

A NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNO COM DEFICIÊNCIA EM ESTABELECIMENTOS DA REDE PARTICULAR DE ENSINO: UMA ANÁLISE À LUZ DA RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

THE REFUSAL OF ADMISSION FOR STUDENTS WITH
DISABILITIES IN PRIVATE SCHOOLS: A STUDY IN THE LIGHT OF
THE LIABILITY OF THE LEGAL ENTITY

Juliana Hermes Luz

*Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito
Constitucional*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar a responsabilidade criminal da negativa de matrícula de aluno com deficiência em estabelecimentos da rede particular de ensino à luz da responsabilidade da pessoa jurídica. O trabalho discute ser ou não possível a responsabilidade da pessoa jurídica e/ou dos sócios-proprietários e/ou dos sócios-administradores, diretores e funcionários do estabelecimento de ensino. Baseado no método dedutivo e em pesquisa bibliográfica de doutrinas, retoma o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a previsão do crime de negativa de matrícula a aluno com deficiência. Em seguida, traz conceitos sobre a autoria e a participação delitivas. Após, trabalha a questão da (im)possibilidade da responsabilidade criminal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico nacional. No decorrer do artigo, verifica-se que para a doutrina majoritária a imputação criminal da negativa de matrícula ao aluno com deficiência, há a necessidade da comprovação do liame subjetivo entre o fato e o agente, sendo vedada a responsabilidade criminal objetiva aos sócios-proprietários, administradores e diretores do estabelecimento de ensino.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Negativa de matrícula de aluno com deficiência. Domínio do fato. Responsabilidade criminal objetiva.

ABSTRACT: The purpose of this article is to verify the criminal responsibility for the refusal of school enrolment for students with disabilities in the private school in the light of the responsibility of the legal entity considered an educational establishment. This paper debates the possibility, or not, of making the private school, the legal entity or its owners, as well the managing partners, directors and employees of the educational establishment all responsible for this type of wilful misconduct. The research was based in the deductive method and the bibliographical research of doctrines, and resume the Statute of the Person with Disabilities which foreseen as a crime the denial of scholl enrollment for students with disabilities. It also works with the concept about criminal authorship and participation. Afterwards, it tries to develop the question about the (im)possibility of criminal responsibility of a legal entity in the Brazilian legal order. In the course of this article it was verified that the majority understanding is the possibility of criminal responsibility of the legal person for the refusal for a school enrolment for disabled student, it is considered possible if there is clear subjective evidence of the denial involving the fact and the agent. Otherwise, the law prohibits the objective criminal liability of the part-owners, administrators and directors of the educational establishment.

Keywords: Criminal responsibility of the legal entity. Negative of school enrolment for student with disability. Objective criminal liability.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.146 de 2015 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referido Estatuto tem a finalidade de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Entre as diversas modificações trazidas pela referida lei, merece destaque aquela que deu nova redação ao art. 8º, inciso I, da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, e definiu como crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, o ato de recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência.

Pontuada alteração trouxe o questionamento quanto a quem recairia a responsabilidade criminal pela negativa de matrícula do aluno com deficiência: a) aos proprietários do estabelecimento de ensino; b) ao diretor do estabelecimento de ensino; e/ou c) àquele de quem o ato de negativa foi emanado.

Em um primeiro momento, será feita uma abordagem quanto à natureza do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como quanto ao tipo penal objeto do estudo, para então, comentar-se a respeito da teoria do concurso de agentes relacionados ao tipo mencionado, com a finalidade de investigar-se o objeto pretendido.

Em seguida, será estudada a possibilidade de a pessoa jurídica ser responsabilizada criminalmente no ordenamento jurídico brasileiro e em que hipóteses isso ocorre, para então identificar-se quem responde pela negativa da matrícula ao aluno com deficiência.

No último item, de modo a responder a referida indagação, será abordada a dificuldade de responsabilização criminal dos sócios-proprietários ou das pessoas físicas encarregadas da administração do estabelecimento de ensino particular.

2 VISÃO GERAL DO CRIME DE NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNO COM DEFICIÊNCIA

Com o objetivo de verificar a responsabilidade criminal pelo ato de negar matrícula a aluno com deficiência à luz da responsabilidade da pessoa jurídica,

é mister o estudo de alguns elementos fundamentais para a compreensão do ponto central deste trabalho de pesquisa.

Primeiramente, será realizada uma abordagem panorâmica acerca da lei que tipifica o mencionado crime, bem como o seu conceito e natureza, identificando-se a característica e a forma do tipo delitivo e fazendo-se, a todo tempo e concomitantemente, uma abordagem da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Referida lei tem como base a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto-Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

O pontuado diploma normativo, em seu artigo 2º, traz o conceito de pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ainda, o art. 4º, §1º, do referido Estatuto, dispõe que se considera discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Entre as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência merece destaque aquela constante no art. 98, que alterou a redação do art. 8º, inciso I, da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989.

Referida lei dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

Segundo a redação dada pelo *novel* diploma ao artigo mencionado, constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência.

Conforme ensinam Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 268), o inciso supra-mencionado busca “coibir a discriminação em face da pessoa com deficiência, tutelando seu sagrado direito à educação igualitária e inclusiva, nos exatos termos preconizados pelos arts. 6º, 225 e 228 da Constituição”.

Os mencionados autores explicam que:

pune-se no presente inciso aquele que recusar (negar), cobrar valores adicionais, suspender (sustar efeitos), procrastinar (retardar), cancelar (tornar sem efeito) ou fazer cessar (interromper, extinguir) inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência [...] o que deve ficar claro é que a deficiência da pessoa não é motivo idôneo (e, portanto, não há justa causa) para, por exemplo, recusar ou cancelar a inscrição do aluno. De igual sorte, não pode, por exemplo, o responsável pelo estabelecimento de ensino, sob o argumento de que terá maiores custos com o aluno com deficiência, cobrar valores adicionais, e entender que há justa causa para tanto. Em suma, reiteramos que a deficiência, em si, não é justa causa para práticas que caracterizem discriminação. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 70).

