



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Orlandino Gleizer Klotz De Almeida

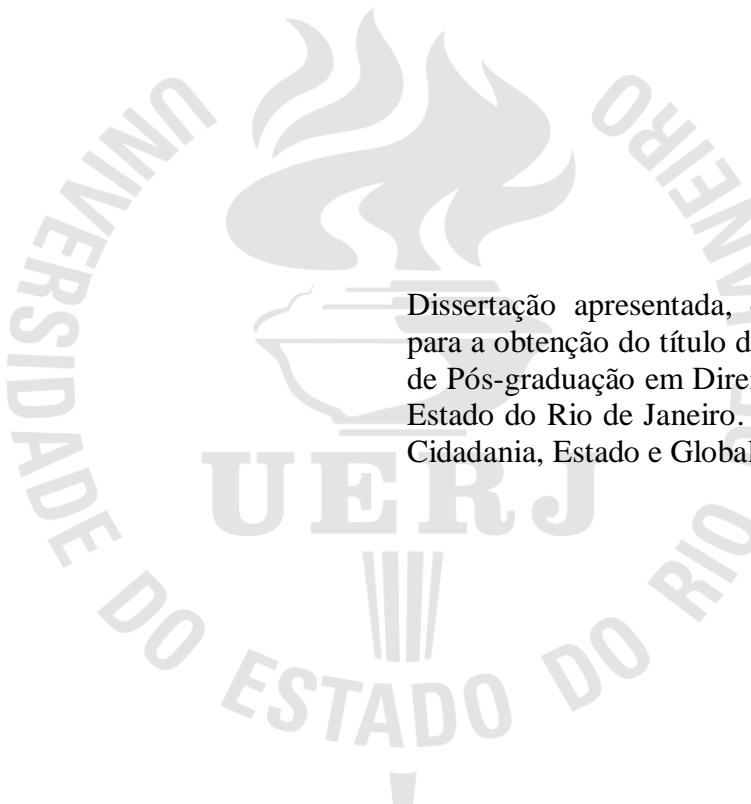
Sobre um possível papel do *compliance* criminal na aferição da culpabilidade penal das pessoas jurídicas

Rio de Janeiro

2015

Orlandino Gleizer Klotz De Almeida

**Sobre um possível papel do *compliance* criminal na aferição da culpabilidade penal das
pessoas jurídicas**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A447

Almeida, Orlandino Gleizer Klotz de.
Sobre um possível papel do *compliance* criminal na aferição da culpabilidade penal das pessoas jurídicas / Orlandino Gleizer Klotz de Almeida . - 2015.
128 f.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Pessoa jurídica - Teses. 2. Direito penal - Teses. 3. Responsabilidade penal – Teses. I. Tangerino, Davi de Paiva Costa. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.19

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Orlandino Gleizer Klotz de Almeida

**Sobre um possível papel do *compliance* criminal na aferição da culpabilidade penal das
pessoas jurídicas**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 9 de julho de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Patricia Mothé Glioche Bezé
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral
Pontifícia Universidade Católica – PUC-RJ

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, à minha avó materna e ao meu irmão, que me trouxeram até aqui.

AGRADECIMENTOS

Fugirei aos clichês.

Agradecer, aqui, não pressupõe, nem mesmo indiretamente, vincular o resultado desse trabalho às colaborações de qualquer um. Isso seria injusto com os que colaboraram. Os agradecimentos, aqui, indicam que, sem a colaboração de cada um, o resultado teria sido ainda mais questionável, porque para errar não foi necessário ajuda.

Os que colaboraram de maneira indireta, como familiares e amigos, o agradecimento fica também na forma indireta, porque nomear é sempre reduzir, e a esses qualquer redução é imperdoável.

Aos que colaboraram de forma direta, citá-los-ei por blocos, sem que isso encerre o significado de que suas importâncias se deem em limites territoriais.

Quanto ao bloco brasileiro, devo a três verdadeiros irmãos o agradecimento pelos diálogos diários, desde os tempos de graduação, que sempre foram tão construtivos quanto prazerosos, além da confiança, do incentivo e da genuinidade da amizade: Claudio Bidino, Daniel Ribeiro e Carlos Wehrs.

Quanto ao bloco alemão, os agradecimentos vão a quatro amigos, não só pelo acolhimento espontâneo, pela assistência emocional que dispensam nas horas difíceis da vida no exterior, longe de tudo e de todos, e pela humildade, senão principalmente pelos debates sobre o tema que foram por vezes decisivos. Sintam-se agradecidos individualmente por suas contribuições e ensinamentos, Alaor Leite, Augusto Assis, Adriano Teixeira e Heloisa Estellita.

Ter dois professores é privilégio de poucos. Ter dois professores amigos talvez seja só meu privilégio.

Ao Professor Luís Greco, agradeço o convite, que de tão honroso retirou-me do conforto de meu país e de meu idioma, para vir ser seu aluno na Alemanha. Suas contribuições na vida de seus alunos transbordam os limites acadêmicos. Agradeço pelos ensinamentos que já pude internalizar e aplicar ao longo deste trabalho, e pelos demais sobre os quais o limite do meu conhecimento ainda me faz refletir e absorver.

Ao Professor Davi Tangerino, agradeço demais. Obrigado pelos novos pontos de vista com que me dotou. Obrigado pela confiança que depositou. Obrigado também pela orientação essencial neste trabalho. Obrigado pela amizade gratuita e sincera. Mas, acima de tudo, muito obrigado pelo desprendimento, incentivo e alvices na forma com que orientou esse seu aluno nos passos da vida, condição sem a qual teria sido ainda mais doloroso encetar o caminho que escolhi.

A todo o corpo docente de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, agradeço em nome da Professora Patrícia Mothé Glioche Béze, dona de um invejável senso de justiça.

Munique, primavera de 2015.

RESUMO

GLEIZER, Orlandino. **Sobre um possível papel do compliance criminal na aferição da culpabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2015. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Este trabalho pretende demonstrar que, por não haver espaço para a responsabilização penal objetiva das pessoas jurídicas, na medida em que o direito fundamental que justifica a vigência da culpabilidade penal é também extensível a elas, por ter suas raízes em considerações de justiça não dependentes da forma humana, é necessário que a imputação de suas responsabilidades se dê por meios que permitam uma análise subjetiva de suas participações para um delito.

Como consequência, justifica-se que essa imputação subjetiva é possível, se realizada com base em determinado modelo de imputação, adequado à realidade legislativa brasileira.

Por fim, conceitua-se uma prática contemporânea de organização empresarial, conhecida por *compliance* criminal, no âmbito do modelo de imputação defendido, de forma a esclarecer de que maneira tal prática pode contribuir na aferição de culpabilidade das pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Pessoa jurídica. Responsabilidade Penal. Responsabilidade Penal Subjetiva. Modelos de Imputação. Culpabilidade. *Compliance* criminal.

ABSTRACT

GLEIZER, Orlandino. **About a possible role of the criminal compliance in gauging the criminal culpability of corporations.** 2015. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The present work aims to demonstrate that it is necessary for criminal accountability to embrace the subjective analysis of the contributions to a criminal act. The absence of a strict criminal liability of legal persons is justified by the fact that the criminal culpability is based on a fundamental right rooted in considerations of justice that does not depend of human aspects. Therefore, it is imperative that the constitution of criminal liability takes into account the subjective analysis in the conception of a criminal deed.

As a result, it is right that this subjective imputation can be performed based on a certain model suited to the Brazilian legislative reality.

Finally, a considered contemporary practice of business organization, known for criminal compliance, is conceptualized under the aforementioned imputation model in order to clarify how this practice can be crafted in the assessment of criminal culpability of corporations.

Keywords: Legal person. Criminal liability. Subjective Criminal Liability. Imputation Models. Culpability. Criminal Compliance.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	ENTRE DAVI E GOLIAS: O MAL-ESTAR DA PÓS-MODERNIDADE E A CRIMINALIZAÇÃO LÍQUIDA.....	20
1.1	Globalização como fenômeno multiplicador da incidência do Direito Penal.....	28
1.2	A criminalização líquida e a expansão do Direito Penal.....	30
1.3	Conclusão parcial.....	40
2	A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: A EVOLUÇÃO DA DISCUSSÃO E OS MODELOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	42
2.1	Síntese evolutiva da discussão em torno da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.....	44
2.2	Sistemas de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas e a questão da culpabilidade.....	51
2.2.1	<u>Da heterorresponsabilidade pura ou responsabilidade vicarial.....</u>	56
2.2.2	<u>Da autorresponsabilidade da pessoa jurídica.....</u>	57
2.2.3	<u>Da autorresponsabilidade como critério de imputação da culpabilidade de terceiros....</u>	60
2.2.4	<u>Uma observação crucial.....</u>	66
2.2.5	<u>Sugestão de adequação à realidade brasileira.....</u>	68
2.3	Conclusão parcial.....	72
3	A PESSOA JURÍDICA COMO TITULAR DO DIREITO FUNDAMENTAL À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL SUBJETIVA.....	74
3.1	Em busca do direito fundamental à observância do princípio da culpabilidade....	76
3.1.1	<u>No que consistem os direitos fundamentais.....</u>	77

3.1.2	<u>A pessoa jurídica como titular de direitos fundamentais</u>	80
3.1.3	<u>Direito fundamental à responsabilização penal subjetiva: a tradução do princípio da culpabilidade</u>	86
3.2	O fator simbólico da incriminação penal e a violação injustificada de direitos fundamentais	89
3.3	Conclusão parcial	91
4	ENFIM, A CULPABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. HÁ ESPAÇO PARA O COMPLIANCE CRIMINAL?	93
4.1	O modelo de imputação compatível e suas consequências jurídicas	93
4.1.1	<u>Um modelo alegórico</u>	103
4.2	A culpabilidade pela realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatária dos deveres de organização e sua aferição	107
4.3	Compliance criminal	113
4.4	Conclusão parcial	118
	CONCLUSÃO	120
	REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

De forma intimamente vinculada aos arroubos da juventude, à imaturidade acadêmica do mestrando e de algum modo à ignorância sobre os desafios do saber, deu-se a escolha do sensível objeto desse estudo, que, de tão espinhoso, fez no curto espaço de tempo, decorrido das primeiras pesquisas para o trabalho à pretensão de encerrá-lo, do imaturo um humilde, do ignorante um profundo conhecedor das dificuldades, se bem que tudo isso com o auxílio do tempo, que vem levando a juventude. Afinal, “o saber não é nativo, faz-se da experiência, que só amanhece para nós com a madureza dos anos”.¹

As dificuldades próprias do tema se farão certamente notadas no transcorrer desse tortuoso caminho que é o da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, porquanto não há como esgotar, nem ao menos expor consideravelmente, toda uma complexa discussão que remonta às mais longínquas civilizações. Dessa forma, devo, por humildade e sabedoria, começar pelo fim, nosso presente.

O tema de fundo que aqui se apresenta, qual seja, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, revela-se bem atual em diversos países do mundo.² A discussão no Brasil, embora ainda rasa, remonta ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou aqui o discurso em torno da possibilidade de reprovação penal de entes coletivos,³ que culminou na sanção, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1998, portanto dez anos após a Constituinte, da Lei 9.605, que estabelece a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas por delitos ambientais.

¹ Rui Barbosa.

² CARBÓNELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luiz. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

³ Apesar da crítica feita por BARBOSA, entendo que a discussão em torno da nomenclatura utilizada pela doutrina e pela lei às pessoas jurídicas (pessoas ou entes coletivos, empresas, coletividades, entes abstratos, pessoas morais e etc.), embora importante para a definição dos sujeitos ativos da lei penal, não apresenta relevância prática para o que se discute nesse trabalho em específico, que apresentará em seu corpo todas as variantes sem qualquer distinção de significado, conduzindo sempre à ideia concretizada pelos verbetes constitucionais (art. 173, §5º e 225, §3º, da CR). Para mais informações a respeito da discussão: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Por longo tempo, após a Lei em questão ser sancionada, a discussão ainda orbitou a (in)constitucionalidade da medida. É cada vez mais necessário, entretanto, que a doutrina vá além dessa questão.⁴ Isso porque a responsabilidade penal da pessoa jurídica, além de aceita por nosso Tribunal Constitucional, dá sinais de que se expandirá para além dos crimes ambientais,⁵ se é que já não o fez de maneira mascarada,⁶ e também porque outras questões dogmáticas passam a surgir em nossas fronteiras com sua gradativa implementação, questões não menos importantes, que requerem um olhar interessado da academia, numa tentativa de racionalizar o que muitos acreditam ser irracional.

Um recente entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, além de um sinal de que se torna inócuo o (importante) debate a respeito da (in)constitucionalidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas, pôs a dogmática penal em situação de desconforto. É o caso do precedente de nº 548181 (Recurso Extraordinário), por meio do qual se entendeu inconstitucional a aplicação da teoria processual penal da dupla imputação. Com isso, a Suprema Corte brasileira decidiu que pessoas jurídicas, quando denunciadas por crimes ambientais cometidos em seu benefício e por seus gestores, não

⁴ Como também opina TANGERINO, Davi de Costa Paiva. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. Boletim do IBCCrim, n. 214, set. 2010.

No mesmo sentido, ROBLES PLANAS: “En términos generales puede afirmarse que ha quedado atrás la idea (vinculada a la tradición jurídica continental y expresada bajo el aforismo “societas delinquere non potest”) de que las personas jurídicas habrían de quedar completamente fuera del ámbito de influencia del Derecho penal. La cuestión, hoy por hoy, no es ya si puede o no reaccionarse sancionando a una persona jurídica en el seno de la cual se ha cometido un delito, sino cómo articular la respuesta sancionatoria.” (ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. InDret, n. 2, abr. 2006, p. 3).

⁵ São sinais de tal expansão, o novo Projeto de Código Penal (PLS 236/2012) e a Lei nº 12.846/2013. Quanto ao primeiro, as críticas à tentativa de regulação e expansão indiscriminada da responsabilidade penal das pessoas jurídicas a todos os delitos do que, em tese, seria (espera-se acerto com o emprego desse tempo verbal) o “novo Código Penal”, foram feitas por BUSATO (BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto (e no texto substitutivo) do novo Código Penal. Leite, Alaor. org. *Reforma Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159/188). Quanto à Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), embora não trate da responsabilidade penal, demonstra a preocupação central do legislador hodierno com os ilícitos vinculados às pessoas jurídicas, um possível sinal, portanto, de que futuramente ao caráter simbólico das penas se possa lançar mão.

⁶ Há quem enxergue na Lei Anticorrupção (12.846/2013) caráter penal propositadamente disfarçado: SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 172; SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptao-carater-penal>>. Publicado em 5.2.2014. Acesso em 27.5.2015; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>>. Publicado em: 8.7.2014. Acesso em 27.5.2015.

necessitam se fazer acompanhadas, na exordial acusatória, das pessoas físicas relacionadas ao delito.⁷ É o que já afirmava literalmente, por exemplo, o Código Penal espanhol.⁸

O desconforto gerado a partir de tal conclusão advém da constatação de que a dogmática pátria até hoje não se preocupou devidamente com o desenvolvimento de teorias sólidas a respeito da responsabilidade das sociedades empresárias, de modo que, apesar de o entendimento do Supremo Tribunal Federal não modificar substancialmente a situação da responsabilidade material dos entes coletivos,⁹ ¹⁰ acaba por escancará-la diante da ausência de teorias, com contornos

⁷ Como se vê pela EMENTA do Acórdão resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 548181: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.” (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

⁸ “Art. 31, 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunal es modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.”

⁹ A posição do Supremo Tribunal Federal, no precedente mencionado, apesar de certa confusão encontrada nas posições acadêmicas até aqui publicadas, não modifica a situação da responsabilidade material das pessoas jurídicas pelos delitos. O fato de pessoas físicas serem vinculadas à acusação formal das pessoas jurídicas (posição anterior à decisão) não é sinônimo de uma responsabilidade subjetiva, e nem o fato de aquelas não serem codenunciadas com estas (posição atual) significa que só há como responsabilizar de forma objetiva os entes coletivos. Na verdade, o entendimento da Corte Constitucional inaugurou tão somente uma nova forma de proceder quanto às acusações voltadas às pessoas jurídicas, mas não importa em nova configuração à parte do direito material da questão.

¹⁰ CAVERO faz a mesma crítica da nota acima. Sua explicação é correta no sentido de que, sob os modelos de responsabilidade por fatos de terceiros, se desdobram tanto sistemas processuais que requisitam a codenúnciação dos indivíduos envolvidos no fato delituoso atribuído à pessoa jurídica, como alternativas para as quais esse requisito não se faz importante. Disso, conclui-se que não é a escolha pela inclusão das pessoas físicas no mesmo processo que

brasileiros, aptas a fundamentar, racionalizar e criterizar o juízo de atribuição penal.¹¹ ¹² Seja imputando às empresas as culpabilidades das pessoas físicas envolvidas (heterorresponsabilidade), seja imputando-lhes suas próprias culpabilidades (autorresponsabilidade),¹³ ou mesmo buscando alternativas mistas, não há como se responsabilizar sem que se conheçam os fundamentos dessa responsabilidade imputada a uma determinada empresa (culpabilidade) e como aferir a sua intensidade (injusto). Do contrário, estar-se-ia desconsiderando o princípio da culpabilidade, que deve também ser aplicado aos entes coletivos,¹⁴ em decorrência dos postulados da justiça, como se pretende demonstrar neste trabalho.

modifica a opção por um ou outro sistema de imputação (auto- ou heterorresponsabilidade). (CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014).

¹¹ A crítica é provada na ausência de trabalhos publicados, que deem conta de criar um sistema completo, fechado e racional de responsabilização das pessoas jurídicas no Brasil. Tudo o que podemos apontar hoje é a existência de trabalhos expositivos sobre o tema, que não dão conta de estruturar um modelo aplicável e criar critérios que auxiliem o julgador brasileiro. A doutrina não deve se limitar a uma simples exposição crítica sobre o tema, de modo a sempre pressionar a mesma tecla, mas deve avançar na questão e racionalizar o trabalho do julgador que aplica a lei penal brasileira, que, por acaso, o obriga a julgar as pessoas jurídicas pelos crimes ambientais; é esse o papel da doutrina: a lei está posta, o trabalho será feito, e é melhor que seja realizado com a ajuda da ciência do que de forma irracional. Dois trabalhos recentes, no entanto, apesar de ainda não publicados, devem ser citados como um bom avanço no debate: SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; e BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹² Concluindo pela ausência, até então, de critérios sólidos para a imputação objetiva e subjetiva das pessoas jurídicas por crimes ambientais, sugere a relatora do citado Habeas Corpus que a doutrina e a jurisprudência os formulem, mas a conduz, surpreendentemente, à decisão de manter o processo apesar de assumida a ausência de tais balizas. Enfim, não há que se entender a lógica da loucura, é uma providência inócua: “E ainda que se conclua não tenha, o legislador ordinário, estabelecido por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não há como simplesmente pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. O mais adequado, com vista à efetividade da norma constitucional, será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios (cf., por exemplo: Bernardo J. Feijóo Sánchez, op. cit., p. 42), mas sem que tal desenvolvimento acarrete o esvaziamento do mandamento constitucional de pena da pessoa jurídica. De qualquer modo, encontram-se na Lei 9.605/98 alguns critérios que solucionam muitos dos problemas relacionados à imputação do injusto penal ao ente moral.” (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, p. 55)

¹³ Essa classificação decorre de uma visão sistemática inovadora de GOMÉZ-JARA DÍEZ, para quem a responsabilidade penal é sempre um ato normativo de imputação ou atribuição, razão pela qual o abandono pelas classificações que até hoje dividem os modelos de responsabilidade em “por atribuição” e “por fato próprio”. Essa visão será mais a frente melhor trabalhada. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.p. 140).

¹⁴ É também a opinião de ESTELLITA, Heloisa. *A responsabilidade isolada da pessoa jurídica por crimes ambientais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais>>. Publicado em: 16.12.2014. Acessado em: 27.5.2015)

O fato é que nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3º, previu (apesar do dissenso a tal respeito)¹⁵ a responsabilização penal das pessoas jurídicas para crimes cometidos em desfavor do Meio Ambiente, bem jurídico cuja proteção e manutenção são asseguradas como direito fundamental pelo próprio texto do dispositivo citado. Inicialmente, por conta da regulamentação da Lei 9.605/1998, adotaram nossos tribunais, no âmbito do processo penal, a teoria da dupla imputação,¹⁶ que em termos gerais dispõe sobre a obrigatoriedade da denúncia em face da pessoa jurídica vincular-se à acusação também da pessoa física, que tenha participado do cometimento do delito “no interesse ou benefício da entidade”. Tal tese parte do modelo de imputação adotado pelo legislador, que vincula a reprovabilidade da pessoa jurídica à decisão dos representantes legais ou contratuais e dos órgãos colegiados, lavando à automática conclusão, errônea, de que também no âmbito do processo, seria fundamental manter tal vínculo na denúncia. Por isso, o primeiro engano que se deve desconstruir é o fato de que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal modifica, ou agora impede, a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas de forma subjetiva, como levantado por muitos. Isso não é verdade.¹⁷

A um, porque a inclusão de pessoas físicas na denúncia não conduz(ia) a uma responsabilização subjetiva das pessoas jurídicas. A dois, porquanto, seja qual for o modelo que se adote, um conceito de responsabilidade das pessoas jurídicas em nada dependerá da

¹⁵ Com base em argumentos de literalidade legal, CIRINO DOS SANTOS afasta a ideia de que os constituintes objetivaram a previsão de responsabilidade penal para pessoas jurídicas. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 3ªed., 2008, p. 432/437). PITOMBO, no mesmo sentido, entende que “é hora de se reconhecer que o sentido da reprovação da pessoa jurídica nada tem de direito penal. A previsão do artigo 3º, da Lei 9.605/98 constitui permissivo ao juiz penal para a aplicação de sanção de cunho administrativo à pessoa jurídica.” (PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação subjetiva*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 235).

¹⁶ Representada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça que posteriormente foi modificado pelo Supremo Tribunal Federal no precedente já citado: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.” (RMS 16.696/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 373)

¹⁷ Conforme o ângulo que se encare a nova decisão, outros são os problemas que surgem, que estão além, embora umbilicados, dos que necessitam ser tratados aqui, como mostra ESTELLITA, Heloisa. *A responsabilidade isolada da pessoa jurídica por crimes ambientais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais>>. Publicado em: 16.12.2014. Acessado em: 27.5.2015.

“responsabilização processual” concomitante das pessoas físicas envolvidas. Os modelos que teorizam a responsabilidade penal subjetiva às pessoas jurídicas são modelos de “direito material”, e que conduzem à formulação de conceitos de culpabilidade aplicáveis autonomamente às pessoas jurídicas. Ou seja, mesmo que necessária alguma avaliação a respeito das atitudes das pessoas físicas, para a aferição da culpabilidade das pessoas jurídicas, tal exercício deverá ser feito no âmbito do direito material.

Deixando claro, se a responsabilidade penal de uma pessoa, seja física ou jurídica, é subjetiva, quer-se dizer que é exigida uma imputação pessoal.¹⁸ Outra coisa é afirmar que há, no fato penalmente relevante, ocorrido ou facilitado por conta dessa culpa imputada, a concorrência de outras causas, que podem ser vinculadas a culpas de terceiros. Caso a avaliação prática de outras circunstâncias, que podem estar vinculadas às tais culpas alheias, seja necessária a fim de permitir análise de nexo de causalidade entre os fatos e a responsabilidade das pessoas jurídicas, esse é um problema a ser resolvido no âmbito do processo penal, que não aparenta, *prima facie*, uma grande dificuldade, e nem exige a dupla imputação processual.

Portanto, não é a nova posição do Supremo Tribunal Federal que obriga o estudo do tema, senão o fato de que não se apresenta na doutrina, até aqui, uma estrutura completa que implique uma maneira, por exemplo, de se aferir a culpabilidade da pessoa jurídica de forma autônoma, o que, em minha opinião, simplesmente foi descortinado pelo atual posicionamento, na medida em que o que antes era aceito como solução, embora não o fosse, agora já não mais se apresenta como possível.

Pelo que foi responsável, então, nosso Tribunal Constitucional? A meu ver, por retirar a academia de sua posição de conforto, para que fosse em busca de uma solução para problemas concretos. Isso ocorreu não apenas pelo descortinamento a que se fez menção, mas também por ter sido mais um pronunciamento oficial da Corte Constitucional a respeito do tema, que indica que o instituto está em vigência, que “veio para ficar”, e há que se enfrentar os seus problemas. Se bem que, e aqui se aproveita o espaço para uma crítica necessária, a tentativa de reforma da Parte Geral

¹⁸ Como explica GÓMEZ-JARA DÍEZ: “El criterio de clasificación que se propone (...) distingue fundamentalmente entre la imputación de una culpabilidad ajena (heterorresponsabilidad) o la imputación de una culpabilidad propia (autorresponsabilidad). En ambos casos se exige una imputación personal y, en consecuencia, no se contemplan los casos de responsabilidad objetiva o por el resultado. Estos supuestos, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, consisten precisamente en la inexigencia – y, por tanto, ausencia – de la culpabilidad. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 140)

do Código Penal (PLS 236/2012), que também faz incursões, não menos desastrosas, no que toca à complexa seara da responsabilidade penal da pessoa jurídica, já deveria servir de impulso à doutrina, para que aprofunde de verdade a discussão a respeito do tema, a fim de obter respostas para os problemas que já se anunciam.

