

## PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL MODERNO

*Douglas Bonaldi Maranhão<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho busca analisar como são compreendidos os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, tanto do ponto de vista histórico, com o agasalho dado pelas Constituições anteriores, quanto do dogmático. É a partir dessa compreensão que se busca o integral respeito a essas garantias constitucionais, que figuram como um dos pilares de uma tutela jurídico-penal, desenvolvida em um Estado Democrático de Direito. Após essas reflexões iniciais, buscar-se-á um melhor entendimento, quando os bens jurídicos tutelados pela norma forem aqueles concebidos como supra-individuais, analisando, por fim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica diante de tais garantias.

**Palavras-chave:** Princípios. Personalidade da Pena. Individualização da Pena. Bens Jurídicos Supraindividual.

### PRINCIPLES OF THE PERSONALITY AND THE INDIVIDUALIZAÇÃO OF THE PENALTY IN THE MODERN CRIMINAL LAW

#### ABSTRACT

The present work search to analyze as the constitutional principles of the personality and the individuality of the penalty are understood, as much of the historical point of view, with protection given by the previous Constitutions, how much of the dogmatic. It is from this understanding that if search the integral respect to these guarantees constitutional, that they appear as one of them pillars of a developed legal-criminal guardianship in a Democratic State of Right. After these initial reflections, will search, one better agreement, when the legal goods tutored people for the norm will be to those conceived as supply-individual, analyzing finally, the criminal liability of the legal staff ahead of such guarantees.

**Keywords:** Principles. Personality of the Penalty. Individuality of the Penalty. Legal Goods Supraindividual.

## 1 INTRODUÇÃO

Percebe-se, ao longo da história, que os textos constitucionais buscam a proteção daqueles direitos e garantias individuais, que, ao longo dos tempos, firmaram-se como garantias, voltadas ao livre exercício da cidadania, bem como a proteção de bens supra-individuais que se estendem a toda sociedade, sendo que essa proteção tem por escopo tutelar esses valores que influenciam diretamente a coletividade. Este agasalho jurídico faz com que sejam agrupadas as perspectivas de um Estado Liberal e de um Estado Social. E dentre toda essa construção normativa, para regular as afrontas a bens jurídicos, tanto individuais como supra-individuais, as constituições declinaram certa parcela à matéria penal.

<sup>1</sup> Especialista em Filosofia Política e Jurídica – UEL, Especialista em Direito e Processo Penal – UEL, Mestre em Direito Penal – UEM, Professor de UniFil de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito, Advogado Criminalista.



Assim, quando se trata da garantia dessas prerrogativas individuais, busca-se limitar a intervenção penal do Estado, que, por outro lado, quando a tutela versa sobre bens jurídicos transindividuais, a tendência é que a atuação do Direito Penal seja ampliada, tendo em vista a potencialidade dos efeitos dessas ações. Esse desempenho principiológico que norteará a atuação do Direito Penal perante a sociedade é feita através da inclusão da matéria penal no corpo da Constituição. Esses princípios podem ser especificamente penais ou aqueles constitucionais em sentido amplo, mas que não deixam de exercer influência na matéria penal. Os primeiros influenciam diretamente a seara penal, embasando toda a ordem jurídico-penal; já os segundos não são propriamente voltados à matéria penal e sim a todo o ordenamento jurídico, nortecendo toda e qualquer intervenção jurídica, ou seja, influenciam também a possibilidade de o Direito Penal ser utilizado como um instrumento para regular determinadas ações, no intuito de garantir bens jurídicos de relevância social.

Em sua grande parte, os princípios constitucionais que influenciam diretamente o Direito Penal, garantem a proteção das prerrogativas individuais, e aqueles princípios que indiretamente influenciam o Direito Penal, representam uma orientação para que o legislador infraconstitucional busque a elaboração de normas que protejam bens jurídicos transindividuais, tendo em vista que a proteção poderá ser feita não só através da seara penal.

