. Com isso, em 1939, apresentou sua concepção de domínio do fato, vinculando-se ao seu conceito de ação final. Os influxos decorrentes da introdução de ideia de ação finalista, na dogmática jurídico-penal, sobre a ideia de autoria são manifestos, sendo suficiente, para tanto, apontar dois principais aspectos: em primeiro lugar, a distinção entre injusto e culpabilidade, baseada no conceito ontológico de ação final e no conceito de culpabilidade referido a valores ontológicos, e, em segundo lugar, a distinção entre crimes dolosos e culposos já no tipo penal.⁶⁴

⁶⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.86 e 87.

Para Hans Welzel na teoria do domínio do fato o autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal e também é autor quem tem o chamado controle final do fato, aquela pessoa que pode a qualquer momento interromper a cadeia causal de delito. É autor também aquele que se vale de terceira pessoa para poder praticar o delito.

Tanto para Welzel como para Roxin, temos na teoria a chamada autoria mediata, e para a grande maioria dos doutrinadores a teoria do domínio do fato é a teoria que consegue explicar a autoria mediata de uma maneira mais fácil de ser compreendida, assim Pablo aponta:

Para determinar a autoria nos crimes dolosos, Welzel parte da crítica ao critério adotado pelo Tribunal do Reich alemão à época – e amplamente difundido por Kohlrausch e Lange -, a saber, o critério da vontade de autor (Taterwillen), ou seja, da vontade de cometer o fato como próprio.⁶⁵

Portanto, para Hans o autor pode realizar a conduta descrita no tipo penal, mas também pode ser autor aquele que tem o controle final do fato, para ele o mandante, por exemplo, é o coautor do delito, sendo assim:

Welzel afirma que decisivo para a determinação da autoria é o fato objetivo, ou seja, o fato que realmente tenha sido obra do autor. Porém, entende que este fato objetivo depende de um momento subjetivo, a saber, o domínio final do fato, o qual é mais do que “meramente” subjetivo. A caracterização da conduta humana como realização da vontade assenta na ideia de que o homem pode realizar, de acordo com o fim estabelecido por si mesmo, a conformação do futuro (do curso causal). Esta confirmação, que foi realizada em atenção a um fim e de acordo com sua vontade final, pertence a ele como obra própria. E, de acordo com isso, é indiferente se este ato é executado por si mesmo ou, por outrem, no interesse próprio ou alheio. Portanto, “o domínio do fato corresponde aquele que leva à execução, de forma conscientemente final, a sua decisão de vontade”.⁶⁶

Tal teoria pressupõe um conceito restritivo de autor, apenas aquele que viola a norma de conduta é autor, sendo que a punição do partícipe ocorrerá pela norma de extensão da punibilidade.

⁶⁵ ALFLEN, 2014, p. 89

⁶⁶ Ibid., p. 88.

A coautoria é divisão de tarefas, sendo assim, se haver a presença de dois ou mais autores do delito temos a chamada coautoria. Sendo que na coautoria o sujeito detém o controle final do fato, cada um realiza uma parcela da execução do delito e, cada um tem a possibilidade de interromper essa cadeia casual, como diz Pablo Rodrigo:

Para Welzel coautoria é toda conduta final radica, como regra, em uma multiplicidade de atos isolados finalisticamente relacionados uns com os outros, e que constituem um todo unitário; por isso, cada indivíduo não é autor de uma parte, senão coautor do todo, de forma que cada um se responsabiliza como coautor do fato integral. Nesse sentido, a coautoria é caracterizada pela realização dividida entre muitas pessoas dos atos parciais de uma decisão de ação levada a cabo por todas elas conjuntamente e, portanto, o domínio do fato está com todos conjuntamente. De acordo com isso, coautor somente pode ser quem é codententor da decisão de realizar o fato.⁶⁷

O doutrinador ainda aponta que:

O aspecto mais importante a considerar, aqui, diz respeito à afirmação de Welzel de que “para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz”, visto que “ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve – ao contrário do outro – o domínio do fato abrangente sobre o fato integral”. Com isso, o jurista alemão deixa claro que a autoria mediata pode se dar no caso do instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente ou conscientemente final, tanto punível quanto impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato.⁶⁸

Já Roxin, entende que na coautoria cada autor tem o controle dos fatos, não basta o sujeito ter planejado o delito, ser apenas o mandante dos fatos tem que participar da execução do crime.