Não é fácil a missão, contudo. Quanto à responsabilidade penal de empresas, os problemas a serem resolvidos são inúmeros. Necessitam ser estudados, por exemplo, os fundamentos jurídico-filosóficos de tal responsabilidade, a delimitação dos possíveis autores, se diretas ou subsidiárias suas reprovações, o modelo de imputação que lhes têm aplicação, as possíveis situações que excluem a antijuridicidade, onde se encontra a culpabilidade, como aferi-la ou afastá-la, as circunstâncias que põe fim à punibilidade, as sanções aplicáveis (apesar de alguns entenderem impossível a aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas, por encontrar, na natureza de ambas, impeditivos) e etc.¹⁹

Ou seja, há diversos problemas concretos a serem trabalhados pelo estudo científico penal brasileiro. Todavia, este trabalho é menos pretensioso do que o já citado Projeto de Código Penal (PLS 236/2012), que tentou resolver, também nessa seara, problemas ainda não amadurecidos pela doutrina (razão talvez para tantos enganos apontados pela doutrina).²⁰

O escopo é tratar de problema específico que se dá no âmbito da culpabilidade. Quanto às pessoas jurídicas, caso entendidas como aptas a responder por crimes cometidos em suas esferas, necessita-se possibilitar a aferição (existência e gradação) de suas responsabilidades, tomando como ponto de partida o seu fundamento, ou seja, aquilo que se entende pelo fato que justificaria sua punição (uma justificação não só no sentido de legitimidade, senão num sentido político-criminal, decorrente das finalidades preventivas da pena).²¹

¹⁹ De maneira geral, os problemas provenientes da responsabilização penal das pessoas jurídicas encontram-se também dessa forma sintetizados por ROBLES PLANAS, Ricardo. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*. InDret, n. 2, p. 17, abr. 2006, p. 3.

²⁰ Caso ainda seja necessário rebater “as críticas aos críticos” do Projeto de Reforma Penal, ver REALE JR., GRECO e LEITE em “Entrevista: novo código penal é obscenidade, não tem conserto”, “O projeto de Código Penal e sua retórica: uma réplica a Luiz Carlos dos Santos Gonçalves” e “Formalismo, Democracia e Cinismo na Reforma Penal”, respectivamente, em LEITE, Alaor. org. *Reforma Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1235/242, 257/259 e 247/252, também respectivamente.

²¹ Como explica ROXIN: “Si se puede comprobar que una persona era alcanzable em la situación concreta por el llamado de la norma («asequible normativamente», y era receptib a la posibilidad normal de ser determinado por motivos –lo cual puede, em principio, ser investigado empíricamente- partimos de que éste, al tomar una decisión contra el Derecho, há actuado culpablemente. (...) Si además hacemos depender la pena, según su motivo y medida, de la culpabilidad del autor, esto solamente sirve para limitar el poder estatal de intervención en la persecución de fines

A solução, certamente, não está em dar um passo atrás no quanto fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, para isso basta observar que julgar os entes coletivos em comunhão com as pessoas físicas não conduz a uma responsabilização subjetiva, já que não é ao processo penal que cabe a adoção do modelo de imputação. Nesse recorte, portanto, a teoria processual da dupla imputação não apresenta grande validade, pois diante de uma bem desenvolvida sistematização da responsabilidade penal de entes coletivos, não há mesmo motivos para que a denúncia não possa ser apresentada apenas em relação a estes. Portanto, conclui-se inicialmente que, no âmbito da culpabilidade das pessoas jurídicas, nada mudou com o novo precedente a que se fez menção. Sua utilização nessa introdução se dá apenas por motivos de contextualização, porque, além do grande alarde que se fez a partir de sua publicação, foi o que ocasionou a escolha do tema para esse trabalho.

Numa tentativa de contribuição ao problema posto, parece-me que o ponto nodal diz respeito ao fato de que, caso a responsabilidade penal das pessoas jurídicas também se deva dar de maneira subjetiva, já que encerra a ideia de penalização e não simplesmente de reparação, deve-se estabelecer como julgar a reprovabilidade de suas contribuições para o evento danoso, de onde advém sua culpabilidade e de que maneira mensurá-la.²²

Como caminho, opto por abordar brevemente a evolução do direito penal até o paradigma atual da sociedade pós-moderna (no Capítulo 1), palco da criminalidade socioeconômica e financeira, no âmbito da qual se vê crescente o discurso a favor da responsabilidade penal das empresas, por conta das mesmas exercerem relações cruciais em nosso ambiente contemporâneo,²³

penales preventivos.” (ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel Abanto Vázquez, Lima: Griley, 2007, p. 302.)

Pode-se dizer que essa foi também uma das intenções do legislador espanhol ao editar a Lei Orgânica 5/2010, que disciplina a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, quando declaradamente afirmou ter preocupação em “evitar uma leitura meramente objetiva” da regra de imputação por falha no exercício de controle sobre as ações de seus empregados. (Preâmbulo – VI – Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, Espanha).

²² E se a relação entre a culpabilidade e a responsabilidade subjetiva repousa na ideia de sanção como punição, naquilo que vai além de uma simples reprovação, com o que concordo a princípio, é correta a pontuação de ESTELLITA, que entende necessária a observância de uma culpabilidade não apenas penal, senão também administrativa. (ESTELLITA, Heloisa. *A responsabilidade isolada da pessoa jurídica por crimes ambientais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais>>. Publicado em: 16.12.2014. Acessado em: 27.5.2015, ler nota 8 do artigo.)

²³ GÓMEZ-JARA DÍEZ afirma que “la autorresponsabilidad empresarial es un reflejo de la evolución de la sociedad moderna basada em una organización descentralizada em la cual los riesgos inherentes a la misma son asumidos principalmente por las empresas. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 141, nota 7.)

onde se inaugura o discurso a respeito da autorregulação (o Estado conferindo ao particular as obrigações de se regular e fiscalizar).

Após, passo a abordar o discurso e as propostas a respeito da responsabilização criminal das pessoas jurídicas (no Capítulo 2), que justificam um conceito de culpabilidade próprio, a ser defendido; isso, como introdução necessária à resolução de outro problema (que se desenvolverá no capítulo 3), a respeito dos fundamentos materiais a favor da garantia de uma responsabilidade penal de ordem subjetiva também aos entes abstratos.

Feitas tais necessárias colocações, apresentarei (no Capítulo 4) as consequências em nossas fronteiras do modelo de imputação defendido no segundo capítulo, e justificado no terceiro, demonstrando que esse modelo dá conta de uma responsabilização subjetiva das pessoas jurídicas, para então introduzir o conceito de *compliance* criminal e aloca-lo na teoria do delito, demonstrando onde suas considerações ganham forma no modelo de imputação defendido.

Assim, analisarei, no âmbito de tal teoria, uma possível forma de se proceder concretamente ao juízo de reprovabilidade das empresas²⁴ – por meio do uso, que muitas delas já fazem, dos programas de *compliance* criminal²⁵ – ainda não profundamente explorada pela dogmática brasileira,²⁶ mas que me parece apta a auxiliar em julgamentos dessa natureza. Atualmente instalados na grande maioria das empresas de grande porte brasileiras, tais programas têm por escopo, basicamente, desenvolver políticas internas de organização efetiva em prol de normas (éticas, penais, cíveis, administrativas e etc.), a fim de evitar o cometimento de ilícitos nos diversos âmbitos legais e, portanto, quando bem funcionam, podem espelhar o ambiente e as práticas comuns da empresa, se propícios à ocorrência delituosa ou não, e ainda podem servir de critério apto a analisar a existência ou não de vínculo entre o delito em questão e a organização da empresa.

²⁴ Também assumido como ponto crucial por DIEZ RIPOLLÉS, o principal problema ao qual se deve dedicar a doutrina brasileira, nesse momento, é em configurar juízos de reprovabilidade das pessoas jurídicas, sem os quais se torna impossível fundamentar suas punições (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *InDret*, n.1, jan. 2012, p. 5).

²⁵ Entendidos por “controles internos e outras medidas que podem ser adotados em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes” (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Reflexões Iniciais Sobre Criminal Compliance. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 18. Jan 2011. p. 11, p. 25).

²⁶ Crítica feita por SAAVEDRA (Idem ibidem, p. 22).

Em uma conclusão, analisar-se-á se as soluções aqui enxergadas e pontuadas podem ser utilizadas no contexto normativo brasileiro atual ou se dependem de novas normas. Em outras palavras, se as reflexões aqui são *de lege lata* ou *de lege ferenda*.

A pergunta, então, que pretendo responder é se possuem os programas de *compliance* criminal, instalados eventualmente no âmbito das pessoas jurídicas, alguma validade para a eventual aferição de suas culpabilidades. Não analisarei, portanto, as questões internas aos programas de *compliance*. O objetivo básico, mas já presunçoso, deste trabalho é demonstrar que tais programas são uma possibilidade de averiguação da organização da pessoa jurídica, que encontram seus lugares na avaliação dos riscos proibidos praticados por parte da empresa em seu concurso para os delitos ambientais.

Espera-se, com isso, modestamente, contribuir para a discussão de um problema concreto existente no Brasil, que é a ausência de ferramentas para um juízo de reprovabilidade penal das pessoas jurídicas por conta de crimes ambientais praticados no marco de suas atividades econômicas.

1 ENTRE DAVI E GOLIAS: O MAL-ESTAR DA PÓS-MODERNIDADE E A CRIMINALIZAÇÃO LÍQUIDA

É perfeita a descrição do fenômeno da expansão do Direito Penal por meio de tal alegoria:

Falta talento científico para propor uma imagem capaz de ilustrar o Direito Penal em termos surrealistas. Fique-se apenas no registro escrito. O Direito Penal afirma tutelar somente aqueles bens jurídicos fundamentais, devendo sua intervenção se dar apenas quando todos os demais ramos do Direito falharam, revestido de garantias sequíssimas, eis que a pena é sempre aflictiva e precisa ser cuidadosamente administrada.

Quando se lhe faz fotografia, tem-se um verdadeiro gigante, inchado de normas penais incriminadoras, cujos contornos teóricos são flexibilizados sempre com vistas a uma punição crescente. O Direito Penal se apresenta como Davi, mas se comporta como Golias; não apenas por sua compleição, mas também por querer ser um modesto, porém corajoso pastor e ser, em verdade, uma besta enfurecida, abusando-se da notória história bíblica.²⁷

A representação do escritor, com recurso em seu “homônimo veterotestamentário”²⁸, pode, com talento científico, ilustrar em termos artístico-literários, não só por viés surrealista, mas com grande dose de realismo, a face (nada) oculta da besta enfurecida, que, não de hoje, domina o ocidente.

A obrigação e a necessidade de punir, próprias da maneira de pensar do sistema penal ocidental a partir da segunda metade do século XVIII, descrita por ÁLVARO PIRES, que deu ao fenômeno o nome de “racionalidade penal moderna”, explica a insistente busca de solução para todos os males na pena criminal, já perfeitamente naturalizada entre nós:

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal de *outra forma* que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas.

A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma *obrigação* ou *necessidade*. (...) No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente.²⁹ (...) No momento mesmo em que se fundamenta o direito de punir moderno, produz-se então um deslocamento de sentido que vai do direito como faculdade ao direito como obrigação de punir.³⁰

²⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 155.

²⁸ Expressão é utilizada por Nilo Batista na apresentação do livro de Davi Tangerino (Idem, *ibidem*, Apresentação). Significado: referente ao velho testamento.

²⁹ PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. São Paulo: Novos Estudos Cebrap, n. 68, março 2004, p. 40-41.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 44.

O paradigma, portanto, em que vivemos privilegia a pena aflitiva. Tal estrutura inviabiliza que se pense o Direito Penal divorciado da pena, de tal modo que aquele passa a se definir por esta, a qual, por sua vez, passa a ser entendida como uma obrigação no lugar de uma faculdade.

Um dos aspectos da racionalidade penal moderna, contudo, aqui é particularmente interessante para explicar por que o Direito Penal se expande além de seu alcance efetivo. O caráter “trans-político”³¹ do paradigma penal em que vivemos torna compreensível o resultado expansivo do Direito Penal ter se dado de forma independente dos diversos cenários político-sociais vividos desde o século XVIII até hoje. Esse expansionismo parece ser motivado pelo aspecto mais importante da racionalidade penal moderna, a fé na pena – já não muito crível por sua vertente ressocializadora, mas bem mantida por seu viés segregador.

A sociedade, por sua vez, vivencia, desde meados do século XX, uma mudança mais profunda de paradigmas: a pós-modernidade, narrada por ZYGMUNT BAUMAN, verdadeira antítese da modernidade, tratada por Sigmund Freud sob o nome de “civilização”.³²

Ordem, beleza e pureza criavam mal-estares no homem moderno, porquanto contrariavam seus instintos e o faziam abrir mão de sua liberdade em prol de segurança. Essa, a síntese da civilização, sinônimo de modernidade, que impunha uma renúncia aos instintos humanos.³³

“Nossa hora, contudo, é a da desregulamentação”³⁴, elucida BAUMAN. A pós-modernidade abre mão da segurança excessiva, da incessante manutenção da ordem pela ordem, causadora de mal-estar, porque a felicidade do homem pós-moderno está na liberdade individual,

³¹ Pode-se dizer, transpondo uma expressão de Feeley e Simon, que a racionalidade penal moderna se constrói como um sistema de pensamento “pré-político” ou “trans-político”, pois se sedimenta antes ou independentemente das visões políticas do mundo. Assim é que muitos juristas, profissionais da justiça (juízes, promotores etc.) e pesquisadores das ciências sociais que se autodefinem como críticos, liberais ou progressistas ainda estão prisioneiros dessa maneira de pensar (Idem, *ibidem*, p. 45).

³² BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 7-11.

³³ “Dessa ordem que era o orgulho da modernidade e a pedra angular de todas as suas outras realizações (quer se apresentando sob a mesma rubrica de ordem, quer se escondendo sob os codinomes de beleza e limpeza), Freud falou em termos de “compulsão”, “regulação”, “supressão” ou “renúncia forçada”. Esses mal-estares que eram a marca registrada da modernidade resultaram do “excesso de ordem” e sua inseparável companheira – a escassez de liberdade. A segurança ante a tripla ameaça escondida no frágil corpo, o indômito mundo e os agressivos vizinhos chamados para o sacrifício da liberdade: primeiramente, e antes de tudo, a liberdade do indivíduo para a procura do prazer. Dentro da estrutura de uma civilização concentrada na segurança, mais liberdade significa menos mal-estar. Dentro da estrutura de uma civilização que escolheu limitar a liberdade em nome da segurança, mais ordem significa mais mal-estar.” (BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 8-9).

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 9.

no prazer.³⁵ O mal-estar do homem pós-moderno, por consequência, advém do inverso³⁶, da “liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais”.³⁷

Se o homem, unidade do corpo social, trocou suas velhas lentes modernas de seus óculos pelas recém-criadas lentes pós-modernas, a nova maneira de enxergar a vida e o mundo, de sentir os prazeres e a felicidade, de buscar a liberdade – essa nova racionalidade – causa profundas alterações sociais, de todas as ordens.

Enquanto a pureza, na modernidade, expressava-se “diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas”, na pós-modernidade, a busca da pureza “expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os Moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes”.³⁸

Para o teórico da pós-modernidade, a mudança no eixo liberdade-segurança gerou impactos na ordem de antes, estruturada sob o pilar da produção (society of producers), que deu lugar a uma sociedade do consumo (society of consumers), aniquilando o “estado de bem-estar”, fazendo surgir uma ordem de mercado, que tem seus próprios “demônios interiores”³⁹, nascidos dos poderes de sedução do consumo.⁴⁰

O vertiginoso aumento da “criminalidade” também não escapou à sua fina percepção, que o explica como próprio produto inevitável dessa nova ordem global da sociedade de consumo, ainda justificado pela desigualdade social.⁴¹

³⁵ “A liberdade individual, outrora uma responsabilidade e um (talvez o) problema para todos os edificadores da ordem, tornou-se o maior dos predicados e recursos na perpétua autocriação do universo humano.” (Idem, *ibidem*, p. 9).

³⁶ Vale ressaltar que o mal-estar não cessa de existir na pós-modernidade, porque “liberdade sem segurança não assegura mais firmemente uma provisão de felicidade do que segurança sem liberdade”. (Idem, *ibidem*, p. 10.)

³⁷ “Você ganha alguma coisa e, em troca, perde alguma coisa: a antiga norma mantém-se hoje tão verdadeira quanto o era então. Só que os ganhos e as perdas mudaram de lugar: os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade. Os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais.” (Idem, *ibidem*, p. 10).

³⁸ “A mais odiosa impureza da versão pós-moderna da pureza não são os revolucionários, mas aqueles que ou desrespeitam a lei, ou fazem a lei com suas próprias mãos – assaltantes, gatunos, os grupos de punição sumária e os terroristas. Novamente, eles não são mais do que entusiastas da pós-modernidade, aprendizes vorazes e devotos crentes da revelação pós-moderna, ávidos por levar as receitas de vida sugeridas por aquela lição até sua conclusão radical.” (BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 26).

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 49-61.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 54.

⁴¹ “O que se tem registrado, em anos recentes, como criminalidade cada vez maior (um processo, observemos, paralelo ao decréscimo da associação ao partido comunista ou a outros partidos radicais da “ordem alternativa”) não é um produto de mau funcionamento ou negligência – muito menos de fatores externos à própria sociedade (embora

Nessa sociedade sem expectativas duradouras, ditadas pelo consumo frenético, o consumir pelo consumir passa a ser a nova expectativa, sem alcance definido, relegando o indivíduo ao plano de simples *jogador*, num *locus* onde cada jogador enfrenta dificuldades particulares, alguns já em desvantagem desde o início, outros, *incapacitados* para o tabuleiro.⁴²

A segregação alcançada pela pena, então, se justifica, pois “os jogadores incapazes e indolentes devem ser *mantidos fora do jogo*”.⁴³

De fato, não foram poucos que explicaram a crescente onda de encarceramento sobrevivendo ao declínio do estado de bem-estar social (*welfare state*).⁴⁴ O que diferencia o pensamento de

assim seja descrito cada vez mais frequentemente –, quando, de forma típica, a correlação entre criminalidade e imigração, afluxo de pessoas estranhas, de raças ou culturas estrangeiras, se especula ou se declara). É, em vez disso, o próprio produto da sociedade de consumidores, logicamente (se não legalmente) legítimo; e, além disso – também um produto inevitável. Quanto mais elevada a “procura do consumidor” (isto é, quanto mais eficaz a sedução do mercado), mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia, simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos, ou entre os que foram seduzidos e passam a agir do modo como essa condição os leva a agir e os que foram seduzidos mas se mostram impossibilitados de agir do modo como se espera agirem seduzidos. A sedução do mercado é, simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora. Os impulsos sedutores, para serem eficazes, devem ser transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirão. No entanto, existem mais daqueles que podem ouvi-los do que daqueles que podem reagir do modo como a mensagem sedutora tinha em mira fazer aparecer. Os que não podem agir em conformidade com os desejos induzidos dessa forma são diariamente regalados com o deslumbrante espetáculo dos que podem fazê-lo. O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana.” (Idem, *ibidem*, p. 55-56.)

⁴² “Estes devem lançar mão dos recursos que de fato possuem, quer reconhecidos como legais ou declarados como ilegais – ou optar por sair totalmente do jogo. A força sedutora do mercado, porém, tornou este último movimento quase impossível de se pretender.” (BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 56).

⁴³ “Eles são o refúgio do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. Além disso, há outra razão por que o jogo não se beneficiaria em deter a produção de refúgio: é necessário mostrar aos que permanecem no jogo as horripilantes cenas (como se lhes dizem) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo.

Dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro coletivamente causado e que precisava ser tratado como meios coletivos, só podem ser redefinidos como um crime individual. As “classes perigosas” são assim redefinidas como classes de criminosos. E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar.” (Idem, *ibidem*, p. 57.)

⁴⁴ Pode-se citar, como exemplo, LOÏC WACQUANT, que demonstrou com inequívoca clareza a maneira pela qual o aparato punitivo estatal, aí incluído o cárcere, foi (e continua sendo) utilizado para excluir e punir a miséria, personificada, nos Estados Unidos, pelos cidadãos pobres e descendentes de africanos ou latinos. Segundo narra o autor, nas três últimas décadas do século XX, o governo norte-americano foi gradativamente abandonando sua alegada política de bem-estar social (*Welfare*) para apegar-se ao mantra neoliberal da responsabilidade pessoal e do trabalho mal remunerado (*Workfare*). Com a redução do Estado caritativo e dos auxílios sociais, cresceu maciçamente o número de famílias vivendo abaixo da linha da pobreza, o que fez crescer, também, o sentimento de insegurança e de desordem, especialmente nos bairros mais pobres e nos guetos, gerando, por conseguinte, uma política de aumento da malha punitiva, com a expansão do aparato penal (*Prisonfare*) e com a criminalização seletiva de condutas típicas dessa nova subclasse ameaçadora. À retração do Estado de bem-estar, correspondeu, como o outro

BAUMAN é a razão pela qual essa “crescente magnitude do comportamento classificado como criminoso não é um obstáculo no caminho para a sociedade consumista plenamente desenvolvida e universal”, senão “seu natural acompanhamento e pré-requisito”: o fato de que os jogadores “excluídos do jogo” são, agora, a “encarnação dos ‘demônios interiores’ peculiares do consumidor”.⁴⁵

Mas, a nos fiarmos em BAUMAN, a esperança não nos servirá de consolo, já que sua sugestão nos é particularmente trágica:

Se, contudo, esse for, como sugiro ser, o estímulo primordial da atual exuberância do que o grande criminologista norueguês Nils Christie denominou “a indústria da prisão”, então a esperança de que o processo possa ter a marcha abrandada, para nem se falar em ser suspensa ou invertida, numa sociedade inteiramente desregulamentada e privatizada, animada e dirigida pelo mercado consumido, é vaga – para se dizer o mínimo.⁴⁶

Tudo isso explica, de forma quase intuitiva, o movimento de encarceramento dos pobres, indesejados, marginalizados, inimigos – enfim, dos “demônios interiores”. Mas a expansão do Direito Penal não se resume a tão pouco. Na sociedade do consumo, uma específica parcela social, antes esquecida (de certa forma, blindada), desafia também a imposição de sanções penais. Não só os jogadores, mas os donos do jogo também passaram a ter suas condutas criminalizadas.

A visão não é romântica. De fato, as empresas (aglutinadoras do capital) e seus controladores (capitalistas) são, na atualidade, objetos da pena; basta olharmos a vasta legislação penal econômica e a possibilidade de punir pessoas jurídicas criminalmente.⁴⁷

Tudo parece estar de acordo com as regras da pós-modernidade. Afinal, esse novo paradigma teve sua origem na multiplicação das conexões, das relações, das comunicações espalhadas pelo mundo – naquilo que chamamos de globalização – de modo que esses são objetos sagrados ao homem pós-moderno, e passam a ser tutelados. Além disso, o sucesso do homem no

lado de uma mesma moeda, a expansão do Estado punitivo, repressor de uma pobreza que ele mesmo patrocinou e encarcerador dos pobres que não se adequavam à lógica do subemprego mal remunerado. (Cf. WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. A onda punitiva*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 3ª edição, 2007).

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 57.

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 57.

⁴⁷ No mesmo sentido Silva Sánchez, para quem “no momento atual, em suma, o tema no debate social é a criminalidade dos despossuídos, *leitmotiv* da doutrina penal durante todo o século XIX e boa parte do século XX, senão, preponderantemente, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerful – corporate and business crime*).” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 70).

mundo, identificado no desenvolvimento da tecnologia moderna, na eficiência, na capacidade de produzir cada vez mais, alcançar todos os tipos de recursos naturais, deu a ele a capacidade de conhecer os limites da suportabilidade do planeta.

É inconcebível, portanto, nessa ordem social que ainda se instala, imaginar que os homens não tenderão a proteger aquilo que têm de mais sagrado. Não só as condutas dos jogadores serão alvos de preocupação, mas também as regras do jogo.

Em meio a esse jogo do consumismo, o Direito Penal passa a servir como instrumento de coerção acessório às suas regras (se for possível chamar o conjunto de tais regras por direito administrativo, o fenômeno da utilização da pena como instrumento de coerção às regras do jogo é aquilo que se convencionou nomear de acessoriedade administrativa do Direito Penal)⁴⁸, tomando assento numa função de prevenção geral negativa (muitas das vezes, apoiando-se apenas em sua força simbólica)⁴⁹, de dissuasão, pois nessa ordem global o *risco* já deve ser objeto de preocupação, de modo que o direito deve antecipar sua reação. Essa antecipação passa a se dar de duas maneiras, a considerar as duas formas de controle disponíveis ao Direito Penal, a autorregulação e a criação de tipos penais de perigo abstrato.

O intrigante, nisso, é que a fé na pena, própria do paradigma da racionalidade penal moderna, manteve-se, ao que parece (ou ao que se supõe), intacta às profundas transformações sociais que vivemos nessa atual passagem entre o mundo da racionalidade moderna para o da pós-moderna.

Mas uma característica torna diferenciada a racionalidade penal dessa nova era. A pós-modernidade, por tudo que lhe fundamenta e dela decorre, é a era da liquidez (da efemeridade, da fluidez, da mobilidade, da inconstância). Isso por conta do fato de que a relação tempo-espaço própria dessa nova fase social fez com que a estabilidade dos antigos conceitos (emancipação,

⁴⁸ Cf. GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 58, jan./fev. 2006.

⁴⁹ Por força *simbólica*, deve-se ter em conta a definição dada por ROXIN: “este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de um determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”. (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47).

individualidade, trabalho, comunidade e etc.) se deformasse, de modo que nada no mundo pós-moderno parece ter conceitos estáveis, tudo demanda fluidez e requerer atualização constante.⁵⁰

No direito, como enuncia BARROSO, a consequência da pós-modernidade é que a liberdade e a igualdade não são mais os “ícones da temporada”, e a efemeridade e a volatilidade, próprias dessa era da velocidade, sustentam a desconstitucionalização, a delegificação e a desregulamentação.⁵¹ Em uma ordem onde a segurança não é preocupação e a estabilidade é indesejada, falta espaço para uma ciência que tenha por finalidade primeira a segurança e a estabilidade, a exemplo do direito.