Importante vem a ser o posicionamento defendido pelos autores quanto à consumação do crime. Para eles não há a necessidade de produção de resultado naturalístico, uma vez que o fato de dificultar a inscrição do aluno já consuma o crime, ainda que sua inscrição seja realizada em outro momento.

Acerca da proteção do direito à educação pela esfera penal convém mencionar o seguinte posicionamento:

Como direito fundamental social, previsto no art. 6º da CF, a educação é, junto com a saúde, uma das garantias mais violadas pelo Poder Público e, portanto, combatida na arena judiciária. A falta de concretização dos direitos sociais por políticas públicas que deve-

riam garantir na prática o texto constitucional leva o Judiciário à tarefa de desempenhar papel primário tanto do Poder Legislativo como Executivo. A jurisprudência tem reconhecido que mesmo de forma excepcional, a atuação dos juizes é legítima pela omissão institucional do Estado Democrático de Direito. (ROCHA, 2016, p. 130).

Como bem esclareceu o trecho supratranscrito, a tipificação penal em estudo busca proteger a dignidade da pessoa humana em sua esfera total, na medida em que veda qualquer tipo de discriminação ao aluno com deficiência, em total consonância à parte inicial do Estatuto, na qual há a previsão dos direitos e garantias fundamentais da pessoa com deficiência.

É a partir do artigo 27 que o Estatuto da Pessoa com Deficiência define, em simetria à CRFB/88, que a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Nesse contexto, o Estatuto aduz ser dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Há que se destacar que a esfera privada – estabelecimentos particulares de ensino, por exemplo –, também está vinculada às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Como ensina Sarlet:

Sem adentrar especificamente o mérito dessas concepções e das variantes surgidas no seio da doutrina constitucional, é possível constatar – a exemplo do que sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos. Ainda neste contexto, sustentou-se, acertadamente, que em qualquer caso e independentemente do modo pelo qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (isto é, se de forma imediata ou mediata), se verifica, entre as normas constitucionais e o direito privado, não o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um

contínuo fluir, de tal sorte que, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição. (SARLET, 2015, p. 400).

Segundo se infere do trecho transcrito, bem como da continuidade da leitura da obra do supracitado autor, as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, “impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 400).

Feitas as observações necessárias quanto à existência da norma incriminadora do ato de negar matrícula ao aluno com deficiência, para a perfectibilização do objeto pretendido, necessário se faz o estudo sobre o concurso de pessoas, justificando-se nesse momento, uma abordagem superficial, apenas para auxiliar na compreensão do que se sustentará ao final.

3 CONCURSO DE PESSOAS: AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Nos termos do art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal, considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Segundo explica a doutrina, o mencionado código adotou a teoria finalista de Welzel em que se considera crime a conduta típica, antijurídica e culpável.

Conforme consta no art. 13 do Código Penal, o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Nesse aspecto, a doutrina diz ser incontroverso que o direito penal de horizonte constitucional “acolheu a responsabilidade subjetiva [...] fundada no dolo e na culpa, afastando-se desta forma a responsabilidade objetiva ou sem culpa, inadmissível e intolerável sob todos os aspectos, resquício das formas primitivas de cultura” (WUNDERLICH, 2015, p. 208).

Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos, “a relação do sujeito ativo com a conduta descrita no tipo legal pelo legislador pode existir sob as formas de autoria ou de participação, como categorias gerais que abrangem todas as modalidades de contribuições pessoais para o fato criminoso” (SANTOS, 2008, p. 355). Ao diferenciar as modalidades dessas contribuições, o autor supramencionado define que:

[...] tem-se que a autoria do fato típico pode ser individual, se o autor realiza pessoalmente todas as características do tipo legal; pode ser mediata, se o autor realiza o fato típico utilizando outra pessoa como instrumento; pode ser coletiva (ou co-autoria), se vários autores realizam em comum o fato típico. Por outro lado, a participação no fato típico do (s) autor (es) pode ocorrer sob as formas de instigação, como determinação dolosa a fato doloso de outrem, e de cumplicidade, como ajuda dolosa a fato doloso de outrem. Excepcionalmente, a autoria pode ser colateral, se vários autores realizam independentemente um do outro o mesmo fato típico. (SANTOS, 2008, p. 355).

A doutrina classifica em homogeneidade as teorias de autoria como: a) unitária de autor; b) objetivo-formal de autor; c) objetivo-material; d) subjetiva; e e) domínio do fato. Considerando o fim a que pretende o presente artigo científico, passa-se a tratar de cada uma delas, a seguir, com a delimitação já mencionada.

Segundo a teoria unitária, restritiva de autor, adotada pelo Código Penal no art. 29, não há distinção entre autor e partícipe, isto é: “as diferenças objetivas e subjetivas de contribuição dos autores não são matéria do tipo de injusto, mas problema da aplicação da pena, como medida da culpabilidade individual” (SANTOS, 2008, p. 342).

Conforme defende o mesmo autor:

As desvantagens da teoria unitária de autor parecem mais relevantes: se as contribuições causais para o fato punível são equivalentes, então (a) todos os sujeitos envolvidos no tipo de injusto são nivelados, desaparecendo diferenças objetivas e subjetivas na produção do desvalor de ação e do desvalor de resultado que definem o tipo de injusto, e (b) sujeitos não qualificados podem ser autores de delitos especiais (por exemplo, a qualidade de funcionário público, no peculato) ou de delitos de mão própria (o falso testemunho), o que representa um contrassenso. A natureza grosseira da teoria unitária de autor explica seu abandono progressivo, mesmo naquelas legislações – como a brasileira – que, por inércia ou comodismo, ainda a adotam. (SANTOS, 2008. p.356).

Já para a teoria objetivo-formal, há a distinção entre autor e partícipe, sendo que muito embora estes últimos se integrem no plano criminoso, não desenvolvem um comportamento central, executivamente típico. “Contudo, apesar dessa concepção dupla, não estamos diante da prática de dois crimes distintos, pelo contrário, o crime continua sendo um só, e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica (o executor) é tão importante quanto a

do partícipe que atua no planejamento da ação executória que é levada a cabo pelos demais” (BITENCOURT, 2011, p. 342).