Um clássico exemplo na doutrina é o caso do crime de homicídio: aquele que segura a vítima para que outrem esfaqueie e a mate, neste caso os dois são coautores do delito, pois, tem o controle funcional dos fatos podem interromper o delito quando quiserem.

⁶⁷ ALFLEN, 2014, p. 91.

⁶⁸ Ibid., p. 94.

Participe por outro lado não detém controle final dos fatos, detém o controle da sua ação há controle pessoal, mas, contribui de qualquer maneira para a prática do delito. Como por exemplo, no assalto a banco, aquele que idealiza o assalto, que executa ou detém o controle final do fato são coautores e, aquele que fica como vigia para verificar se alguém aparece, não detém o controle final do fato, mas concorre de alguma maneira para a prática do delito, sendo considerado o seu partícipe.

Nas palavras de Pablo Rodrigo Alflen concluimos que:

Assim, quando o tipo penal contém pressupostos desta espécie objetivos e subjetivos, em relação ao autor, somente com a reunião de todos eles haverá autoria. Na falta de um deles, elimina-se a possibilidade de se falar na autoria do fato. Nesse sentido, pode-se afirmar que, na concepção welzeliana, a autoria direta consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução.⁶⁹

Roxin idealizou a teoria com a nítida intenção de responsabilizar como autores aqueles criminosos nazistas, responsáveis pelas atrocidades ocorridas na Alemanha na segunda guerra mundial. Ele não se conformava que essas pessoas pudessem ser responsabilizadas como partícipes, por isso acabou idealizando a teoria do domínio do fato, a chamada teoria do domínio pela organização.

Na prática ocorreu para punir o tenente Eichmann da Alemanha nazista, responsável pelo extermínio de centenas de judeus. Eichmann foi sequestrado na argentina pelo serviço secreto Israelense e levado a Israel onde foi julgado e acusado com base na teoria do domínio pela organização.

Segundo Roxin quando estivermos diante de um estado infrator, aquela pessoa que é responsável, o mandante dessas atrocidades como foi Hitler e Eichmann, serão responsabilizados como autores e não como partícipes. Porque, são os chefes das realizações criminosas, tem como soldados pessoas que podem ser substituídas umas pelas outras, e sabem que estão praticando os atos, por terem o total domínio da realização.

Para ele, nos teremos como autor aquele que realiza a conduta típica, terá como autor aquela que tem o controle funcional dos fatos, no caso da coautoria

⁶⁹ ALFLEN, 2014, p. 91.

sempre a pessoa deverá ter o controle funcional dos fatos, lembrando que quem tem o controle funcional dos fatos é o indivíduo que pratica atos executórios,

No Brasil, atualmente, o Código Penal adota a teoria objetivo-formal, disposto no seu artigo 29. Para esta teoria adotada, o autor é todo aquele que executa o núcleo, o verbo do tipo penal, realiza a ação nuclear típica. Já em relação ao partícipe, o critério é por exclusão, todo aquele que não executa o verbo do tipo penal, mas de alguma forma contribui efetivamente para a empreitada criminosa, será o partícipe.

