

# VONTADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA UM PROBLEMA PRÁTICO DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Paulo César Busato\*

A humanidade passa por um ponto de evidente ebulição nas ciências em geral, do qual não pode escapar o direito penal. A revolução científica que se vê contempla vertentes distintas de tudo que o homem experimentou até hoje. Vive-se, afinal, em um mundo em que o processo de mudança que se opera independentemente dos desejos das pessoas individuais. O pouco que se pode oferecer é uma contribuição para fixar o modo desejável ou pelo menos aceitável pelo qual estas mudanças devem ocorrer.

Assim é que cumpre destacar um problema do qual a doutrina tem se acercado com natural receio, porém com uma indisfarçável constância no âmbito penal, qual seja, o da "responsabilidade penal de pessoas jurídicas".

Desde logo, cumpre deixar claro que será apontado neste espaço apenas um pequeno ponto da enorme problemática que a expressão trás referida suscita. Ainda mais, o comentário tem por finalidade situar um

\* Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Professor de Direito Penal na UEPG – Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná. Professor de Direito Penal no Cescege – Centro de Estudos Superiores dos Campos Gerais. Professor de Direito Penal na Fempar – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Paraná.

problema que todavia não está totalmente resolvido, nem tampouco apresenta características de breve solução.

O problema a ser tratado consiste na existência de ações típicas onde se expressa claramente uma vontade criminosa que não pode ser atribuída a nenhuma pessoa individual e que, à vista do princípio *societas delinquere non potest*, deixamos de atribuir às pessoas jurídicas.

Em primeiro plano, é importante fixar que a discussão sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas é um tema moderno, que surge como conseqüência nítida do atual desenvolvimento social, político e cultural. A economia globalizada, a criação de uma sociedade de riscos, a velocidade das informações por via cibernética, as intervenções dos aparatos de poder oficiais e à margem do Estado e a consciência da necessidade de um desenvolvimento sustentável são assuntos que não ocupavam o cotidiano do legislador ou do cientista penal autor das primeiras construções dogmáticas. Em razão disso, é evidente que essa discussão somente tem lugar em termos modernos e que há que se ter em conta que as dificuldades dogmáticas para essa discussão são mais que nada fruto da própria história.

De outro lado, a história do direito penal pode ser identificada com a história de sua progressiva contenção, que evoluciona desde um bárbaro período de vingança privada, passando para a intervenção do Estado, depois limitando mais e mais esta intervenção, não só quanto ao modo, mas quanto aos instrumentos com que opera, até que hoje se fala sobre temas como "a falência da pena de prisão", trabalhada brilhantemente por Cezar Roberto Bitencourt em obra do mesmo nome ou sobre as propostas abolicionistas de Louk Hulsman.<sup>1</sup>

É claro que esta história não segue uma linha contínua, sempre progressiva, sendo mais correto fixá-la como um movimento pendular, como costuma referir Luiz Eduardo Trigo Roncaglio.<sup>2</sup> Como é irregular a caminhada, não se pode olvidar alguns retornos a propostas de um direito penal menos liberais que outras construções precedentes como a Nova Defesa Social de Marc Ancel, que admitia a intervenção do Estado onde sequer havia delito<sup>3</sup> ou até mesmo contundentemente antidemocratas como o direito penal de autor praticado durante o regime nazista na Alemanha. Caminha-se indubitavelmente adiante em busca de um ideal de intervenção mínima, porém, com constantes e ameaçadores

retornos como em uma escalada em espiral, sempre aproveitando, a cada retorno, algo de bom que as construções anteriores trouxeram.

Um destes *refluxos* é o que estamos vivendo hoje, quando se faz presente o fenômeno nominado por Silva Sánchez de *Expansão do direito penal*.<sup>4</sup> Aponta o autor claramente que a existência de uma sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*), o avanço tecnológico, a criminalidade organizada, a crise do modelo de bem estar social geram uma sensação de insegurança social, a qual, potencializada pelos meios de comunicação, faz com que grande parte da população se identifique com a figura da vítima, levando-lhes a clamar por mais e mais direito penal, com o que lhe responde favoravelmente o legislador por interesses eleitorais e de outras ordens.