Segundo essa teoria, autor é aquele que “pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrerem para essa infração penal, mas que não realizarem a conduta expressa pelo verbo existente no tipo serão considerados partícipes” (GRECO, 2016, p. 532).

Por outro lado, a teoria objetivo-material veio para suprir os defeitos da teoria antes mencionada “oferecendo um complemento mediante a perspectiva da maior periculosidade que deve caracterizar a contribuição do autor ao fato em comparação com a do cúmplice” (GRECO, 2016, p. 532).

Já a teoria subjetiva, segundo explica também Rogério Greco:

[...] procura traçar um critério de distinção entre autores e partícipes, valorando o elemento anímico dos agentes. [...] O autor estaria realizando a conduta como o protagonista da história; já o partícipe, não querendo o fato como próprio, mas sim, como alheio, exerce um papel secundário, sempre acessório. (GRECO, 2016, p. 532).

Partindo da premissa de que teorias somente objetivas ou subjetivas não oferecem critérios seguros para identificar o autor e o partícipe do fato punível, a teoria do domínio do fato apresenta-se como aquela adequada para definir todas as formas de realização ou de contribuição para realização do fato típico que, segundo Juarez Cirino dos Santos são compreendidas sob as seguintes categorias de autoria e participação:

- 1) Autoria (a) direta, como realização pessoal do fato típico, (b) mediata, como utilização de outrem para realizar o fato típico e (c) coletiva, como decisão comum e realização comum do fato típico;
- 2) participação como contribuição acessória dolosa em fato principal doloso de outrem, sob as formas (a) de instigação, como determinação dolosa a fato principal doloso de outrem e (b) de cumplicidade, como ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem. (SANTOS, 2008, p. 361).

O autor defende que, ainda que a lei penal brasileira tenha adotado, em princípio, a teoria unitária, o estudo quanto autoria e participação deve ser realizado segundo os postulados da teoria do domínio do fato, ao fundamento de que “a exposição de motivos reconhece que o legislador decidiu optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação.

Uma vez que a Lei define como crime o ato de negar matrícula a aluno com deficiência, em estabelecimento da rede particular de ensino, em razão da sua deficiência, indaga-se quem deverá responder pelo referido fato típico: Os sócios proprietários da escola? O diretor? O funcionário que informou sobre a negativa? Ou todos eles?

Para obter-se uma resposta, primeiramente, é necessária uma abordagem a respeito da possibilidade (ou não) da pessoa jurídica figurar como sujeito ativo do crime, para então poder-se tratar a respeito do fim pretendido.

4 A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO ATIVO DE CRIMES – (IM)POSSIBILIDADE?

Sabe-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema debatido na doutrina e na jurisprudência por ir contra determinados princípios basilares do direito penal, em específico aqueles que se aplicam à teoria da culpabilidade. Nesse contexto, com o advento da CRFB/88, o art. 225, §3º, e o art. 173, §5º, passaram a prever, segundo alguns autores, de forma expressa, a possibilidade de criminalização de atos atribuídos às pessoas jurídicas, contrariando a tradicional orientação *societas delinquere non potest*.

Ao investigar as doutrinas sobre o debate supramencionado, percebe-se que referida discussão já existe, pelo menos, desde a década de 1990, sendo que grande parcela dos pesquisadores que se debruçaram sobre o tema já tratou – ainda que superficialmente – da pontuada questão:

Miguel Reale Júnior, um dos grandes debatedores quanto à imputabilidade penal da pessoa jurídica, no ano de 1999, em que se questionava a matéria na Lei de crimes ambientais, defendeu que:

falta à pessoa jurídica capacidade criminal. Se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa. A Constituição estabelece que a pena não passará da pessoa do condenado (§XLV do art. 5º), e o inciso seguinte diz que a lei individualizará a pena. A individualização da pena é feita com base na culpabilidade. A culpabilidade significa o quanto de reprovação, de censurabilidade merece a conduta, sendo absolutamente incongruente com admissão da pessoa jurídica como agente de delitos. Portanto, há uma incapacidade plena de pessoa jurídica, que a análise sistemática do texto constitucional torna evidente. (REALE JÚNIOR, 1999, p. 121).

Sobre a existência do referido debate, bem como quanto aos argumentos utilizados, Alexandre Wunderlich ensina que:

Era antigo o pleito de revisão da parêmia *societas delinquere non potest*, mas ainda que frente à jurisprudência reinante em sentido contrário, é possível seguir sustentando tal axioma no âmbito do direito criminal, ainda que alguns autores apontem a necessidade emergente da discussão do dogma a partir de uma determinada capacidade de culpabilidade das organizações empresariais baseada em sua (auto) organização deficiente, seja em tópicos excepcionais ou em áreas mais sensíveis afetas ao direito penal. Não vejo razão para superação, ao menos no plano técnico, do pensamento científico produzido por importantes autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema nas décadas de 80 e 90, fundamentalmente René Dotti e Miguel Reale Jr.[...] Sublinho que segue atual o pensamento de Luiz Vicente Cenicchiari: “só se pode censurar alguém por causa de sua conduta, em havendo liberdade de agir. Censurar é qualificar a conduta. A pessoa jurídica desenvolve a personalidade jurídica através de pessoas físicas. Estas sim, dotadas de liberdade, atuam de uma forma ou de outra. (WUNDERLICH, 2015, p. 211).

Para o referido autor, a responsabilidade penal só pode ser atribuída às pessoas físicas, posto que a conduta criminosa é eminentemente humana e a imputabilidade, uma qualidade inerente ao ser, o que justifica a conformação do juízo de tipicidade e de culpabilidade já que “só o ser humano é *doli capax*” (WUNDERLICH, 2015, p. 211).

Segundo ele, a maior crítica a ser despendida contra a imputabilidade criminal da pessoa jurídica concerne na destruição de conceitos chave do direito penal, dentre eles, o próprio conceito de imputação. Ao que descreve, na prática judicial rotineira, observa-se uma imputação penal genérica à empresa na qual se presumem as responsabilidades individuais de seus gestores e/ou administradores.

