

LII CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS

ESPELHO DA PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA – GRUPO TEMÁTICO II

**SUBGRUPO DIREITO PENAL**

**QUESTÃO 2. DIREITO PENAL. VALOR: 02 (DOIS) PONTOS**

Em resposta à acusação, a defesa requer a absolvição sumária do denunciado, processado por expor à venda *DVD's* “piratas” (reproduzidos com violação de direito autoral) num *shopping* popular da capital mineira, com os seguintes argumentos:

- “a) ofensa ao *princípio da legalidade*, porque a lei só prevê como crime a comercialização de *CD's* (e não de *DVD's*) ‘piratas’;
- b) incidência do *princípio da adequação social*, que atuaria, no caso, como causa supralegal de exclusão da ilicitude.”

**Analise os argumentos da tese defensiva.**

**PRIMEIRO ARGUMENTO: PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O crime de violação de direito autoral, previsto no art. 184 do Código Penal, possui atualmente a seguinte redação<sup>1</sup>, dada pela Lei 10.695/2003:

**Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:** (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003).

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, **com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire,**

---

<sup>1</sup> A referida lei substituiu o seguinte enunciado do art. 184 do CPB, cuja redação havia sido conferida pela Lei 6.895/1980: “Art. 184. Violar direito autoral: Pena - detenção de três meses a um ano, ou multa de [...]. § 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente: Pena - reclusão de um a quatro anos e multa de [...] . § 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de *obra intelectual, fonograma ou videofonograma*, produzidos com violação de direito autoral.” – g.n.

**oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma**, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

[...]

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003).

A tipificação da conduta (juízo de subsunção formal, qualificação jurídica do fato) hipotética da questão se dá, pois, no art. 184, parágrafo segundo, do Código Penal.

O primeiro argumento a ser analisado parte de dúvida isolada, porém emblemática, suscitada por tradicionais comentaristas do Código Penal brasileiro:

“[...] olvidou-se o legislador do objeto material *videofonograma* (imagem e som, música ou não, fixados em suporte material conhecido como videotape, DVD e demais tecnologias de mídia), ao contrário do objeto material que constava dos antigos §§ 1º e 2º deste artigo, que faziam menção expressa ao *videofonograma*. Não obstante o *videofonograma* (*video* + *fonograma*) abranja tanto a imagem quanto o áudio, o que poderia até dar ensejo à interpretação de que a reprodução não autorizada de *videofonograma* se subsumiria às hipóteses dos §§ 1º e 2º em razão do *fonograma* estar também presente, entendemos que, em face da proibição da interpretação extensiva e da analogia *in malam partem* em matéria penal [...], enquanto não for corrigido esse lapso, a reprodução não autorizada de *videofonograma* (imagem + áudio) poderá configurar apenas o delito do *caput*, o que tem reflexos, inclusive, na modalidade de ação penal (privada ao invés de pública – cf. art. 186, I), não cabendo ao intérprete suprimir a falha do legislador para ampliar a possibilidade de punição criminal. Poder-se-ia dizer, outrossim, que tendo em vista o conceito extremamente amplo de ‘obra intelectual’ constante da Lei n. 9.610/98, cujo art. 7º, VI, faz menção às ‘obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas’, o *videofonograma* restaria abrangido pelos §§ 1º e 2º do art. 184. Todavia, considerando-se que a lei penal não contempla palavras desnecessárias, essa argumentação não se sustenta em face da menção feita pelo legislador ao *fonograma*. Com efeito, caso quisesse o legislador *penal* dar a mesma abrangência à locução ‘obra intelectual’ constante da Lei n. 9.610/98, não haveria necessidade de se referir ao *fonograma*, o qual, assim como o videofonograma, estaria compreendido neste amplo conceito cível de obra intelectual.” (DELMANTO, Celso *et alli*. *Código penal comentado*. 8ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 667-668)

A posição é equivocada. Não se trata de interpretação extensiva, nem de interpretação analógica (analogia *intra legem*, admitida *in malam partem* quando referida pelo tipo com fórmula genérica antecedida de casuística). Cuida-se de norma penal em branco, cujo parágrafo quarto, inclusive, faz referência expressa ao complemento, que, no caso, é realizado pela Lei 9.610/98, que diz:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:  
[...]  
VIII - obra:

[...]

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

[...]

Título II

Das Obras Intelectuais

Capítulo I

Das Obras Protegidas

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; [...]" – g. n.