Esses fatores, aliados à mudança de orientação da política criminal social-democrata na Europa também apontada por Silva Sánchez,<sup>5</sup> a qual acaba por refletir-se em nossa doutrina sul-americana por imposição do fenômeno da globalização, impulsionam o Direito penal no sentido de uma ampliação de sua intervenção tanto quantitativamente (incremento das penas) quanto qualitativamente (abrangência dos tipos). Esta situação, por si só, demandaria um intenso estudo.

Para Silva Sánchez, a criação de "nuevos 'bienes jurídico-penales', ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general a la que cabe referirse con el término '*expansión*'".<sup>6</sup>

Uma das inúmeras conseqüências dessa expansão é que se passa a trabalhar, tanto no campo legislativo quanto no campo científico, com categorias penais novas como a de interesses difusos e coletivos, vitimização difusa, para cujo manejo, nas mais das vezes, as ferramentas dogmáticas fabricadas pelo iluminismo quedam ineficazes.

Desde logo surgem as indagações: o direito penal de um Estado social e democrático de Direito, deve ou não se ocupar destes temas? Deve-se inserir o direito penal em esses novos campos onde há reclama social de intervenção ou manter um direito penal nuclear básico?

Segundo parece, há um caminho ideal, para o qual certamente voltará a doutrina penal, – para usar uma expressão de Sandro Misael Montes

Huapaya<sup>7</sup> – “quando tudo isso explodir,” que é o de um direito penal mínimo e garantista. Certamente não vai longe uma demanda de volta a uma mínima intervenção. É claro que o instrumental dogmático iluminista, pelo menos em sua interpretação inicial, é inadequado, porém não se pode simplesmente abandoná-lo, posto que persiste em seu âmago um núcleo de garantias do qual não se pode prescindir.

Nesse sentido, assinalam Muñoz Conde e García Arán:

“Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado.”<sup>8</sup>

De outro lado, para além do que “deve ser”, cumpre pensar no que existe, no que se está vivendo. Mais ainda, se o propósito é garantir o direito penal como instrumento de *ultima ratio*, não se pode voltar as costas à realidade e deixar que o rio simplesmente siga seu curso. Há um dever de buscar intervir nesses novos campos procurando preservar as garantias fundamentais do cidadão. O que fazer então?

Aparentemente, há três caminhos para os quais a doutrina tem apontado como fórmulas para enfrentar o problema: o que é denominado por Vives Antón<sup>9</sup> como funcionalismo estratégico que, em geral, implica na admissão da intervenção penal nestes novos postulados, amparada pelas construções de Günther Jakobs, as quais justificam a intervenção tão só pela desestabilização do sistema gerada pela desobediência à norma;<sup>10</sup> a criação de um direito sancionador intermediário entre o penal e o administrativo que se ocuparia da intervenção nestes novos campos como a manipulação genética, o meio ambiente etc., deixando o Direito penal em seu campo de atuação tradicional como quer Winfried Hassemer;<sup>11</sup> e finalmente a manutenção do Direito penal garantista tradicional fazendo uma reinterpretção de suas categorias de modo a adequá-las à atual realidade, sem perda de garantias fundamentais como quer, entre outros Claus Roxin.<sup>12</sup>

A terceira fórmula é preferível, por razões que poderiam ser resumidas em alguns pontos.

O primeiro deles diz com a não aceitação de um *sistema penal* que possa nutrir-se a si mesmo, ou seja, a não aceitação de que se possa impor uma pena simplesmente com a função de manter vigindo o sistema. Não se pode conceber um Estado social democrático de direito que prescindia das considerações relativas ao indivíduo como fim último da construção penal. Não é demais lembrar as palavras do Prof. René Dotti, ao expor a motivação do emprego da expressão "concurso de pessoas" em lugar de "concurso de agentes" por ocasião da reforma do Código penal brasileiro de 1984, de que "o homem é o início e o fim da aventura do direito".

O segundo diz com as propostas de criação de um "novo direito sancionador", situado entre o Direito penal e o Direito administrativo. Parece que esta construção aproxima-se muito do abolicionismo e também guarda idênticos riscos.