Para o professor, as agências de Estado, principalmente os órgãos de persecução penal, têm apresentado uma visão redutora da realidade fática em casos complexos, sendo inadmissível acusar por presunção a partir de uma responsabilidade penal dos entes corporativos, principalmente no âmbito das sociedades empresariais de direito privado. Isto porque, segundo defende o autor, é vedada a responsabilização objetiva, pois existe subordinação do tipo ao elemento subjetivo, sendo esta a base da teoria da responsabilidade penal.

Nesse contexto, importante vem ser a crítica feita por Costa (2015, p. 243-277) no sentido de que a dificuldade de atribuir-se a responsabilidade cri-

minal às pessoas jurídicas é ocasionada pelo fato de que as ações tomadas no âmbito de um ente coletivo, como nas empresas, são, muitas vezes, de difícil averiguação e, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho, implicam complicações no momento de se delimitar uma imputação penal individual.

Isso porque, segundo explica o autor, quando há uma conduta lesiva a um bem jurídico, há na maioria das vezes uma ação conjunta de muitos sujeitos de diversas posições hierárquicas, e diferenciado grau de informação, de modo que, a conduta criminosa é praticada sem que se possa identificar e delimitar os participantes da ação e a forma com que o fato foi praticado.

Precursor dos posicionamentos nesse sentido, René Ariel Dotti sustenta veemente que:

[...] o poder de decisão entre o fazer e o não fazer alguma coisa, que constitui a base psicológica e racional da conduta lícita ou ilícita, é um atributo inerente às pessoas naturais. Somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como suporte causal do delito. (DOTTI, 2012, p. 387).

Segundo o doutrinador, as condutas típicas não podem ser praticadas pelas pessoas jurídicas na medida em que é ausente a imputabilidade jurídico-penal, qualidade que, para ele, seria inerente aos seres humanos. Para o autor:

Quando o CP trata deste assunto o faz em consideração às pessoas naturais, como agentes que revelam capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26). O mesmo se pode dizer quanto à fixação da idade para a declaração da inimputabilidade, quando a CF (art. 228) e o CP (art. 27) se referem aos menores de dezoito anos. (DOTTI, 2012, p. 389).

Bitencourt (2011, p. 275) enfatiza que a obscura previsão do art. 225, § 3º da CRFB/88, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, para ele, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva individual.

Segundo o professor mencionado explica:

Para combater a tese de que a atual Constituição consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, trazemos à colação o disposto no seu art. 173, § 5º, que, ao regular a Ordem Econômica e Financeira, dispõe: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Dessa previsão pode-se tirar as seguintes conclusões: 1ª) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; 2ª) a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza [...]. Em não sendo assim, corre-se o risco de termos de nos contentar com uma pura penalização formal das pessoas jurídicas, que, ante a dificuldade probatória e operacional, esgotaria a real atividade judiciária em mais uma comprovação da função simbólica do Direito Penal. (Bitencourt, 2011, p. 275).

Juarez Cirino dos Santos em intensiva crítica à interpretação feita pelos que defendem a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, aduz que:

Nenhum legislador aboliria o princípio da responsabilidade pessoal de modo tão camuflado ou hermético, como se a Carta Constitucional fosse uma carta enigmática decifrável por iluminados. Ao contrário, se o constituinte tivesse pretendido instituir exceções à regra da responsabilidade penal pessoal teria utilizado linguagem clara e inequívoca, como, por exemplo: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade penal individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade penal desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente. Mas essa não é a linguagem da norma constitucional – e se a Constituição não fala em responsabilidade penal, então nem o intérprete pode ler responsabilidade penal, nem o legislador ordinário pode estabelecer responsabilidade penais da pessoa jurídica. (SANTOS, 2013, p.1).

A corroborar com o posicionamento supramencionado, dando continuidade à abordagem a respeito da real intenção do Constituinte de 1988 é o posicionamento de Luiz Luisi:

Levantamento histórico da elaboração deste parágrafo noticia que o mesmo, na Comissão de Sistematização, tinha a seguinte redação: “a lei sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade criminal desta”. Este texto não mereceu a aprovação do Plenário da Constituinte. O texto aprovado refere que devem ser aplicadas à pessoa jurídica “punições compatíveis com sua natureza”. Retirando a expressa e literal referência à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, é de evidência solar que o Constituinte recusou-se a estabelecer a

responsabilidade em causa. É óbvio que o Constituinte ao dar ao parágrafo em questão uma redação diferente da proposta pela Comissão de Sistematização, com ela não concordou. Ou seja: é solar que o Constituinte ao não aprovar a redação que expressamente estabelecia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a repeliu. E limitou-se a dizer, sem necessidade real, que a punição da pessoa jurídica tem que se compatibilizar com a “ontologia” da pessoa jurídica, ou seja, com sua natureza. (LUISI, 2010, p. 27).

Por outro lado, há autores que defendem a possibilidade de imputação criminal às pessoas jurídicas nos casos em que se apura a prática de crimes econômicos e ambientais, a exemplo de Sérgio Salomão Shecaira e Leandro Sarcedo.

Para o primeiro, o legislador constituinte “reavivou a discussão do assunto ao editar os dois dispositivos acima citados. Não obstante existirem opiniões contrárias – de juristas de nomeada –, a nosso juízo não resta dúvida de que nossa Constituição estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica.” (SHECAIRA, 2003, p. 154).

Para este último, a proposta de criação de uma categoria que aceite o agir próprio da pessoa jurídica torna imperiosa a discussão a respeito de um conceito de culpabilidade próprio do ente coletivo que “seja feita a partir do conceito de defeito de organização, ou seja, a partir da observação daquilo em que a companhia falhou, intencionalmente ou não, em sua própria organização e cuja falta ou ausência foi fator determinante da ocorrência de certo fato delituoso” (SARCEDO, 2016, p. 2008).

O autor propõe a responsabilidade penal da pessoa jurídica por meio da criação de uma teoria de imputação específica que leva em conta a existência de política de *compliance* e exercício de um controle interno preventivo que, em caso de ausência ou falha, possibilitaria a aplicação de sanções.

A corroborar com o pensamento dos autores mencionados, Valdir Sznick sustenta que o fato de o crime ser pessoal, individual e de índole subjetiva não impede a responsabilização, especialmente se se levar em conta que a teoria da culpabilidade admitida hoje é a normativa (e não a psicológica, que ligava o fato ao autor).