Quanto a participação Eugênio Pacelli e André Callegari, destacam:

Precisado que todo delito tem um determinado autor, que surge a respeito da realização do correspondente tipo legal, o que constitui o fato principal; todo outro interveniente realiza uma atividade acessória. A acessoriedade significa, pois, que para a existência da participação é indispensável que se dê um fato principal, que é ele realizado pelo autor. O problema é determinar quando se dá um fato principal, posto que há que considerar desde duas perspectivas: uma em relação ao desenvolvimento externo do fato e outra em referência à estrutura interna do delito. Do ponto de vista de desenvolvimento externo, é opinião geral que o delito deve-se encontrar em fase de tentativa, é dizer, tem que haver pelo menos um princípio de execução do fato principal. Do ponto de vista da estrutura interna do delito, isto é, dos requisitos que tradicionalmente se exigem para a sua existência (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), existem diferentes posições ou teorias da participação.⁷⁰

Em relação à teoria adotada pelo CP brasileiro, podemos exemplificar com o seguinte caso: imaginamos o crime de furto, disposto no artigo 155 do Código Penal, sendo tal delito praticado por dois sujeitos. Um deles fica na esquina, esperando seu companheiro e, fica dando cobertura, observando se a polícia aparece, se os proprietários retornam ao imóvel, esperando seu comparsa voltar para empreenderem fuga. E, quanto ao outro sujeito, o mesmo, pula o muro e começa a subtrair todos os bens que constam naquela residência.

No exemplo descrito, o sujeito que entrou na residência pratica o verbo do tipo penal do art.155, que é subtrair e, é considerado como autor do delito. E, o sujeito que ficou na esquina esperando o partícipe.

A grande finalidade da teoria do domínio do fato não é a responsabilização de uma forma mais rápida de alguém, a teoria procura de uma maneira mais lógica diferenciar a coautoria da participação, quem é autor e quem é partícipe.

⁷⁰ PACELLI, CALLEGARI, 2018, p. 367.

Para a pessoa ser responsabilizada deve ter praticado uma conduta seja positiva, seja omissiva, não basta ser apenas o “chefe” da empreitada delituosa, porque não é pelo fato de ser o chefe que haverá responsabilização. Há de saber se esse chefe agiu positivamente ou omissivamente quando tinha o dever jurídico de impedir a produção do resultado.

Não basta, portanto, que ela tenha o “poder de mando” sobre outras pessoas, há necessidade de que se prove.

Embora seja uma teoria muito interessante, não foi adotada pelo Código Penal, o CP deixa extremamente claro que, se conjugarmos o artigo 29 e 62, quem é autor e quem é partícipe, sem a necessidade de buscar a teoria do domínio do fato.

Na Ação Penal 470 “Mensalão”, há o questionamento de que, por quais razões a teoria do domínio do fato foi utilizada por alguns ministros do STF no julgamento do caso “Mensalão”. Na verdade, não houve um posicionamento uniforme do STF sobre a teoria, diante da ampla redação do artigo 29 do Código Penal.

Ao que parece foi utilizado pelos ministros da suprema corte como um substituto para afirmação de uma responsabilidade penal da posição hierárquica de uma determinada pessoa.

É uma teoria muito subjetiva para verificar se a pessoa tem o controle final dos fatos, tem que analisar as provas, havendo infindáveis divergências, em que de um lado uns entendem que sim, do outro, outros que não.

Sendo assim, quando pensamos na teoria do domínio do fato, tem que vim em mente que há vertente defendida por Hans Welzel e, outra vertente defendida por Roxin. No Brasil há tendência de mesclar as duas teorias, sendo muito comum os autores se confundirem e misturar tais teorias.

Portanto, autor é quem realiza a conduta prevista no tipo penal, se tiver mais de um autor temos a coautoria, aquele que não realiza a conduta descrita no tipo penal, mas, concorre de qualquer maneira para a prática do delito será partícipe do crime, pratica uma conduta acessória e somente será responsabilizado se houver o início da execução do crime pelo autor.