A exclusão da elementar videofonograma, da lei penal, foi proposital, porque a Lei n. 9.610/98 diferencia a obra audiovisual do fonograma, prevendo de forma explícita que o fonograma é a fixação de som não compreendida na obra audiovisual (art. 5º, IX, parte final). E mais, o fonograma não consta do rol de “obras intelectuais” estampado no art. 7º, razão por que o art. 184, parágrafo segundo, do CP, prevê a proteção à obra intelectual e ao fonograma (note-se que as composições musicais são obras intelectuais, cf. art. 7º, V).

Conclui-se, pois, que se trata de norma penal em branco, cujo complemento da expressão “obra intelectual” se encontra em diploma normativo da mesma envergadura (lei em sentido estrito), não podendo o intérprete, portanto, pretender substituir o complemento legal por outro de sua preferência.

## **SEGUNDO ARGUMENTO: PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**

Sobre o princípio da adequação social, Francisco de Assis Toledo, em obra de leitura obrigatória, ensina:

“Trata-se, segundo Welzel – responsável pela sua introdução do direito penal – de um princípio geral de hermenêutica. Pode ser enunciado em poucas palavras: se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. Não se deve, contudo, confundir ‘adequação social’ com ‘causa de justificação’, pecado que o próprio Welzel confessa ter cometido inicialmente. A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.

[...] em disputas dessa natureza, não há que se falar, desde o início, em tipicidade material, dispensando-se o agente de ter que recorrer a uma causa de justificação para alcançar a impunibilidade [sic] do fato. A ‘adequação social’ exclui desde

logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente *atípicos*. [...] como bem observa Mir Puig [...]: ‘Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto’.” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed./8ª tir., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 132)

Sobre o princípio da adequação social, temos ainda:

“A partir da premissa de que o direito penal somente tipifica condutas que têm certa “relevância social”, posto que do contrário não poderiam ser delitos, deduz-se, como conseqüência, que há condutas que, por sua “adequação social”, não podem ser consideradas como tal (Welzel). **Esta é a essência da chamada teoria da ‘adequação social da conduta’: as condutas que se consideram ‘socialmente adequadas’ não podem ser delitos, e, portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade.**” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 483)

“Segundo Welzel, o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa *relevância social*; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.

(...)

A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material*. **Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.** Mas, como afirma Jescheck, “só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão da adequação social se faltar o conteúdo *típico* do injusto”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17-18 )

Não bastasse a idônea referência ao próprio Welzel, torna-se de difícil fundamentação o acolhimento do princípio como justificante ou exculpante, em confronto com a advertência de Cirino dos Santos, *verbis*:

“Não há dúvida que a adequação social é um princípio geral que orienta a criação e a interpretação da lei penal, mas sua atribuição à antijuridicidade pressupõe a ultrapassada concepção do tipo livre-de-valor, e sua compreensão como exculpante pressupõe uma inaceitável identificação entre a adequação social de determinadas ações e a natureza proibida do injusto.” (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 38)

Digno de nota o magistério de Luís Greco, na apresentação de consagrada obra de Claus Roxin (*Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 30-37), apontando a teoria da adequação social como precursora da moderna teoria da imputação objetiva e demonstrando, assim, como seu postulado fundamental traz em si o germe da concepção de “risco permitido”, que supera a questão hermenêutica para transformar seus aspectos materiais em critérios de imputação.

Nosso entendimento, que conta com expressiva preponderância no ambiente institucional a que aspira o candidato, é no sentido de que referida conduta não é aceita nem aprovada *consensualmente* pela sociedade, constituindo-se num injusto penal e, pois, *não alcançada* pelo princípio hermenêutico da adequação social – sobretudo quando o agente se vale, como na hipótese, de estrutura razoável, inicialmente fomentada pelo poder público (e que se destina a fornecer-lhe condições para prosperar e ultrapassar a informalidade), para o exercício de atividades ilícitas e nocivas a legítimos bens e interesses da coletividade. Esperava-se do candidato, no entanto, mais que argumentos favoráveis ou contrários à incidência do princípio da adequação social à espécie<sup>2</sup>, mas a demonstração de capacidade de manipular adequadamente o