Desta forma, o presente trabalho visa tecer alguns apontamentos acerca desses princípios que estão descritos de forma explícita no texto constitucional. O primeiro é o da Personalidade da Pena, disposto no artigo 5.º, XLV; e o segundo, consectário lógico do primeiro, é o da Individualização da Pena, disposto no artigo 5.º XLVI.

Para tanto, pretende-se fazer uma abordagem da inclusão desses princípios nas diversas constituições brasileiras, para posteriormente analisá-los individualmente. Após as reflexões propedêuticas, busca-se uma análise acerca da atuação desses princípios no que tange a proteção de bens jurídicos supra individuais e também a sua influência no que diz respeito à responsabilização da pessoa jurídica.

## 56 **2 OS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.**

Cumprindo inicialmente fazer uma análise da inclusão desses dois princípios no corpo das constituições brasileiras, para conseguir descrever a evolução, bem como o firmamento dessas prerrogativas no ordenamento jurídico atual.

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 previa, em seu artigo 179, “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”, especificando no seu inciso XX que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja”, fincando no ordenamento jurídico brasileiro o primeiro resquício do princípio da personalidade da pena.

Fato interessante é que antes de se inserir de forma expressa o princípio da individualização da pena já na Constituição do Império, em seu artigo 179, inciso XXI, ainda que de forma rudimentar, estava previsto que “As Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”, mostrando que o intuito do legislador era que se oportunizasse ao condenado locais que pudessem ser ajustado às suas condições particulares, para o cumprimento de sua reprimenda corporal.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 72, assegurava “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]”, mantendo a diretiva da Constituição do Império, em seu parágrafo 19, de que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”. Texto este que teve a mesma redação



disposta pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, que, em seu artigo 113, inciso 28, também dispunha que nenhuma pena poderia passar da pessoa do condenado. Esses dois textos constitucionais não fizeram menção alguma às perspectivas individualizadoras da pena.

Fato a ser registrado é que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, não abarcou o princípio da personalidade de pena, tampouco o da individualização da pena.

No texto constitucional de 1946, tem-se o retorno desses princípios, estando dispostos no artigo 141 (“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”), no parágrafo 29, que “a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu,” e, no seu parágrafo 30, que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente”. Mister ressaltar é que pela primeira vez o princípio da individualização da pena estava descrito de forma expressa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 13, abarcou, de forma conjunta esses dois princípios, quando dispunha que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena”, mostrando que esses dois princípios estão entrelaçados.

E, por fim, o texto constitucional de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLV, abarcou o princípio da personalidade da pena, dispondo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Fato interessante é a junção do preceito da reparação do dano na esfera civil juntamente com o obstáculo à transcendência da pena na esfera penal, sendo que o inciso XLVI determina que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”, indicando, assim, quais são as possíveis penas a serem destinadas aos condenados.

57

### 3 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

Este princípio, que pode aparecer sob diversas denominações como: “princípio da personalidade”, “princípio da responsabilidade pessoal”, “princípio da personalização da pena”, firma-se através de um posicionamento pacífico em todas as nações civilizadas do mundo contemporâneo, que a pena poderá atingir tão somente a pessoa do réu, representando, como afirma Rogério Lauria Tucci (2004, p. 302-303), um “postulado limitativo do *ius puniendi* do Estado”.

Como explicitado no tópico anterior praticamente todas as constituições inseriram este direito no rol dos direitos e garantias individuais. Na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLV, está assim disposta a presente norma:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Fica de forma explícita, que “ao contrário do direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco” (LUIZ, 2002, p. 51).