Pelos dutos da instabilidade, escorre também o Direito Penal; escorre, pois também se torna líquido. Abandona-se a estabilidade de seus conceitos primitivos, permitindo-se a permeação da política criminal constantemente atualizada (portanto, não estável) na conceituação das categorias e respostas dogmáticas.⁵²

Partindo-se do *locus* teleológico, a dogmática tem um retorno a bases axiológicas, mas também se liquidifica na medida em que as bases axiológicas pós-modernas são, por natureza, fluidas. Mas não se deve ver tal fato necessariamente com maus olhos, pelo contrário, pois parece que se alcança mais facilmente dessa forma a correção dos conceitos, que buscam “funcionar” adequadamente por meio de respostas melhores e mais justas.

Não parece contraditória, aliás, a posição de ZAFFARONI e outros, que justificam o desenvolvimento das teorias abolicionistas também a partir do advento da pós-modernidade, que significa a derrocada dos grandes discursos da época da ilustração, dentre eles os de legitimação do poder punitivo.⁵³ Parecem, em verdade, consequências diversas decorrentes da mesma causa, uma vez que, de fato, a modernidade representava segurança, ordem, estabilidade, o que levava

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, prefácio.

⁵¹ Segundo BARROSO, a pós-modernidade “abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. (...) No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal em seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação (...)” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 303-305).

⁵² GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, Porto Alegre: Revista Jurídica: Jun/2000, ano 48, n° 272.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 647.

consequentemente à legitimação, por intermédio da razão, dos poderes estatais. Assim, a mudança de paradigma pode ter por consequência tanto o funcionalismo quanto o abolicionismo.⁵⁴

A opção na manutenção do poder punitivo em prol de se lhe abolir pode ser justificada, como se fez acima, no fato de a racionalidade penal ter se mantido intacta, pelo apego que se tem a ela. Isso não é, e não deve ser, uma crítica ao funcionalismo, mas é, e assim deve ser, uma observação justa de que, enquanto peça em um sistema social, o Direito Penal é também atingido pela forma de pensar do homem pós-moderno.⁵⁵

Seja como for, o problema maior que enfrenta o Direito Penal em nossa era recai no fato de se tornar líquida também a criminalização, ou seja, a ação política de se determinar a conduta proibida. Por conta da inexistência de conceitos sólidos sobre o que deve ou não ser criminalizado, os tipos penais se expandem de forma irracional, tentando atingir tudo que contemporaneamente entende-se digno de tutela. Assim, faz-se tábula rasa do conceito primitivo da subsidiariedade penal.

⁵⁴ O próprio autor argentino, em conjunto com seus colegas coautores, ressalta que a crítica à modernidade, que faz surgir a pós-modernidade, abarca tanto a ideia de “progresso, de predomínio ou exclusividade de uma razão meramente instrumental (orientada para finalidades) guiada pela vontade de poder”, que nos parece própria do funcionalismo, como a ideia de crítica ao direito e ao poder punitivo, baseada na “constatação de que, embora o desenvolvimento das instituições sociais modernas haja criado maiores oportunidades do que em qualquer outra época para os seres humanos, é inegável ter essa mesma modernidade um lado sombrio, que se evidencia com a caracterização do século XX como centúria de catástrofes e matanças, onde o número de vidas perdidas foi notoriamente maior do que em qualquer dos dois séculos precedentes”. Dessa forma, podemos crer que o funcionalismo e o abolicionismo possam ser duas faces da mesma moeda, a pós-modernidade. (Idem, *ibidem*, p. 642).

⁵⁵ Tal maneira de enxergar a evolução do direito penal ligada às evoluções dos sistemas sociais já foi mencionada por SILVA SÁNCHEZ: “Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza, a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível de instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que a tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância “estatal”. Ao contrário, é minha opinião que em boa media nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas décadas, na consequente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 29-30).

E no mesmo sentido, por BOTTINI: “O surgimento ou o desenvolvimento de conceitos jurídicos está vinculado ao modo de organização da sociedade.” (...) O modelo de organização social, estruturado sobre um modelo de produção econômica e sobre valores culturais e políticos, estabelece os mecanismos de exercício de poder com o objetivo de manter sua funcionalidade. Os instrumentos de controle social desenvolvidos em diversas esferas do relacionamento público e privado refletem o modelo mencionado e são aplicados teleologicamente, com o escopo de conferir estabilidade aos valores eleitos como *ratio essendi* daquela organização.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29 e 30).

De fato, a criminalização tem se tornado líquida e, também por isso, se expandido, e tudo parece se encaixar perfeitamente às características do mundo pós-moderno descrito por BAUMAN e outros teóricos⁵⁶. Um primeiro motivo que leva a crer estarem ambos os fenômenos relacionados é o fato de terem se iniciado pela mesma circunstância, com o advento da globalização.

1.1. Globalização como fenômeno multiplicador da incidência do Direito Penal

SILVA SÁNCHEZ elenca algumas causas da expansão do Direito Penal e relega o fenômeno da globalização à função de multiplicador da expansão.⁵⁷

De fato, muitas são as causas deste fenômeno, e todas elas são distintas em cada episódio da expansão. O mundo se modifica, a sociedade se modifica, e a racionalidade penal se mantém com poucas modificações, fazendo com que o Direito Penal se amolde a todo o resto e se mantenha fortalecido e vivo.

Novos interesses criam novos bens jurídico-penais, de forma racional ou não.⁵⁸ A sociedade do risco, ilustrada por ULRICH BECK, faz nascer o medo, que gera uma proteção ansiosa, que se antecipa a tudo, por conta do caráter reflexivo deste risco.⁵⁹ O modelo social pós-industrial, além de criar os riscos reflexivos, ainda institucionaliza uma “objetiva insegurança”, com a introdução do fator de incerteza na vida social.⁶⁰ Mecanismos de controle social mais

⁵⁶ JOHN LEA também explica o comportamento do poder punitivo no paradigma da pós-modernidade (LEA, John. *Criminologia e postmodernità*. "Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale", Bologna, 1994, Vol. III. – versão aproximada em inglês pode ser encontrada em <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/misc/pmod.htm> Acessado em: 27.5.2015)

⁵⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., cap. 1 e 2.

⁵⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 33-35.

⁵⁹ “O caráter reflexivo dos novos riscos, determinado pelo efeito bumerangue, é responsável pelo acirramento das reivindicações pelo controle destes riscos” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42).

“Instaura-se, portanto, uma dicotomia entre uma política criminal considerada mais adequada para o tratamento dos novos riscos e o respeito aos princípios e garantias penais e processuais penais até hoje identificados com o Estado Democrático de Direito. No campo da regulação penal, essa seria a síntese das manifestações do que Beck chama de reflexividade institucional, que se explicitam, exatamente, por intermédio dos pontos de pressão entre aspectos das novas tendências e os pressupostos da racionalidade penal moderna.” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 156).

⁶⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 37.

brandos caem em descrédito e outros fenômenos particulares favorecem, em localidades específicas, uma abordagem puramente penal dos problemas sociais.⁶¹

É nesse cenário que “os aspectos comentados até aqui sofrem um espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional”.⁶²

Assimilando o alerta de SILVA FRANCO a respeito do caráter plural do conceito de globalização⁶³, é necessário estabelecer que a globalização econômica a que se alude nesse panorama é o fenômeno da transnacionalidade do mercado, com raízes na década de 90.⁶⁴

Nessa sociedade sem barreiras nacionais para o capital, o Direito Penal “não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção”.⁶⁵ Isso porque “a globalização dirige ao Direito Penal demandas fundamentalmente *práticas*, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade”, que, especialmente na globalização, tem natureza econômica e, portanto, possui características bem diversas dos delitos tidos por clássicos, gerando políticas criminais de cunho eminentemente *punitivista* (criado pelo anseio de controle da insegurança institucionalizada)⁶⁶ – ⁶⁷

O fenômeno se torna ainda mais curioso no momento em que se constata seu duplo papel no que tange à expansividade do Direito Penal. Condutas antes reprimidas, no contexto do Direito

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ cita alguns outros fenômenos sociais particulares de determinadas regiões do Globo, tais como: o surgimento de sociedades de classes passivas; de novos gestores da moral; a política criminal Social-Democrata na Europa; a desconexão do Direito Penal com os valores, que passa a ser visto como “mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas” (Idem, *ibidem*, cap. 1).

⁶² Idem, *ibidem*, p. 95.

⁶³ “Embora o conceito de globalização tenha uma dimensão plural – há globalizações e não “uma entidade única denominada globalização” – força é convir que tal conceito, que decorre do reconhecimento da realidade e da irreversibilidade de uma sociedade mundial, contém seu ponto fulcral na existência de um mercado mundial que não conhece fronteiras.” (FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*. Palestra proferida no dia 25/03/2000, na sessão de encerramento do curso promovido pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, publicada na obra *Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 238-239).

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 239.

⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

⁶⁶ “Se a isso se adiciona o evidente déficit de aplicação (Vollzugsdefizit) da legislação penal em tais âmbitos, dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor *certainty* da consequência jurídico-penal (ou, em outras palavras, o inevitável caráter *seletivo* da repressão) se veja compensada com uma maior *severity* da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos *simbólicos* da sanção).” (Idem, *ibidem*, p. 100).

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 97-99.

Penal clássico, deixam de ser, “pois o contrário se converteria em um obstáculo às próprias finalidades perseguidas com a globalização e integração supranacional”,⁶⁸ e outras, antes não reprimidas, passam a ser, diante de suas inconformidades com o modelo econômico almejado,⁶⁹ tudo a provar que o Direito Penal serve como instrumento social acessório aos interesses econômicos.

Assim, tendo em vista que “a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos”, pode-se retomar o paralelo com a racionalidade pós-moderna de BAUMAN para explicar o motivo da incidência do Direito Penal sobre os “donos do jogo” do consumismo.

Mas, por certo, a globalização, ou as globalizações, são fenômenos reais, bastante complexos, que tem suas raízes em outros fenômenos e, suas consequências verificadas em todos os meandros sociais, de modo que o principal a ser fazer é questionar, para só depois responder: até que ponto, nessa sociedade globalizada, o Direito Penal terá hora e vez, isto é, terá um discurso consequente e poderá intervir?

Por óbvio, uma resposta que se pretenda correta deverá ser buscada tanto no “Direito Penal como ele diz ser” como no “Direito Penal como ele é”.⁷⁰

1.2. A criminalização líquida e a expansão do Direito Penal

Se é correto afirmar que o fenômeno da globalização em muito contribuiu para a construção da racionalidade pós-moderna descrita por BAUMAN, não menos correto é dizer que esse mesmo processo impulsionou sobremaneira a tendência expansiva da criminalização de condutas (rememore-se que, desde a Idade Média, antes mesmo da existência de um sistema penal tal como hoje concebido, já era comum a frequente extensão das listas de delitos submetidos às jurisdições reais, tanto para concentrar poder, quanto pela lucratividade ínsita aos negócios judiciários)⁷¹, elevando-a a patamares antes nunca observados.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ cita o exemplo da “legislação penal espanhola em matéria de transações econômicas com o exterior, que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias declarou inaplicável no ano de 1995” (Idem, *ibidem*, p. 103).

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 103.

⁷⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 5.

⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 22 e ss..

No que tange à formação de uma nova racionalidade – a racionalidade pós-moderna –, não se pode olvidar de que a globalização (aí abrangida a modernização das sociedades e o encurtamento de parâmetros tradicionais de tempo/espço) teve como pressupostos e como consequências a ampliação da liberdade individual e o desprendimento a valores como ordem, beleza, pureza *etc.* (típicos da racionalidade moderna), deslocando o eixo excesso de ordem/liberdade individual escassa para um novo paradigma, calcado em ampla liberdade (na qual se entrelaçam consumo e prazer) e em menor segurança individual.

Esse deslocamento, observado em quase todas as ciências humanas, também se refletiu no Direito Penal, mais precisamente em suas categorias dogmáticas e em suas políticas de criar proibições. A redução da segurança individual se verifica, no âmbito do poder punitivo, por exemplo, na amplitude dos tipos penais abertos e na criação abusiva de figuras delituosas e, até mesmo, de discursos que pretendam uma responsabilização penal objetiva. O homem está se dispondo a punir seus semelhantes e a si mesmo sem necessidade de demonstração de vínculos subjetivos para com o resultado delitivo, o que parece ser o extremo de um paradigma de insegurança jurídica.⁷²

De fato, a despeito de movimentos pontuais de descriminalização (o novo tratamento conferido às drogas pelo Uruguai, por exemplo), se fosse possível fotografar, hoje, a atuação do Direito Penal, chegaríamos, devido à sua amplíssima extensão, à paradoxal conclusão de que seus valores são ainda absolutamente caros ao homem pós-moderno, contradizendo, assim, a princípio, aquilo que fora observado por BAUMAN. Mas essa contradição é apenas aparente, pois, para que o homem pós-moderno exerça plenamente sua liberdade de consumir e de sentir prazer, faz-se imprescindível algum nível de segurança,⁷³ cuja garantia, ao que parece, vem restando cada vez mais relegada ao Direito Penal. O que pode ser explicado, como já se fez, pela permanência intocada da racionalidade penal moderna.

Desviando momentaneamente o foco da racionalidade pós-moderna para a expansão do Direito Penal, deve-se observar que, com a globalização, globalizaram-se, além da tecnologia, também os riscos, que se tornaram permanentes e incontornáveis. Nesse passo, o conhecimento

⁷² Os discursos de responsabilização penal objetiva, que aqui se menciona, são os relativos à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

⁷³ Como ressalva o próprio BAUMAN, se não há garantia de felicidade na segurança sem liberdade, também não o há na liberdade sem segurança (BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*, p. 10).

atualizado e disseminado sobre constantes ameaças (de vírus, doenças, bolhas no mercado e até acidentes nucleares) ofereceu os contornos perfeitos para a afirmação de uma tendência político-criminal ainda mais preventiva, no âmbito da qual o Direito Penal deve dar conta não apenas da solução de conflitos já instaurados, mas, principalmente, da evitação de resultados, antecipando a punibilidade a fases anteriores da conduta, quando ainda não se realizou uma efetiva lesão ao bem tutelado.

Para a contenção de riscos fluidos, uma criminalização líquida, que derrame irracionalmente suas águas sobre condutas nem sempre definidas ou consumadas; para uma garantia que aniquile as incertezas do risco, propiciando o desenvolvimento pleno de uma liberdade individual pautada no consumo, uma menor segurança jurídica, que faça tábula rasa de conceitos antes definidores do próprio Direito Penal (como a estrita legalidade, a proporcionalidade, a causalidade, a fragmentariedade e a lesividade).

No âmbito da dogmática, essa nova criminalização manifesta-se das mais diferentes maneiras, destacando-se, como “linhas tendenciais mestras”⁷⁴: a relativização do conceito de bem jurídico; a antecipação da tutela penal; a flexibilização das regras de causalidade; a incriminação mediante tipos abertos e normas penais em branco; e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com tendências à autorregulação.

No que diz respeito à relativização do conceito de bem jurídico, nota-se uma tendência à proteção de bens jurídicos supraindividuais,⁷⁵ de fraca concreção, vagos e intangíveis (como o funcionamento do mercado, a saúde pública, a segurança viária e o equilíbrio ambiental), os quais diferem daqueles bens concretos e referenciados no indivíduo, típicos da preocupação penal moderna (como a vida, o patrimônio e a saúde). Nessa esteira, o papel antes desempenhado pelo conceito de bem jurídico sofre progressiva inversão, abandonando o paradigma clássico de contenção da criminalização primária em prol de um modelo de legitimação criminalizante: na visão penal atual, criam-se bens jurídicos e, a partir deles, exige-se a intervenção penal, de modo a conter os riscos que paulatinamente se apresentam.

Em meio a essa nova realidade, instaura-se um impasse, que gira justamente em torno da manutenção ou da superação da noção de bem jurídico como critério justificante da atuação penal,

⁷⁴ Cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 155 e ss..

⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 157 e ss..

assim descrito, com inequívoca precisão, por MARTA MACHADO, que faz menção, respectivamente, à Escola dos Penalistas de Frankfurt.⁷⁶

Mas além da referida revisão conceitual de bem jurídico, esse novo modo de criminalizar apela também para a antecipação da tutela penal, liquidificando princípios outrora caros ao Direito Penal, como a lesividade, a intervenção mínima, a subsidiariedade e a proporcionalidade.

Na lógica do risco, condutas são incriminadas ainda que, na prática, delas não resulte qualquer consequência naturalística, revelando-se absolutamente prescindíveis, em muitos casos, considerações posteriores quanto à efetivação de um resultado ou de um perigo concreto ao bem tutelado, tal como ocorre nos delitos de perigo abstrato, de mera desobediência e, mais radicalmente, nos delitos cumulativos. O perigo pode ser hipotético, mas a pena continua a ser, sempre, real.

Porém, como bem adverte HASSEMER, ao prescindirem do resultado, esses novos modelos típicos prescindem também da demonstração da causalidade, revelando-se suficiente a mera comprovação da desobediência, e nada mais.⁷⁷

Sobre a relativização das regras de causalidade, vale aqui reproduzir a observação tecida por MARTA MACHADO, no sentido de que os fenômenos arriscados, muitas vezes ainda inexplicados pela ciência, e que resultam quase sempre da combinação de uma série complexa de ações, não se amoldam com perfeição aos conceitos naturalísticos e científicos que compõem a ideia tradicional de nexo causal, o que acaba por ensejar inúmeras estratégias para lidar com o problema, como a massificação dos delitos de mera conduta, o estabelecimento de garantes e o recurso à noção de uma “causalidade epidemiológica”, “que prega o abandono da tradicional

⁷⁶ “De um lado, defende-se a manutenção do catálogo clássico de bens jurídicos como centro gravitacional do direito penal, admitindo-se, apenas excepcionalmente, a proteção de bens jurídicos coletivos, desde que lastreados em interesses fundamentais da pessoa. De outro, há posições que apontam para a superação dessa categoria, quer pela mudança radical de sua orientação original, quer pela perda da influência desse conceito no processo de imputação penal.” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 160-161).

⁷⁷ “(...) los delitos de perigo abstrato amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidade. Basta solo comprobar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente.” (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 24. apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, Op. cit., p. 166-167.)

relação de certeza entre ação e resultado, para admitir uma ligação baseada em indícios e estatísticas”.⁷⁸

A causalidade, assim, em tempos de pós-modernidade, não escapa à *liquidificação*, fluidificando suas bases para possibilitar o alcance desse novo paradigma penal de prevenção, e garantindo, por conseguinte, a manutenção de um cenário propício ao exercício de uma liberdade calcada no prazer e no consumo.

Prosseguindo na análise das linhas mestras desse etos criminalizante, assume destaque a incriminação mediante tipos abertos e normas penais em branco⁷⁹, o que denota uma aproximação cada vez maior entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

Com efeito, em muitos campos, o Direito Penal vem adquirindo o exato *modus operandi* do Direito Administrativo, isto é, deixando de incidir pontualmente na repressão de lesões ou exposições de bens jurídicos a perigo, para atuar na promoção de valores (líquidos) e na ordenação de setores da sociedade.

Nesse novo escopo, lança-se mão de um número crescente de normas penais em branco, ou simplesmente de tipos abertos, com o nítido (e às vezes até declarado) fim de turbinar normas administrativas, mediante o estabelecimento de sanções penais para o seu descumprimento, aumentando-lhes a efetividade. O Direito Penal, assim, assessora o Direito Administrativo (embora não lhe seja um simples acessório), ao passo que o Direito Administrativo, quase que como uma troca, assessora também o Direito Penal, emprestando seus conceitos, normas e atos para complementar os tipos abertos e as normas penais que foram cunhadas em branco, em um fenômeno denominado *acessoriedade administrativa*.⁸⁰

Em outras palavras, a fluidez do Direito Administrativo escorre pelo Direito Penal, que precisa mesmo de suas águas para dar conta da regulamentação das atividades de risco das quais resolveu se ocupar, seja por serem demasiadamente amplas (e impassíveis, portanto, de previsão), seja por tratarem de conceitos muito específicos (que envolvem técnicas desconhecidas pelo legislador penal), seja, ainda, porque tais atividades, fluidas como são, estão sujeitas a constantes

⁷⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 170.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 170-173.

⁸⁰ Cf. GRECO, Luís. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 58, p. 160-161, jan./fev. 2006.

mudanças, acompanhando o progresso da tecnologia e da ciência, de modo que a norma penal, ainda que pudesse prevêê-las todas, teria de ser constantemente modificada, carecendo de estabilidade.

Alguns problemas, contudo, ressaem da acessoriedade administrativa, sendo o primeiro deles referente ao excesso de remissões contidas nos tipos penais, que gera indesejada imprecisão e dificulta seu conhecimento e compreensão não só pelo jurisdicionado, mas também pelos aplicadores do direito, notadamente no tocante a matérias passíveis de regulamentação pelos três níveis da federação. Além disso, no exato momento em que o ato administrativo é encampado pelo tipo penal (o que se dá, por exemplo, com a criminalização de condutas *em desacordo com* autorização anteriormente concedida pela autoridade administrativa)⁸¹, a incriminação passa a ficar a cargo precipuamente de técnicos da administração, pois são eles que, ao incluírem certos termos e condições em suas autorizações (*lato sensu*), transformam em crime eventuais desobediências que sequer foram cogitadas pelo legislador penal. A fluidez administrativa, por isso, vem fluidificando também o princípio da reserva legal, que já não é mais compreendido sob a mesma ótica da visão penal da modernidade.

Finalmente, é impossível abordar essa mudança de paradigma sem mencionar, ainda que brevemente,⁸² a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a qual, ao se afastar dos conceitos clássicos de vontade, livre-arbítrio e ação, conflita frontalmente com a definição moderna de culpabilidade, concebida como reprovabilidade calcada na possibilidade de o agente formular sua vontade de agir conforme as normas que lhe são destinadas, sendo mais uma consequência da fluidificação das categorias, antes estanques, do delito.⁸³

⁸¹ A título exemplificativo, cite-se o art. 60 da Lei nº 9.605/1998: “Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, *sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes*, ou *contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes*: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

⁸² Para uma análise mais aprofundada do tema, e que aborda, com precisão, todas as discussões e tendências envolvidas na responsabilidade penal da pessoa jurídica, vide TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n. 86, set-out./2010.

⁸³ Nos dizeres de MARTA MACHADO: “o conceito de culpa penal firmou-se num panorama em que o centro de imputação jurídico-penal era o homem livre, individualmente considerado. Sob a vigência do princípio *societas delinquere non potest* e do axioma referente à pessoalidade da responsabilidade penal, não se admite a ideia de que a pessoa jurídica possa cometer crimes e ser punida por isso. Nessa linha de raciocínio, afirma-se que a conduta (ação ou omissão), pedra angular da teoria do crime, seria produto exclusivo do homem e que a capacidade de ação e de culpabilidade exigiria a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual. Nessa perspectiva, sobram questionamentos acerca da capacidade das pessoas jurídicas de suportarem juízo de censura ética.

A despeito das críticas acima reproduzidas, fato é que, atualmente, entes morais são responsabilizados por condutas definidas como crime, ampliando-se as noções de ação e culpabilidade para além de quaisquer limites antevistos pela teoria moderna do delito,⁸⁴ e rompendo-se, ademais, com o clássico trinômio culpa-reprovação-pena,⁸⁵ que, tradicionalmente, sempre dirigiu a responsabilização penal.

Tecidas essas breves considerações, já é possível constatar que o Direito Penal, tal como forjado pela clássica racionalidade moderna, passou, e vem ainda passando, por inúmeras modificações, razão pela qual não faltam esforços na doutrina para entender e, mais do que isso, aprender a lidar com esse novo *modus operandi*.

Ao longo dessa empreitada, verifica-se um processo reflexivo acerca do próprio papel do Direito Penal, no qual exsurtem, fundamentalmente, duas funções antagônicas, a saber: a proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento individual, pautada nas garantias e nas regras clássicas de imputação; e a prevenção e o controle (ou gestão) dos novos riscos, a partir da flexibilização de instrumentos dogmáticos, o que permitiria a proteção a bens jurídicos supraindividuais e universais.⁸⁶

Nessa segunda corrente de pensamento, vale reproduzir a interessante observação de GÜNTER STRATENWERTH,⁸⁷ para quem seria inaceitável que o Direito Penal atuasse em situações muito menos gravosas do que as ensejadas pelos novos riscos, mas deixasse de tutelar um bem jurídico supraindividual de inequívoca relevância como o meio ambiente.

De fato, não se pode ignorar que os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade determinam que se recorra ao Direito Penal justamente para a proteção dos bens jurídicos mais

De fato, se a ação é entendida como a causação voluntária e um resultado e se entendermos que a vontade tem um sentido psicológico e derivado da ideia de livre-arbítrio do homem, é possível compreender as objeções acerca da imputação de uma vontade de ação a entes abstratos. Alega-se que a pessoa jurídica é desprovida de inteligência e vontade e, por isso, não pode cometer crimes por si só, mas apenas por intermédio de seus representantes. Assim, a vontade de agir fica restrita à esfera jurídica desses representantes atuantes, sendo, pois, contraditório imputar a responsabilidade ao ente jurídico.” (Machado, Marta. Op. cit., p. 173-174.)

⁸⁴ Corroborando tal assertiva, basta invocar a superação do conceito de vontade resultante da existência natural do homem, proposta por SHECAIRA, que, no plano sociológico, concebe a existência de uma “vontade pragmática” por parte da empresa. (SHECAIRA, Sergio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010).

⁸⁵ Cf. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., 2010.

⁸⁶ Cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 179.