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, há entendimento radical encampado pela jurisprudência do TJMG: “Merece sim provimento o apelo para que seja absolvido o apelante. Há muito já não se espera da função jurisdicional a mera repetição legal (o juiz “boca da lei” do Estado Liberal). Uma revisita ao papel do julgador é necessidade que, de tão estudada, já pode ser considerada velha. Sustentar que “a lei está em vigor e deve ser aplicada” é fechar os olhos para a existência de um Estado Constitucional e tudo o que isso significa. Vigência da lei não é validade da lei. Validade é extraída da conformidade com o modelo constitucional. Não vejo como prosperar o pleito condenatório ministerial no que se refere ao art. 184, § 2º, do CP. Promovo, nesta oportunidade, uma interpretação do tipo penal conforme a Constituição o que me leva a afastar sua aplicação. Declaro, mais uma vez, que comungo com as conclusões do jovem Professor Mineiro Túlio Lima Vianna - autoridade reconhecida nacionalmente em Direito Penal Informático - muito bem expostas no artigo denominado “A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor”. Em síntese, no estudo citado diz Túlio Vianna que, “O monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais (copyright) surgiu há séculos como instrumento de censura política em uma simbiose dos monarcas com os detentores dos meios de produção. Com o advento do sistema capitalista, este monopólio passou a ser sustentado até os dias de hoje, sob a ideologia da ‘propriedade intelectual’, em benefício dos detentores dos meios de produção, e acabou por constituir verdadeira censura econômica. O alto valor de livros, CDs, DVDs e de programas de computador é sustentado por uma escassez de obras intelectuais criadas artificialmente por um monopólio do direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção. Esta escassez artificial, longe de tutelar os direitos do autor da obra intelectual, beneficia principalmente a ‘indústria cultural’, em detrimento da classe hipossuficiente da população, que é obrigada a escolher entre o consumo de bens de subsistência e de bens culturais e acaba optando impreterivelmente por aqueles. Desta forma, aumenta-se o fosso cultural existente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e, internamente, entre os membros de uma elite econômica e cultural e a massa da população fadada ao trabalho braçal, à miséria e à ignorância. Sob a secular ideologia da ‘propriedade intelectual’, a ‘indústria cultural’ procura desesperadamente justificar a necessidade de uma tutela penal da conduta de ‘violar direitos de autor’. Uma detida análise do bem jurídico tutelado demonstra, no entanto, a nítida dicotomia entre a justificada tutela penal dos direitos personalíssimos do autor e a inconstitucional criminalização do descumprimento de obrigações civis originadas dos direitos patrimoniais de autor. Necessário se faz uma imediata releitura dos artigos 184 do CP e 12 da Lei 9609/98 pelos Tribunais para que se declare inconstitucional a tutela penal dos direitos patrimoniais de autor, seja pela inobservância do princípio constitucional da taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional à prisão por dívidas. Entender de forma diversa é consagrar a instrumentalização do Direito Penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis e de intervenção econômica para a garantia de monopólios privados.” (VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual. Revista dos Tribunais, São Paulo, a.95, n. 844, p. 443-456, fevereiro de 2006). A Constituição da República de 1988, ao declarar o Brasil um Estado Democrático de Direito, adotou no art. 5º, inc. XXXIX, o conhecido princípio da Legalidade que tem, como uma de suas funções, proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Nas palavras de Paulo Queiroz, “o princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal - Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24). A meu sentir, um desses exemplos de conceitos vagos e imprecisos é o encontrado no §2º do art.184 quando diz “violação do direito de autor”. O que isso significa? A respeito, novamente Túlio Vianna: “O delito de ‘violação de direitos de autor’ é um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de ‘propriedade intelectual’ uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (copyright) e outros patrimoniais.” (Op. Cit.) Outrossim, a tutela da propriedade material como uma das parcelas do complexo delito de violação de direito autoral consiste em mera prisão por dívida, violadora não só da Constituição da República no seu art. 5º, LXVII, como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu art. 7º. Razão pela qual insiste veementemente o estudioso Professor: “Deixar de receber uma renda ou salário, ainda que se trate de descumprimento de obrigação civil, jamais pode ser equiparado a uma lesão patrimonial semelhante ao crime de furto. No delito de furto há um decréscimo patrimonial, na violação de direitos autorais, o autor deixa de ter um acréscimo em seu patrimônio. No furto, há ofensa a um direito real; na violação de direitos autorais, a um direito obrigacional. Naquele temos uma vítima; neste, um credor.” (Idem, op. Cit.). Como já declarei em outra oportunidade, é preciso que o Judiciário Brasileiro esteja atento e contenha a sanha desatinada das políticas neoliberais, em que o Estado delega ao mercado a regulação SOCIAL e este, mostrando a sua face mais obscura, se socorre do

princípio, de acordo com sua natureza, sem confundi-lo com a tormentosa discussão afeta ao bem jurídico (lesividade, ofensividade, insignificância etc.), ou com permissões (justificantes ou exculpantes) supralegais que refletem nos atributos do injusto ou da culpabilidade, muito menos, a exemplo de setores da jurisprudência, com questão ligada aos costumes (como fonte do direito) ou ao desuso (como causa de revogação da lei).