Certo de que este princípio está amparado em uma perspectiva iluminista, abarcado não só pela legislação pátria, mas também pela comunidade internacional<sup>2</sup>, que, nas palavras de José Eduardo Goulart (1994, p. 96) esse princípio trata-se “de uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade e Justiça”, a sua importância pode ser mensurada ao longo da história da evolução da pena. Antigamente, “as penas corporais, pecuniárias ou infamantes poderiam atingir todo o grupo social, ou ainda os familiares do condenado” (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, p.79). Caso sempre lembrado como paradigma do desrespeito ao princípio em comento foi o julgamento de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que após a pena capital teve seus bens confiscados e os seus descendentes, filhos e netos, foram declarados infames.<sup>3</sup>

Dessa maneira, de acordo com o mandamento constitucional, a pena não poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, ninguém poderá ser responsabilizado por fato considerado como crime que não tenha cometido ou ao menos colaborado com o seu resultado<sup>4</sup>. Segundo Renné Ariel Dotti (1998, p. 218) “sendo a pena o ‘efeito’ de uma ‘causa’ determinada e consistente no delito censurável na pessoa do autor, somente contra este deve recair a sanção”. Ratificando o seu posicionamento quando expõe que “a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou participe do fato punível” (DOTTI, 2001, p. 65). Esta característica segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154), está justificada no fato de que “a pena é um medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado”. Pela opinião balizada dos citados doutrinadores, fica claro todo o caráter pessoal que deve revestir a aplicação da pena.

Cumpra ressaltar, diferente do trato na esfera civil, que, no mesmo dispositivo que prevê a possibilidade de reparação do dano extensivo a terceiros, tem-se, na esfera penal, a impossibilidade dessa extensão. O constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 231) afirma que se estende “aos sucessores a obrigação de reparar o dano, assim como pode ocorrer a decretação de perdimento de bens. Mas tudo limitado pelo valor do patrimônio transferido. É portanto um aprofundamento do próprio espírito que informa ao princípio da individualização das penas”. Fazendo “igualmente sentido que o seu sucessor seja chamado a – dentro dos limites do patrimônio herdado e gerado por força do ato delituoso – responder pelo prejuízo que o próprio ato causou”.

Esta segunda parte do inciso XLV, que trata da reparação do dano causado não pode ser confundida com a pena pecuniária.<sup>5</sup> O que não se pode confundir é a aplicação de perdimento de bens adquiridos de maneira lícita com a ilícita. Estes, pelo próprio efeito da sentença penal condenatória, são perdidos em favor da União, diferentemente daqueles em que não poderia a tutela jurídica, frise-se, a sentença penal decretar o seu perdimento.

2 “O Princípio da responsabilidade pessoal é outra conquista do Direito Penal liberal. Constatou da Declaração dos direitos do Homem, de 1789, reeditado também na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948”, CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1990, p. 71; “O § 3º do art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “a pena não pode passar da pessoa do delinqüente”, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 154; “O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu art. 5º, inciso 3 que ‘a pena não pode passar da pessoa do delinqüente’”. MARCONDES, Pedro. *A individualização executória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. Maringá: Universidade estadual de Maringá, 2001, p. 98.

3 TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. É de bom alvitre citar parte da sentença que condenou Tiradentes: “... Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu [...]”.

4 “Modalidade referente à pena, indicadora de que a sanção penal não passa da pessoa do delinqüente, insto é, a responsabilidade é individual, não se transmitindo a terceiros, como ocorria antigamente” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Dicionário de Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Brasília, EUB, 1974, p. 398).

5 “A reparação não se confunde com o pagamento da pena pecuniária, pois aquela não está contida no rol das sanções penais, não sendo então uma pena” (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995, p. 29-30).

Segundo Luiz Regis Prado (2008, p. 535-536), quando da análise do instituto perda de bens e valores,