⁸⁷ STRATENWERTH, Günter. *Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?* en ZStW 105, 1993, p. 679-96. Apud MACHADO, Marta. Op. cit., p. 181.

importantes (como é o caso do equilíbrio ecológico, do qual dependem, se não todos, muitos outros bens), nem tampouco se deve fechar os olhos à realidade pós-industrial (ou pós-moderna), que conta com situações sequer cogitadas pela dogmática clássica.

Por outro lado, o fato de o Direito Penal dito clássico, com seu arcabouço de garantias, não conseguir dar conta dos novos fenômenos do mundo globalizado não significa, por si só, que ele tenha necessariamente de se expandir, e é exatamente isso que pontua a primeira vertente do pensamento supramencionada, que defende que os problemas oriundos dos novos riscos devem ser solucionados por outros instrumentos que não o Direito Penal, que poderia, assim, se manter fiel ao núcleo de garantias modernas e à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, servindo de barreira, e não de instrumento, à política criminal das sociedades do risco.⁸⁸

Capitaneando essa vertente, e opondo-se veementemente à expansão criminalizante, pode-se citar HASSEMER,⁸⁹ para quem o Direito Penal deveria, ao invés de se ampliar, reduzir-se a um núcleo básico de proteção a bens jurídicos referenciados na pessoa, mediante delitos de lesão e de perigo concreto e de regras rígidas de imputação, respeitados, em qualquer caso, os princípios e garantias clássicos. Os bens jurídicos supraindividuais e a gestão dos novos riscos, por sua vez, ficariam a cargo de um novo ramo do Direito, denominado Direito de Intervenção,⁹⁰ localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, mais flexível no que diz respeito às garantias e, por isso, mais apto a lidar, preventivamente, com os novos focos de insegurança (delitos econômicos, ecológicos *etc.*), renunciando, por outro lado, à pena privativa de liberdade.

Em vez de fluidificar-se, o Direito Penal se retrairia até alcançar um núcleo sólido, mantendo sua identidade moderna e abrindo mão da tutela de certas condutas em prol de um novo campo do Direito, muito mais líquido, fluido em conceitos e também em garantias. Desse modo,

⁸⁸ “Compreende-se, assim, a postura conservadora de alguns teóricos, principalmente, os representantes da denominada Escola dos penalistas de Frankfurt, contra a atribuição ao direito penal da função de tutelar a sociedade perante os novos riscos, para a qual devem intervir outros instrumentos de ordenação social ou outros ramos do direito, em especial, o administrativo. Segundo Köhler, por exemplo, deve-se rechaçar a funcionalização do direito penal como um meio de ordenação total, pois esse ramo do direito é apenas uma reação a graves lesões de bens jurídicos e, portanto, pressupõe que para os demais casos haja uma racional organização da justiça por meio do direito privado e público. Não se trata, pois, de rechaçar a regulação jurídica, mas de utilizar, também, formas de controle que podem ser mais adequadas, razoáveis e proporcionais.” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 187.)

⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993.

⁹⁰ Idem, *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 8, out. 1994, p. 49.

não se estaria ignorando a realidade pós-moderna e, ao mesmo tempo, não se desnaturaria o Direito Penal, nem muito menos se lhe delegaria uma função puramente simbólica, consistente na regulação de ameaças e riscos para os quais seus instrumentos revelam-se ineficazes.

Em uma posição intermediária em relação às duas correntes, encontra-se SILVA SÁNCHEZ,⁹¹ que, ao mesmo tempo em que se opõe ao tradicionalismo de um Direito Penal clássico que, segundo ele, nunca existiu, se afasta da expansão da pena privativa de liberdade mediante a flexibilização de princípios, garantias e regras de imputação, propondo, para lidar com essa nova realidade das sociedades de risco, um modelo dualista de Direito Penal, denominado direito penal de duas velocidades.

Partindo do paradigma de que as garantias materiais e processuais são a contrapartida da extrema gravidade da pena privativa de liberdade, e não propriamente uma característica salutar e inafastável do Direito Penal, o autor conclui que o problema não está na expansão do sistema penal em si (ou na liquidez da criminalização), mas, sim, na expansão disseminada da prisão. Assim, o Direito Penal poderia tutelar as novas situações de risco, reduzindo, para tanto, seu núcleo de garantias, desde que, no entanto, as sanções previstas para tais ilícitos não incluíssem a pena privativa de liberdade. É dizer: o Direito Penal pode – e deve – ampliar-se; o que não se pode aceitar é a ampliação da imposição da pena de prisão, à custa da flexibilização de garantias e de regras de imputação.

De acordo com o sistema dual proposto por SILVA SÁNCHEZ, o Direito Penal deveria se dividir em dois modelos distintos: o *nuclear*, que compreenderia a proteção a bens jurídicos pessoais mediante um núcleo sólido de garantias, típico do Direito Penal liberal, mantendo-se, aí, a previsão da pena privativa de liberdade; e o *periférico*, que cuidaria da proteção a bens jurídicos coletivos advindos dos novos riscos, no qual se abriria mão tanto da intensidade das garantias clássicas como também da pena de prisão (em prol de sanções pecuniárias e restritivas de direitos).

Em outras palavras, aquilo que se chamou direito penal periférico seria uma resposta funcional, e também fluida, aos riscos da pós-modernidade, cuja tutela poderia envolver uma criminalização líquida, mas, jamais, a imposição da pena de prisão. O direito penal nuclear, a seu

⁹¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

turno, manter-se-ia sólido, fiel aos paradigmas do Direito Penal moderno, conciliando-se, assim, a proteção a bens jurídicos supraindividuais e o respeito às garantias fundamentais.

O que se deve perquirir, em meio a esse debate teórico, é a real vocação do Direito Penal para lidar com os fenômenos arriscados, pois, em se constatando desde já sua ineficácia, não teria qualquer valia a mitigação de princípios e garantias em prol da (pretensa) conservação das gerações futuras.⁹²

Há duas razões para desconfiarmos da eficiência do aparato penal para tutelar as atividades arriscadas: a incontrolabilidade dos riscos tecnológicos (em muitos casos, além de não podermos prevê-los, não sabemos nem precisar suas causas e eventuais consequências); e a incongruência de pensarmos em ampliar o Direito Penal justamente quando as soluções regulatórias de outros ramos do Direito estão em declínio.⁹³

Com efeito, tais argumentos não podem ser desconsiderados, e, de fato, o Direito Penal, calcado que é (e mesmo limitado) na incriminação, na imputação e na pena (ou, ainda, na repressão e na reação), não dispõe mesmo dos instrumentos mais adequados para gerir os fenômenos fabricados pelo risco – exceto se concebêssemos como legítima uma atuação meramente simbólica, o que, definitivamente, não é o caso.

Assim, longe de qualquer pretensão de solucionar de maneira simplória questão tão complexa, parece mais adequado retirar do Direito Penal a missão de dar conta de todos os fenômenos da sociedade do risco, na medida em que as consequências de uma hipertrofia na legislação criminal (aqui compreendida a violência que lhe é inerente, bem como a flexibilização de regras e princípios caros à proteção individual) não compensam o risco (bem concreto, vale dizer) de nos aventurarmos em uma empreitada que não apresenta nem mesmo presságios de eficiência, e que, a médio e longo prazo, pode aumentar ainda mais a sensação de insegurança

⁹² “O que nos inclinamos a cogitar é se não estaria precisamente aí um dos pontos maus cruciais do debate: compreender se as mudanças propostas pelo direito penal do risco são capazes de conduzir à eficiência do aparato penal no combate aos novos fenômenos da sociedade contemporânea, dentro de uma perspectiva maior em que se questione a própria adequação do direito penal como instrumento adequado para dar conta de problemas tão complexos. Isso traria o debate de um nível teórico abstrato, aproximando-o dos problemas concretos e das soluções concretas, já que pouco adiantaria discursar sobre o papel do direito penal na conservação das gerações futuras e a legitimidade de tal pretensão, em prol da qual se poderiam mitigar princípios e regras penais tradicionais, se, ao cabo de todo o processo de transformação e choques culturais, viesse à tona a ineficiência do aparato penal no controle dos fenômenos perigosos do desenvolvimento tecnológico-industrial.” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 206.)

⁹³ Idem, *ibidem*, p. 206 e ss..

social, dessa vez advinda da provável ineficácia de um ordenamento pouco racional e de difícil compreensão.

Portanto, se tudo é generalizadamente fluido nas sociedades do risco, inclusive as pretensões criminalizantes, cabe ao Direito Penal, justamente para conter esse líquido incessante, manter-se sólido e fiel às regras e garantias que lhe dão feição, resguardando sua característica de barreira, e não de instrumento, às águas sempre turbulentas da política criminal.

1.3. Conclusão parcial

Ao mesmo tempo em que contribuiu para a construção da racionalidade pós-moderna descrita por BAUMAN, calcada na liquidez e na mobilidade, a globalização impulsionou também a expansão do Direito Penal, que vem ampliando sua malha criminalizante e encarceradora para dar conta de prevenir toda a sorte de riscos advindos das novas tecnologias, típicos das sociedades pós-industriais.

O curioso é que, não obstante essa nova racionalidade venha abandonando gradativamente o excesso de segurança e de ordem em prol de ampla liberdade individual, consumo e prazer, a fé na pena e no Direito Penal permaneceram (e ainda permanecem) incólumes, servindo para a criminalização tanto dos indivíduos inaptos para o jogo do consumo quanto dos próprios donos do tabuleiro, além de todos aqueles que, de algum modo, contribuam para o surgimento ou o incremento dos novos riscos.

Mas se a fé na pena continua intacta, o mesmo não se pode dizer dos conceitos, regras, princípios e garantias que, desde o período dito clássico, sempre deram feição ao Direito Penal, os quais vêm se liquidificando por meio, precipuamente, da relativização do conceito de bem jurídico, da antecipação da tutela penal, da flexibilização das regras de causalidade, da incriminação mediante tipos abertos e normas penais em branco e, em particular, da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para conter riscos fluidos, uma criminalização líquida, que derrama irracionalmente suas águas sobre condutas imprecisas e ainda não consumadas; para reduzir as incertezas desses riscos, uma menor segurança jurídica, que faz *tabula rasa* da estrita legalidade, da proporcionalidade, da causalidade, da fragmentariedade e da lesividade.

Buscando lidar com esse novo modo de criminalizar, vislumbram-se na doutrina duas posições antagônicas acerca de qual deve ser a função precípua do Direito Penal na era da pós-modernidade: a proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento individual, pautada nas garantias e nas regras clássicas de imputação; ou a prevenção e a gestão dos novos riscos, a partir da flexibilização de instrumentos dogmáticos; além de algumas posições intermediárias, assumindo destaque o Direito Penal de duas velocidades cunhado por SILVA SÁNCHEZ.

Em meio ao debate teórico, o que se deve perquirir é a real vocação do Direito Penal para lidar com os fenômenos arriscados, pois, em se constatando desde já sua ineficácia, não terá qualquer valia a mitigação de princípios e garantias a troco de nada.

E como dito, as razões para desconfiarmos dessa vocação, são a incontrollabilidade dos riscos tecnológicos e a incongruência de pensarmos em ampliar o Direito Penal justamente quando as soluções regulatórias de outros ramos do Direito estão em declínio.

De fato, o Direito Penal, calcado que é na incriminação, na imputação e na pena, sempre aflitiva, como lembra TANGERINO,⁹⁴ não dispõe dos instrumentos mais adequados para gerir os fenômenos fabricados pelo risco, exceto se estivermos dispostos a legitimar uma atuação meramente simbólica, algo preocupante.

Assim, parece mais adequado abdicarmos dessa criminalização líquida em prol da retração, e não da expansão, do Direito Penal, até que retorne a um patamar em que possam manter sólidas suas garantias e regras de imputação, pois não faz qualquer sentido flexibilizar normas caras à liberdade individual, se não existe sequer uma expectativa concreta de contenção dos riscos que se pretendem gerenciar.

Contudo, há muito parece que a criatura se desvencilhou do criador, de modo que essa besta enfurecida que é o Direito Penal não mais obedece às razões humanas, servindo a finalidades que parecem ser apenas as suas próprias (o autodiscurso do Direito Penal, aquilo que ele próprio afirma ser)⁹⁵, e sua expansão é uma realidade, de tal forma que à doutrina compete não apenas deslegitimá-la, senão também combatê-la, talvez eternamente. O combate, aqui, se limitará a uma de suas consequências, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

⁹⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 16.

⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 5.

2. **A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: A EVOLUÇÃO DA DISCUSSÃO E OS MODELOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE (OS FUNDAMENTOS DE SUA CULPABILIDADE)**

O tema é vasto. Tão vasto que se poderia desenvolver um ramo do direito penal próprio para os casos onde os sujeitos ativos do delito são pessoas jurídicas.⁹⁶ Por qualquer ponto em que se adentre o labirinto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, corre-se o risco de se perder em sua vastidão, de modo que se acabe o fôlego antes de se alcançar o fim. Com o objetivo limitado de tratar de problemas pontuais, deve-se fazer preciso recorte, para que se obtenha êxito.

O problema específico que esse trabalho se propõe a analisar reside no âmbito das teorias da culpabilidade das pessoas jurídicas. Penso, contudo, ser necessário estabelecer precisas premissas que orbitam aquele terreno, a fim de nelas me apoiar ao longo do desenvolvimento da questão principal.

Uma breve incursão sobre a evolução do instituto é necessária para que se alcancem as construções de seus fundamentos, porque, a depender de quais sejam, serão diferentes os sistemas de imputação de responsabilidade que a eles se acomodem.

Acredito também ser imprescindível fazer algumas primeiras colocações.

Na tentativa de um estudo sistematizado sobre o tema, aquilo que primeiro salta aos olhos é o fato de que falta uma sistematização precisa. Cada autor, de sua maneira, partindo da justificativa que utiliza para fundamentar o juízo de reprovabilidade penal às pessoas jurídicas (considerações político-criminais) elabora uma própria divisão sistemática sobre o tema, de maneira que esse é o primeiro grande obstáculo a se superar nesse caminho tortuoso. Diante dessa perspectiva, conjugo, nesse capítulo, dois grandes trabalhos internacionais sobre o tema, que, a meu ver, apresentam sistematização de forma aparentemente mais completa e fiel às teorias existentes, e complemento suas visões com colocações obtidas de outros autores, em obras que trabalham questões pontuais da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Quanto à evolução do instituto, S. BACIGALUPO demonstra coerência e profundidade nas abordagens históricas,

⁹⁶ Segundo GÓMEZ-JARA DÍEZ, Heine apresenta a proposta mais elaborada de criação de um direito penal próprio da empresa. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 197).

considerando, por óbvio, devido à imensidão do tema, apenas as correntes mais relevantes.⁹⁷ Por sua vez, GÓMEZ-JARA DÍEZ foi quem, por uma classificação inovadora, melhor sistematizou os modelos de imputação, porque definiu o eixo-central pela espécie de culpabilidade a ser atribuída, e não pela natureza dos fatos imputados.⁹⁸ Outros autores são também importantes no que diz respeito à sistematização desses modelos, e serão usados em complementação.⁹⁹

Outra consideração que entendo importante, essa mais do que a primeira, é a de que os modelos de imputação podem ser sistematizados, como teorias, mas são consequências coerentes advindas da resposta que se dá para a primeira questão que é colocada, qual seja, o fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica (como culpabilidade), de forma que não podem ser combinados entre si da maneira como alguns parecem entender.¹⁰⁰

⁹⁷ A justificativa mais importante para a eleição da obra de S.BACIGALUPO como orientação para essa exposição se encontra na nota 117. (BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammuabi, 2001).

⁹⁸ “En el seno de la discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial puede constatarse la existencia de diferentes modelos de atribución de responsabilidad. Una clasificación un tanto extendida distingue entre modelo de imputación y modelo de responsabilidad originaria de la empresa. En una línea semejante Silva Sánchez distingue entre (1) el modelo de responsabilidad “por atribución” y el modelo de responsabilidad por el hecho propio”. Ahora bien, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que estas clasificaciones pueden llevar a equívocos, pues la diferencia entre ambos modelos parece radicar en la distinción entre la atribución de una responsabilidad ajena y la constatación de una responsabilidad propia. Sin embargo, si – como aquí – se entiende que la responsabilidad penal siempre es un acto normativo de atribución o imputación, se tiene que buscar otra denominación. Lo determinante va a ser si la responsabilidad que se imputa se considera propia o ajena, y ello tanto para individuos como para empresas. El criterio de clasificación que se propone – en absoluto novedoso en el ámbito del Derecho penal –, distingue fundamentalmente entre la imputación de una culpabilidad ajena (heterorresponsabilidad) o la imputación de una culpabilidad propia (autorresponsabilidad). En ambos casos se exige una imputación personal y, en consecuencia, no se contemplan los casos de responsabilidad objetiva o por el resultado. Estos supuestos, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, consisten, precisamente en la inexigencia – y, por tanto, ausencia – de la culpabilidad.” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 140-141).

⁹⁹ Dentre os mais importantes: ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *InDret*, n. 2, p. 17, abr. 2006; DÍEZ RIPOLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *InDret*, n.1, jan. 2012; e CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014.

¹⁰⁰ Discordo, portanto, da posição de BARBOSA, que entende que a modalidade de imputação de ação e a modalidade de apuração da culpabilidade não são dependentes entre si. O desacerto dessa posição, a meu ver, encontra-se primeiro no fato de que os conceitos de culpabilidade não se constroem apenas no sentido de se permitir sua apuração, mas antes de tudo o importante é o fundamento da culpabilidade (o motivo de ser reprovável determinado acontecer). E segundo, mas por conta do que se aludiu primeiro, a culpabilidade não se desvincula do injusto (fato típico ilícito) senão que é a própria medida do injusto. Se se atribui um injusto de terceiro à pessoa jurídica (como os modelos de heterorresponsabilidade) por critérios de equidade na imputação (como, por exemplo, ter sido praticado por um funcionário), está-se reprovando a pessoa jurídica não por seu próprio injusto (que poderia ser sua falha de organização), de forma que não se pode trabalhar com um conceito de culpabilidade que fundamenta a reprovação por sua falha, porque aqui não se está entendendo que a pessoa jurídica é responsável por sua falha, senão que é

Alguns desses sistemas, conseqüentemente, propõem responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas, outros alcançam a possibilidade de se trabalhar com uma responsabilização subjetiva.

Ao final, tentarei, por uma abordagem referida à lei, identificar a compatibilidade dos modelos que possibilitam a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas à sistemática brasileira vigente, sugerindo algumas interpretações, para então, em capítulo seguinte, alicerçar o direito fundamental destas de exigir respeito ao princípio da culpabilidade quando penalizadas, ou seja, justificar a escolha desses modelos de responsabilidade subjetiva. Esses, os propósitos do capítulo.

2.1 Síntese evolutiva da discussão em torno da responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Da maneira como se orienta o sistema de responsabilização penal que conhecemos, questões relacionadas ao sujeito de direito e à norma jurídica encontram-se na base do discurso traduzido no princípio *societas delinquere non potest*, de aceitação por grande parte dos países do continente europeu e latino-americano. Na contramão, países de tradição anglo-saxônica adotam teorias que conduzem à máxima inversa, traduzida na expressão *societas delinquere potest*.

É certo que o estudo sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve se preocupar com a análise da perspectiva histórico-dogmática das teorias que conduziram a concretização dos princípios acima, que são antes resultados teóricos do que simples escolhas de política criminal. Mas, na medida em que o presente trabalho almeja a resolução de um problema concreto criado pela já concretização da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil, o ponto de partida é posterior a essa (importante) discussão, pelo que a deixarei a cargo daqueles que a ela se

responsável pela falha de outro. A questão que parece se olvidar é o fato de que os conceitos de culpabilidade desenvolvidos para a pessoa jurídica já pressupõem uma resposta para o problema anterior, que é a de que ela deve ser responsável por algo que pertence a ela, e por isso ela possui uma culpabilidade própria vinculada a algo que ela própria responde por algum motivo (sua falha ou seu caráter, por exemplo), o que determina conseqüentemente o modelo de imputação que se dá de acordo com a residência da culpabilidade na responsabilidade da pessoa jurídica (se ela é responsável por sua falha, há que se construir maneiras de se lhe imputar suas falhas; se ela é responsável por seu caráter, maneiras de se lhe imputar seu caráter). A culpabilidade, como fundamento da responsabilidade da pessoa jurídica, é o que justamente delinea os modelos de imputação, cada um imputando a sua maneira aquilo que entende deva ser imputado (e esse “que deva ser imputado” é a expressão daquilo “que é de responsabilidade da pessoa jurídica – sua culpabilidade”). Questão diversa, contudo, é que alguns conceitos de culpabilidade servem para fundamentar às vezes mais de um modelo de imputação do delito à pessoa jurídica (e isso se deve às abrangências de seus conteúdos), por isso a confusão de muitos. (BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 89).

debruçaram.¹⁰¹ No entanto, a relação entre a ideia de sujeito de direito e a concepção de norma jurídica que a princípio fundamentam o rechaço à responsabilidade penal de entes coletivos, parece importante ser demonstrada, porque influi diretamente na ideia da culpabilidade penal das pessoas jurídicas. Assim, de forma resumida e com apoio nas referências citadas em notas, passo a ela.

Com o advento das ideias iluministas do século XVIII, a concepção quanto à relação do indivíduo, pessoa natural, com o Estado passa a ser a de que este é garantidor da liberdade e autodeterminação daquele, que, por sua vez, passa a ocupar lugar central na concepção de mundo, levando ao rechaço da responsabilidade coletiva, por consequência da incompatibilidade da ideia de liberdade e autodeterminação com a de reprovação por fatos alheios a tais aspectos. Os primeiros escritos da época que davam conta de tal incompatibilidade a fundamentavam tanto na ausência de capacidade delitiva como na de compreensão da aplicação da pena por parte das pessoas jurídicas.¹⁰²

Sustentar a ausência de responsabilidade penal coletiva foi, assim, uma concretização consequente das ideias de que o homem era o centro da ordem social e de que qualquer responsabilidade coletiva nada mais seria do que uma responsabilidade dos membros de tal coletividade, só possível, portanto, caso tanto a imputação como a pena fossem determinadas e dirigidas àqueles. Mas, caso os componentes, os indivíduos, das pessoas jurídicas fossem os reais destinatários da norma penal, recair-se-ia responsabilidade até mesmo aos membros futuros daquela coletividade, que sequer tivessem tido participação no fato pretérito, o que tornaria, de tal forma, irracional e autoritária a responsabilidade penal de entes coletivos.¹⁰³ ¹⁰⁴

¹⁰¹ Uma boa análise sobre o tema pode ser encontrada em BACIGALUPO, Silvina *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 37/87. Também em: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *Títol. La Imputación penal de las personas jurídicas: análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 31/34. No Brasil: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 1999.

¹⁰² BACIGALUPO, Silvina *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 50-51.

¹⁰³ Quanto aos primeiros escritos, menciona-se Malblanc e tais referências históricas são vistas em S. BACIGALUPO, *ibidem*, p. 50/52.

¹⁰⁴ Há opiniões de que o afastamento de responsabilidade penal de entes coletivos se deu na época por questões de política criminal, haja vista a perda de poder das corporações na Idade Média e o posterior alcance das ideias iluministas que se desenvolveram quando as corporações, portanto, já se encontravam relegadas à importância. No entanto, o que nos interessa, nesse estudo, são os resultados advindos da razão (de concepções filosóficas), a fim de que se possa analisar a racionalidade de tal responsabilidade, no caso de os rumos da política criminal serem outros, como atualmente demonstram ser. Para os argumentos históricos de política criminal, ver S. BACIGALUPO, *ibidem*, p. 50/52.

Apesar de tais ideias iluministas terem alterado profundamente a relação entre o indivíduo e o direito, levando ao rechaço da responsabilidade penal de coletivos, foi Savigny que aportou à discussão fundamentação teórica e filosófica, apoiando-se “sobre os conceitos fundamentais da filosofia kantiana e neokantiana, ou seja, da personalidade em um sentido ético-filosófico, sobre a qual se fundamenta toda a filosofia do Direito daquela época”. Como destaca S. BACIGALUPO, da ideia de que todo o direito se fundamenta na liberdade moral inerente à pessoa individual, Savigny deduziu que “o conceito originário da pessoa ou do sujeito de direito tem que coincidir com o conceito de ser humano; e essa identidade originária de ambos os conceitos se pode expressar na seguinte forma: toda pessoa individual e só ela tem capacidade jurídica”.¹⁰⁵

Essa visão de Savigny, conhecida como teoria da ficção, baseada numa concepção de liberdade ética, conduziu, de forma lógica, ao tratamento das pessoas jurídicas como entes fictícios, porque desprovidos de tal liberdade,¹⁰⁶ e conseqüentemente de vontade própria, o que leva a dizer que a expressão de vontade da pessoa jurídica é nada mais do que a vontade dos seus representantes tratada como se sua fosse. Sendo assim, outras concepções de sujeitos de direito só poderiam ser extraídas da capacidade jurídica de pessoas físicas a eles vinculadas. Como o direito penal, no entanto, diferentemente do direito civil, dependeria da existência de pensamento e vontade, as pessoas jurídicas por conta de tais empecilhos filosóficos restariam excluídas deste âmbito de atuação do direito,¹⁰⁷ porque lhes faltaria capacidade de delinquir (*societas delinquere non potest*).

Em contrapartida à visão de que a personalidade jurídica (a qualidade de sujeito) advém da liberdade ética dos indivíduos, outras teorias se desenvolveram em torno de diferentes fundamentos para a personalidade jurídica, a exemplo da teoria da responsabilidade real da associação, ou teoria orgânica, de Gierke, segundo a qual a pessoa jurídica poderia ser encarada como pessoa real na medida em que é apta a influir na realidade do mundo, por meio do exercício de suas finalidades, possuindo a expressão de tais exercícios um significado social similar às

¹⁰⁵ Para maiores detalhes a respeito da discussão em torno do desenvolvimento e da fundamentação filosófica das ideias de Savigny, ler diretamente a fonte, onde há comentários baseados na percepção de Binder e de outros autores: idem *ibidem*, p. 55/56.