### **QUESTÃO 3. DIREITO PENAL. VALOR: 02 (DOIS) PONTOS**

**Para que ocorra *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, é necessário o *concurso de pessoas*?**

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro trazendo a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais.

Prescreve o seu art. 225, § 3º, que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O legislador infraconstitucional materializou essa norma constitucional com a edição da Lei nº 9.605/98, que, em seu art. 3º, consagrou a criminalização da pessoa coletiva por danos causados ao meio ambiente. Depois de ver afirmada a possibilidade de responsabilização do ente coletivo, passou-se a argumentar a impossibilidade de imputação exclusiva à pessoa jurídica.

Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, há entendimento pacífico, atualmente, no Superior Tribunal de Justiça:

---

direito penal para legitimar a nova realidade. Isto é, as ações políticas criminais neoliberais, em nome do eficientismo, têm transformado em delitos ações/omissões lícitas, ocupando-se de controlar socialmente condutas que poderiam ser disciplinadas por outras políticas sociais, de preferência inclusivas (não-exclusivas) e integradoras (não-segregacionistas). É bom lembrar que foi exatamente sob a inspiração dessas idéias que se operou a mudança na redação do art. 184 do CP, demonstrando que o legislativo brasileiro continua tratando os conflitos de natureza socioeconômica e política como condutas delituosas. E, "Ao se despolitizar a questão, encobre-se com um véu de mistificação a realidade sobre o modelo de desenvolvimento concentrador de riqueza, excludente e dependente de interesses alheios às necessidades do conjunto do povo brasileiro." (DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflito e Segurança. Entre Pombos e Falcões*. Lumen Iuris, 2003, p. 65). Reforçando a inadmissibilidade da violação à taxatividade, cito Nilo Batista: "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, inteligíveis 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." (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p.78). Questionamento surge também, em relação às cópias de Cd's e Dvd's, acerca da aceitação, tolerância, SOCIAL da conduta. Nos dizeres de Assis Toledo, "se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas." (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131). Entendo que referida conduta é aceita e aprovada consensualmente pela sociedade e, portanto, despida de lesividade ao bem jurídico tutelado, constituindo-se num indiferente penal alcançado pelo princípio constitucional da ADEQUAÇÃO SOCIAL. Por todo o exposto, entendo que a absolvição do acusado se impõe." (TJMG, AC. 1.0239.06.005873-6/001(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ. 19/01/09)

Diversa é, entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende não ser possível a aplicação do princípio da adequação social à conduta descrita pelo art. 184, §2º, do CP: HABEAS CORPUS. PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). VENDA DE MÍDIAS "PIRATEADAS". ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDOTA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. O fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação. 2. A exposição de 171 CDs e 72 DVDs falsificados, em estabelecimento comercial, demonstra a existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, afastando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 3. Ordem denegada. (HC 187.456/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a **imputação simultânea** do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da **atuação de uma pessoa física**, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07). (G. N.)

“CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de **penalização criminal das pessoas jurídicas** por danos ao meio ambiente.

[...]

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. ***A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal***, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. 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.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. ***A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral***.

VIII. De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.

IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

X. [...]

XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no polo passivo da relação processual-penal.

XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental [...].

XIII. A pessoa jurídica só pode ser **responsabilizada** quando houver **intervenção de uma pessoa física, que atua** em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.