Nas palavras do professor:

A alegação de que à pessoa jurídica falta a imputabilidade não é verdade. A imputabilidade é a capacidade de alguém responder à conduta praticada. Desde que a lei o faça, não há nada que impeça a pessoa jurídica de responder pela conduta que teve, ainda que essa

linha tenha sido executada por seus dirigentes. [...]. Basta a vontade política do legislador – coisa que, ao nosso ver, não deve tardar – para que se puna a pessoa jurídica (de direito público e privado), já que causa maior abalo à sociedade um golpe provocado por uma pessoa jurídica. (SZNICK, 2002, p. 110).

Não é outro o posicionamento de Rodrigo José Leal, que defende a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, ao argumento de que:

Apesar da ainda persistente divergência verificada na doutrina brasileira, cremos que a Lei 9.605/98 apoiou-se em norma constitucional para positivar, de forma expressa, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Entendemos que a existência de um comando normativo em nível constitucional é fonte de legitimidade jurídica suficiente para imprimir validade a essa norma infraconstitucional. Num exercício de hermenêutica conforme a Constituição, chega-se à conclusão de que prevalece uma vontade constitucional originária, no sentido de se responsabilizar criminalmente os entes coletivos, como forma de se garantir um ambiente ecologicamente saudável e equilibrado. Dessa forma, ao aprovar a Lei dos Crimes Ambientais para instituir a capacidade penal da pessoa jurídica, o legislador brasileiro nada mais fez do que uma opção de Política Criminal, lastreada na diretiva já consagrada em nossa Carta Magna. (LEAL, 2017, p.1).

Com um posicionamento diferenciado, em razão do que propõem, Luiz Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin demonstram que:

Embora seja tentador adotar alguma das posições extremas e antagônicas, em um “tudo ou nada” típico das soluções impensadas, vislumbra-se que uma terceira via, realizada através da construção de uma nova teoria do delito, com base em pressupostos distintos do direito penal clássico, seriam mais adequados. A teoria do delito, aplicável à pessoa jurídica, precisa ser imediatamente trabalhada, para lhe conferir um tratamento mais sistemático e garantista. O sujeito ativo de direito penal pode ser redefinido e, assim, ajustado aos modernos fins político-criminais, que, certamente, não podem olvidar a capacidade delitiva exercida por meio de atividades empresariais. (BRODT; MENECHIN, 2015, p. 246).

Em síntese, é possível concluir que a doutrina vem debatendo com veemência a questão supramencionada sendo que aqueles autores que sustentam a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica assim o fazem nos casos de criminalidade econômica, ambiental e tributária, acompanhado, em todo o caso, da regulamentação por norma infraconstitucional de uma nova teoria do crime para a responsabilização das pessoas jurídicas.

5 A RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNO COM DEFICIÊNCIA NA REDE PARTICULAR DE ENSINO

Ainda que se observe que a negativa de matrícula de aluno com deficiência, em muitos casos, se dê em razão do alto custo da prestação dos serviços pela escola, como mesmo discutido na ADI 5357¹, conclui-se que referido ato não é abrangido pelo Direito Penal Econômico em razão da sua natureza.

Diante disso, não haveria a possibilidade de, conforme demonstrado no item 3 responsabilizar a pessoa jurídica (estabelecimento de ensino) pelo mencionado fato típico, para aqueles que defendem essa hipótese na criminalidade econômica.

Por outro lado, ainda pairam dúvidas quanto quem deverá ser responsabilizado pela negativa da matrícula ao aluno com deficiência nas escolas da rede particular de ensino: a) o(s) sócio(s)-proprietário(s)?; b) o diretor?; ou c) o funcionário que efetuou a negativa?

Nesse contexto é inegável vislumbrar-se no ordenamento jurídico brasileiro as dificuldades de se estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica e/ou das pessoas físicas encarregadas da administração.

Como visto no item 2 mencionado no início do trabalho, a teoria da autoria e participação delituosas impõe limites teóricos para a imputação criminal como verdadeiras regras de procedibilidades para tal. Referidas regras, demonstram-se como barreiras à imputação criminal exacerbada, indo no mesmo sentido do princípio da subsidiariedade do direito penal.

Isso porque, considerando os conceitos de crime e nexo de causalidade antes mencionados, a inobservância de tais elementos resultaria na responsabilidade objetiva a determinada pessoa, situação vedada pelo ordenamento jurídico que tornou obrigatória a presença do elemento subjetivo de culpabilidade na conduta típica, segundo o finalismo, matérias essas já abordadas.

Em muitos casos, observa-se uma estrutura hierárquica complexa do estabelecimento de ensino que, tanto pode ter a participação diária dos sócios-proprietários e administradores nas questões atinentes à matrícula de alunos quanto não.

¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino em face do §1º do art. 28 do Estatuto da pessoa com deficiência, em que se discutiu a constitucionalidade da norma que estabelece a obrigatoriedade das escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas dos alunos com deficiência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 23 jan. 2017.

Diante desse contexto, tem-se que, em um primeiro momento, haveria a necessidade de, no caso de negativa de matrícula do aluno com deficiência, perquirir quanto ao domínio da ação delituosa, isto é: se a pessoa que efetivou a negativa de matrícula atuou deliberadamente, ou se ela cumpriu a determinação expressa de um superior hierárquico, bem como se o superior hierárquico tinha condições e/ou obrigações de evitar o resultado.

5.1 A DIFICULDADE DE SE IDENTIFICAR O SUJEITO ATIVO DO CRIME – ADMINISTRADORES E SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS²:

Considerando o fim a que pretende este artigo diante da problemática levantada, no caso concreto, é importante identificar quem praticou o ato típico para, então, verificar-se se referido ato partiu do cumprimento de uma determinação de superior hierárquico analisando-se a pontuada conduta à luz da teoria do domínio do fato.

Se determinado funcionário da escola, responsável por efetuar a matrícula de alunos naquele estabelecimento de ensino, praticar o ato mencionado no art. 8º, inciso I da Lei n. 7.853/1989 sem o conhecimento ou o cumprimento de determinação de superior hierárquico, é inconteste que, pelas regras da autoria delitiva, será ele que irá responder pelo fato típico mencionado. Nesse caso, subsistirá a responsabilidade dos sócios proprietários e/ou do diretor da escola?