¹⁰⁶ Há os que fundamentaram, mesmo a partir das ideias de Savigny, que pessoas jurídicas também seriam portadoras de uma liberdade capaz de dotá-las de personalidade jurídica, mas como mostra S. BACIGALUPO, estas ideias se baseavam em concepções de um sujeito psicológico, e não de um sujeito ético, como foi demonstrado por Binder. (BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 58/59).

¹⁰⁷ Idem *ibidem*, p. 60.

consequências das ações dos indivíduos. Dessa forma, a personalidade jurídica adviria da realidade social e não da concepção de indivíduo, e sua atribuição, pelo direito, às pessoas físicas seria antes uma afirmação da realidade do que sua negação (como encarado pela teoria de Savigny).¹⁰⁸

Pode-se dizer que o ponto de partida da teoria de Savigny se mostra prévio ao direito (um conceito pré-jurídico de sujeito), enquanto que para Gierke a personalidade jurídica deveria ser declarada pelo direito (conceito jurídico de sujeito), àqueles aos quais determinados efeitos sociais podem ser atribuídos.¹⁰⁹ Como os fundamentos partiam de pontos diferentes, Gierke sequer negou a teoria de Savigny, senão a reconheceu. No entanto, a capacidade de vontade, inerente à personalidade ética do indivíduo e necessária para considerá-lo sujeito de direito na visão de Savigny, para Gierke decorreria do próprio direito objetivo, e se expressaria, no caso das pessoas jurídicas, por meio de seus órgãos (teoria orgânica).¹¹⁰

Dessas duas, digamos, teorias-mães, desdobrou-se a discussão em torno da possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, de modo que a as teorias desenvolvidas posteriormente se orientam sobre a existência ou não de alguma capacidade de vontade em entes coletivos.

Com base na demonstração de S. BACIGALUPO, a respeito das teorias que surgiram daquelas correntes iniciais, pode-se pontuar principalmente a de von Liszt, que reconhecia (numa análise incoerente com sua própria teoria da ação) capacidade de ação para as pessoas jurídicas, mas não de culpabilidade, resultando na possibilidade de puni-las com aplicação de medidas de segurança; e a de Hafter, que aportou e desenvolveu para o direito penal as ideias de Gierke, partindo-se de uma concepção de vontade especial das associações, que seria uma vontade própria formada pelas vontades das pessoas físicas associadas: uma vontade da associação que, no entanto, não pode, por ele, ser diferenciada filosoficamente da vontade das pessoas físicas, e que foi simplesmente apontada como existente, com a ressalva de que a vontade individual pode não corresponder com os interesses do indivíduo, senão com os interesses da própria associação.¹¹¹ Assim, indivíduos teriam interesses próprios relativos às suas condições de membros de

¹⁰⁸ Idem ibidem, p. 63.

¹⁰⁹ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 64.

¹¹⁰ Idem ibidem, p. 64/65.

¹¹¹ Idem ibidem, p. 71/72,

determinadas associações, que poderiam diferir de seus interesses relativos às suas posições como cidadãos comuns. Portanto, a vontade própria da associação seria não a soma das vontades dos indivíduos, senão o resultado alcançado no conjunto de vontades dos associados.

É por Hafter também que se passa a conferir destaque à ideia da natureza da organização da associação, que, para ele, numa concepção pré-jurídica, seria a “forma de articulação do funcionamento da associação e de sua manutenção no tempo”, de onde se extrairiam as essências da vontade e da ação de dada associação.¹¹²

Em linhas gerais, para Hafter, a organização impor a estruturação da associação por meio de órgãos, visando à execução de suas finalidades (vontades), de tal forma que a atividade dos órgãos estaria sempre vinculada ao resultado final pretendido pela associação, e para isso cada órgão teria âmbitos de atuação predeterminados. Sendo assim, desde que os órgãos atuassem em razão do objetivo a que servem no todo da estrutura, portanto dentro de seus âmbitos de atividades e voltados à realização de suas funções, estariam representando a vontade da associação (conjunto dos interesses dos associados), e agiriam, assim, em nome da própria associação e não dos indivíduos que se fazem de associados, porquanto como indivíduos suas vontades podem ser diferentes de suas vontades como integrantes da associação. Dessa forma, os atos de criação e estabelecimento de funções aos órgãos, como leis e estatutos refletiriam a própria vontade das associações, e o exercício dessa vontade, seja por meio de seus órgãos ou de qualquer indivíduo, seria uma ação da própria associação, distinta da ação dos indivíduos que a compõem, porquanto um exercício baseado em uma vontade própria da coletividade. No entanto, apesar de Hafter separar a vontade da associação da vontade dos indivíduos que a compõem, une a vontade da associação com a vontade dos indivíduos executores da ação delituosa, aqueles que atuam, seja por meio dos órgãos ou isoladamente, para a consecução do delito em razão das finalidades da empresa.¹¹³ Essa é a distinção que permite afirmar, sem confundir, que, para Hafter, há, assim como para Gierke, uma dupla culpabilidade nos crimes cometidos por meio das pessoas jurídicas. Tal duplicidade de culpabilidade, portanto, não advém do fato de que os integrantes da associação

¹¹² BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 72.

¹¹³ *Idem ibidem*, p. 79.

sejam colateralmente culpáveis, senão de que um crime imputado a uma pessoa jurídica necessita da culpabilidade de um executor da ação delituosa.¹¹⁴

Assim a teoria de Hafter, com sua ideia de vontade especial (*Sonderwille*) das associações, e principalmente, com o desenvolvimento, em linhas iniciais, da ideia de organização, teve contribuição significativa para o debate, por conta de, mais a frente, permitir o desenvolvimento de um conceito de culpabilidade próprio da pessoa jurídica com base em tal ideia de organização: de forma sucinta, caso as pessoas jurídicas possuam, de fato, uma vontade real, que se expressa em ações próprias, que não se confundem com as ações de seus integrantes, então essa vontade por trás da ação pode ser considerada culpável, desde que seja uma vontade qualificada que se possa presumir em um adulto normal.

Mas é preciso ainda pontuar que, para Hafter, o conceito de sujeito de direito não se extrai de uma concepção pré-jurídica de sujeito, senão pela outorga de capacidade afirmada pelo próprio direito, tanto para pessoas físicas como para as jurídicas.¹¹⁵ E uma crítica se torna aqui necessária. Em determinado momento, Hafter chega à conclusão de que, apesar da capacidade jurídica e, portanto, do status de sujeito de direito serem conferidos pelo sistema jurídico, isso não é determinante para sustentar a responsabilidade penal de um sujeito de delito.¹¹⁶ A colocação de Hafter parte da ideia de que o direito penal, visando à proteção de bens jurídicos, deve agir onde quer que o delito se encontre, de tal forma que o sujeito de delito seria mais um objeto do direito do que propriamente um sujeito de direito. No entanto, notadamente, tal conclusão só pode advir de uma visão restrita à ideia de prevenção especial negativa dos fins da pena. Pois, adotando-se uma concepção positiva, geral ou especial, tornar-se-ia inalcançável tal resultado, uma vez que, objetivando-se a prevenção de bens jurídicos, é necessário reconhecer capacidade de agir em um sujeito do delito, já que se busca a afetação de sua subjetividade com a ameaça de pena, e não apenas sua neutralidade ou retribuição, por meio da aplicação de sanção.

E é exatamente por conta do diferente foco empregado à discussão, qual seja, a teoria dos fins da pena, que S. BACIGALUPO, acertadamente, acentua a importância dos aportes de Busch para a discussão. A conclusão de Busch parece alcançar o ponto nodal do debate em torno da

¹¹⁴ Idem ibidem, p. 79.

¹¹⁵ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 73/74.

¹¹⁶ Idem ibidem, p. 74.

responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹¹⁷ E começo a explicar pelo fim. A partir de todas as diferenças nas premissas estabelecidas por ele, (que aqui, não menos importantes, se tornam secundárias na análise), seu pensamento é inaugural no sentido de sua preocupação centralizar-se nas finalidades da pena. Ele andou bem ao partir da provocação, que aqui muito nos interessa, sobre “se é útil e justa tal responsabilidade”.¹¹⁸ ¹¹⁹

Busch foi o primeiro a fazer tal questionamento,¹²⁰ que tem sua importância no fato de que é a partir dele que começam a surgir as necessárias respostas. A questão sobre se é a pessoa jurídica uma ficção ou uma realidade, parece ser suplantada nesse momento por outra mais eficiente: se a pessoa jurídica é uma ficção ou uma realidade especificamente para o direito penal. Seria possível fazê-la reagir aos estímulos da pena e alcançar as finalidades pretendidas? Ou seja, se é útil tratar uma associação como sujeito pelo direito penal, por certo ela é uma realidade ao direito penal, ou deve vir a ser.¹²¹ Sendo útil, há maneiras de que a atribuição de responsabilidade

¹¹⁷ A utilização da obra de S. BACIGALUPO como apoio nessa parte da descrição do desenvolvimento das ideias em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica se justifica nesse momento conclusivo. Explico: o pensamento de Busch parte de ponto em que, há tempo, acredito ser exatamente o correto para o desenvolvimento dos aportes teóricos relacionados ao instituto em exame (responsabilidade das pessoas jurídicas), falo da teoria dos fins da pena; e o percurso desenvolvido por S. BACIGALUPO é interessante porque desagua, conclusiva e pontualmente, nesse pensamento de Busch, que, a meu ver, pode ajudar em muito também no desenvolvimento das ideias em torno da aferição de culpabilidade das pessoas jurídicas, como veremos adiante. E, portanto, preferi seguir os passos já desenvolvidos na obra da autora, uma vez que o tema aqui é colocado de maneira descritiva e não crítica, apesar de críticas bem pontuais terem sido realizadas. (BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001).

¹¹⁸ Como bem coloca S. BACIGALUPO: En este contexto lo importante es determinar la *función de la pena*, pues sólo a partir de ahí se podrá fundamentar la conveniencia o no de sostener una responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, la pena es un medio de coacción estatal para la protección de la sociedad. El Derecho, por lo tanto, tiene como fin la protección de la sociedad. El Derecho, por lo tanto, tiene como fin la protección de intereses, bienes y valores que la sociedad considera merecedores de protección y sirve para proteger a la sociedad. La pena tiene la función principal de responder frente a hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Dado que tales comportamientos frecuentemente son realizados para la realización de intereses de una asociación no sería contradictorio con la función de la pena la aplicación de penas a la asociación. Ello sería necesario, siempre y cuando los efectos de la pena sobre el autor individual no fueran suficientes para prevenir con un resultado satisfactorio los comportamientos antijurídicos del poder de una asociación. (Idem *ibidem*, p. 85).

¹¹⁹ Há tempo, e por contribuições precisas de ROXIN (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32 e ss.), parece indubitável ser obrigatoriamente este o ponto a se tomar de partida para a análise de qualquer instituto de direito penal. Penso que o direito deve ser funcional, e tal função deve encontrar limites, como a dignidade da pessoa e os objetivos do estado, pois os fins não justificam os meios. Caso essa função não exista, não há que se falar em utilidade (termo não ligado aqui à ideia de utilitarismo), caso os limites não sejam observados, não se pode falar em justiça.

¹²⁰ “(...) Busch es el primero que intenta dar solución a la responsabilidad penal de la persona jurídica tomando como punto de partida las *funciones de la pena*.” (Idem *ibidem*, p. 86.)

¹²¹ E. BACIGALUPO, em outras palavras, afirma que: “la posibilidad teórica de una responsabilidad penal de las personas jurídicas es una consecuencia deductiva del punto de partida del sistema teórico penal y, por tanto, em primera línea de las teorías de la pena. Considero, en este sentido, que las teorías de la pena desarrolladas desde fines

e, conseqüentemente, a aplicação de sanção em decorrência da pretérita atribuição observem parâmetros de justiça, de modo que não seja utilitarista, senão respeitosa aos direitos? Se sim, deve-se elaborar esses parâmetros de justiça, o que se faz por meio da categoria da culpabilidade, pois os pressupostos e a medida dessa sanção serão o contraponto de justiça às finalidades da pena (na medida em que culpabilidade e finalidades da pena parecem mutuamente se pressupor ou se conter).

E, por isso, afirmei acima que a teoria de Hafter era problemática ao encarar a questão por um viés unicamente especial negativo, ao passo que Busch adentrou o terreno mais firme e propício à proteção dos bens jurídicos, ao voltar-se para a prevenção geral da pena. Daqui, bons resultados passam a ser alcançados, e para a uma demonstração básica da evolução histórica em torno do tema, acredito ter sido, com base em S. BACIGALUPO, delineado o mais importante.

A partir dessas colocações, tenho agora já um dos pés firmados no solo do direito penal democrático (uma das bases é a atenção às finalidades do direito penal, a fim de evitar uma punição que não atenda a nada, portanto ilegítima), e passarei à construção de meu outro ponto de apoio, a fim de discutir com mais segurança as demais questões.

2.2. **Sistemas de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas e a questão da culpabilidade**

Suponhamos uma tradicional família isarlandense¹²², no lugar de uma empresa. Todos moram juntos (Moradores) em uma grande fazenda (Fazenda). Além da sede, onde moram o patriarca e a matriarca da família, há mais três casas que a orbitam, uma para cada um dos três filhos do casal, que criam também suas famílias, de modo que em cada uma dessas casas moram mais três pessoas (os filhos, as noras e os netos). É acordado que cada um dos filhos contribui com uma quantia mensal, confiada ao patriarca, que cuida da administração da Fazenda (das cercas, dos cultivos, dos animais, das redes de esgoto, da eletricidade e etc). Todos vivem em harmonia e com desejo genuíno de ali permanecerem, porque aquela simples associação proporciona conforto

del 1700 conllevan em su definición de la esencia o de los fines de la pena, también la definición del sujeto del derecho penal. Tanto las teorías absolutas como las teorías relativas de la pena establecen una relación entre la función de la pena y la voluntad natural del autor que es determinante del sujeto del derecho penal. (BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ªed., 2012, p. 102-103).

¹²² Gentílico do país hipotético Isarland.

aos Moradores. Mas, são uma família, não esqueçamos.¹²³ Pedro, o primogênito do casal, se irrita com Lucas – o caçula – que decidiu comprar um cachorro da raça Pitbull para seu filho mais velho, por desconfiar da agressividade que entende ser inerente à raça. O cachorro terá que viver com todos apesar da discordância de Pedro, pois a maioria, formada pelo conselho dos filhos e noras, presidido pelo patriarca, que não vota (em caso de empate, a matriarca decide), entende que Lucas tem esse direito, e que o custo do cão deve ser incluído nos custos da Fazenda, bem como que o mesmo terá seu espaço no canil dos outros cães.

Em Isarland, há um tipo penal que descreve e proíbe a seguinte conduta: “Art. 343 - permitir que animal acima de 15 (quinze) quilogramas adentre rodovia pública: pena de seis meses a um ano de prisão. §1º se a entrada do animal na rodovia causar acidente veicular, a pena será de um a dois anos de prisão. §2º, se o crime é culposo, e a entrada do animal causa acidente veicular na rodovia, a pena será de seis meses a um ano”. Um dispositivo do Código Penal de Isarland, semelhante ao dispositivo do art. 3º da Lei brasileira nº 9.605/98, dispõe que “as fazendas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu administrador, ou de seu conselho, no interesse ou benefício da sua fazenda” – a pena para as Fazendas é de multa, e suas responsabilizações não excluem a dos indivíduos vinculados ao fato delituoso.

Após a decisão do conselho dos filhos e noras, o patriarca, administrador da Fazenda, executa a decisão, determinando aos empregados que cuidem do Pitbull, que se incorpora naturalmente ao patrimônio da Fazenda. No fundo, o patriarca concordava com Pedro, mas ele deve ser democrático e a decisão do conselho deve ser mantida – o interesse do conselho foi o de manter a liberdade dos irmãos e a harmonia de todos.

O patriarca e Pedro, preocupados com a decisão do conselho, cientes das normas penais e sabendo da força do cão, determinam seja reforçado o cercamento da Fazenda. O filho de Lucas, contudo, que era já imputável, apesar de ter 8 (oito) anos de idade, resolveu levar o cachorro até o lago Sul da Fazenda, fronteira que fica às margens da rodovia federal, onde o animal, ágil e forte, conseguiu quebrar, com muito custo, a cerca reforçada, sem que a criança-adulto (o contrassenso

¹²³ Em uma empresa poderia ser pior.

não é meu, é do Congresso de Isarland)¹²⁴ pudesse ter feito algo, invadindo a rodovia e causando o acidente de um automóvel que passava e tentou desviar do animal. Não houve feridos.

Excluindo desta discussão o fato do tipo penal ser de perigo abstrato, da norma que atribui responsabilidade penal à Fazenda ser mal construída, de não haver um sistema que permita aferir sua culpabilidade e de gradar a pena que a ela deva ser aplicada, questões das quais nos afastaremos nesse exemplo porque foram incluídas apenas para se aproximar da realidade da Lei de Crimes Ambientais brasileira,¹²⁵ o fato é que há um problema concreto no fundamento da previsão de responsabilidade penal à Fazenda, que deve ser solucionado.

Há muito, o direito penal resolveu o problema de responsabilizar penalmente o cão do filho de Lucas (falo do Pitbull, pra afastar a ambiguidade), já que o mesmo não seria dotado de racionalidade suficiente para decidir entre adentrar ou não a rodovia, violando ou não a norma de proibição (mesmo que tenha desconsiderado os berros de seu dono). E também já resolveu, e consolidou a solução, o problema de responsabilizar Lucas ou todos os integrantes da família pelos atos inconsequentes de seu filho (em tempos remotos, já se puniu integrantes de famílias e de tribos pelas condutas de um de seus membros)¹²⁶. Diga-se o mesmo quanto ao problema de sancionar penalmente o filho de Lucas pelas realizações de seu cão (desde que o menino não tenha colaborado para tais realizações).

Todas essas conquistas do direito penal, citadas acima, encontram-se positivadas na ordem constitucional brasileira (art. 5º, XXXIX, da CR), por meio do princípio da culpabilidade, para o qual uma reprovação só toma acento quando aquele que se objetiva punir sabia exatamente o que fazia, que seu fazer era proibido e, concretamente, o poderia ter evitado; enquanto não

¹²⁴ Como o que faz sentido hoje pode não fazer amanhã, minha crítica se dirige a uma discussão atual brasileira, relativa à recente aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, da PEC 171/93, que sem qualquer justificativa empírica – os dados mostram que apenas 1% dos delitos são praticados por menores de 18 (dezoito) anos, que já são punidos em um sistema de justiça penal juvenil – tenta reduzir a maioria penal brasileira de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos.

¹²⁵ Lei 9.605/98.

¹²⁶ Cf. BARBOSA: “Como exemplo, cita-se o Direito babilônico (que no Código de Hammurabi previu a responsabilização da cidade perante a vítima pela prática de certos delitos), o Direito grego (em relação ao qual, pode-se exemplificar com a punição corporativa das organizações coletivas – thiasos – de cunho social ou religioso por seus delitos), e mesmo o Direito Romano.” BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 18.

demonstradas tais premissas, a pessoa deve ser considerada inocente.¹²⁷ O que está por trás dessas ideias é basicamente a fórmula “liberdade + responsabilidade”.¹²⁸

Essas conquistas não habitam nosso mundo por acaso, mas resultam de teorias sociais que se provaram mais justas do que outras, e que se consolidaram no mundo moderno por conta da evolução social, que abandonou gradativamente o estado de barbárie institucionalizado para buscar viver em ambientes justos e racionais. E não é que seja difícil demonstrar os melhores resultados dessas teorias em comparação às outras, por vários aspectos e vieses, mas isso não se faz necessário já que estão consolidadas em nosso ordenamento jurídico constitucional (e eu também as consolido em Isarland) como cláusulas imutáveis, pétreas, representando direitos fundamentais conquistados pelo homem em sua luta contra o poder repressor estatal e revestindo-se de garantias contra qualquer tentativa de abuso desse poder.

Mas não bastasse vincular à norma penal os Moradores da Fazenda, o legislador de Isarland entende que também é necessário dar um recado para as Fazendas em si, para que protejam as rodovias, porque nem sempre é possível identificar o real dono do animal solto nas estradas.¹²⁹ ¹³⁰ E resolve dizer que, como citado no exemplo, “as fazendas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu administrador, ou de seu conselho, no interesse ou benefício da sua fazenda”. Aqui, reside o problema. A partir da conclusão de que aqueles princípios estão em vigor e que tornam a punição da fazenda de Isarland questionável (primeiro, porque não é fácil sustentar a liberdade e segundo,

¹²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 3ªed., 2008, p. 32.

¹²⁸ “(...) la vinculación entre libertad y responsabilidad se muestra como un carácter decisivo de la culpabilidad jurídico-penal” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 308).

¹²⁹ Os argumentos fora de Isarland também são, por vezes, pragmáticos, e em suma justificam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (i) por conta das dificuldades práticas em se exigir responsabilidade penal às pessoas físicas inseridas nas pessoas jurídicas (que podemos chamar de argumento pragmático de impunidade), (ii) ou que a responsabilidade das pessoas jurídicas aliviará a tensão dos sistemas de responsabilidade individual, na medida em que reduzirá os esforços em relativizar categorias dogmáticas individuais para possibilitar a reponsabilidade individual em situações limítrofes ou duvidosas (que podemos chamar de argumento pragmático irracional: já que se justificar a responsabilização de uma pessoa a fim de se racionalizar melhor a responsabilização de outra). Sobre esses argumentos: RIPOLLÉS, José Luis Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2012, p. 3.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, justifica também a previsão de responsabilidade penal às pessoas jurídicas com base em argumentos pragmáticos, cf.: ESTELLITA, Heloísa. *A responsabilidade isolada da pessoa jurídica por crimes ambientais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais>>. Publicado em: 16.12.2014. Acessado em: 27.5.2015, p.)

¹³⁰ Os argumentos corretos de política criminal virão ao longo do texto, de forma que a nota anterior pretendia apenas resumir os argumentos pragmáticos que não possuem o menor sentido e não serão analisados no texto.

mas por conta do primeiro, a responsabilidade da Fazenda), há solução que torne a punição compatível com tais princípios?

Há três formas de raciocinar esse problema.¹³¹ No exemplo da Fazenda, podemos entender que o cachorro,¹³² ou melhor, que o filho de Lucas é um integrante da Fazenda, e que, portanto, esta responderá pelos seus atos causadores de danos¹³³, sem a atribuição de culpabilidade qualquer (modelo de responsabilidade vicarial),¹³⁴ responsabilizando-a de forma objetiva. Pode-se “buscar um princípio que legitime atribuir à pessoa jurídica a culpabilidade de uma pessoa física” (modelos de heterorresponsabilidade),¹³⁵ seja por meio de “critérios de equidade”¹³⁶ ou de “critérios de autorresponsabilidade”¹³⁷. Podemos entender também que à Fazenda se deve imputar

¹³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, como já mencionei, é responsável pela melhor categorização dos modelos de imputação de responsabilidade, porque o faz em torno do eixo da imputação de culpabilidade alheia ou própria e, portanto, só trabalha com modelos que incluem critérios de imputação pessoal (seja imputação de culpabilidade alheia ou própria), afastando de sua classificação os casos de responsabilidade objetiva ou pelo resultado, como o modelo vicariante. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 139-143).

No entanto, a responsabilidade vicariante pode ser encarada como expressão máxima de um modelo de heterorresponsabilidade, como mostra FEIJOO SÁNCHEZ em obra que publica, inclusive, em coautoria com GÓMEZ-JARA DÍEZ (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 73-74). Por essa razão, entendi mais apropriado incluir o modelo vicarial, apesar de ser uma espécie do gênero heterorresponsabilidade, como outra categoria, para uma melhor organização do quadro de amostras.

¹³² Aqui, não faz muita diferença incluir um inimputável, um cão ou um raio que cai do céu, a responsabilidade da Fazenda se daria de forma objetiva do mesmo jeito.

¹³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ faz referência a estes modelos, nos quais a única preocupação é a demonstração da causação de um dano, uma forma de responsabilidade objetiva do Direito civil que “se assemelha muito ao *Strict Liability* do mundo anglo-saxão” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 140, nota de rodapé 5).

¹³⁴ No modelo puro de heterorresponsabilidade ou de responsabilidade vicarial, o delito do administrador ou do representante legal, ou sua falta de controle gera automaticamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por reflexo ou por rebote. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 73).

¹³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 141.

¹³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ pontua que, na doutrina espanhola, os autores que vinculam mais a responsabilidade da pessoa jurídica à da pessoa física introduzem critérios de equidade (mais do que critérios de autorresponsabilidade) para evitar a responsabilidade por fatos que não são possíveis de organizar, e que esses critérios em geral se correspondem às exigências do art. 31 *bis*. do Código Penal espanhol, pelo que se limitam os autores à exegese do preceito (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *op. cit.*, p. 73).

Pode-se dizer que a doutrina brasileira, de certa forma, tem feito o mesmo. Pode-se dizer também que se a heterorresponsabilidade é imputada com base em critérios de equidade e não de autorresponsabilidade, em tese, não se está buscando uma culpabilidade que justifica a imputação, e esses elementos conduzem a uma responsabilização objetiva, por isso não foram incluídos na sistematização de GÓMEZ-JARA DÍEZ, já comentada na nota 131, mas foram aqui incluídos para que ao longo do trabalho sejam explicadas suas consequências.