XVI. Recurso desprovido. (REsp 610.114/RN, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 19/12/05)

Essa argumentação, a nosso ver equivocadamente consagrada no STJ, não institui concurso necessário de pessoas (física e jurídica) – argumento de Direito Material. Pode-se até enxergar, na orientação pretoriana em comento, um caso de litisconsórcio passivo necessário – argumento de Direito Processual. A rigor, não se trata propriamente de responsabilidade penal objetiva, mas responsabilidade normativa, porque a análise da culpa (sentido lato) da pessoa jurídica é realizada mediamente, sendo necessária a demonstração de que alguém (pessoa física) realizou a conduta, ainda que implicitamente (para o STJ de maneira explícita) narrada na denúncia e referida no suporte probatório. Não necessariamente “a pessoa física ‘responsável’ pela empresa”. Não se pode desconsiderar, na matéria, a insuperável dificuldade de individualização da conduta de cada pessoa vinculada à pessoa jurídica, viabilizando o legislador, por isso mesmo, a imputação do resultado (e da pena) ao próprio ente coletivo. Mas o entendimento jurisprudencial preponderante é paradoxal, neste aspecto...

De qualquer maneira, não é disso (dupla imputação), especificamente, que a questão trata...

A responsabilidade penal da pessoa jurídica pressupõe o rompimento com o paradigma da culpabilidade psicológica em favor de um modelo de imputação que abstrai as dificuldades impostas pelas categorias normativas do delito: tipicidade, ilicitude etc. Impõe-se, para sua admissão, o estabelecimento de um sistema que se apoia na responsabilização da pessoa jurídica em virtude de **ação praticada por pessoa física** em nome ou proveito da empresa. Então, outro paradigma rompido, funcionalmente, é a irresponsabilidade penal por fato de outrem.

Noutras palavras, a pessoa jurídica recebe a pena, embora não tenha praticado, senão mediamente, a conduta criminosa. Fala-se em responsabilidade penal por empréstimo ou por ricochete, por opção de política criminal quanto à pessoa a ser apenada, em razão da complexa rede de funções desempenhadas pelas pessoas agregadas em torno da pessoa jurídica, desempenhando atividades de alto impacto socioambiental e de risco incrementado.

Cuida-se, enfim, de abordagem da (in)adequação da teoria dos requisitos do concurso de pessoas à matéria da responsabilização criminal dos entes coletivos. Com efeito, a doutrina penal é praticamente unânime em apontar os seguintes requisitos para o estabelecimento do concurso de pessoas:

“a) pluralidade de agentes e de condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) liame subjetivo entre os agentes; d) identidade de infração.” (GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 11ª ed. Niterói: Impetus, p. 428)

Para se defender a existência de concurso de pessoas entre pessoa física e jurídica, seria necessário afirmar-se um sistema axiológico autônomo, distinto dos tradicionais requisitos, apto a superar a necessária pluralidade de “ações” (condutas com contribuição causal relevante), a partir de um procedimento de imputação que não tenha na ação (humana) o ponto de partida, ou, ainda, que se institua a conexão, via teoria da imputação, entre a **ação humana** e a **atividade** empresarial, com prejuízo dos requisitos tradicionais do concurso de pessoas (o que deveria, se fosse a opção do candidato, ser desenvolvido expressa e fundamentadamente), tarefa ainda não cumprida, satisfatoriamente, pela doutrina.

#### QUESTÃO 4. DIREITO PENAL. VALOR: 02 (DOIS) PONTOS.

**Em que consiste (e em que contexto da Dogmática Penal se situa) o critério da *prognose póstuma-objetiva*?**

Nos últimos anos, verifica-se uma retomada ou intensificação do debate em torno das teorias da causalidade, sobretudo com a tardia propagação, entre nós, da *moderna teoria da imputação objetiva*, de Claus Roxin. Na introdução ao trabalho de Roxin vertido para o português (*Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 23 e segs.), Luís Greco aponta, como uma das precursoras da teoria da imputação objetiva, a *teoria da causalidade adequada*. Apresentada como uma evolução em relação à teoria da equivalência dos antecedentes, sobretudo quanto aos crimes qualificados pelo resultado, a teoria da causalidade adequada atribui a qualidade de causa unicamente à *condição adequada ao resultado*, isto é, aquela condição “que, segundo as relações comuns da vida social, possua idoneidade genérica para produzir” tal resultado (V. Kries, citado por Greco, ob. Cit., p. 25). Noutras palavras, “a condição que produza o resultado de modo previsível” (Greco, ob. Cit., p. 25), ou melhor, provável. Como método de aferição dessa previsibilidade (ou probabilidade), estruturou-se o critério da *prognose póstuma-objetiva*.