Considerando que, no direito penal brasileiro, é impossível a responsabilidade criminal objetiva, entende-se que somente será responsável pela prática delitiva aquele que tiver agido com elemento subjetivo específico exigido pelo tipo penal.

Isso porque, como ensina Costa (2015, p. 263), em uma empresa, “seria frequente que a ação fosse executada por setores inferiores da estrutura empresarial que não dispõem da compreensão da eventual ilicitude de seus atos, nem da capacidade de decidir se eles serão ou não executados e que, muitas vezes, nem sequer se dão conta das consequências de sua atuação”.

Como explica o autor:

Os setores intermediários da empresa, por sua vez, poderiam dispor de uma capacidade relativa da ilicitude dos atos realizados pelos setores abaixo, mas não possuiriam nem a capacidade de decidir se o ato deve ou não ser realizado, nem a competência para

² Parte da fundamentação dispendida neste tópico faz parte de outros trabalhos da autora.

sua execução. Por fim, os setores superiores da empresa, em que pese disporem da capacidade de decidir pela execução da ação, não participariam diretamente dela, e nem sempre seriam capazes de reconhecer a ilicitude do ato. Nesse cenário, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica só poderia responder criminalmente em razão de sua ação ou omissão, quando a omissão for imputável, em condutas tipicamente ilícitas e na medida de sua culpabilidade. (COSTA, 2015, p. 263).

Importante vem a ser a crítica feita por Souza (2014, p. 93-121), no sentido de que as teorias tradicionais que objetivam o estabelecimento de marcos normativos de autoria e participação na codelinquência revelam-se insuficientes para serem aplicadas aos casos de criminalidade de empresa.

Segundo o autor, há que se atentar para os perigos de uma:

[...] inconveniente – e inconstitucional – atribuição de responsabilidade penal objetiva em desfavor de todos os integrantes do ente moral. Sendo assim, tanto a lei penal como a doutrina e a jurisprudência têm buscado parâmetros legítimos para solucionar o presente dilema: parâmetros adequados, pois, com o direito penal do fato e com o princípio da culpabilidade individual. (SOUZA, 2014, p. 93).

No mesmo sentido é o posicionamento defendido por Barandas (2012, p. 386) que, assim como o autor supracitado, enfatiza que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma espécie de responsabilidade objetiva dentro do Direito Penal, uma vez que penaliza o ente coletivo incapaz de ação e de dolo ou culpa, isto é, faz com que a pessoa jurídica responda à pena sem nem ter esta culpabilidade, consciência do ilícito, vontade dirigida ao ilícito ou capacidade de prever o ilícito.

Para a autora:

[...] a pretensão de penalizar alguém através da imputação "(...) implica em violar o princípio da responsabilidade subjetiva ou da imputação subjetiva, isto é, punir penalmente alguém que não tenha agido com dolo ou culpa. Arrematam Cernichiaro e Costa Jr.: "Os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade são [sic] restritos à pessoa física. Somente ela pratica conduta, ou seja, comportamento orientado pela vontade, portanto, inseparável do elemento subjetivo. Se somente a pessoa física detém da culpabilidade, somente está é capaz de praticar delito, uma vez que não há crime sem dolo ou culpa, conforme já prevê o art. 18 do CP brasileiro. (BARANDAS, 2012, p. 386).

Nesse mesmo contexto, há que se fazer menção à ressalva feita por Machado (2001, p. 107), quando há ineficácia da responsabilidade criminal da pes-

soa jurídica nos casos de crimes ambientais, oportunidade em que a lei responsabiliza quem, de qualquer forma, concorre para a prática daqueles crimes, na medida de sua culpabilidade, e também “o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

A crítica do autor consiste no fato de que:

Atribui, como se vê, às pessoas que menciona, o dever de impedir cometimentos criminosos, sob pena de por eles assumir a responsabilidade penal. Não é fácil, porém, saber-se até onde esse dispositivo produz efeitos práticos, pois não é fácil saber-se em que casos o diretor, o administrador, o membro de conselho etc. pode agir para evitar a conduta que vem depois a ser tida como crime contra o meio ambiente. Um diretor acionista minoritário, ou mesmo não acionista, cuja permanência no cargo depende da vontade de quem deliberou adotar a conduta, ou uma outra das pessoas indicadas, em situação idêntica, teria o dever de impedir aquela conduta que suspeitasse ser criminosa? Penso que na verdade o dispositivo legal em tela nada acrescentou, posto que o acréscimo que se pode nele vislumbrar seria contrário ao preceito constitucional que consagra em nosso ordenamento jurídico o princípio da culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. Não são raras, porém, as manifestações na doutrina e na jurisprudência que, por via oblíqua, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito de empresas, adotam a responsabilidade penal objetiva, ou ainda, o que é mais grave, adotam a responsabilidade penal por fato de outrem. Assim podem ser consideradas as manifestações que admitem a instauração de ação penal sem que a denúncia descreva de forma individualizada a conduta típica imputada a diretores e administradores de empresas, consagrando o que temos denominado denúncia genérica, que na verdade constitui uma violação de dispositivo expresso da lei, e um atentado evidente às garantias constitucionais. (MACHADO, 2001, p. 107).

Por outro lado, importante vem a ser o posicionamento defendido pela corrente que sustenta a necessidade da punição da pessoa jurídica diante do fato de que a natureza sancionadora das medidas punitivas, em crimes de empresa, se esgota na punição dos entes físicos (sócios, mandatários etc.) que se utilizaram da pessoa jurídica para delinquir.

Porém, em virtude das modernas teorias de despersonalização e da fungibilidade imanente das pessoas jurídicas, Oliveira (1995, p. 232) constata que a “delegação de trabalho, e fragmentação de condutas no cenário empresarial propicia evidente impunidade, e mais que isso, é um verdadeiro fator criminógeno em si mesmo. Vale dizer: punidos os sócios, permaneceria o arcabouço de gênese e cultura de novos delitos”.