¹³⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ identifica a existência de muitos modelos que exigem uma imputação pessoal às pessoas jurídicas e, por consequência, não podem ser encarados como responsabilidade vicarial, e que constroem essa

sua própria culpabilidade (modelos de autorresponsabilidade),¹³⁸ que em casos extremos “acabam convertendo os seres humanos em desnecessários”.¹³⁹

Vejamos, então, como se comporta cada um dos modelos em nosso exemplo da Fazenda.

2.2.1. Da heterorresponsabilidade pura ou responsabilidade vicarial

O direito civil, que não pretende prevenir a violação a bens jurídicos com imposição de penas, senão apenas reparar os danos causados a eles, não se preocupa com as finalidades da pena, e os benefícios do negócio podem fundamentar a assunção também das perdas, de modo que a conta bancária da Fazenda poderá servir para ressarcir os prejuízos do veículo, por conta do simples vínculo causal existente entre um patrimônio da associação que causa um dano a terceiro (modelo vicariante).

Mas o direito penal possui aqui uma missão especial, como bem lembrou Busch,¹⁴⁰ que é a de proteger bens jurídicos, e o faz da seguinte forma: primeiro, ele avisa aos isarlandenses que não será aceita a conduta de permitir que animais acima de 15 (quinze) quilogramas adentrem rodovias públicas, e para isso afirma a validade e importância dessa norma cominando pena de prisão por seu descumprimento, e, conseqüentemente, a sociedade de Isarland, que estava preocupada com esses animais na rodovia, passa a se sentir também mais protegida socialmente, porque cria a expectativa de que isso não ocorrerá, ou ao menos não com a mesma frequência (*prevenção geral positiva*); segundo, os legisladores de Isarland, com a criação daquela norma, deram um recado preciso e intimidador aos donos de animais, que por receio da sanção provavelmente se cercarão de todos os cuidados necessários para que seus animais não adentrem as rodovias (*prevenção geral negativa*); terceiro, aqueles que, apesar da norma, continuarem deixando seus animais adentrarem as rodovias serão neutralizados por um tempo, e isso evitará que durante esse período esse mesmo indivíduo volte a permitir que seu animal adentre a rodovia e, posteriormente, o fará

imputação tendo em conta a dimensão organizativa da empresa, concebendo a culpabilidade organizativo-empresarial como uma culpabilidade jurídico-penal, sem que se consiga erradicar a dependência conceitual com respeito às pessoas físicas e, portanto, ele os nomeia como “modelos de heterorresponsabilidade com tendência à autorresponsabilidade”. (GÓMEZ-JARA DÍEZ. op. cit., p. 139-143).

¹³⁸ “(...) Son cada vez más los conceptos de culpabilidad que se centran en la identidad de la empresa y sus características distintivas para proceder a realizar el correspondiente juicio de culpabilidad.” (GÓMEZ-JARA DÍEZ. op. cit., p. 140)

¹³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, op. cit., p. 73.

¹⁴⁰ Ler capítulo anterior.

repensar a prática, com receio de voltar a sofrer a punição (*prevenção especial negativa*).¹⁴¹ Pensando dessa forma ao estabelecer regras, o legislador pretende que nenhuma limitação de direitos decorrente da imposição e aplicação de pena seja irracional ou supérflua, porque esse parece ser seu dever.

Pois bem. Caso o legislador, querendo resolver o problema da responsabilidade da Fazenda, pretenda fazê-lo da mesma forma racional com que pensou ao criar a lei dirigida às pessoas físicas, ou seja, pensando em proteger o bem jurídico de forma útil e justa, não deverá responsabilizar a Fazenda pelo simples acontecer dos fatos (responsabilidade objetiva); do contrário, acabaria por criar nos Moradores um sentimento de indiferença pelo bem jurídico, já que de nada adiantou se voltar à proteção do mesmo, investir tempo e recursos para a realização dessa tarefa, como o reforço das cercas, se o simples acontecer do evento causal já é suficiente para responsabilizá-la – “mais vale deixar como está”, teriam pensado o patriarca e Pedro, quando se decidiram, na posição de representantes da Fazenda, pela prevenção do bem jurídico.

Além do mais, não parece justo punir a Fazenda, nesse exemplo, sem que se leve em conta os recursos e esforços investidos na proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal; que não seja para isentá-la de pena, que sirva ao menos para reduzir-lhe a punição. Do contrário, uma terceira fazenda que resolvesse retirar as cercas, ao invés de reforçá-las, seria punida com a mesma pena aplicada à nossa Fazenda.

2.2.2. Da autorresponsabilidade da pessoa jurídica

Caso o legislador, então, dando-se conta dos argumentos anteriores, resolva punir a Fazenda por sua própria culpabilidade – num modelo de autorresponsabilidade – estará prestigiando a decisão do patriarca e de Pedro, ao se preocuparem com o reforço das cercas. Nesse modelo, de fato ameaçar a Fazenda de pena tem o condão de fazer com que seu administrador, ou seu conselho, busquem orientar as atividades empresariais em prol da proteção do bem jurídico, a fim de evitar a sanção. Como sabemos intuitivamente que isso é possível, podemos começar a acreditar que de fato existe uma vontade que rege as atividades da Fazenda, uma vontade ao

¹⁴¹ Não me ocuparei da vertente retributivista da pena, por conta desse trabalho ser realizado com foco em soluções viáveis para um Estado Democrático de Direito, como se auto afirma o brasileiro, por meio de sua Constituição Federal.

menos suficiente para o direito penal, que se voltará à criação de mecanismos que reduzam as chances da ocorrência do crime (como o reforço da cerca)¹⁴² – “façamos nem que sozinhos a nossa parte, porque isso é suficiente para resguardar a Fazenda”, seria aqui um pensamento coerente e esperado do patriarca e de Pedro.¹⁴³

Por conta de tais questões, vários autores propuseram a construção e adoção de modelos de autorresponsabilidade, onde o “fundamento da culpabilidade empresarial tem que se encontrar na própria empresa”.¹⁴⁴ Todos que levaram a cabo a tarefa de fundamentar tais modelos, no entanto, parecem ter caído em problemas tão ou mais graves dos que os pertencentes ao modelo anterior.

Lampe se preocupou em desenvolver uma responsabilidade penal da pessoa jurídica que advém da realização de injustos do próprio sistema, e contribuiu com a tentativa de desvincular completamente a culpabilidade (como fundamento da responsabilidade) da pessoa jurídica de um injusto individual alheio, de uma ação de conexão. Os injustos do sistema seriam os comportamentos próprios da pessoa jurídica que, por falha em sua organização ou por conta de sua própria filosofia de atuação, permitem a violação de bens jurídicos. No entanto, apesar do injusto ser aferido da própria falha nas atividades da pessoa jurídica, conectar-se-ia também com o injusto pessoal, numa relação baseada na elevação do risco pela pessoa jurídica para a realização do injusto de resultado de um de seus membros.¹⁴⁵ Até aqui tudo bem.

Como bem destaca, contudo, CAVERO, a culpabilidade de autor do sistema de Lampe, aferida com base no injusto da pessoa jurídica em decorrência de sua filosofia e organização internas, torna discutível sua adoção.¹⁴⁶ ¹⁴⁷ O mesmo problema está presente na proposta de

¹⁴² Não é meu objetivo, nesse texto, fazer uma exposição teórica em relação aos conceitos de vontade da pessoa jurídica, razão pela qual remeto o leitor, aqui, a SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 1999.

¹⁴³ Em relação às finalidades da pena, argumenta TIEDMANN que: “todo ello es cierto sobre todo en cuanto al efecto preventivo dirigido contra los miembros de la sociedad que serán intimados por la condena criminal o/y que reforzarán así su mentalidade de obediencia a las normas jurídicas (prevención llamada general). En este sentido, la condena penal de la empresa pone en claro que la norma jurídica violada se dirige a la empresa y que la violación merece una reprobación social. Pero la prevención juega también en su aspecto especial dirigida contra la empresa condenada que sería intimidada para no reincidir en el delito. (TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista brasileira de ciências criminais* (RBCCrim). jul.set/1995, p. 801/802.

¹⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 197.

¹⁴⁵ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 62.

¹⁴⁶ Idem ibidem, p. 62.

Heine, que, ao fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica na violação de um pretenso dever de administração dos riscos provenientes de sua atividade, desenvolve a culpabilidade a partir da condução das atividades da pessoa jurídica, sem atenção aos fatos defeituosos que levaram concretamente à realização do resultado delituoso.¹⁴⁸

Além do mais, para que se tornasse possível dizer que a responsabilidade da pessoa jurídica advém de um injusto próprio que não é aquele delito específico cometido, dever-se-ia remodelar o sistema jurídico-penal de tal modo que se passasse a criar tipos penais destinados especificamente às pessoas jurídicas, para os quais o injusto se caracterizasse pela simples omissão de determinados cuidados (injusto de organização ou de sistema) – desvinculados de nossos atuais injustos de resultado – espécies de tipos de perigo abstrato, ainda mais genéricos, porque carentes de referência a qualquer bem jurídico, o que desnaturaria por completo isso que hoje podemos chamar de direito penal.¹⁴⁹ ¹⁵⁰ Essa crítica foi bem desenvolvida também por

¹⁴⁷ ROXIN discute a adoção de correntes de culpabilidade pelo caráter que fundamentam as ideias de culpabilidade de autor. (ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141-143).

¹⁴⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ conduz a mesma crítica aos sistemas criados por Lampe e Heine: “el gran problema de lampe, en lo que a la culpabilidad se refiere, es que acude a un concepto de culpabilidad – la culpabilidad por el carácter – cuya vigencia como fundamento de la responsabilidad penal está sumamente cuestionado en el Derecho penal contemporáneo. (...) En lo que respecta a la propuesta del propio Heine en relación con la culpabilidad, lo cierto es que incurre en un error semejante al cometido por Lampe. En su ímpetu por establecer que la culpabilidad empresarial no debe vincularse a una decisión concreta de una persona física en un momento determinado, Heine acentúa hasta tal punto la especial dimensión temporal presente en la empresa, que propone un concepto de culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial análogo a la culpabilidad por la conducción de vida. De nuevo, difícilmente se puede entender que se está en presencia de un Derecho penal moderno cuando el concepto de culpabilidad empleado se remite a una construcción teórica cuya vigencia actual se encuentra sumamente cuestionada.” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 197-198).

¹⁴⁹ É essa, aliás, a proposta de ROBLES PLANAS. Sua justificação baseia-se na impossibilidade de, com as regras de imputação comuns ao direito penal, se estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica com base na sua participação para os delitos concretos; ele afirma que não há como se aferir nexo de causalidade entre o fato da desorganização empresarial e o fato que dá existência ao delito. Em síntese, entende que “no se construye la responsabilidad de la persona jurídica transfiriéndole la responsabilidad del administrador o de otras personas físicas que actúan en su seno, sino que se propone concentrarse en el establecimiento e infracción de concretos deberes de organización que corresponden a la propia persona jurídica en relación con la comisión de los concretos delitos.” (ROBLES PLANAS, Ricardo. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*. InDret, n. 2, p. 17, abr. 2006, p. 15-19)

¹⁵⁰ Há um exemplo do que digo no direito administrativo sancionador alemão, que pune o proprietário de uma empresa pela simples desorganização ilícita, sem referência a qualquer específico bem jurídico:

§ 130 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OwiG (tradução livre):

“(1) Quem como proprietário de uma empresa ou uma firma, dolosa ou culposamente, omite as medidas de supervisão que são necessárias para evitar na empresa ou na firma a infração de deveres que recaem sobre o proprietário e à cuja infração se prescreve pena ou multa, viola o direito das contravenções quando cometida uma tal infração que através da devida supervisão poderia ter evitado ou dificultado de forma essencial. Às medidas de supervisão necessárias pertencem também o encargo, a eleição diligente e a fiscalização a cargo de pessoas encarregadas da vigilância.”

CAVERO, para quem, de fato, desconectar por completo o injusto da pessoa jurídica do injusto de resultado ocorrido conduziria à afirmação de que sequer seria necessária a realização deste, situação incompatível “com um sistema ancorado em injustos de resultado”, ainda que se estabelecesse “como condição objetiva de punibilidade a realização de um injusto de resultado por parte de um membro da empresa”.¹⁵¹ ¹⁵² GIMENO, no entanto, ainda pontua com precisão que “por enquanto, se bem seja conceitualmente concebível um sistema de RPPJ que não espere a comissão de um delito por uma pessoa física, todas as legislações o exigem”. E não é sem razão que o fazem.

Nesse modelo, nossa Fazenda só seria punida se se entendesse que a aquisição do cão foi uma medida por si só de elevação de riscos proibidos, e que denota uma desorganização estrutural em seu ambiente, e a punição se daria por seu injusto próprio (falha de organização). Independente do crime cometido, o injusto e, portanto, a medida da culpabilidade seria a organização e sua pena deveria refletir essa organização.

O modelo de Lampe apresenta grandes contribuições, que não serão abandonadas daqui por diante, senão apenas corrigidas, porque não há um injusto próprio na própria organização, há simplesmente uma falha.

2.2.3. Da autorresponsabilidade como critério de imputação da culpabilidade de terceiros

Há ainda, à disposição de nosso legislador, os modelos de heterorresponsabilidade, que imputam às pessoas jurídicas a culpabilidade de terceiros.¹⁵³ É necessário lembrar que a

“(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.“

¹⁵¹ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 66.

¹⁵² A preocupação com a perda de referencial no delito concreto também leva FEIJOO SÁNCHEZ a rejeitar o modelo de Nieto Martín (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 80).

¹⁵³ Uma outra forma de trabalhar os problemas, que foge aos modelos classificados até aqui, seria a de adotar um novo conceito geral de culpabilidade penal, como propôs GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la*

classificação adotada nesse trabalho, proposta por GÓMEZ-JARA DÍEZ, afasta, dos modelos de heterorresponsabilidade, aqueles que culminam em responsabilidade objetiva ou pelo resultado (o vicarial explicado anteriormente), porque exige critérios de imputação pessoal às pessoas jurídicas,¹⁵⁴ que podem ser de “equidade” ou de “autorresponsabilidade”.¹⁵⁵ É por isso que o autor nomeia tais modelos como de “heterorresponsabilidade com tendência à autorresponsabilidade”.

E é exatamente em tais modelos “mistos” que melhores resultados parecem ser alcançados:¹⁵⁶ não há perda de referencial no delito de resultado ocorrido, não se trabalha com conceitos de culpabilidade de autor e ao mesmo tempo a imputação do delito à pessoa jurídica pode se dar por conta de fatores e falhas ligados à sua própria organização e atividade,¹⁵⁷ como originariamente formulado por Tiedmann no direito contravencional alemão,¹⁵⁸ para quem “não é, ou não totalmente, a ação física a que conta, senão que é a violação das medidas e expectativas normativas a que importa para imputar um resultado nocivo a um autor (pessoa física ou moral)”;¹⁵⁹ a noção de reprovação, portanto, decorrente de uma falha ou defeito na organização social, orientar-se-ia por categorias sociais e jurídicas.

E aqui Tiedmann sinaliza uma preocupação, a meu ver, com a mesma questão levantada por Busch, partindo de uma visão já funcional do direito, a respeito da utilidade e justiça da

empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005. No entanto, a formulação proposta tem seus alicerces em teorias sociais de aceitação ainda muito questionadas pela dogmática penal, como a dos sistemas autopoiéticos. Ademais, o novo conceito formulado ainda não é trabalhado pelo restante da doutrina, pelo que me reservei ao que se encontra já mais desenvolvido e próprio para um trabalho limitado como o presente.

¹⁵⁴ Nota 137.

¹⁵⁵ Notas 136 e 137.

¹⁵⁶ SARCEDO também defendeu em sua tese de doutoramento na Universidade de São Paulo (USP) a melhor capacidade dos modelos de imputação mistos em obter os resultados desejados na criminalização. (SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 172, p. 139).

¹⁵⁷ Digo “pode se dar” porque o modelo de responsabilidade pela organização defeituosa não é o único relevante que se pode incluir na classificação de modelos de heterorresponsabilidade com tendência à autorresponsabilidade. Os modelos propostos por Hafter e Busch, também enumerados por GÓMEZ-JARA DÍEZ, no entanto, apesar de terem aportado as mais importantes contribuições para o debate relacionado ao fundamento da imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas (a ideia de organização de Hafter e a ideia de espírito normativo de associação de Busch), apresentaram problemas insuperáveis, reconhecidos pela doutrina em geral, razão pela qual deixarei fora de análise. Para esses problemas, ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. op. cit., p. 145-150.

¹⁵⁸ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 61.

¹⁵⁹ Idem ibidem, p. 61.

responsabilidade penal da pessoa jurídica,¹⁶⁰ ¹⁶¹ quando argumenta ser “unicamente um dogma a afirmação de que, no direito penal, as ações são somente ações humanas”, posto que “a ação de uma empresa também é ação na realidade jurídica”.¹⁶² Um argumento aqui interessante e complementar foi o lançado por Hafter: as diferenças entre a vontade do homem e a vontade da pessoa jurídica não são importantes, o importante é que essa vontade se pode sentir e que há que contar com ela,¹⁶³ já que as pessoas jurídicas também orientam sua atuação em atenção a fatores econômicos externos, dentre os quais, as sanções penais.¹⁶⁴ Assim, sob um viés funcional, como é possível alcançar uma reação própria dos coletivos com a proibição de uma conduta pela cominação de pena apenas aos coletivos,¹⁶⁵ pode-se reconhecer intuitivamente que a pessoa jurídica é idônea para ser destinatária de normas e que tem uma capacidade (seja lá qual for) de autodeterminar suas atividades – podendo, portanto, ser culpável por seus atos.¹⁶⁶ ¹⁶⁷ Deve-se

¹⁶⁰ Questão apresentada na nota 117.

¹⁶¹ O fato de as ideias de Tiedmann parecerem tentar resolver os problemas colocados por Busch pode ser explicado pelas considerações encontradas em GÓMEZ-JARA DÍEZ, que sinaliza menção expressa de que Tiedmann teria partido dos aportes de Busch e Schünemann para a construção de sua teoria (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 150/151).

¹⁶² TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Penal*. Universität Freiburg: Alemanha, ano 1996, ponto 14. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acessado em 17.4.2015.

¹⁶³ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 71.

¹⁶⁴ Esse argumento é de CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 64.

¹⁶⁵ Se é possível que a administração de uma pessoa jurídica não realize, por decisão da maioria dos acionistas com direito a voto, um contrato para a compra de madeiras ilegais, mas que, posteriormente, uma nova votação se abra e, por maioria se determine a compra de tais madeiras, porque, numa renegociação, a compra se tornou mais lucrativa, pode-se dizer que há idoneidade da pessoa jurídica para ser destinatária de normas, na medida em que consegue compreender a mensagem normativa “não se deve comprar madeiras ilegais” e que essa idoneidade é dela e não de cada um dos acionistas porque só o conjunto resulta em força interna suficiente (no caso, a maioria), sendo portanto, o coletivo em si, idôneo para ser destinatário da norma dirigida à pessoa jurídica. (Trata-se de uma modificação do exemplo, voltado às pessoas físicas, apresentado por ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 139).

¹⁶⁶ ROXIN já provou que o conceito de culpabilidade se define melhor pela idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí decorre. (Idem ibidem, p. 138-144) De forma indireta, por entender que a empresa tentará evitar a aplicação de sanção, também reconhece nas pessoas jurídicas idoneidade para serem destinatárias de normas BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 38.

¹⁶⁷ Outros autores parecem partir do ponto inverso, alcançando, porém, a mesma conclusão. Ao invés de reconhecerem por meio da realidade a capacidade das pessoas jurídicas de serem destinatárias idôneas de normas e, por isso, poderem ser tratadas como sujeitos de direito penal, entendem que é o reconhecimento legal das pessoas jurídicas como destinatária da norma (a exemplo da norma §30 OWiG no direito penal alemão) que permite afirmar a capacidade desse destinatário para cumprir ou infringir a norma. (BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de*

dizer, no entanto, que a discussão em torno da idoneidade da pessoa jurídica como destinatária de normas é ainda viva.¹⁶⁸

Parece intuitivo que essa “autodeterminação das atividades” da pessoa jurídica é um resultado de pensamentos, decisões e realizações de pessoas físicas que conduzem as atividades da empresa (ir além necessita de um conceito normativo tão mais abrangente de ação que não se encaixaria sequer ao significado ordinário do vocábulo, apreendido pelo senso comum).¹⁶⁹ Mas também intuitivo é o fato de que tais esforços humanos adquirem um aspecto próprio ao final, porque não se individualizam, senão se materializam como uma decisão do coletivo, de forma que a sanção que se comina à pessoa jurídica visa coagir o coletivo como um todo, e não os homens nele aglomerados. E a diferença disso parece residir no fato de que para um legislador penal preocupado com que a Fazenda reforce suas cercas, não é necessário ameaçar com pena cada um de seus Moradores e responsabilizá-los individualmente caso não protejam a estrada, já que há solução diversa tão eficaz. Desde que a atividade daquele coletivo se volte à realização de tal tarefa, seja por decisão de apenas alguns ou de até mesmo um único Morador, tenha ele ou não tal incumbência naquela estrutura, o bem jurídico estará da mesma forma protegido, porque a decisão de um ou de todos seria realizada da mesma maneira pela pessoa jurídica, com os mesmos

las personas jurídicas. Buenos Aires: Hammuabi, 2001, p. 149). Essa forma de raciocinar o problema parece mais adequada aos que constroem a teoria da imputação penal sustentada na normal penal como norma de sanção, e não de conduta, mais coerente com os que enxergam no restabelecimento da vigência da norma a finalidade da pena (um exemplo: CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 64). A mim parece que ser um idôneo destinatário da norma é antes uma observação do que uma construção, pelo menos da forma como o conceito é trabalhado por ROXIN (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-144).

¹⁶⁸ Afirmar a intuição da idoneidade não representa aqui uma tomada de posição. É de se ressaltar que teorias contemporâneas, como a dos sistemas autopoieticos, vêm trazendo novas considerações para o problema. Sobre essa discussão, ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 215-224.

¹⁶⁹ Como exemplo desse conceito amplo de ação, pode-se citar o conceito normativo elaborado por Jackobs, segundo o qual a ação jurídico-penal (portanto, que se adequaria a todos os sujeitos de delito, pessoas jurídicas e físicas) seria a inevitabilidade individual da produção de um resultado (*individuell vermeidbare Erfolgsverursachung*). Jackobs, com esse conceito pretende não apenas imputar a ação a um sujeito como também definir o próprio sujeito. Assim, tudo aquilo que é capaz de inevitabilidade individual da produção de um resultado goza do caráter de sujeito de delito. (BACIGALUPO, S. op. cit., p. 150-151). O problema do conceito de Jackobs é o fato de que só pode ser extraído de uma teoria do delito, como é a do autor, que entende a função do direito penal como a simples estabilização da vigência da norma.

recursos, com os mesmos meios e ferramentas, justamente porque representa sempre, ao final, o mesmo: o coletivo.¹⁷⁰

Dessa forma, cada um dos Moradores que se preocupe com a punição da Fazenda, ou seja, aqueles a quem a “forma de articulação do funcionamento da associação e de sua manutenção no tempo” importa,¹⁷¹ torna-se um interessado em protegê-la dos riscos de uma eventual sanção e, assim, passa a agir em favor dos bens jurídicos, organizando-a a fim de evitar o resultado indesejado pela ordem jurídica. Com isso, o legislador encontra uma maneira efetiva de induzir todos à proteção do bem jurídico, sem que ao mesmo tempo arbitre castigo individual por conta de uma responsabilidade que, afinal, é sempre de todos aqueles que possuem o domínio da organização e não foram capazes de evitar o que era evitável. Como não se pode punir, por razões de justiça e razão, um indivíduo pelo erro de outros, escolhe-se punir o conjunto pela falha de todos, com uma sanção que atinja aquilo que também é do coletivo, e não de cada um.¹⁷² ¹⁷³

Affonso Arinos, em 1930, apresentou argumento também convincente a favor da punibilidade das pessoas jurídicas, ao dizer que “punir um indivíduo, que agiu influenciado por um desejo alheio ao seu interesse particular, é castigar no instrumento o erro do mandante, procurar conter, com a repressão exercida sobre um movimento a atividade da força que determinou esse movimento, é que nos parece uma concepção extremamente primária do problema e uma solução singularmente simplista para ele.”¹⁷⁴

Há aqui ainda outra questão interessante de se pontuar. Como mostram GRECO e ASSIS, segundo uma pesquisa “criminológica” desenvolvida nos anos 70, mencionada por Hefendehl,

¹⁷⁰ E tanto é alcançável tal reação que vemos as empresas, atualmente, organizando-se a fim de evitar, por meio de suas atividades, a realização de algum delito. A prática e a intuição parecem demonstrar o desacerto na argumentação doutrinária de que a pena não pode alcançar seus fins quando dirigida às pessoas jurídicas.

¹⁷¹ O que para Hafter seria a organização da associação, como explicado anteriormente.

¹⁷² A existência de toda pessoa jurídica tem como fonte a lei, de forma que, se o Estado pode limitar seu “nascimento” de forma racional e justa, não há motivos para que não possa limitar seus direitos, com a imposição de qualquer sanção, desde que também de forma racional e justa (já que vedado ao Estado de Direito agir de maneira arbitrária). Se não é permitida a criação de uma pessoa jurídica que tenha por finalidade o cometimento de delitos, parece razoável que também se possa puni-la caso, quando criada com finalidades válidas, venha a cometer algum eventualmente, e até mesmo que se lhe a extinga na hipótese de sua finalidade criminosa vir a ser verificada em momento posterior à sua criação.

¹⁷³ O argumento é semelhante ao de Busch (culpabilidade coletiva), com algumas variações. Ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 147.

¹⁷⁴ FRANCO, Affonso Arinos de Mello, *Responsabilidade das pessoas jurídicas*, p. 54-55. Apud SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 130.