De acordo com esse critério, será causa “tudo aquilo que um homem prudente, dotado dos conhecimentos médios *adicionados aos conhecimentos especiais de que o autor porventura disponha*, no momento da prática da ação entenda como tal”. (Greco, ob. Cit., p. 26)

Note-se que tal critério introduzia, na aferição da causalidade, um componente axiológico, a exemplo do que é proposto, hoje, pela moderna teoria da imputação objetiva. Daí porque, segundo Luís Greco, a doutrina atual considere a teoria da adequação como uma teoria da imputação, e não uma teoria da causalidade. (ob. cit., p. 27)

A importância da teoria da adequação (ou da causalidade adequada) não se resume em demonstrar a insuficiência de um tratamento exclusivamente causal-naturalístico da realização do tipo, mas projeta o método de compreensão da teoria da imputação objetiva, incluída recentemente no anteprojeto de Novo Código Penal no Brasil.

Não é por outra razão que vários autores reservam à teoria da adequação um lugar entre os diversos *topoi* que compõem a imputação objetiva. Afinal, a “ideia de que o autor tem de criar um risco, um risco não juridicamente irrelevante, e o critério da *prognose póstuma objetiva*, são aplicações claras da teoria da adequação.” (Greco, ob. Cit., p. 28)

O próprio Roxin se ocupa da teoria:

“Por bastante tempo, a teoria da adequação se afirmava na doutrina, ao lado da teoria da equivalência. Seu fundador é [...] Johannes v. Kries (1853-1928). Segundo a sua teoria, um comportamento será causa em sentido jurídico-penal unicamente se possuir uma tendência à provocação do resultado típico. [...] o critério da adequação possibilitava, ao menos, excluir aquelas condições que causassem o resultado de modo imprevisível [...]. [...] também permite eliminar complexos causais bastante incomuns: ela evita o *regressus ad infinitum* da teoria da equivalência [...] (enquanto os defensores da teoria da equivalência acreditavam só poder eximi-los de responsabilidade através da negação do dolo e da culpa).

[...]

A teoria da adequação, com o passar das décadas, foi se tornando mais precisa e detalhada. Hoje se considera adequada uma condição, quando ela eleva a possibilidade de produção do resultado de maneira não irrelevante, quando não é simplesmente improvável que o comportamento traga consigo um tal resultado. A

questão por bastante tempo debatida, a respeito da perspectiva da qual o juízo de adequação deveria ser formulado (*ex ante?* *ex post?* do ponto de vista do autor ou de um terceiro? com base em que conhecimentos?) está esclarecida no sentido da chamada prognose póstuma objetiva: o juiz deve, postumamente (isto é, no processo), colocar-se no ponto de vista de um observador objetivo no momento *anterior* à prática do fato, que disponha dos conhecimentos de uma pessoa prudente que pertença ao círculo social respectivo, bem como de conhecimentos especiais do autor.” (ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 302-303) – g. n.

Entre nós, o tratamento da matéria não é novidade. Aníbal Bruno já cuidava da teoria da causalidade adequada:

“Na determinação da causalidade adequada, o que importa é se há um nexó normal prendendo o atuar do agente como causa ao resultado como efeito. O problema se resume, então, em assentar se, conforme demonstra a experiência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se esse resultado é consequência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade. O fundamento desse juízo é um dado estatístico, é um critério de probabilidade.

Para fixar esse juízo vários elementos foram propostos. A sugestão de von Kries, de que o grau de probabilidade se apurasse segundo a previsibilidade do próprio agente, foi afastada, porque conduziria a confundir causalidade com culpabilidade. Adotou-se, então, o critério da chamada prognose objetiva posterior, sugerido por Max Rümelin, ou, como diz Von Liszt e hoje vem geralmente repetido, o critério da prognose póstuma. O decisivo é o curso normal da corrente causal que prende a manifestação de vontade do sujeito ao resultado, previsível, não *a priori* pelo agente, mas *ex-post* pelo juiz.” (Direito Penal. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 325-326) – g. n.

A teoria, desde então, sempre foi objeto de atenção da melhor doutrina: SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 55-56; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 267-269; e *Teoria do crime culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 136, 334-335 e 352; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 319; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 2004, p. 309-310.

A questão visa, enfim, a aferir se o candidato compreende o (e se situa no) processo de transição, ora em curso, de aferição da causalidade (desde a teoria da equivalência dos antecedentes) para um modelo de imputação (que se anuncia com a positivação da moderna teoria da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro).

Rodrigo Iennaco de Moraes

Promotor de Justiça – Examinador de Direito Penal