4.2 HÁ LESÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE?

O princípio da legalidade é enunciado por intermédio na fórmula latina “nullum crimen, nulla poena sine lege” (Tratado de Feuerbach – 1801) elencando a legalidade de forma taxativa. O Código Penal do Império (1830) que consagrou a ideia da legalidade em seu artigo 1º, dispondo que “Não haverá crime, ou delito sem uma Lei Anterior, que o qualifique”, assim, nas palavras de Nilo Batista.

O princípio da legalidade, também, conhecido por princípio da reserva legal e, divulgado pela fórmula “nullum crimen nulla poena sine lege”, surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.⁷¹

Sendo assim, nenhuma pena criminal pode ser aplicada e nenhum fato pode ser considerado criminoso, sem estar instituído por lei a pena e o tipo penal, sendo à base de todo o Direito Penal democrático moderno.

É a ideia de que todo crime só pode existir se houver antes uma lei descrevendo exatamente a conduta proibida e, dizendo qual será a pena prevista caso alguém cometer crime.

É fundamental para que nós tenhamos a segurança jurídica de que ninguém será punido, se não conter previamente escrita uma lei nesse sentido.

O doutrinador Francisco de Assis Toledo, conceitua o princípio da legalidade afirmando que “significa, em outras palavras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei”.⁷²

E, ainda, Nilo Batista salienta que:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica,

⁷¹BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Ed 11ª. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.65.

⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos De Direito Penal**. Ed 5ª. São Paulo: Saraiva, 1994, p.21.

compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁷³

O princípio mencionado se realiza no conceito de tipo injusto, como definição legal da ação proibida, é fenômeno humano, segundo as teorias: no modelo causal, comportamento humano voluntário, para o modelo final acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim, e no modelo social seria comportamento humano de relevância social, como nas palavras de Nilo:

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados”, ou ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais votadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo. Soler registrou que se recorre com frequência a esse expediente em caso de delitos criados deliberadamente com intenção política. No Brasil, as famigeradas leis de segurança nacional compunham autêntico florilégio de tipos penais violadores, pela construção de crimes vagos, do princípio da legalidade.⁷⁴

Em suma, se a ação é exclusivamente humana, então a pessoa jurídica é incapaz de ação definindo seus atos como ausência de ação e, sua incapacidade de ação é incompatível com o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

4.3 HÁ LESÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE?

⁷³ BATISTA, 2007, p. 67.

⁷⁴ Ibid., p. 78.

O princípio da culpabilidade expresso na fórmula “nullum crimen sine culpa”, é um conceito com fundamentos na capacidade penal, na consciência da antijuridicidade e na normalidade das circunstâncias da ação.

Para poder punir um fato como crime, deverá haver um culpado pelo delito, ou seja, deverá ter um responsável por aquela lesão produzida ao bem jurídico alheio.

Para que haja crime não basta gerar uma lesão no plano objetivo, tem que analisar se a lesão gerada é culpa do sujeito, no caso de haver culpa, estaremos diante da responsabilidade subjetiva. Sendo assim, não há crime sem culpa.

O sujeito só será responsável por uma lesão se, atuar com dolo ou intenção e, atuar com culpa ou falta de cautela (cuidado). Caso contrário, sem dolo e sem culpa não há o que se falar em crime, nas lições de Nilo Batista extraímos que:

Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento “modernizado” desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue-se sua responsabilidade penal. Não deixemos de imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois, estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade objetiva e difusa.⁷⁵

A responsabilidade penal não pode ser vista como objetiva, não pode ser vista como apenas pela produção concreta de um resultado, é preciso que alguém tenha atuado faltando com um devido cuidado.