“pessoas pertencentes a determinados contextos tendem a adotar as normas e valores vigentes neste” (o que se chama de “técnicas de neutralização”).¹⁷⁵ Pode-se dizer, com base nisso, que, se o ambiente pode influir na prática de delitos, ao mesmo tempo em que não pode ser imputado a ninguém diretamente, pela gama heterogênea de fatores que o forma, é o coletivo como um todo que deve ser responsável pela formação final desse ambiente, pois só assim se poderá alcançar a correção de todos os fatores heterogêneos que formarão o ambiente positivo aos bens jurídicos que o legislador deseje. Se os associados forem responsáveis apenas por suas condutas, não haverá necessidade que busquem positivamente o controle de fatores ambientais que não provêm de suas condutas.¹⁷⁶

Vale destacar aqui que, como lembra RIPOLLÉS, um dos argumentos principais na atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas é “incentivar a autorregulação e auto-organização dos entes coletivos”.¹⁷⁷ E, na atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, a importância de se estruturar um sistema que atinja seus objetivos e finalidades é a questão central; do contrário, estar-se-ia também agindo de maneira injustificada e, portanto, arbitrária. Ademais, a solução de responsabilizar a Fazenda por suas próprias atividades que concorrem para o delito vai ao encontro do princípio da culpabilidade; ao mesmo tempo, a força simbólica da punição não se esvazia na ideia de que punição não exige necessariamente uma falha própria, caso se pudesse punir pela falha de outros.¹⁷⁸

¹⁷⁵ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et alii]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 103)

¹⁷⁶ Outra pesquisa criminológica similar, apontada por TANGERINO, foi a desenvolvida por Sieber, que constatou que “o comportamento dos empregados é principalmente sensível à influência exercida pela própria empresa. Em um estudo empírico comparativo, descobriu-se que o cometimento de crimes é consideravelmente menor nas empresas onde existem regras éticas e programas de *compliance*”. (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM*, n. 214, p. 18, set. 2010).

¹⁷⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2012, p. 4. CRAVERO também apresenta um bom panorama a respeito das considerações de caráter político-criminal (CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, nota de rodapé nº 2).

¹⁷⁸ Esse argumento da força simbólica da pena adquire importância maior nesse debate, uma vez que não é de todo errônea a perspectiva de que a pena aplicada à pessoa jurídica só se justifica pelo dano causado a sua imagem. Dessa forma, o dano causado só será efetivo se vinculado à força da convicção social de que uma pena é aplicada quando merecida (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Série Pensando o Direito: responsabilidade penal da pessoa jurídica*. n. 18, 2009, p. 18).

Ou seja, em um modelo como esse, a pessoa jurídica não pratica um injusto próprio pela sua falha de organização. No entanto, sua falha de organização pode concorrer para um delito, um injusto de resultado de terceiro, que lhe será também imputado (por isso a imputação de culpabilidade alheia). O que justificaria a imputação desse injusto de terceiro e, portanto, da culpabilidade de terceiro pode ser sua própria culpabilidade pela sua contribuição para o delito, sua culpabilidade pela falha organizativa.

2.2.4. Uma observação crucial

Uma culpabilidade, no entanto, coerente com os fundamentos acima, não pode se desligar completamente do fato individual delituoso, posto que a falha na organização só pode ser verificada em relação a ele, ou seja, ao resultado que se deveria ter evitado.¹⁷⁹ Mesmo que a empresa não apresente uma boa organização, tal circunstância é irrelevante ao direito penal caso não tenha sido determinante, ou ao menos facilitadora, do risco proibido, diante da perspectiva externa da culpabilidade (que na imputação objetiva elimina os acasos).¹⁸⁰ E o acerto dessa ideia reside no fato de que o direito penal depende do acontecer concreto, e uma culpabilidade que se desliga do fato não se presta a fundamentar uma sanção preocupada com a proteção concreta de bens jurídicos (tratar-se-ia, do contrário, de uma culpabilidade de autor, com as propostas de Lampe e Heine).

Mas não só a perspectiva externa da culpabilidade exigiria atenção ao fato concreto, o que parece ocorrer no modelo de Lampe. É justamente a possibilidade de evitar a falha de organização (liberdade) elevadora dos riscos de um resultado desaprovado (responsabilidade) que fundamenta a culpabilidade da pessoa jurídica. Assim, o injusto de resultado torna-se determinante para a afirmação da culpabilidade da pessoa jurídica, ao mesmo tempo em que é julgada por sua própria contribuição (falha de organização) para o delito. Dessa forma, um homicídio ou um dano ambiental não representam a mesma culpabilidade para a pessoa jurídica que representam no modelo de Lampe, onde o injusto da empresa é apenas sua falha organizativa.

¹⁷⁹ O legislador espanhol também “optou por um sistema de responsabilidade das pessoas jurídicas vinculado à comissão de delitos por parte de pessoas físicas.” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 23, tradução livre).

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135-138.

Como destaca FEIJOO SÁNCHEZ, “se o Estado intervém com penas (...) um autêntico sistema de responsabilidade própria das pessoas jurídicas exigiria para sua legitimidade poder justificar a responsabilidade da pessoa jurídica com respeito ao fato concreto”.¹⁸¹ Acentua ainda ROBLES PLANAS que “a responsabilidade penal tem como pressuposto a vinculação não arbitrária entre o objeto da imputação (o fato delitivo) e o sujeito da imputação (neste caso, a pessoa jurídica)”, de forma que “isso é o que garante o princípio da culpabilidade”.¹⁸²

A importância do modelo híbrido, além das enumeradas acima, ainda se justificaria na possibilidade de se determinar momentos de tentativa e consumação: sem referencial no delito praticado, torna-se impossível saber quando a elevação dos riscos proibidos pela falha de organização começou a ser relevante para o direito penal ou não, ou seja, quando ela passou a ser determinante para o início da execução de um delito, que veio a não ocorrer por circunstâncias quaisquer. E ainda no fato de que a lei brasileira exige o cometimento concreto de um crime para a responsabilização penal da pessoa jurídica (art. 2º c.c. 3º, da Lei 9.605/98).

Justamente por essas razões, o modelo de Tiedmann também não se mostra satisfatório, porquanto o defeito de organização é tratado apenas como legitimação da responsabilidade e não como critério de imputação.¹⁸³ Segundo essa proposta, o delito (injusto culpável) de alguém poderia ser imputado à pessoa jurídica, no caso brasileiro, tão logo os fatos de conexão (“no interesse ou benefício da entidade”) se verificassem, com presunção relativa de que se deram por conta de sua organização defeituosa. A falha de organização, como fundamento da culpabilidade no modelo de Tiedmann, não se verifica como condição para o delito.¹⁸⁴

Brender, aluno de Tiedmann, ao tentar corrigir essa questão, partiu da premissa de que é a relação existente entre a atividade da empresa e o delito praticado em seu seio que fundamenta a

¹⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 80.

¹⁸² ROBLES PLANAS, Ricardo. El “hecho próprio” de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. InDret, n. 2, p. 6, abr. 2009.

¹⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 75-76.

¹⁸⁴ Essas críticas são de FEIJOO SÁNCHEZ (Idem ibidem, p. 74-76).

imputação da responsabilidade alheia, estabelecendo que “a capacidade de ação e de culpabilidade da associação, e com isso uma autoria da associação, (...) só podem se fundamentar mediante a imputação dos fatos de pessoas físicas”. Assim, a culpabilidade de pessoas naturais verificada no fato concreto deve ser imputada às pessoas jurídicas como próprias, por conta da ocorrência dos fatos de conexão, mas a culpabilidade da pessoa jurídica, que se gera por conta dos fatos de conexão, transmuta a culpabilidade das pessoas físicas em uma culpabilidade “especificamente coletiva”, de modo que a reprovabilidade que se dirigirá ao coletivo é uma reprovabilidade pela falha organizativa. Dessa forma, o fundamento do reproche é a circunstância de que se há um fato de conexão a empresa não se encontra organizada às exigências do direito penal.¹⁸⁵ Como fatos de conexão, no entanto, só tem capacidade de indicar a realização do delito no marco da atividade empresarial, parece que essa proposta é o mesmo que se afirmar a culpabilidade pela ocorrência do delito.

2.2.5. Sugestão de adequação à realidade brasileira

Permito-me, aqui, então, outro intento de correção. O passo correto de Brender foi buscar a culpabilidade da pessoa jurídica no fato concreto, no delito cometido por indivíduos em seu seio. No entanto, para ele, a culpabilidade se verificaria na existência dos fatos de conexão, o que impede a exculpação – que se dá apenas de maneira imprópria, na ausência de fatos de conexão.¹⁸⁶ Mas se, ao fim, a culpabilidade é aferida pela correção da organização, não parece ser o fato de conexão, senão o fato da própria pessoa jurídica – que é a falha de organização que concorre para o evento delituoso – o que justifica a imputação da culpabilidade alheia.

Suponhamos, de forma simplificada, que A seja o dono de uma loja, que contrata B como gerente. A é rígido quanto à observação das normas gerais, um homem íntegro e honesto, e seu estabelecimento reflete sua ética. A é o único dono do estabelecimento, e todos são orientados, inclusive B, a realizar as atividades de acordo com as normas legais. A empresa está muito bem organizada. B recebe treinamento anticorrupção e tem a certeza de que A não desejaria obter vantagens ilegais. B, no entanto, sabendo que a empresa se beneficiaria com a obtenção ligeira de

¹⁸⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 154-156.

¹⁸⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 156.

um alvará para exposição à venda de um determinado produto, resolve subornar um funcionário público sem o conhecimento de A, para que o documento fique pronto em uma semana, no lugar de duas. De acordo com a proposta de Brender, em nosso exemplo, por ter havido fato de conexão que, para a lei brasileira é o benefício da entidade, a pessoa jurídica é culpável. Isso parece apontar para o fato de que não é a conexão (entre o delito e o marco da atividade empresarial) que deve servir de critério de imputação da culpabilidade alheia à empresa, senão o fato da própria empresa (falha de organização) na concorrência para o evento delituoso.¹⁸⁷ ¹⁸⁸ De outro modo, estar-se-ia novamente imputando objetivamente um resultado, sem atenção à tentativa da empresa de evitar a ocorrência do delito, o que parece não ser compatível com o propósito preventivo do legislador.

Tendo em vista que a pessoa jurídica, como esclarecido pelo parágrafo único do art. 3º, da Lei 9.605/98, age em concurso com as pessoas físicas, e só concorre para um fato delituoso (art. 29, CP) quem lhe deu causa, que é ação ou omissão *conditio sine qua non* para o resultado, a falha de organização da pessoa jurídica, que parece ser o fundamento da reprovabilidade (pois é tudo que o legislador pode conseguir da administração das empresas em prol dos bens jurídicos), deve ter contribuído para o delito realizado em seu marco de atividade (no interesse ou benefício da entidade).

¹⁸⁷ A lei inglesa de prevenção à corrupção (Bribery Act – UK 2010) resolve esse problema proposto no exemplo, entendendo que mesmo que B tenha agido em benefício da empresa, sua conduta não pode torna-la culpável caso ela tenha agido na prevenção a esse fato (tradução livre):

“7 Falha de organização empresarial relevante para a prevenção de corrupção

(1) Uma organização empresarial relevante (“C”) é culpada por uma ofensa nessa seção se uma pessoa (“A”) associada com C corrompe outra pessoa pretendendo—

(a) obter ou manter negócios para C, ou

(b) obter ou manter uma vantagem na condução dos negócios para C.

(2) Mas é uma defesa para C provar que tinha em práticas procedimentos adequados desenvolvidos para prevenir pessoas associadas a praticar tal conduta.”

“7 Failure of commercial organisations to prevent bribery

(1) A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending—

(a) to obtain or retain business for C, or

(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

(2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.”

¹⁸⁸ Para SILVA SÁNCHEZ, nem mesmo um delito cometido por um administrador ou representante atuando em nome ou por conta da pessoa jurídica pode afirmar sempre a existência de um vínculo objetivo estrutural entre o delito e a pessoa jurídica. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 25).

Da mesma forma como não é a simples posição do gerente, senão sua contribuição para o delito do subordinado (por meio de ação ou de omissão), que fundamenta a responsabilidade penal,¹⁸⁹ não é a simples posição da pessoa jurídica e nem sua atividade rotineira, senão sua contribuição para o delito praticado em seu marco de atividade que deve servir para a imputação do crime alheio.

Mas sua contribuição para o delito, sua falha de organização, tem que ser reprovável, para que justifique a imputação do delito a que deu causa. Essa reprovabilidade trata-se da culpabilidade pela falha de organização, e é a culpabilidade da pessoa jurídica que fundamenta a extensão da culpabilidade alheia. Como alguém que na posição de garantidor se omite na evitação de um resultado delituoso de terceiro só responde por esse delito se a omissão é reprovável, a pessoa jurídica da mesma forma só responde pelo delito causado por suas falhas organizativas se as mesmas forem reprováveis.

Esse intento de correção é semelhante ao que propõe CAVERO, ao trabalhar com a ideia de que a falha de organização não forma um injusto próprio, senão que é uma forma de intervenção num fato comum único. Por conta de ser a pessoa jurídica titular de “uma esfera de organização própria”, pode, por isso, “fazer-se responsável diretamente pelos defeitos de configuração negativos ou positivos de sua esfera de organização, no entanto de forma que esse defeito não seja um próprio injusto, senão aquilo que faz o coletivo “organizativamente competente pelo fato que defrauda a norma” (injusto de resultado).¹⁹⁰ O que tem de inovador é que o defeito de organização não forma um injusto independente dos injustos de resultado, senão que fazem a empresa organizativamente competente pelo fato que defrauda a norma, tratando-se dessa forma de um modelo híbrido, onde a infração da pessoa jurídica se verifica na concorrência para o fato próprio e culpável da pessoa física.¹⁹¹ A proposta é interessante também pela possibilidade de

¹⁸⁹ Nem a teoria do domínio final do fato estabelece responsabilidade por posição de comando. (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et alii]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85).

¹⁹⁰ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 67.

¹⁹¹ Esse modelo me leva a um questionamento, que não enfrentarei nesse trabalho: tendo em vista que há um fato culpável da pessoa jurídica que fundamenta a responsabilização pelo injusto de resultado praticado por um terceiro em seu marco de atividade (injusto culpável), a colocação de Hafter a respeito da dupla culpabilidade parece estar correta (nota 114).

se imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica quando a ordem global incorre em falha que não pode ser atribuída a qualquer órgão ou representante da empresa, por terem se mostrado individualmente corretos – no entanto, essa ideia é incompatível com a posição adotada pelo legislador brasileiro, que exige que o injusto da pessoa jurídica advenha de decisão tomada por determinadas pessoas (art. 3º, Lei 9.605/98).

Apesar de o próprio criador do modelo considerar não haver imputação de culpabilidade alheia, parece olvidar do fato de que, se a pessoa jurídica concorre necessariamente para um fato criminoso alheio (tendo em vista que o injusto é o delito concreto e que a empresa sempre dependerá da atuação humana para praticar concretamente um delito), está necessariamente em dependência da culpabilidade alheia, porque sem culpabilidade individual não haverá delito e, em havendo, a culpabilidade do indivíduo também, de forma indireta, está sendo imputada à pessoa jurídica (não houvesse culpabilidade do indivíduo, não haveria delito, não havendo o que ser imputado à pessoa jurídica).¹⁹² –¹⁹³ No entanto, a afirmação da culpabilidade se dá pela própria participação da pessoa jurídica no delito, porque sua infração é ter concorrido por meio da omissão das medidas organizativas exigíveis para um delito de terceiro, que atua em seu marco de atividade, e sua culpabilidade se fundamenta em sua capacidade de autodeterminação, ou de auto-organização, que lhe possibilitavam e, por isso, lhe exigiam a evitação das falhas evitáveis. A forma na qual se estabelece esse concurso será tratada brevemente no capítulo 4.

Outra questão que deve ser ressaltada é que o modelo é defendido como interpretação da situação legislativa atual. Como se vê, as conclusões dogmáticas são perfeitamente compatíveis com o direito positivo, e muito mais compatíveis do que as soluções de responsabilização objetiva.

Fosse assim, nossa Fazenda poderia (a afirmação depende de outras análises na imputação objetiva), segundo as normas brasileiras, ter concorrido (art. 29, CP) para o delito, por meio de sua omissão, na medida em que criou um risco com seu comportamento anterior (art. 13, § 2º, c, CP) na aquisição do animal naquele contexto, sem o qual o resultado não teria ocorrido (art. 13, CP). No entanto, por não ter sido indiferente, pelo contrário, por ter se cercado de cuidados extras após

¹⁹² CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 66-67.

¹⁹³ A princípio, poder-se-ia objetar que a realização do crime serve apenas como pressuposto objetivo de punibilidade. No entanto, o crime não é aqui objetivamente imputado à pessoa jurídica pela sua simples realização, como seria a consequência no caso de ser tratado por essa natureza, senão que depende da concorrência concreta do fato da pessoa jurídica para seu cometimento, de modo que não parece ser apenas um critério de punibilidade.

a criação do risco, poderá ter a incidência da pena “na medida de sua culpabilidade” (art. 29, parte final, CP) – na medida de sua falha organizativa sobre o controle da fonte de perigo – de modo similar a outras pessoas submetidas à legislação penal, podendo o legislador, a princípio, cumprir com sua tarefa de proteger o bem jurídico. Como a falha organizativa de nossa Fazenda não é idêntica a de outra Fazenda que sequer tivesse se preocupado no reforço das cercas, a culpabilidade por uma falha menos grave servirá para diferenciar suas penas.

2.3. Conclusão parcial

É por conta de tais argumentos que entendo ser esse o modelo propício para a realidade brasileira (ainda justificarei de forma mais detalhada no capítulo 4): a pessoa jurídica concorre necessariamente para o delito de um ou mais indivíduos, sempre que sua participação (falha na organização) tenha sido *conditio sine qua non* para um resultado evitável por meio de uma organização exigível, de onde se aferirá seu grau de responsabilidade para o evento (culpabilidade). O legislador brasileiro adotou uma posição restritiva e criou a exigência de que o delito de terceiro, mesmo que realizado por conta da falha de organização da pessoa jurídica, só poderá ser a ela imputado quando praticado em seu interesse ou benefício (o que deve ser respeitado por conta do princípio da legalidade, apesar de não parecer uma exigência lógica).

Há, contudo, outra observação a ser feita nesse estágio. Apesar de a ocasião tornar factível tão somente uma breve exposição dos modelos teóricos, a tomada de posição por um modelo híbrido – que responsabilize a pessoa jurídica por suas próprias falhas (de onde advém sua própria culpabilidade que fundamenta a reprovação pela culpabilidade alheia), que, no entanto, se verificam no injusto de resultado praticado em concorrência com as ações de indivíduos – se dá pelo fato de que os modelos puros de autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade parecem conduzir ou à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica ou à dificuldade em estabelecer parâmetros de aferição da culpabilidade, não resolvendo, portanto, o problema básico que um trabalho que trata da culpabilidade deve pressupor resolvível, qual seja, tornar possível uma responsabilização não objetiva da pessoa jurídica. No entanto, por mais que pareça cristalino que o que pressupõe, justifica e determina uma sanção criminal é a culpabilidade (“no se puede jugar al

baloncesto con las reglas del hockey”)¹⁹⁴, é possível que se defenda que as pessoas jurídicas não são titulares de um direito que justifique uma pena baseada na culpabilidade, de modo que se lhe possa reprovar de forma objetiva, pela ocorrência de um delito qualquer.

Tenho, por isso, que é importante justificar o porquê de se garantir também às pessoas jurídicas uma responsabilização penal subjetiva, e, assim, ir fundamentar a escolha de um sistema de imputação que permita a construção de uma culpabilidade própria e vinculada ao injusto de resultado, de forma a responsabilizá-la pelo delito ocorrido por conta de sua própria contribuição para essa ocorrência, como aquele que se acabou de defender. Essa ordem foi alterada, no entanto, por motivos metodológicos, já que entendi mais lógica a ideia de primeiro se demonstrar a possibilidade de se responsabilizar subjetivamente a pessoa jurídica, para só então justificar a eleição desse modelo em relação aos demais.

Dessa forma, é imprescindível que passemos a analisar o crucial: por que não devemos responsabilizar a pessoa jurídica de forma objetiva? E adiante, aqui, minha próxima resposta: porque ela é também titular do mesmo direito subjetivo que justifica a adoção da culpabilidade para as pessoas físicas. Passo, então, a me justificar.

¹⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 85.

3. A PESSOA JURÍDICA COMO TITULAR DO DIREITO FUNDAMENTAL À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL SUBJETIVA

Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário nº 548181, que a pessoa jurídica pode responder criminalmente por delitos ambientais sem a necessidade de se vincular o exercício da ação penal à imputação concomitante às pessoas físicas relacionadas ao evento delituoso. Em linhas gerais, a Corte Constitucional afirmou que “condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional”.

Ocorre que, ao decidir em tal direção, conclusões prematuras e equivocadas passaram a surgir no sentido de que o Supremo Tribunal Federal teria afirmado a responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica,¹⁹⁵ o que é de todo errado, porquanto há forma, como demonstrado anteriormente de se responsabilizar de maneira subjetiva as pessoas jurídicas pelos seus próprios fatos e culpabilidade, o que independe do processamento concomitante do indivíduo coautor.

Deve-se, ainda, ter em conta, que o acolhimento da teoria da dupla imputação, de igual modo, também não levaria à afirmação da responsabilidade penal subjetiva dos entes coletivos, já que se poderia trabalhar com um sistema de imputação vicariante, onde a simples constatação de um dano causado pela pessoa física no marco de atividade da pessoa jurídica seria o suficiente para a extensão da reprovação. Mais uma prova de que uma conclusão não conduz à outra.

Como concluído no capítulo anterior, há formas de se responsabilizar a pessoa jurídica de maneira subjetiva. Isso se dá por meio de critérios de imputação de culpabilidade alheia, dos quais o mais correto e apropriado à realidade brasileira se mostrou ser aquele que estende a culpabilidade alheia por conta de uma culpabilidade própria: critério de autorresponsabilidade, que se justifica num fato próprio da pessoa jurídica para a concorrência ao delito, sua falha numa

¹⁹⁵ Apesar da conclusão tomada no Recurso Extraordinário nº 548181, pelo Supremo Tribunal Federal, não conduzir, necessária e automaticamente, à adoção da responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, pode-se entender o equívoco dos que assim pensam por conta das colocações do próprio ministro Luís Roberto Barroso, ao afirmar que, em tese, se decidir contra a teoria da dupla imputação seria o mesmo que referendar a responsabilidade penal objetiva (“O que nós vamos decidir aqui é uma questão jurídica quase que em tese, que diz respeito, eu diria, à responsabilidade objetiva ou não da pessoa jurídica, independentemente de qualquer sujeito.”), o que nem de longe é verdade. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, p. 24)

organização que lhe era exigível por conta do controle que se pressupõe que tenha sobre as fontes de perigo que domina, e a capacidade de se auto-organizar.

Mas o só fato de haver uma maneira de se responsabilizar subjetivamente a pessoa jurídica não justifica, automaticamente, sua adoção. Há certamente os que entendem que a responsabilidade penal objetiva de entes abstratos não é, em si, um problema. Exemplo disso é o comentário de um dos ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento acima mencionado, pelo qual demonstra não possuir tal preocupação.¹⁹⁶

O próximo passo então é, após demonstrar a possibilidade de se trabalhar com critérios de responsabilização subjetiva da pessoa jurídica, justificar o porquê de se optar por essa via. Minha justificativa não difere do que vem sempre sendo pontuado: é inconstitucional a responsabilidade penal objetiva. A inconstitucionalidade, no entanto, não advém da simples existência do princípio da culpabilidade, como sempre se pontua, uma vez que a extensão desse princípio às pessoas jurídicas depende de outra resposta, que deve ser dada à questão de se a elas é garantido o direito a serem responsabilizadas penalmente segundo o princípio da culpabilidade. Em outras palavras, o que se deve demonstrar é se às pessoas jurídicas são titulares também dos direitos fundamentais que justificam o princípio da culpabilidade, de cariz constitucional.

Dessa forma, não pretendo analisar a compatibilidade da responsabilidade penal dos entes coletivos com a estrutura do Direito Penal, senão apenas o fato de que, se toda incriminação representar uma restrição de direitos fundamentais, que só é legítima quando conduzida por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas, e se a pessoa jurídica for titular do direito fundamental à responsabilização penal subjetiva, a pena será ilegítima caso atenda a fins meramente simbólicos, pela inobservância do princípio da culpabilidade.

Esse parece o ponto nodal, para o qual me encaminho.

¹⁹⁶ “Sei que a doutrina criminal, em geral, questiona, em alguma medida, essa responsabilização da pessoa jurídica e questiona por uma certa dificuldade em admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal, mas o fato é que a dicção do artigo 225, § 3º, é inequívoca, e para pesar, eu sei, da doutrina criminal, há uma certa tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias.

O fato do artigo 225, § 3º, não fazer menção específica à exclusividade da pessoa jurídica, ou a possibilidade de responsabilidade seja estabelecida sem que se subjetive a culpabilidade em uma pessoa, é uma dicção, de certa forma, semelhante ao do 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas privadas que prestem serviços públicos, igualmente sem distinguir entre responsabilidade subjetiva e objetiva, um pouco a caracterizar que onde a Constituição não distingue é porque está admitindo qualquer tipo de responsabilização.” (RE 548.181 RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, p. 59).