Não podemos esquecer que ao admitir-se a proposta de que o Direito penal e o Direito administrativo *não atuem* em determinado ponto, isso não significa necessariamente que não haverá nenhuma atuação. Assim também ocorre quando se pensa em simplesmente abolir o direito penal. Não há, nestes casos, nenhuma garantia de que a forma de controle social que venha substituir esses regimes já conhecidos mantenha o respeito às garantias mínimas do cidadão. Aliás, basta pensar um pouco na sociedade globalizada sob regras capitalistas, para que se tenha claro que a possibilidade maior é de ocorra justamente o contrário. Corre-se o risco da criação de um instrumento tão devastador como o Direito penal, pela contundência dos seus mecanismos de intervenção, e tão intenso, rápido e pouco garantista quanto o Direito administrativo.

Assim, no estreito espaço da realidade moderna parece restar somente revisar, na medida do possível, as categorias penais.

Pois bem, um problema que já bate à porta pela via da previsão legislativa, quer constitucional, quer penal, não só no Brasil mas em vários países, é a responsabilidade penal de pessoa jurídica.

Apenas para citar dois exemplos, verifica-se que o Código Penal Espanhol, em seu art. 129 possibilita a aplicação de medidas contra a pessoa jurídica e a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 226 § 3º prevê expressamente a responsabilidade penal de pessoas

jurídicas derivadas de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, matéria que ficou assente na lei 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998.

Entretanto, ao menos no Brasil, não se impôs, em definitivo, qualquer pena a pessoas jurídicas. Este fato deriva da falta de suporte teórico em razão do evidente conflito com o princípio *societas delinquere non potest*.

Ocorre que a dogmática jurídica clássica foi construída sob o pressuposto de que o autor de um crime somente poderia ser pessoa *humana* capaz de ação.

Deve-se rechaçar, portanto, desde logo, os intentos daqueles que pretendem enxergar no emprego constitucional brasileiro da expressão "condutas ou atividades"<sup>13</sup> a possibilidade de excluir a ação como categoria necessária à imposição de pena.

Isso em razão de duas funções desempenhadas pela ação na teoria do delito: a chamada função de coordenação pois a ação compõe um substantivo ao qual se acrescentam os demais adjetivos identificadoras do delito, a saber, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e a função negativa, definida por Vives Antón nos seguintes termos:

"Si el delito es, en primer término, acción, de ello se sigue una consecuencia inmediata: todo lo que no sea acción no será, por consiguiente, delito. De ahí se deriva que el concepto de acción ha de desempeñar en la práctica, una *función negativa*, permitiendo dejar de lado, por así decirlo, de entrada, aquellos acontecimientos que, por no ser acciones, no interesan al derecho penal."<sup>14</sup>

Logo, é impossível pretender enxergar esta "atividade" como geradora de responsabilidade penal simplesmente por inexistir previsão legal de *atividade típica*, mas tão somente de *ação (conduta) típica*.

Bem, se assim é, vale notar que a previsão normativa que não atinge a ninguém produz justamente o aspecto nocivo meramente simbólico do direito penal a respeito do qual adverte Hassemer ao dizer que "a la larga el Derecho Penal quede reducido a una función simbólica, perdendo finalmente sus funciones reales", gerando uma indesejada *soft law*. Continua o eminente jurista alemão:

"La explosiva mezcla de grandes 'necesidades de actuación' social, de fe casi ciega en la eficacia de los medios jurídico-penales [...] puede hacer surgir el peligro de que el Derecho Penal viva la ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo es destructivo".<sup>15</sup>

Conforme já assinalado, as exigências que o âmbito desse problema impõe ao Direito penal consistem em revisão das categorias da teoria do delito.

É claro que a amplitude da discussão é enorme, existindo vários pontos que demandam estudo mais profundo, porém, desde logo, saltam aos olhos duas flagrantes incompatibilidades por resolver: o problema da vontade como elemento da conduta e a culpabilidade.

Este trabalho pretende tão somente de oferecer um problema relativo à questão da vontade como elemento da conduta, cuja solução parece somente possível através de uma revisão de conteúdo daquela categoria.

Constata-se que a doutrina atual, de modo dominante, maneja o conceito finalista de conduta, que compreende *ação ou omissão humana, voluntária, dirigida a um fim*.