se entendido de forma restritiva, vale dizer, como atingido tão-somente os bens e valores ilicitamente auferidos pelo agente, poderá ter consequência jurídica, guardadas as devidas distinções assemelhada à pena de confisco especial ou individual, consistente na perda legal da propriedade pelo condenado em favor do Estado. Contudo, nessa hipótese, haveria concurso de leis com o artigo 91, II, do CP, que prevê, acertadamente, como efeito genérico, de natureza civil, a perda, em favor da União, dos instrumentos e do produto do crime, ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Dispõe Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p.80) que, a existência de um crime está estritamente ligada à subjetividade que paira sobre o fato. Ou seja, não existe fato delituoso se não existir ao menos culpa do agente. Assim, não se aplicará a alguém pena sem que tenha agido com dolo ou culpa, ou sem que fique comprovada a existência de culpabilidade. Afirmam os autores que “a culpabilidade é inerente ao princípio da personalidade da pena decorrendo daí todas as consequências lógicas dessa assertiva”. Corroborando o citado entendimento, Nilo Batista (1990, p. 104) afirma que a responsabilidade subjetiva e a personalidade da pena, incluindo nesta a intranscendência e a individualização, são aspectos do princípio da culpabilidade. Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 31), por sua vez, afirma que “o princípio da responsabilidade penal pessoal tem objeto e fundamento constitucionais positivos, relacionados com o princípio da legalidade e com o princípio da culpabilidade”.

Algo que não se pode deixar de ser aventado é que, em que pese todos os esforços de um Direito Penal moderno fundado em perspectivas garantistas, do qual faz parte o princípio da personalidade da pena, o que se vê atualmente é o estigma tanto da persecução penal, quanto das sanções penais ser transferido invariavelmente a terceiros alheios ao fato, principalmente no que tange aos familiares do condenado.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154) alertam para tal fato quando lamentam que “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”, bem como Luiz Luisi (2002, p. 52), quando cita a Lei 7.210/1984, que, em seu artigo 22, inciso XVI, determina que o serviço social oriente e ampare tanto os familiares do condenado para que estes não fiquem à deriva após a sanção penal ter atingido um dos membros da família, determinação esta que passa longe do mínimo que a sociedade necessita.

Não é difícil encontrar atualmente toda uma família suportando o estigma de uma condenação. A esposa, mãe, que trabalha para sustentar a família, não estampa mais esses adjetivos e sim o de “mulher de bandido”. A criança tolhida de uma realidade que a ela deveria assistir, não é só mais uma criança e sim “filho de bandido” que provavelmente bandido irá ser. Infelizmente, sob uma perspectiva criminológica, esta é a realidade que pode ser percebida.

Vive-se atualmente um Estado de Direito com todas as suas garantias. Ocorre que na prática apresenta-se um estado de polícia, como nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2003, p. 232), que assim asseveram:

O estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a *corrupção de sangue*. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual e não pode transcender a pessoa do delinqüente.



## 4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Consectário lógico do princípio da personalidade da pena<sup>6</sup>, a individualização mostra-se um “corolário natural da personalidade” (DOTTI, 1998, p. 219) figurando como mais um princípio regulado de forma explícita na Constituição Federal no artigo 5º, XLVI, que assim dispõe: “a lei regulará a individualização da pena...”<sup>7</sup>. Esse princípio está atrelado à sanção penal que deve ser ajustada à pessoa do condenado<sup>8</sup>.

Nelson Hungria, citado por Luiz Luisi (2002, p. 52) descreve de forma clara o que vem a ser o princípio da individualização: “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. De acordo com o que ensina Luiz Regis Prado (2008, p. 139).

o princípio da individualização da pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma da sua execução. [...] Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Esse processo que individualiza a pena é feito em três momentos distintos, de acordo com os ensinamentos de José Frederico Marques, onde se ampara grande parte da doutrina<sup>9</sup>, sendo eles: o legislativo, o judicial e o executório.

Sintetiza de forma clara Cezar Roberto Bitencourt, esses três momentos individualizadores:

*individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, a *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o seu cumprimento.

6 Afirma Renné Ariel Dotti que “o princípio constitucional da personalidade a pena é um gênero de garantia da qual a individualização da pena é espécie” (DOTTI, Renné Ariel. *Curso de direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65).

7 “[...] o moderno Estado Democrático de Direito, à luz da nova ordem constitucional, deu significativa ênfase à questão da individualização da sanção penal ao recepcionar este princípio, consignando-o no seio dos direitos e garantias fundamentais” (COSTA, Hélio Martins. *Individualização da Pena – Repercussão na Determinação do Regime de Cumprimento e na substituição por pena alternativa*. *Revista dos Tribunais*. ano 89 – vol. 781, novembro de 2000. São Paulo: RT, 2000, p. 459).