Nilo destaca que:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. As relações entre culpabilidade e pena constituem matéria polêmica, que integra

⁷⁵ BATISTA, 2007, p. 102.

a teoria do crime, onde a estrutura e as funções dogmáticas da culpabilidade, seja na economia do crime, seja na fundamentação da pena, são minuciosamente examinadas.⁷⁶

Sempre analisando o princípio da culpabilidade como uma habilidade para ter culpa como um tipo penal que será atribuído sua devida responsabilidade, ou seja, uma conduta típica dolosa ou culposa. Insta salientar, que não devemos confundir o princípio da culpabilidade com o elemento culpabilidade, que é visto como sinônimo de juízo de reprovação, ou seja, elementos integrantes do fato típico que conceitua o crime.

Dolo e culpa não são elementos da culpabilidade, mas sim elementos integrantes do fato típico. Em primeiro lugar deverá haver a localização da conduta típica, se foi uma conduta dolosa ou culposa, depois avalia a reprovabilidade ou não da conduta praticada, eis que surge o juízo de reprovação.

Sendo assim, culpabilidade não pode ter por objeto a pessoa jurídica, pois a consciência do injusto só pode existir no aparelho psíquico individual de pessoas físicas, a vontade da pessoa jurídica é imune da capacidade de agir conforme a norma.

A culpabilidade de ente jurídico é atribuída aos dirigentes e não a pessoa jurídica, ou seja, a culpa ou dolo é sempre dirigido ao ser humano.

Portanto, é impossível uma pessoa jurídica praticar um fato culpável, pois a capacidade de culpabilidade pressupõe uma existência de vontade naturalística, patrimônio das pessoas individuais.

4.4 BUSCANDO À FILOSOFIA PARA RESPONDER

O Brasil é um estado Republicano, pelo menos na Constituição se diz República, de maneira simples, se um país é republicano pode dizer que nesse país as pessoas seguem uma ética, o republicanismo é um princípio da ética da política. No qual, as pessoas colocam um bem comum à frente dos seus interesses individuais.

⁷⁶ BATISTA, 2007, p. 103.

Quando os romanos ensinavam para seus filhos, o que era ser republicano, eles contavam a história de “Brutus” que teria matado os seus próprios filhos para o bem da república romana, colocando assim, o bem comum sempre na linha de frente.

A nação brasileira sofre muito daquilo que o sociólogo Max Weber taxa de “Patrimonialismo”, que é tratar a coisa pública como se fosse um bem individual, é pensar que o espaço público é de sua propriedade. Frisa-se que, patrimonialismo é o oposto de republicanismo.

Muitos defendem que o estado português, o estado brasileiro no passado era patrimonialista, o “caixa dois”, por exemplo, e várias outras práticas são práticas patrimonialistas. Não se usa uma empresa pública para os meus interesses privados.

Atualmente podemos ver na televisão, nos rádios, jornais, pessoas utilizando empresas públicas, notadamente a Petrobras, para favorecer interesses privados, empresas públicas utilizadas para financiar vários partidos políticos, beneficiando-se de um grande esquema.

Partidos que pareciam ter ideologias diversas, opostas, beneficiando-se do mesmo esquema, da mesma máquina estatal e, não só uma opção do estado, envolve também partidos, há uma parceria público privada, nem só estado, ou, nem só empresa.

Seguindo nessa linha de análise, no livro “Raízes do Brasil” Sérgio Buarque de Holanda, argumenta que um dos traços do brasileiro é a cordialidade, ou seja, que o brasileiro é o homem cordial, que age muito pelas emoções, pelo coração, que em geral é um povo que não sabe ser impessoal quando tem que ser impessoal, em suma, ser cordial é querer familiarizar todas as relações, incluindo política, assim, o brasileiro não sabe tratar as situações com impessoalidade, não sabe tratar o estado com uma instância racional.

Quando entramos na questão de “corrupção” no Brasil, o primeiro filósofo que vem à mente é o Maquiavel. As pessoas fazem menção ao filósofo porque Maquiavel diz que, existe uma ética cristã, que é uma ética que você sempre deve ser honesta, transparente e, uma ética política que se você quiser atingir ao bem comum é necessário, às vezes, usar máscaras, às vezes mentir, ou seja, uma ética mais relativa, ao passo que a ética cristã é uma ética absoluta.