É bem verdade que a proposta de conduta finalista, ainda que majoritariamente aceita não está isenta a críticas. Estas críticas obrigaram Welzel a uma revisão da proposta inicial onde explica as condutas imprudentes finalistas focando não o objetivo visado, mas a falta de dever de cuidado empregada na execução da ação<sup>16</sup> e a conduta omissiva através de um dever legal de agir, ou de uma *conduta ativa esperada*.<sup>17</sup> Também é de curial sabença que estas incursões no campo valorativo levaram um grande número de juristas a propor desde logo, em seus tratados e manuais um estudo da conduta típica, como categoria indissolúvel, desestimulados pelas dificuldades em isolar um conceito pré jurídico de ação *lato sensu* ou conduta.

Além desse problema, apresenta dificuldades o tema da oferta de um *superconceito* capaz de conter ação e omissão dentro das construções causais, finalistas, ou sociais da ação.

Tudo isso levou a construções inovadoras, dentre as quais a que parece mais correta, é a que leva ao *conceito significativo de ação (ou conduta)*, proposto por George P. Fletcher:

"En nuestra idea sobre la acción humana se entrecruzan dos factores. Uno es el grado de contextualización o abstracción en nuestra percepción de la conducta humana. Otra es la amplitud que le damos a la acción humana como un modo especial de comprensión humanista, o como explicación en términos mecánicos, tales como la relación física de causas e efecto.

"[...] Mantiene el punto de vista mecánico de la acción, pero amplía la percepción de la causalidad incluyendo el mundo circundante y la historia psicológica del sujeto. La acción humana se explica, pues, como un evento natural: la totalidad de los factores causales dicta la acción. Esta es la forma en que los deterministas conciben la acción.

"Una comprensión humanista de la acción exige que abandonemos la idea de una *explicación* científica que conciba la acción como un producto de factores causales. La clave para una aproximación humanista no es la *explicación* de la acción como producto de las fuerzas causales, sino la *comprensión* de cómo los seres humanos actúan cuando efectivamente lo hacen".<sup>18</sup>

Nesse sentido, compreende-se ação globalmente, orientada não somente ao ato mecânico e isolado que gera o resultado, senão como o produto de tudo o que envolve e determina a conduta. Muñoz Conde, ao afirmar que adota a concepção de ação de Claus Roxin, também de orientação significativa, dá seu contorno em termos mais exatos, ao afirmar:

"Más acertada parece la concepción de Roxin, que entiende la acción como un conjunto de datos fácticos y normativos que son 'expresión de la personalidad', es decir, de la parte anímico-espiritual del ser humano. Ello hace preciso recurrir, a veces, a valoraciones que dotan de sentido a la acción; pero estas valoraciones dependen, en realidad, del contexto en el que la acción se realiza.

"Esto no excluye la validez del concepto final de la acción como concepto prejurídico, lo único que demuestra es que éste, por si mismo, no puede servir de único criterio para determinar el concepto de acción jurídicamente relevante. Por eso es necesario, además, recurrir a criterios valorativos extraídos de las



propias normas jurídicas que seleccionan aquella parte de la acción que les interesa (*concepto significativo de acción*).<sup>19</sup>

Como visto, a adoção do conceito significativo de ação não implica na negação do conceito finalista, mantendo-o no âmbito pré jurídico, reconhecido que a compreensão ideal de conduta implica na adição de outros elementos de cunho valorativo.

Uma vez mantidos os elementos do conceito finalista de ação, ainda que compreendidos no âmbito do conceito significativo, à vista da permanência da vontade como um de seus componentes, afastar-se-ia a possibilidade de buscar-se a pessoa jurídica como origem de uma conduta típica.

É claro que a conduta deve ser voluntária, posto que esta característica é a que afasta a possibilidade de responsabilidade penal por movimentos reflexos ou estados de inconsciência, por exemplo. Entretanto, quando se fala de vontade, presume-se como fonte de vontade tão somente a conduta humana.