8 “Modalidade indicadora de que a sanção penal deve ser adaptada ao delinqüente, isto é, respeitada a cominação legal, o juiz deve aplicar a quantidade que, no caso concreto, atenda à finalidade da pena, ou seja, a recuperação social do criminoso” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Dicionário de Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Brasília, EUB, 1974, p. 396).

9 Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – volume III – O delinqüente, a sanção penal e a pretensão punitiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p.224; GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal – vol I – tomo II*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954. p. 441-442; LUIZ, Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 52; BARROS, Carmem Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 109-127; TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 306-307. Em sentido contrário entendendo ser a individualização da pena dividida em duas fases: GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: RT, 1994, p. 97.

Afirma Sidio Rosa de Mesquita Junior (2005, p. 31) que “o princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia, eis que este traduz a idéia de que os desiguais devem ser tratados distintamente, isso na medida de suas diferenças”. Cumpre citar que, logo em seguida no texto constitucional, no artigo 5º, XLVIII, está disposto que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, mostrando assim que a pena deve estar moldada às condições pessoais do condenado, bem como à magnitude da sua culpabilidade.

## 5 REFLEXOS NA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS

De acordo com a posição quase que uníssona na doutrina atual, a função nuclear do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos<sup>10</sup> que figurem como essenciais ao indivíduo e a toda sociedade.<sup>11</sup> Corolário de um Estado democrático e social de Direito, o Direito Penal que representa a *ultima ratio*, (LUIZ, 2002, p. 175) não pode desviar deste seu desiderato maior de alcançar somente aquelas ações que lesem ou possam lesar bens jurídicos considerados penalmente relevantes.

Através de uma ordenação formalizada e que vincula subjetivamente os atos sociais, é que o Estado poderá direcionar seu convívio, elegendo quais são aqueles bens que são relevantes dentre tantos existentes. É na construção de um ordenamento jurídico, por meio de toda a sua estrutura (fontes do direito, princípios de direito, leis, costumes, etc.), (BOBBIO, 2003, p.23-25) que se agasalha o intento normativo de regular determinadas ações, que podem culminar em uma agressão a um determinado bem considerado como jurídico-penalmente relevante.

Para cumprir tal intento, há que se debruçar na construção de toda uma estrutura jurídica.<sup>12</sup> Certo de que várias situações podem influenciar a diretiva estatal, não há como quebrar o presente paradigma regulador da vida social,<sup>13</sup> principalmente no que tem relação à tutela jurídico-penal na sua exclusiva proteção de bens jurídicos,<sup>14</sup> sob pena de descurar a própria essência do Estado em que se vive.

10 Construindo um conceito acerca do que se deve entender por bem jurídico, ensina Luiz Regis Prado que: “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 247).

11 Nesse sentido: CERESO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p. 25 e ss.; LUIZ, Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 168; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. vol. 1. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6. Vale citar que a referida tutela deverá estar sob a égide dos princípios fundamentais da legalidade, da personalidade e da individualização da pena, da humanidade, da culpabilidade da intervenção mínima e da insignificância (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição...*, p. 65-70).

12 Descrevendo as iniciais tentativas de regulamentação da vida em sociedade, Gerson de Brito Mello Bóson ensina: “as primeiras manifestações normativas da idéia de Direito tomam a forma de princípios, muitas vezes com conteúdos éticos comuns à moral e à religião, sobretudo enquanto haja na vida social a predominância mais forte da cosmovisão religiosa. Somente à medida que, ao longo das diversas culturas que se sucedem vai crescendo entre os povos a influência da cosmovisão filosófica, técnico-científica, os valores desligados das coisas do céu promovem uma dinâmica social complexa, com uma correspondente resposta da idéia do Direito que, sem o abandono dos princípios gerais, mas desdobrando-os, individualizando-os em detalhes normativos, se apresenta através desses temas cada vez mais densos, estruturando instituições que quanto mais se desenvolve a cultura, mas se transformam, ou se renovam ou se multiplicam” (BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 160).