Dessa maneira, segundo o autor, para viabilizar a responsabilidade da pessoa jurídica, surge a necessidade de falar dos conceitos de capacidade de ação, culpabilidade e capacidade de pena. Isso porque:

Pende aclarar se a responsabilidade penal de pessoas jurídicas implica na quebra do princípio de que não existe ato delitivo sem vontade criminosa (*actus non facit reum nisi mens rea*). E, ainda assim, cabe perguntar como ficaria ao final o princípio da culpabilidade) e por decorrência os princípios da personalidade, intranscendência, proporcionalidade e adequação das penas. Por fim, resta saber quais seriam as implicações quanto à teoria da participação criminal, os limites da responsabilidade penal dos diretores e daqueles que atuam em nome de outrem. (OLIVEIRA, 1995, p. 232).

Especificamente ao tipo penal em que se analisa nesse artigo, da leitura de tudo percebe-se que a responsabilização dos sócios-proprietários, dos administradores e/ou do diretor do estabelecimento de ensino, somente será possível mediante a comprovação do liame subjetivo entre a conduta típica e o sujeito.

Isso significa que há a necessidade de verificar-se, na conduta das pessoas elencadas acima, o domínio do fato típico, de modo que a mera negativa de matrícula ao aluno com deficiência, por funcionário que, deliberadamente assim o fez, sem o cumprimento de nenhuma determinação superior, ainda que em nome da pessoa jurídica, não é capaz de levar a responsabilização dos mesmos.

De primordial importância vem a ser a abordagem ao que consta no art. 7º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que define “ser dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência”.

A norma supramencionada impõe uma obrigação, um dever de agir a todos que presenciarem ou tomarem conhecimento de qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.

Nesse contexto, questiona-se de que forma seria a responsabilização daquele agente que, sabendo da ameaça ou da violação, deixa de comunicar as autoridades competentes.

Conforme pontuado no item 2, o Código Penal ao tratar sobre a causalidade do ato e do resultado, define a teoria causal da ação, considerando-se causa, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Nesse contexto, também define o Código Penal que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

Sabe-se que o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º do CP).

Relacionando-se a alínea 'a', do parágrafo 2º do art. 13 do CP, e o art. 7º Lei n. 13.146/2015, conclui-se que poderá ser considerada causa de um resultado criminoso a ação ou omissão de "todas as pessoas estão por lei obrigadas a agir, comunicando à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência", já que a lei impôs uma obrigação de cuidado, proteção e vigilância.

Para uma melhor compreensão quanto aos limites da responsabilização em razão da culpa e da omissão, entende-se como indispensável a comparação entre o delito culposo e o delito omissivo.

De plano, observa-se que, no delito culposo, a realização da atividade é facultada ao agente, enquanto que, no delito omissivo, a atuação é sempre obrigatória. Tem-se, portanto, que o "fato de nos delitos omissivos a atividade ser obrigatória, e nos culposos facultativa, tem como consequência, a vinculação ou não dos agentes na configuração do tipo". (TAVARES, 2003, p. 240).

Comparando o delito culposo com o delito omissivo, Juarez Tavares ensina que:

No crime omissivo, o dever jurídico legal vincula o sujeito e se deixa por ele fundamentar. Só deve atuar aquele sujeito que traz em sua pessoa as condições para tanto e se obrigou a fazê-lo, conforme o âmbito de suas relações, ou aquele sujeito que se encontra inserido nas situações típicas previstas normativamente. No crime culposo, o dever resulta da configuração da atividade perigosa, como cuidadosa ou não. O problema dos agentes não importa na configuração do tipo, a não ser se a negligência basear-se na assunção de atividade para o qual o autor não estava habilitado. (TAVARES, 2003, p. 240).

Entende ainda o autor que, para a caracterização do delito culposo, é necessária a investigação, a fim de aferir se houve ou não atividade descuidada, o que caracteriza uma diferença entre os delitos culposos e omissivos, uma vez que neste o dever de agir "não é gerado pela forma de atividade, mas pelas relações do agente em face da ordem jurídica, quer como garantidor, quer como portador das condições típicas de assistência", tendo em vista que:

A noção de conduta cuidadosa, por isso mesmo, constitui o cerne da problemática do delito negligente, e assinala seu desvalor do ato. Como a não realização ou omissão da atividade cuidadosa nada mais é do que modalidade de infração ao dever de agir cuidadosamente, tanto faz falar-se de infração do cuidado como de omissão do cuidado. Corretamente, dever-se-ia sempre falar de omissão do cuidado e de infração ao dever de cuidado, pois só através do não cumprimento do cuidado é que se infringe o dever de cuidado. (TAVARES, 2003, p. 240).

Da leitura acima se extrai que todos passamos à figura de garantidor a partir do momento em que a lei atribui a nós o dever legal de comunicar às autoridades competentes qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência, conforme já dito.

Nesse contexto, o art. 21 do Código Penal traz a situação denominada 'erro sobre a ilicitude do fato, definindo o texto da lei que "o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço".

Juarez Tavares aduz que a "consciência da norma proibitiva como tal conduz ao reconhecimento, em caso de sua ausência do chamado erro de proibição direto". Entende o autor, haver ainda uma diferença entre o "erro de tipo permissivo" e o "erro de permissão", sendo o primeiro o "erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação", enquanto o segundo "o erro sobre os limites jurídicos e a subsistência de uma causa de justificação" (TAVARES, 2003, p. 403).

O objetivo do autor com essas diferenciações – tendo em vista que o art. 21 do Código Penal não disciplina todas estas espécies de erro – é salientar que "não afeta a culpabilidade a questão do desconhecimento ou conhecimento acerca da validade (vigência) ou âmbito de incidência de uma lei" (TAVARES, 2003, p. 404), uma vez que:

[...] a adoção da relevância do erro de proibição inevitável constitui decorrência dos fundamentos da culpabilidade de vontade, lastreados na norma proibitiva e mandamental, pois não se pode sancionar aquele que atua sem consciência da ilicitude de seu ato. Uma tal sanção, se prevalente, estaria em desacordo tanto com a estrutura normativa quanto com o sistema deduzido da própria definição de inimizabilidade (art. 26), que se baseia precisamente na capacidade de conhecimento da ilicitude do fato. Tanto pode o conhecimento relacionar-se à capacidade natural de apreensão das coisas (submetendo-se, pois, ao domínio da imimizabilidade), quanto de valorar seu ato de acordo com padrões dominantes na ordem jurídica e

impostos coercitivamente. [...] O limite mínimo da atribuição de responsabilidade pessoal tem que ser efetivamente alicerçado na possibilidade de conhecimento da ilicitude. (TAVARES, 2003, p. 404).