Ocorre que, por vezes, diante das complexas tramas que envolvem a autoria nos tempos atuais, nem sempre esta autonomia de vontades se identifica com a pessoa que realiza materialmente a conduta típica, o que levou Claus Roxin à elaboração de sua já famosa teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados, onde buscava resolver as dificuldades relativas ao estabelecimento da autoria em casos onde esta desaparecia no âmbito dos mencionados aparatos. Assim é que, segundo Muñoz Conde, desenvolveu uma teoria em que "caracterizaba estos aparatos de poder con una estructura de dominio integrada por tres elementos, que, en su opinión, fundamentaban una autoría mediata del 'hombre de atrás', aunque el ejecutor del hecho fuera plenamente responsable".<sup>20</sup>

Ainda segundo Muñoz Conde,<sup>21</sup> para Roxin, os necessários para o reconhecimento da presença desse aparato de poder eram o domínio da organização, que se impõe através do domínio da vontade do autor imediato, a fungibilidade do executor, que é mera engrenagem do aparato de poder e a limitação do domínio da organização a aparatos à margem do direito. Presentes estes elementos, propunha o reconhecimento de uma autoria mediata, onde autor seria aquele que emitia as ordens e que detinha, portanto, o domínio do fato. O próprio Tribunal

Supremo alemão reconheceu presentes os elementos propostos por Roxin ao julgar a atuação dos guardas da fronteira da antiga República Democrática Alemã que atiraram em pessoas que buscavam transpor o famoso muro que então separava as duas Alemanhas.

Revedo os posicionamentos de Roxin, Muñoz Conde<sup>22</sup> diz que estes elementos somente poderiam ser mantidos na medida em que se considerasse o próprio aparato estatal Alemão ou pelo menos sua legislação de fronteira, à margem do direito, o que é questionável na medida em que o próprio Estado produz o Direito. Conclui admitindo insustentável esse terceiro requisito da teoria de Roxin, ainda que, por outras razões, não reconheça que o conceito traçado de aparatos de poder incluía as empresas. Ademais, no que se refere à significação jurídico penal de uma votação em uma cúpula ou conselho de administração de uma empresa a figura adequada para o ilustre doutrinador ibérico é a co-autoria e não a autoria mediata.

De qualquer modo, o afastar do elemento referente à operação à margem do direito conduz à possibilidade de discutir o aparato de poder como uma estrutura em princípio legal, o que é reconhecido pelo próprio catedrático andaluz ao mencionar:

“Vista desde esta nueva perspectiva la teoría de Roxin no plantea, pues, ningún problema para admitir también esta forma de dominio organizativo sobre todo en el ámbito de las grandes empresas. Naturalmente que estas grandes empresas se diferencian de las organizaciones mafiosas y criminales porque, desde un principio, no están al margen del Derecho. Pero actualmente en muchos sectores como la evasión de impuestos, estafas de crédito y de inversión, polución medioambiental, financiación ilegal de partidos políticos, blanqueo de capitales, abuso de información privilegiada, etc., está cada vez más difícil señalar donde están los límites entre una estrategia de mercado legal y otras actitudes de carácter criminal. Se habla incluso de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a un 'dominio funcional, sistémico de la organización’”<sup>23</sup>

Situados no campo empresarial, também não se pode esquecer, conforme alerta Jakobs<sup>24</sup> que muitas decisões são tomadas no âmbito dos colegiados, diluindo entre votos a tomada de decisões, intervenção que é mais próxima de preparação que de uma execução do ato punível.

Em verdade, há casos que envolvem decisões colegiadas – e aqui situa-se o problema – em que efetivamente não se pode falar de responsabilidade penal individual das pessoas envolvidas e ao mesmo tempo não se pode negar que há uma *vontade* que expressa domínio do fato e dirige as ações dos executores materiais fungíveis.

Imagine-se o exemplo de uma empresa que ao ampliar suas instalações construiu um novo galpão às margens de um rio, desobedecendo a distância regulamentar e destruindo a vegetação ciliar, sem qualquer licença da autoridade competente.<sup>25</sup> Constata-se que a referida edificação foi levada a cabo por funcionários da empresa cumprindo ordens diretas de seu órgão de decisões, que é um colegiado. Inclusive, as pessoas que trabalharam na obra nem sempre foram as mesmas, dadas as faltas de alguns funcionários, demissão de outros, etc., como é comum em uma obra de largo fôlego. Resta presente a figura do executor material fungível que faz parte de um aparato de poder que leva a cabo uma decisão colegiada.