13 Paulo Dourado de Gusmão aduz que: “considerando-se, como consideramos, ser a ordem, paz social e a segurança os objetivos imediatos do direito, e admitindo-se depender da justiça a validade e a legitimidade da ordem jurídica, a solução correta desse dilema encontra-se no equilíbrio desses valores, equilíbrio precário, estabelecido pelo legislador atuante ou pelo juiz de larga visão. Partindo desse entendimento, definimos deontologicamente, o direito, como: *a realização da segurança com o mínimo sacrifício da justiça*” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78).

14 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 55. Partindo da premissa de que a função do Direito Penal reside na proteção bens jurídicos, e o direito de punir do Estado resta limitado a uma ação que atente contra esse bem, Luiz Flávio Gomes afirma que: “como não poderia ser de outra forma, revela o núcleo essencial do denominado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que, ao lado de tantos outros princípios fundamentais, (...) tem (também) a função de delimitar o *ius puniendi* estatal” (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 51).



No texto constitucional, podem ser encontrados, não de maneira estanque, os bens que representam os valores fundamentais existentes na sociedade e que podem ser organizados de maneira hierárquica, servindo como norte do legislador infraconstitucional. (PALAZZO, 1989, p. 84-92). A Constituição figura como uma base indicativa na eleição desses bens, de maneira que nada impede que outros bens que cumpram os requisitos necessários possam ser considerados como de relevância jurídica, e também, mercedores da tutela penal, de modo que sejam elevados à categoria de jurídico-penalmente relevante.

Amparado na Constituição, o legislador ordinário deve construir uma estrutura jurídico-penal, fulcrado no princípio da intervenção mínima,<sup>15</sup> para que possam ser protegidos apenas os bens considerados essenciais ao indivíduo e à sociedade, sob pena de, por não filtrar quais são os reais bens jurídicos dignos da proteção penal, culminar em uma hipertrofia legislativa, como atualmente se percebe, e conduzir o sistema jurídico-penal a cair em descrédito perante a sociedade.<sup>16</sup>

Nesta senda, há que se dispor acerca dos chamados bens jurídicos transindividuais, supra-individuais ou metaindividuais, ou seja, aqueles que acabam por transcender a individualidade do homem, sendo que, quando atingidos, pode-se ter uma disseminação dos efeitos da atividade ilícita. Esses bens podem ser divididos em coletivos (relações de consumo), difusos (ambiente) e institucionais (administração pública) (PRADO, 2003, p. 109).

Como ficou aclarado ao longo da anterior abordagem, não há exceções ao princípio da personalidade da pena seja qual for o campo criminal em comento. No que tange aos delitos que afrontam bens jurídicos supra-individuais como aqueles descritos em legislação esparsa. Desta forma, deve-se respeitar a vedação da responsabilidade objetiva como consequência de todo ordenamento jurídico-penal brasileiro, bem como seguir os princípios constitucionais.

Existem casos em que o legislador, ao elaborar as leis penais, como, por exemplo, nas que versam acerca da tutela da ordem econômica, tem o cuidado de, expressamente, prever que a responsabilidade criminal é restrita à medida da culpabilidade, como o disposto no art. 11 da Lei n. 8.137/90, que disciplina os crimes contra a ordem tributária. Em outras hipóteses, porém, como a de sugerir a admissão da responsabilidade objetiva, esqueceu-se o legislador de estabelecer tal ressalva, ao definir a responsabilidade pela prática dos delitos econômicos, como ocorreu ao disciplinar os crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86, art. 25) ou contra o mercado de capitais (Lei n. 4.728/65, art. 73, § 2º). Cumpre aqui frisar que não é pelo fato de inexistir tal ressalva que está autorizada supressão dos princípios ora analisados.