A aferição a tal posicionamento dá-se em função da necessidade do exame da subsistência ou não da culpabilidade negligente, uma vez afastado o dolo da conduta do agente, pois, se se chegar a concluir que o conhecimento acerca dos elementos da causa de justificação concretamente examinada “era impossível ao agente, segundo suas condições pessoais, não há que se falar em delito culposo, em virtude de não se haver integralizado sua culpabilidade” (TAVARES, 2003, p. 405), uma vez que “o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação só têm relevância na negligência consciente e sobre ele não podem incidir as regras do art. 20 §1º, diferentemente da negligência inconsciente” (TAVARES, 2003, p. 406), tendo em vista que:

Como o agente que atua lesando um dever de cuidado não possui consciência acerca do emprego dos meios, nem estabelece ponderação de valor, nem tem notícia da situação de necessidade, torna-se irrelevante a investigação da modalidade de erro de tipo permissivo, senão na hipótese de atuação dolosa com resultado culposo. É que, muito antes de se avaliar se efetivamente houve ou não um tal erro, já estaria, pelo mesmo motivo, excluído o próprio injusto da conduta. Esta é uma conclusão lógica das características especiais que modelam o injusto do fato culposo. (TAVARES, 2003, p. 406).

Ocorre que, uma vez atribuindo à lei o dever de cuidado, segundo o Código Penal, o garante responderia dolosamente, abrindo aqui espaço, inclusive, para a discussão quanto à aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva.

Dessa forma, inegável a eminente necessidade de discussões sobre o tema pela comunidade jurídica, diante do caráter inovador do que dispôs o Estatuto, ainda mais em uma área movediça e embrionária tal qual é o ordenamento jurídico brasileiro acerca das matérias que envolvem a proteção à pessoa com deficiência, e também considerando a tênue diferenciação entre a conduta comissiva por omissão e o delito negligente, considerando, ainda, a questão referente à figura do sócio administrador e o domínio do fato para eventual punição por delito cometido no âmbito de empresas.

Diante dessa previsão legal, e ainda, tendo em vista que o novo crime trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é crime formal que independe do efetivo resultado da negativa, conforme explicado no item 1.1, poder-se-ia

sustentar que o silêncio do sócio proprietário, do administrador e/ou do diretor do estabelecimento de ensino poderia ensejar a prática de crime na modalidade comissiva por omissão.

Entretanto, novamente, estar-se-ia diante de uma responsabilidade objetiva na medida em que haveria a imputação criminal em razão da posição de garante às pessoas que sequer compunham o liame subjetivo entre o agente e o fato típico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que responderá pelo ato de negar matrícula a aluno com deficiência aquele que, na potencial consciência da ilicitude, tiver o domínio sobre o fato delitivo, concluindo-se, também, por consequência, que não será possível a responsabilização da pessoa jurídica e muito menos dos sócios-administradores e/ou diretores do estabelecimento de ensino quando não comprovado o liame subjetivo.

Isso porque, como demonstrado, muito embora ainda seja divergente na doutrina nacional a possibilidade de imputação criminal à pessoa jurídica, hoje ela é aceita somente com relação aos crimes praticados na esfera ambiental e vem sendo aceita por uma minoria acadêmica em sede de crimes econômicos.

Em síntese, foi possível concluir que aqueles que se opõem à responsabilidade criminal da pessoa jurídica ressaltam que a culpabilidade é individual e, desse modo, não pode ser transportada para um ente coletivo, o que estaria diretamente ligado com a incapacidade de ação das pessoas coletivas e o caráter transcendental das penas aplicadas, segundo a mencionada corrente.

Em contraponto, aqueles favoráveis à responsabilidade criminal da pessoa jurídica sustentam referido posicionamento no argumento de que seria possível, diante da reconstrução do conceito de teoria do crime (sujeito ativo do delito), bem como mediante a criação de legislação específica que regulamente a forma de punição da pessoa jurídica, haveria então, tal possibilidade.

Considerando o que foi demonstrado acerca da natureza do crime de negativa de matrícula a aluno com deficiência, concluiu-se ser vedada a responsabilização criminal da pessoa jurídica, dos sócios-proprietários e/ou dos diretores sem a comprovação do elemento subjetivo necessário a comprovar o vínculo subjetivo entre o fato e o agente.

Demonstrou-se, ainda, que a impossibilidade se dá justamente pelo ordenamento jurídico vedar a atribuição de responsabilidade criminal objetiva, bem como pela dificuldade encontrada na atribuição da autoria e da participação delitivas em uma estrutura empresarial, muitas vezes ramificada e de complexa abstração dos atos emanados pelos órgãos diretivos.

Desse modo, conclui-se que a matéria ainda será objeto de muitas discussões encontrando amparo para o crescimento de ambos os posicionamentos mencionados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 385-424, maio/jun. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 961, p. 245-273, nov. 2015.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de empresa: sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 243-277, maio/jun. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Christiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 109-135.

LEAL, Rodrigo José. **Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material:** a jurisprudência do STJ em descompasso com a nova hermenêutica do STF. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material-a-jurisprudencia-do-stj-em-descompasso-com-a-nova-hermeneutica-do-stf>>. Acesso em: 18 maio 2018.

LUIZI, Luiz Benito Viggiano. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 231-239, jul./set. 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 121-127, jan./mar. 1999.

ROCHA, Marcelo Hugo da. Do direito fundamental à educação inclusiva e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 963, p. 129-151, jan. 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2013. p. 1-8. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Direito Penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:** construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal de pessoa jurídica por dano ambiental. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 145-172, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 93-121, jul./set. 2014.

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 203-221, maio/jun. 2015.