Identificado o crime ambiental, verifica-se que o órgão de decisão da empresa é composto por três pessoas ou três grupos de pessoas que podemos nominar A, B e C. Apurada a ata de reunião em que se deliberou pela ampliação da fábrica, constata-se que esta transcorreu em três etapas: na primeira, A e B votaram pela ampliação da fábrica, que não era desejada por C, o qual votou contra sua realização; na segunda, uma vez que já se havia decidido pela ampliação, A e C votaram a favor de que esta tivesse lugar mediante remoção da mata ciliar, situando-a as margens do rio, tema em que foi vencido B, ao qual agradaria que a construção fosse para outro lado; finalmente, em terceira votação, B e C optam por não requerer licença da autoridade para o desmatamento, à vista de que tem por política não se submeterem às regras administrativas do Estado nem sequer sob o ponto de vista fiscal e temem que um pedido possa levar a uma verificação estatal de outra ordem na empresa, tema em que foi vencido A.

Ora, analisado o fato, há indubitavelmente uma ação criminosa levada a cabo materialmente por agentes fungíveis obedientes a um aparato de poder legal, que nesse momento, age ilegalmente movido por uma vontade que provém de decisão colegiada.

Assim, o caminho normal é buscar a responsabilidade penal a partir da identificação da pessoa que determina quando, onde, como e se irá ocorrer o ilícito, cuja vontade é expressa na ação.

Voltando-se contra A, B e C, depara-se com o primeiro alegando que manifestou claramente sua vontade de solicitar autorização legal para o desmatamento, pelo que o fato realizado não expressa sua vontade; com o segundo alegando que também não pode ser responsabilizado, pois não queria que fosse construído o galpão às margens do rio, mas em outro lugar e o terceiro dirá que votou expressamente contra a própria ampliação da fábrica, então efetivamente o realizado não representa a sua vontade.

Pode-se buscar sustentar que a última votação é que foi decisiva, pois se conhecia o resultado das anteriores, porém, sempre haverá a possibilidade de dizer-se que a votação é secreta e o votante, em face das decisões anteriores, não cria possível que o resultado fosse o que sucedeu, situação que nos obrigaria a afastar uma eventual participação culposa, de vez que o crime foi doloso, volvendo ao campo da ausência de responsabilidade penal.

Surge o curioso resultado de uma vontade determinante de uma ação criminosa que, no entanto, não pode ser atribuída individualmente a ninguém. Adotada a tese de Muñoz Conde, reconhecendo a co-autoria resultante de manifestações dos aparatos de poder pode-se entender possível responsabilizar somente os funcionários que possam ter consciência do caráter criminoso de sua ação (afastado o erro de proibição escusável) e que levaram a cabo a execução material da construção.

Em conclusão, há uma situação fática real para a qual a dogmática penal tradicional não oferece uma resposta adequada, ao menos tratando-se da segura busca de um direito penal mínimo, baseado em um Estado social e democrático de Direito.

O problema requer uma volta às razões pelas quais se nega a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na medida em que se aceita, conforme Savigny, que a vontade da empresa nada mais é do que a somatória da vontade de seus sócios.

O que a situação descrita nos mostra à clara evidência é que a vontade da pessoa jurídica não há uma mera somatória, compreendida simplesmente como vontades em direção favorável ou contrária ao

ato injusto, mas sim, para não fugir ao auxílio dos conceitos provenientes da física, uma resultante, que em um problema de forças que agem sobre um corpo pode determinar um resultado para uma direção diferente de todas elas.

A eventual solução queda em aberto podendo levar desde a elaboração de um novo conceito para a expressão vontade como componente da ação, até à conclusão que, afinal, o Direito penal não é capaz de estabelecer responsabilidade para quem realmente determinou a realização deste fato.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 HULSMAN, Louk. *Penas perdidas* : o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói : Luam, 1993.
- 2 Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público, Procurador de Justiça do Estado do Paraná.
- 3 Nesse sentido: JORGE BARREIRO, Augustín. Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana. *Ensayos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974. p. 205-234.
- 4 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal* : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid : Civitas, 1999. p. 15-50.
- 5 *Idem*, p. 50.
- 6 *Idem*, p. 18.
- 7 Professor de direito penal da Universidade de San Marcos, em Lima, Perú.
- 8 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 4. ed. Valencia : Tirant lo blanch, 2000. p. 77.
- 9 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1996. p. 435.
- 10 "Como la contradicción entre el comportamiento y la norma expresa una puesta en cuestión de la *validez* de la normas, la acción delictiva es sólo una *señal* de rebeldía frente a las expectativas estabilizadas en la norma, que afirman su *vigencia contrafáticamente*, es decir, con independencia de que sean o no cumplidas". *Idem*, p. 443-444.
- 11 "De mayor significación es que se alejen del Derecho Penal los problemas que se han metido en él en los últimos años. [...] Mejor sería que los problemas de las sociedades modernas que han llevado el Derecho Penal a la modernidad se hubieran regulado en una especie de "Derecho de la intervención", situado entre el Derecho Penal