Para Maquiavel é impossível você ser um bom cristão e, um bom político, porque o bom político às vezes tem que mentir, às vezes, e o bom cristão tem que ser

bom sempre. Quando o filósofo afirmar em usar meios não tão bons, para atingir alguns fins, será feito em prol do bem comum, em suas palavras, é manter o governo.

Então é nesse sentido que a ética do Maquiavel é realista, afirma que o mal é uma realidade e para governarmos temos que lidar com ele, ou seja, é totalmente errado dizer que quando um governante usa a corrupção para se favorecer, ele não está sendo “maquiaveliano”, está sendo mais patrimonialista.

Podemos encontrar alguns problemas éticos, como por exemplo, na delação premiada. Em que, eu delato o meu companheiro e, com isso terei minha pena reduzida, então a delação premiada em primeiro lugar premia a traição, ou seja, um prêmio pela traição. E também, instituída de alguma maneira uma certa desigualdade perante a lei, porque a pessoa que delata o outro pode ter sua pena reduzida comentando o mesmo crime que uma outra pessoa, que por não delatar tem a mesma pena.

De um ponto de vista de uma ética absoluta, de uma ética mais Kantiana isso está errado, sendo que, um dos imperativos categóricos do Kant afirma para nunca se usar o ser humano como um meio.

Em relação às condutas ilícitas praticadas pelo ser humano, como exemplo, no caso de lavagem de capitais, mencionado anteriormente, temos que entender que não se trata só do individualismo, há um sistema econômico, político, de valores, uma rede complexidade.

Afirmamos que vivemos hoje no Brasil um presidencialismo de coalizão, de uma maneira menos formal, é dizer que ninguém consegue aprovar medidas, ninguém consegue governar sem fazer alianças e, na prática não são tão concernentes a uma boa ética. Vivemos um presidencialismo fisiologista, há partidos que existem só para fazer alianças, de um lado uma estrutura política, do outro, uma estrutura econômica.

Conforme mostrado até na filosofia podemos compreender que a questão envolvendo a conduta é basilar. Não tem como eu punir um ente fictício sem, punir o ser humano.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o assunto é responsabilidade penal da pessoa jurídica, surge o ardo debate sem fim e respostas.

O conceito de crime e de conduta apresentado no presente trabalho, leva em consideração a ação humana, um resultado exclusivamente naturalístico destinado a pessoas individuais, o ser humano, a pessoa física, afastando qualquer tese que defenda a criminalização da pessoa jurídica na esfera penal.

Mesmo o rol taxativo da constituição consagrando a responsabilidade penal da entidade, outros fatores importantíssimos devem ser levados em conta, como conduta, dolo, ação, que conseqüentemente, derivam da conduta humana.

O nosso direito foi firmado sobre as bases de um direito penal liberal que é constituído a partir de um pensamento iluminista do século XVIII e, uma das ideias que se trouxe é a ideia de responsabilidade penal pessoal, que proibia a responsabilização penal coletivizada.

Antigamente, o sujeito praticava o crime e sua família era punida, ou seja, uma responsabilização penal coletiva, em que se punia, não só o criminoso, mas também sua família, sua tribo, o seu clã, o seu grupo e, conseqüentemente a responsabilização da pessoa jurídica que fazia parte.

Como se cria a ideia de que a pessoa, que não se poderia haver responsabilização de coletividades, então, proibiu-se a responsabilização dos entes morais, pessoas jurídicas.

No século XX, começa a abrandar este dogma e, várias legislações de vários países sobretudo na Europa começaram a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, vale frisar que os países de origem anglo-saxônicas, os países que adotam o "Common Law", nunca tiveram problemas em responsabilidade penal da pessoa jurídica, sempre foi admitido, nos Estados Unidos, admitiu também na Inglaterra, os países que tinham matriz de "Civil Law" é que tinham esse proibitivo e, isso começou a se abrandar a partir do século XX.