Desta feita, cumpre ratificar que, independente dos efeitos da lesão ou do perigo de lesão ocasionados pela atividade ilícita, seja ela perpetrada contra um bem jurídico individual ou transindividual, não se concebe o esvaziamento da estrutura principiológica na seara penal, devendo, assim, como no caso em comento, tais princípios, nortear a aplicação da lei penal. Ou seja, a estrutura direcionadora construída na esfera penal é uma garantia infranqueável do cidadão que não poderá ser alvejado por medidas que a contrariem<sup>17</sup>.

Essas ações lesivas citadas no capítulo anterior, que podem lesar ou colocar em perigo de lesão bens jurídicos que transcendam à individualidade, por muitas vezes, estão vinculadas a atuações que se entrelaçam ao nome de uma pessoa jurídica, de maneira que é de bom alvitre no presente trabalho abordar o tema acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que será feito no capítulo seguinte.

15 Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 138. Nesse sentido: LUIZ. Luisi. Op. Cit., p. 39; PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 54.

16 Cf. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 216. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo)...* São Paulo: RT, 2002, p. 39-54.

17 Nas palavras de Luiz Regis Prado, tem-se que “o homem não pode ser considerado como simples meio para a persecução de finalidades político-criminais, ainda que em defesa social; deve ser-lhe, ao contrário, reconhecida uma posição central no sistema. É paradigmático em um Estado democrático de Direito que este exista sempre para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade e da dignidade humana. É meio e não fim”

## 6 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Após a abordagem desses dois princípios, há que se abordar, ainda que de forma superficial, assunto latente nas discussões jurídicas, que versa sobre a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos. Ratifica-se que a intenção é analisar tão somente esta possibilidade frente ao princípio da personalidade e individualização da pena.

Tem-se, pela própria estrutura do ordenamento jurídico pátrio, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser implementada, sendo que o posicionamento, nesse sentido, figura como ratificação dos postulados da culpabilidade e da personalidade das penas. Assim, somente as pessoas naturais podem ser sujeitos ativos (autores ou partícipes) no cometimento de atos ilícitos, vigorando em no sistema jurídico brasileiro a expressão *societas delinquere non potest*.

Certo que sempre se deve buscar finalidade para as construções de institutos realizadas no âmbito jurídico, assim, o próprio escopo da aplicação da pena àquele que comete um crime não se mostra consentâneo com a responsabilidade penal do ente jurídico, pois os aspectos que versam sobre a prevenção geral e especial (reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização), não encontram sentido.

Como acima abordado, o princípio da personalidade da pena representa a imposição de uma sanção à pessoa que representa o autor material do crime. Desta feita, deve-se ter por certo aquele que, efetivamente, cometeu o ato ilícito e não a sobreposição de uma sanção penal que indiscriminadamente atinja a todos aqueles que, de alguma forma, façam parte do ente jurídico (operários, sócios minoritários, etc.).

Como assevera Luiz Regis Prado (2005, p.151):

não há lugar aqui para outra interpretação senão a que liga a responsabilidade penal à realização de um comportamento *próprio*, sendo a responsabilidade *peçoal* sempre exclusivamente subjetiva. Afasta-se, desse modo, qualquer outra modalidade de responsabilidade penal (v.g., coletiva, pelo fato de outrem etc.). Tão somente em sentido técnico-jurídico pode ser denominada pessoa o ente moral.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica suscita um grande e polêmico debate, posicionando-se contrariamente a essa possibilidade autores como Luiz Regis Prado (2008, p. 418-427), Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 81), Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro (1991, p. 24), Paulo José da Costa Junior, Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 164-167), e por outro lado defendendo a possibilidade de se responsabilizar as pessoas jurídicas, tem-se amparo nos ensinamentos de Sérgio Salomão Shecaira, Vladimir Passos de Freitas, Gilberto Passos de Freitas, Walter Rothenburg SHECAIRA, (1999); PASSOS DE FREITAS, (1999); ROTHENBURG, (1997). Assim, tecer qualquer comentário com o intuito de colocar uma pá de cal na presente controvérsia poderia ser temerário, mas, nesta análise perfunctória, ressalta-se que a argumentação que pugna pela impossibilidade da responsabilização da pessoa jurídica mostra-se mais apropriada, pois é fundada em direitos e garantias individuais que não podem ser sobrepostos por políticas criminais que são direcionadas de forma incerta.