y el Derecho sancionatorio administrativo, el Derecho civil o el Derecho público. [...] Un Derecho "moderno" de esta clase sería menos cuestionable desde el punto de vista normativo y desde el punto de vista fáctico sería más adecuado para acoger los específicos problemas de las sociedades modernas. [...] Precisamente en una época en la que se le da más importancia a la sociedad que al individuo, a la molestia que al delito, a la eficacia que a la normatividad, las tradiciones normativas y personalistas del Derecho Penal pueden servir de orientación y ayuda". HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho penal. Actualidad Penal*, n. 43, 22-28 de Noviembre 1993. p. 646.

- 12 "El Estado de Derecho reclama la protección mais efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal há caracterizado a través del concepto de "funcionabilidad de la Justicia penal", así como la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de investigaciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de Derecho – protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana". ROXIN, CLAUDIUS. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000. p. 31-32.
- 13 Art. 225 § 3º da Constituição brasileira: "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".
- 14 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Op. cit.*, p. 106.
- 15 HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 642.
- 16 "La propia teoría final de la acción en un principio no aprehendió correctamente el delito culposo. La razón de ello estuvo en que partió primitivamente con el perjuicio generalizado en la doctrina jurídico-penal de que el resultado era el aspecto jurídico penal esencial del hecho culposo. [...] el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención de cuidado) se abrió camino para una explicación conforme la estructura de la acción culposa. Los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista: mientras los tipos de los delitos dolosos (dolosos en el sentido de dolo de tipo) comprenden la acción final en la medida que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los tipos de los delitos culposos se ocupan (no tanto los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente que el autor o bien confía en que no se producirán o ni siquiera piensa en su producción, y comprenden aquellas ejecuciones de acción (procesos de dirección) que lesionaron el cuidado requerido (para evitar tales consecuencias) en el ámbito de relación". WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán* : parte general. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio

- Yáñez Pérez. Santiago : Editorial Jurídica do Chile, 1997. p. 155-156.
- 17 "Existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas normas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada. [...] No existe una omisión "en sí", sino sólo la omisión de una acción determinada. [...] Es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona)". WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 237-238.
- 18 FLETCHER, George P. *Conceptos básicos de derecho penal*. Trad. para o espanhol e notas de Francisco Muñoz Conde. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1997. p. 90.
- 19 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 246.
- 20 MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Domínio de la voluntad en virtud de apartatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho"? *Revista Penal*, Barcelona, n. 6, 2000. p. 104.
- 21 *Idem*, p. 104 e ss.
- 22 *Idem*, p. 106.
- 23 *Idem*, p. 112.
- 24 JAKOBS, Günther. *Stafrechtliche haftung durch mitwirkung na abstimmungen*. FS Miyazawa, p. 419. *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Domínio de la voluntad en virtud de apartatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho"? *Revista Penal*, Barcelona, n. 6, 2000. p. 113, nota 66.
- 25 Lei 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998 (Lei de crimes contra o meio ambiente). Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FLETCHER, George P. *Conceptos básicos de derecho penal*. Trad. para o espanhol e notas de Francisco Muñoz Conde. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1997.

HASSEMER, Winfried. Crisis y Características del Moderno Derecho penal. *Actualidad Penal*, n. 43, 22-28 de Noviembre 1993.

HULSMAN, Louk. *Penas perdidas : o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói : Luam, 1993.

JORGE BARREIRO, Agustín. Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana. *Ensayos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 4. ed. Valencia : Tirant lo blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de apartatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho"? *Revista Penal*, Barcelona, n. 6, 2000.

ROXIN, CLAUS. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1996.

WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán : parte general*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago : Editorial Jurídica do Chile, 1997.