O Brasil em 1998, na CF passou a admitir a responsabilidade penal da PJ por duas hipóteses: 1º disposto no artigo 73, §5º que admite responsabilidade penal da pessoa jurídica em caso de crime contra a economia popular e à ordem econômica financeira, porém, esse dispositivo nunca foi regulamentado; 2º art. 225, §3º admite

em caso de crime ambiental, tal dispositivo foi regulamentado pela Lei de Crimes Ambientais a 9.605/98, que no seu artigo 3º prevê a responsabilidade penal da PJ e, admitiu o sistema da dupla imputação, pois permite responsabilizar penalmente a pessoa jurídica sem prejuízo da responsabilização penal da pessoa física.

Começa então, uma discussão importante que gerou muitos questionamentos na jurisprudência brasileira, que é a obrigatoriedade ou, não da dupla imputação.

Sendo assim, não tem como falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica sem uma pessoa física para assumir a conduta criminosa que será imputável, pois o conceito de conduta está ligado exclusivamente às características da vida humana. E, o presente trabalho vem para esclarecer essa questão e servir de base para futuras decisões.

6. REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.86 e 87.

BARBACETTO, Gianni, GOMEZ, Peter, TRAVAGLIO, Marco. **Operação Mãos Limpas: A Verdade sobre a Operação Italiana que Inspirou a Lava Jato**. Ed 1ª. Porto Alegre: Citadel, 2016, p.79.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Ed 11ª. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.65.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1964.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Vol I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BETTI, Francisco de Assis. **Aspectos dos Crimes Contra o Sistema Financeiro no Brasil: Comentários às Leis 7.492/86 e 9.613/98**. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.2

BRITO, Alexis Couto, **Imputação Objetiva: Crimes de perigo e direito penal brasileiro**. Ed 2ª. São Paulo: Atlas, 2015, p.180.

CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. Ed 2ª. São Paulo: Atlas, 2017, p.11.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: A Corrupção se olha no Espelho**. Ed 1ª. Porto Alegre: Citadel, 2017, p.73 e 74.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAIEB, Carlos, SANTOS, Ana Maria. **Polícia Federal A Lei é Para Todos: Os Bastidores da Operação Lava Jato**. Ed 4ª. Rio de Janeiro: Record, 2017, p.84 e 85.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Ed 12º. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.132.

HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal: Ed 5º**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.26.

JESUS, Damásio E. de. Ob. Cit. P.211

KIST, Ataiades. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Led Editora de Direito, 1999, p.41 e 42.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem De Dinheiro**: lavagem de ativos provenientes de crime. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 37,38,39 e 40.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. Ed 3ª. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p.21.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal I**: Ed 25º. São Paulo: Atlas, 2009, p.83.

PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Ed 4ª. São Paulo: Atlas, 2018, p.217.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídico-Penais**. Ed 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.185.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. Ed 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.23.

TAVARES, Juarez. **Apontamentos sobre o Conceito de Ação. Direito Penal Contemporâneo- Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. Luiz Regis Prado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.139.

TJSC, Terceira Câmara Criminal, Recurso Criminal nº 2007.007506-0. Julgado em 13 de junho de 2008.

TJSP, Décima Sexta Câmara de Direito Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 990.09.006672-5. Julgado em 11 de agosto de 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos De Direito Penal**. Ed 5º. São Paulo: Saraiva, 1994, p.21.

TRF1, Terceira Turma, Recurso em Sentido Estrito nº 20074100006063-4. Julgado em 08 de abril de 2008.

TRF5, Segunda Turma, Apelação Criminal: ACR 5520 CE nº 0014586-40.2005.4.05.8100. Julgado em 09 de setembro de 2008.

VILARDI, Celso Sanchez. **O Crime de Lavagem de Dinheiro e o Início de sua Expressão**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 11.