Firma-se no presente trabalho o entendimento de que a responsabilização do ente jurídico estaria por ferir frontalmente o princípio da personalidade da pena, uma vez que, pela própria estrutura do ordenamento jurídico-penal, não se pode conceber como sujeito ativo de ações ilícitas outra pessoa que não o homem.



## 6 CONCLUSÃO

Por certo que todo o ordenamento jurídico deve estar pautado por uma estrutura principiológica que o orientará, esses princípios, que podem ser em sentido amplo ou estrito, vigoram em todas as searas onde se desenvolve a tutela jurídica. Assim, o ordenamento jurídico-penal não poderia ser diferente, tendo os seus próprios delineadores expressos ou não no texto constitucional.

Nesta análise, buscou-se a compreensão dos princípios da personalidade da pena e da individualização da pena expressos na Constituição Federal. O primeiro proíbe a transcendência da pena além da pessoa do réu e o segundo busca a aplicação de uma pena ajustada às características do agente infrator e da ação por ele cometida.

Figuram esses princípios como garantias individuais infranqueáveis dentro da estrutura jurídica, como pilares de um Direito Penal desenvolvido em um Estado democrático social de Direito.

Por esse norte toda e qualquer responsabilização na esfera penal deverá estar pautada por esses princípios, juntamente com os demais que compõem a estrutura principiológica jurídico-penal (legalidade, exclusiva proteção de bens jurídica, dignidade, etc.).

A expansão do Direito Penal na proteção de bens jurídicos (supra-individuais), que atualmente acabam por sofrer uma exposição ainda maior, tendo em vista a potencialidade das ações do mundo moderno, também deve respeitar os princípios da personalidade e da individualização da pena, uma vez que os efeitos da atividade lesiva não podem redirecionar a compreensão teórica, bem como a sua sobreposição ao fato concreto, por perspectivas político-criminais.

Tem-se que a afetação de bens jurídicos supra-individuais é feita por ações cometidas através de pessoas jurídicas como, por exemplo, ações que atentem contra a ordem tributária, relações de consumo, meio ambiente, sistema financeiro, etc. No entanto há que se respeitar os limites de atuação do Direito Penal que, pela sua própria estrutura, não comporta a responsabilização do ente jurídico, posicionamento este combatido, mas que se mostra consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio.

64

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROS, Carmem Silva de Moraes, *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral*. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. v. 1. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. (Trad.) Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007.



- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Dicionário de direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Brasília, EUB, 1974.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1990.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2002.
- COSTA, Hélio Martins. Individualização da Pena – Repercussão na Determinação do Regime de Cumprimento e na substituição por pena alternativa. *Revista dos Tribunais*, ano 89 – v. 781, nov. 2000. São Paulo: RT, 2000.
- DOTTI, Renné Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998.
- DOTTI, Renné Ariel. *Curso de direito Penal: parte geral*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal – v. I – tomo II*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrófica irracional (caos normativo)...* São Paulo: RT, 2002.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: RT, 1994.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LUIZ, Luisi, *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris Editor, 2002.
- MARCONDES, Pedro. *A individualização executória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. Maringá: Universidade estadual de Maringá, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – v. 3. – O delinqüente, a sanção penal e a pretensão punitiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- MESQUITA JR., Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PALAZZO. Francesco C. *Valores constitucionais e o direito penal*. (Trad.) Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.
- PASSOS DE FREITAS, Vladimir e PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. 6 ed. São Paulo: RT, 1999.
- PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal – parte geral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Bem Jurídico-Penal e a Constituição*. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2005.

ROTHENBURG, Walter. *A pessoa jurídica criminosa – Estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 1997

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006.

66 ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.65-70).