3.1 Em busca do direito fundamental à observância do princípio da culpabilidade

Como se sabe, não é novo o espaço jurídico-dogmático no qual se discute a íntima relação entre o sistema punitivo estatal (Direito Penal *lato sensu*) e a ordem jurídico-constitucional (Direito Constitucional), ambiente onde a “reflexão arranca sempre da premissa de uma constitucionalização do Direito Penal que tenha a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos que lhes são correlatos como escopo permanente”.¹⁹⁷

A tutela penal deverá buscar seus limites (máximo e mínimo) na ordem constitucional vigente, porque toda incriminação de condutas representa uma restrição de direitos fundamentais, que “podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”.¹⁹⁸ Tal visão, vale dizer, encontra-se justificada no contexto fático do neoconstitucionalismo¹⁹⁹ – atual, apesar de já desafiado pelo olhar volátil da pós-modernidade, que descrê em qualquer ordem estável.²⁰⁰

Nesse desafiador cenário pós-moderno, onde o permanente é defeito, sofre a segurança jurídica,²⁰¹ ocasionando-se sorrateiramente a perda de força dos conceitos básicos da dogmática.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio. In: FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008).

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

¹⁹⁹ “Na perspectiva aqui operada, o paradigma constitucionalista (ou neoconstitucionalismo) não é senão o constitucionalismo do Estado constitucional contemporâneo, podendo-se compreendê-lo como positivismo crítico. Este, sim, parece um ponto de convergência: cuida-se aqui, de um modelo de produção (interpretação e aplicação) do Direito que se apresenta como uma superação do juspositivismo clássico, denunciando suas antinomias (coerência e completude apenas aparentes), sua postura contemplativa diante de problemas complexos (desajustes manifestos entre Direito e justiça) e a impureza conceitual de uma teoria do Direito que, ao pretender-se pura – livre de qualquer vinculação moral –, permitiu que as maiores atrocidades da História moderna se pudessem dizer revestidas de aparência jurídica. Sob essa crítica, o neoconstitucionalismo é uma filosofia jurídica que afeta questões conceituais e metodológicas sobre a função e a aplicação do Direito.” (FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 19).

²⁰⁰ Segundo BARROSO, a pós-modernidade “abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. (...) No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal em seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação (...)” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 303-305).

²⁰¹ Como explica, novamente, BARROSO: “A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo, e das interpretações pragmáticas, embaladas pela

No plano da dogmática penal, tal resultado, além de perceptível, é visivelmente preocupante. A política criminal pós-moderna dissolve até mesmo as categorias básicas que integram, racionalmente, o conceito de delito.

Toda a estrutura do Direito Penal, pensada e evoluída tendo a “conduta humana como objeto exclusivo da regulação da norma penal incriminadora”,²⁰² esvai-se em nome de uma resposta “preponderantemente simbólica”,²⁰³ pautada por uma política criminal irracional e ilógica que atende aos proclames de uma sociedade “que tolera uma segurança individual pequena demais”.²⁰⁴

Dessa forma, o objetivo é identificar se o princípio da culpabilidade, uma verdadeira aglomeração de direitos fundamentais, se aplica à pessoa jurídica, impedindo a cominação e aplicação de penas com fins meramente simbólicos, como seria o caso da responsabilização objetiva dos entes coletivos.

O desafio, contudo, parece ser estabelecer a titularidade do direito fundamental a uma responsabilidade penal subjetiva às pessoas jurídicas. Para alcançar tal resposta, é necessário que se estabeleça o fundamento de tal direito, possibilitando a verificação de sua compatibilidade com a natureza da pessoa jurídica. Opto por caminhar com cuidado, revisitando até mesmo o básico.

3.1.1. No que consistem os direitos fundamentais?

ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.” (Idem ibidem, p. 306).

²⁰² Como recorda JUAREZ TAVARES: “o conteúdo ético que se desenvolve como consequência da atenção às categorias lógico-objetivas pressupõe, portanto, que a observância da norma penal seja fisicamente possível, que se harmonize com a ordem objetiva dos objetos que quer regular, que se vincule ao homem como pessoa e não estabeleça contradições na sua valoração (...) Dessas exigências decorrem resultados práticos imediatos, como a total insubsistência de leis penais confusas, a necessidade de uma atualização na terminologia jurídica de modo a ajustá-la ao conhecimento do leigo, o reconhecimento da conduta humana como objeto exclusivo da regulação da norma penal incriminadora.” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e de cominação de penas. RBCCRim, São Paulo, dez. 1992, p. 85.).

²⁰³ Por resposta *preponderantemente simbólica*, deve-se ter em conta a definição dada por ROXIN: “este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de um determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”. (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47).

²⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 10.

Não nos é interessante uma aprofundada discussão terminológica entre “direitos fundamentais” e o restante das locuções existentes que fazem, não raro de forma imprópria, suas vezes.²⁰⁵ O relevante é a busca por uma definição atual e englobante, diante do quadro apresentado por SARLET da “heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado”, o que justifica a busca por um “consenso unificador”.²⁰⁶

DIMOULIS e MARTINS explicam a consagração do uso da expressão “direitos fundamentais”, em detrimento de outras, em três boas razões: a) corresponder ao vocabulário utilizado pela Constituição de 1988; b) ser genérico o bastante para conter em si direitos tanto individuais quanto coletivos, sociais e políticos, bem como os de liberdade e de igualdade; c) por indicar serem diferenciados em relação aos demais direitos que não gozam de proteção constitucional.²⁰⁷ E essa última nos dá a pista da principal característica do conceito contemporâneo de “direitos fundamentais”, sua índole constitucional. São, assim, direitos positivados e garantidos em determinada ordem constitucional. O que significa que possuem hierarquia superior àqueles positivados por leis ordinárias e que o legislador ordinário não os pode abolir.²⁰⁸

Em contraposição a esse caráter de direitos positivados constitucionalmente, convencionou-se chamar de “direitos humanos” aquelas posições jurídicas decorrentes de diplomas internacionais, sem vinculação com qualquer ordem constitucional específica, e com pretensão universal.²⁰⁹ –²¹⁰ A diferença entre ambos residiria, assim, na positivação nacional ou

²⁰⁵ Sobre essa distinção ver DIMOULIS e MARTINS (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (pt): Coimbra Editora, 2009, p. 118-119).

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

²⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (pt): Coimbra Editora, 2009, p. 119.

²⁰⁸ Idem ibidem, p. 119.

²⁰⁹ A expressão direitos humanos “significa uma concepção ético-filosófica, portando uma concepção semântica muito abrangente”, enquanto direitos fundamentais “apresenta uma conceituação mais restrita, referindo-se ao ordenamento jurídico-constitucional” (AGRA, Walber de Moura. Entrenchment, Interesse Público e Jurisdição Constitucional. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 434-435).

internacional. Decorre do próprio conceito de direitos fundamentais, portanto, sua sujeição ao duplo regime da fundamentalidade formal (um direito só é fundamental se decorrente de normas de supremacia constitucional) e material (direitos fundamentais reconhecidos e protegidos por normas não constitucionais, em virtude de cláusulas constitucionais que os abrangem).²¹¹

Como proposta de definição, DIMOULIS e MARTINS entendem que os “direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.²¹² Para MENDES, “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”.²¹³ CANOTILHO reforça a ideia de que direitos fundamentais “são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, objetivamente vigentes em determinada ordem jurídica concreta.²¹⁴

Ou seja, pode-se dizer haver certo consenso a respeito do conceito atual de direitos fundamentais, sendo todos aqueles direitos, garantidos aos homens, que uma determinada ordem constitucional positiva, não só limitando o exercício do Estado em face de seus indivíduos como também norteando a promoção da vida social.

Deve-se, no entanto, tomar apenas mais um cuidado a fim de não se conceituar limitadamente os direitos fundamentais. É que os direitos fundamentais, por mais que a definição acima seja correta, não se encontram sempre expressamente positivados nas ordens constitucionais. Com isso se quer dizer que muitas normas de direitos fundamentais podem ser “atribuídas” aos sistemas jurídicos por meio da referibilidade que tenham em relação a outras normas diretamente estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais contidas no texto

²¹⁰ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

²¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403-404.

²¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

²¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

constitucional.²¹⁵ Portanto, uma definição satisfatória a respeito das normas de direitos fundamentais parece ser a de ALEXY, para quem “normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.²¹⁶

E, constitucionalmente, vale dizer, as normas se estabelecem ora em forma de princípios, ora em forma de regras, sobre o que falarei adiante.

É partindo desse conceito, então, que devemos verificar a compatibilidade da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas em nossa ordem constitucional vigente.

3.1.2. A pessoa jurídica como titular de direitos fundamentais

Tal como SARLET supera a distinção terminológica entre titulares e destinatários dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando-se que a melhor nomenclatura é a que encerra a ideia de titularidade, uma vez que como destinatários deve-se ter em conta aquele em face de quem o titular da relação jurídico-subjetiva pode exigir o respeito, proteção ou promoção do direito fundamental, adoto o termo “titular” de direitos fundamentais para as referências aos sujeitos ativos da relação jurídico-subjetiva, reservando o termo “destinatário” para o sujeito passivo dessa relação.²¹⁷ Assim, a norma confere ao titular a faculdade de exigir respeito ao seu direito em face do destinatário.

Como visto, os direitos são fundamentais quando positivados em uma dada ordem constitucional, gozando de certas características únicas que os diferenciam dos demais direitos vigentes. As constituições, sempre que estabelecem direitos, o fazem em prol de determinada pessoa e em face do Estado ou de outras pessoas. E o processo de fundamentação, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos.²¹⁸

²¹⁵ Para um maior esclarecimento em relação às normas de direitos fundamentais atribuídas, ler: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69-76.

²¹⁶ Idem ibidem, p. 76.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 208.

²¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 416; DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

A partir disso, e direcionando a discussão, surge a questão em torno da possibilidade dos direitos fundamentais, centrados na pessoa humana, se estenderem para além do homem, atingindo os corpos socialmente constituídos, já que compostos também por homens.

Já parece evidente, pelo menos no cenário atual, que uma sociedade globalizada, industrializada e complexamente organizada deva disciplinar (impondo deveres e garantido direitos) também o papel dos entes coletivos no protagonismo das novas relações jurídicas. Dessa forma, se torna necessário se reconhecer não só deveres como também direitos aos atuais protagonistas. Apesar da evidência do tema, no entanto, e da relativa tranquilidade em se afirmar, doutrinariamente, direitos às pessoas jurídicas no contexto atual,²¹⁹ o debate permanece em relação a pontos básicos.

Com efeito, verifica-se doutrinariamente a divisão do tema nos seguintes debates: (a) se os entes coletivos são, ou não, titulares de direitos fundamentais; para os que respondem afirmativamente (corrente majoritária), quais seriam (b) os fundamentos jurídico-constitucionais dessa titularidade, (c) os direitos compatíveis com tal possibilidade e (d) as aglomerações aptas a titularizar direitos fundamentais.

Em relação à primeira questão – a mais importante – deve-se dizer que a argumentação negativa de titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas passa, quase que exclusivamente, pelos aspectos humano e linguístico, justificando-se tanto na origem dos direitos fundamentais como direitos do homem protegidos pelas ordens constitucionais,²²⁰ quanto na inexistência em determinadas constituições, a exemplo da brasileira, de referências expressas às pessoas jurídicas quando da positivação de tais direitos.²²¹ Como se sabe, contudo, argumentos

Como representante da parcela da doutrina brasileira que aceita a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, cito SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 222.

²²⁰ “La dificultad [da extensão dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas] surge de que los derechos fundamentales están primariamente concebidos para los seres humanos. Es más: constituyen su estatuto jurídico básico. Por ello, afirmar que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales implica, más allá de consideraciones sobre la capacidad jurídica, una extensión o ampliación de la originaria razón de ser de esos derechos.” (DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008, p. 141).

²²¹ “Excetuando esses casos que são numericamente reduzidos, a Constituição não se refere às pessoas jurídicas enquanto titulares de direitos, tal como vimos que ocorre em outros países. Em particular, a formulação do art. 5º da CF “brasileiros e estrangeiros residentes no país” se restringe à pessoa física. Seria linguisticamente forçoso considerar que uma pessoa jurídica possa ser enquadrada na categoria do “brasileiro” ou do “estrangeiro residente no

gramaticais são os de menor relevância para um direito que se pretende funcional em um mundo tão complexo e a origem de certos institutos jurídicos não deve configurar óbice ao seus desenvolvimentos quando isso não acarrete prejuízos aos mesmos, mas, ao contrário, desenvolvam-se em atenção às finalidades do direito. As construções humanas, dentre as quais, o direito, pertencem ao mundo e servem ao mundo, não a si mesmas. Por essa razão, entendo que a doutrina majoritária caminhou corretamente no sentido oposto.

Os que respondem afirmativamente à possibilidade de titularizar pessoas jurídicas com direitos fundamentais parecem possuir argumentos mais sólidos.

DÍEZ-PICAZO apresenta algumas razões que justificam a superação da ideia de que os direitos fundamentais teriam sido concebidos para os seres humanos. A primeira, e por ele tida como a mais importante, seria o fato de que os valores ou bens jurídicos inerentes a alguns direitos fundamentais não são exclusivos do homem, senão que merecem ser protegidos também em relação às pessoas jurídicas (argumento desenvolvido a partir da concepção institucional dos direitos fundamentais).²²² Além desse argumento, cita o autor outros dois: um partindo da teoria da realidade, segundo o qual as aglomerações sociais não possuem espírito próprio, mas se utilizam dos seres humanos para alcançar seus fins, o que ensejaria a necessidade de proteção direta das pessoas jurídicas a fim de proteger, indiretamente, as pessoas físicas a ela relacionadas; outro de índole também gramatical, fundado na existência de cláusulas abrangentes, na constituição espanhola, que positivam direitos a “todas” as pessoas, razão pela qual não haveria restrição à afirmação de titularidade desses direitos também às pessoas jurídicas.²²³

A argumentação fundada na teoria da realidade, como o próprio autor que a descreve sustenta, deve ser encarada com certas restrições para que não se chegue a posições extremistas,

país”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 84).

Há algumas poucas referências expressas, na Constituição Federal de 1988, de direitos dos entes coletivos (arts. 5º, XXI, 8º, III, 170, IX e etc.). Cumpre ressaltar, também, que tal argumentação não cabe a todos os diplomas constitucionais do mundo, uma vez que algumas Constituições contêm expressamente cláusulas extensivas de direitos às pessoas jurídicas, a exemplo da Alemã (“art. 19.3 – Os direitos fundamentais são extensíveis às pessoas jurídicas nacionais na medida em que, segundo sua respectiva natureza, lhes sejam aplicáveis” – tradução livre).

²²² “De alguma maneira, este argumento se liga à chamada concepção institucional dos direitos fundamentais, segundo a qual estes não são apenas direitos subjetivos dos indivíduos, senão que dão vida também a uma ordem objetiva de valores cuja efetividade deve ser assegurada por todos os poderes do Estado: se se pensa que os direitos fundamentais são algo a mais do que faculdades para defender interesses individuais, resulta mais fácil sustentar que, além de seu fundamento originário, as vezes pode corresponder a entidades distintas do ser humano” (tradução livre) (DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008, p. 142).

²²³ Idem ibidem, p. 142.

de caráter anti-individualista, que justifiquem a limitação de direitos individuais a fim de proteger direitos coletivos.²²⁴ O último argumento merece duas críticas: a primeira, já mencionada nesse estudo, relaciona-se ao fato de que argumentos gramaticais não devem ser levados em consideração na tentativa de solução de problemas complexos e com objetivos funcionais, as considerações materiais é que devem assumir importância; a segunda, também pertinente, de que o argumento dependeria da leitura de cada dispositivo a fim de saber qual abrangência conferir aos genéricos termos utilizados nas constituições (por exemplo, apesar de se referir a “todos”, o art. 196, da Constituição Federal, certamente não está a garantir o direito à saúde também à pessoa jurídica, uma vez que incompatível com sua natureza), de modo que não parece lógico afirmar universalmente a possibilidade ou não de se conferir direitos fundamentais a quem quer seja com base em leituras casuísticas.²²⁵

Parece, portanto, correto somar à argumentação desenvolvida a partir daquela concepção institucional dos direitos fundamentais o fato de que “em larga medida, os próprios grupos sociais (os entes coletivos) são o resultado do exercício, por parte do indivíduo, de determinados direitos fundamentais, como é o caso dos direitos de reunião e associação, cujo objeto somente pode ser assegurado de forma adequada se aos entes coletivos correspondentes for atribuída a titularidade de direitos fundamentais”.²²⁶

Com isso, acredito que, de forma deontológica, a solução da questão parte de dois pontos gerais e, por isso, pode atingir a mesma resposta em quase todas as ordens constitucionais, mesmo naquelas em que não seja atribuída expressamente a titularidade de direitos às pessoas jurídicas. Em princípio, as pessoas humanas gozam, em nosso ordenamento constitucional, do direito de associação (direito básico em estados democráticos), o que justifica a obrigatoriedade de se assegurar direitos a tais associações, sob pena de não se assegurar o próprio direito de se associar, que é humano. Por outro lado, pode-se dizer que é fundamental assegurar aos indivíduos a associação porquanto não é viável imaginar a sociedade, como a conhecemos nesse século, sem a presença e a atuação dos entes coletivos, de modo que uma vez que os direitos fundamentais

²²⁴ Idem ibidem, p. 142.

²²⁵ O autor também critica o argumento gramatical, mas não o rechaça, por entender que ele não deve ser considerado decisivo, mas pode ser utilizado como reforço. Entendo que mesmo como reforço o argumento é frágil pelos motivos expostos. (Idem ibidem, p. 142).

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223.

representam uma verdadeira ordem objetiva de valores (segundo a concepção institucional)²²⁷, que por sua própria natureza não podem ser restringidos em termos de titularidade, é impensável não concebê-los a todas as formas atuantes na sociedade; o contrário, seria o mesmo que permitir dois valores antagônicos numa mesma ordem espaço-temporal.

Também se inclui à fundamentação, apesar de contido nos argumentos acima, à fundamentação o raciocínio mais usual de que “a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas”.²²⁸

Não é difícil aferir intuitivamente que os donos de uma empresa regional pequena tenham a honra violada e a dignidade atingida pelo símbolo de uma punição criminal afirmada à empresa pelo vazamento de dejetos que poluíram o rio da região, e isso deve significar ao menos que tal resultado não tenha decorrido de um abalo sísmico imprevisível que rachou as tubulações reforçadas. Se três crianças da cidade morrerem pela contaminação dos resíduos na água, espera-se poder justificar uma punição criminal da empresa (que arruinará a vida em sentido global dos donos) por um erro da pessoa jurídica em algo que era por ela evitável. Se a própria pessoa jurídica é titular do direito à honra, o que já justificaria a assunção de tais critérios, mais cuidado deve haver quando potencialmente a honra de humanos possa ser violada, podendo atingir ainda outros aspectos imaculáveis do indivíduo como a saúde (mental e física), a propriedade, a sociabilidade e etc.

Qualquer que seja o fundamento adotado, por certo, a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas é majoritariamente aceita pela doutrina, que a vincula a dois requisitos, quais sejam, a compatibilidade da essência do direito fundamental em questão com a natureza das pessoas coletivas e a essência da pessoa jurídica em causa.²²⁹

²²⁷ Nota 222.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223.

²²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 421.

Para CANOTILHO, a compatibilidade de determinado direito fundamental com a natureza das pessoas jurídicas decorre do conceito e do âmbito normativo específico do direito fundamental. Em termos gerais, os direitos fundamentais compatíveis com os entes coletivos são aqueles que não têm referência humana.²³⁰

Quanto à compatibilidade dos direitos fundamentais em decorrência da essência das pessoas jurídicas, há certamente maior debate doutrinário, centrado na possibilidade, ou não, de se conferir tais direitos às pessoas jurídicas de direito público. E isso porque, sinteticamente, a própria natureza e identidade dos direitos fundamentais seriam impeditivas de suas concessões a pessoas públicas, uma vez que os mesmos encerram a ideia de uma proteção das pessoas em face do Estado, que também não poderia ser ao mesmo tempo titular e destinatário destes direitos.²³¹

Entendo, contudo, mais correta a argumentação de SARLET, para quem “considerando, especialmente em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado pela nossa Constituição, que o Estado e a Sociedade não são setores isolados da existência sociojurídica, sendo precisamente no amplo espaço do público que o indivíduo logra desenvolver sua personalidade, designadamente por meio de sua participação comunitária, viabilizada em especial por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão, não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais”.²³²

Ou seja, as pessoas jurídicas devem ser titulares de direitos fundamentais, a depender apenas do conceito e do âmbito normativo específico do direito fundamental em questão.

Se a problemática parece, então, estar centrada na compatibilidade de determinado direito fundamental com a natureza dos entes coletivos, resta verificar, a fim de cumprir o desiderato, o conceito e o âmbito normativo do princípio da culpabilidade, de matriz constitucional, e do direito que dele se extrai, verificando-se sua aplicabilidade às pessoas jurídicas.

²³⁰ Idem, *ibidem*, p. 421.

²³¹ Idem, *ibidem*, p. 422.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 224.

3.1.3. Direito fundamental à responsabilização penal subjetiva: a tradução do princípio da culpabilidade

Até aqui se justificou que os direitos fundamentais sejam aqueles direitos humanos positivados em determinada ordem constitucional, bem como que tal positivação pode se dar direta ou indiretamente, sempre que uma norma, de forma expressa ou referida, os inclua na sistemática constitucional vigente. Também que as pessoas jurídicas, apesar dos direitos fundamentais encontrarem-se umbilicalmente ligados à ideia de direitos estabelecidos aos homens, por outras razões, devem ser titulares também de tais direitos (pelo menos para a grande parte da doutrina). Além disso, que em âmbito constitucional as normas se estabelecem em forma de princípios ou de regras. Resta, então, saber se há um direito fundamental positivado sob o princípio da culpabilidade, e se tal direito seria compatível com as pessoas jurídicas.

ALEXY parte de um ponto que adotarei como partida também aqui. Regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. E tanto um quanto outro são normas, porque estabelecem um dever-ser. E a distinção entre um e outro instituto é uma distinção entre espécies de normas.²³³ Evitando alongar-se sobre os critérios que as distinguem, basta adotar o majoritário, que as diferencia por um viés qualitativo e não quantitativo, alcançando a ideia de que princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, em contraposição às regras que seriam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Isso quer dizer que princípios seriam mandamentos de otimização, sem expressas determinações, enquanto regras “contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.²³⁴

Assim, um princípio, como uma regra, será uma disposição normativa quando constitucionalmente previsto, mesmo quando sua previsão for alcançada por meio de referências a outras disposições.

Esse é o caso, digamos, do princípio da culpabilidade.²³⁵ Como explica ZAFFARONI, ao lado do princípio da lesividade, o princípio da culpabilidade decorre, referidamente, do próprio

²³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

²³⁴ Idem ibidem, p. 90-91.

²³⁵ Em atenção à tradição do instituto da culpabilidade, preferi manter sem maiores digressões a terminologia mais usual que chama de princípio a norma da culpabilidade, apesar de ter adotado a doutrina de ALEXY, para a qual

Estado Constitucional de Direito, uma vez que “o cancelamento de qualquer desses dois princípios implica violação do princípio da reserva legal, eis que sem o primeiro deles ninguém pode saber quando sua conduta está proibida, e sem o segundo a punição terá como pressuposto apenas a infração moral à conduta correta”.²³⁶

E complementa dizendo que “o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do Estado de Direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa”, uma vez que “imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação) equivale a rebaixar o autor à condição de coisa causante”.²³⁷

A importância do princípio da culpabilidade é tamanha para o sistema punitivo de um Estado de Direito que até mesmo a responsabilização penal objetiva necessita de sua vigência, uma vez que a imputação objetiva do fato ao autor decorre da análise de que a causação do resultado não é fruto do acaso. Não fosse isso, e resultados decorrentes de mero acaso seriam imputados a alguém, permitindo-se punições supérfluas.²³⁸ FERRAJOLI, no mesmo sentido, sintetiza que “não cabe culpabilidade sem imputabilidade, nem sem imputação subjetiva ou sem nexos causal entre ação imputada e resultado produzido”.²³⁹

E, a fim de verificar a compatibilidade do princípio da culpabilidade com a natureza das pessoas jurídicas, parece necessário identificar os fundamentos políticos de tal princípio, demonstrando suas relações antes com um Estado constitucional de direito do que com a natureza dos entes a ele subordinados. Melhor dizendo, seus fundamentos estão na base do Estado em que vivemos, e não vinculados à natureza humana dos indivíduos.

E o raciocínio não é complexo. Podemos resumi-lo da seguinte maneira. O direito penal, como sistema de imputação de sanção pelo descumprimento de normas proibitivas, tem seu fundamento na prevenção dos bens jurídicos protegidos por estas normas, e tal prevenção se faz por meio da ameaça da sanção, de forma que nenhum objetivo pode ser alcançado com a

talvez fosse mais correto chamar de regra a referida norma, uma vez que esta possui determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, não apenas uma razão que deva ser objetivada.

²³⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 249.

²³⁷ Idem ibidem, p. 245.

²³⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 450.

imputação e aplicação de pena sem que se possa verificar ter havido reprovabilidade no descumprimento daquilo que proibia a norma. Do contrário, o direito penal se encontraria ausente de finalidade legítima, sancionando aquele que não atuou contrariando a ordem jurídica.

Disso, pode-se sinteticamente enumerar quatro justificativas para o princípio da culpabilidade: (a) haver razão por trás da reprovação da ação; (b) a função utilitarista de prevenção geral do direito penal; (c) a função utilitarista da estrutura coativa do direito; (d) ser lógico e sensato proibir apenas ações culpáveis.²⁴⁰

Explicando, (a) uma ação não culpável e que, portanto, não admite reprovação social, não pode ser objeto de punição muito menos de proibição; (b) a função de prevenção pela cominação de pena só se verifica quando é possível intimidar, e não é possível intimidar cominando penas para resultados que ocorram mesmo sem a atuação das pessoas, de modo que a pena seria supérflua; (c) as proibições de certas condutas decorrem da ideia de que o Estado proíbe algo visando adotar um rumo futuro a ser seguido pela sociedade, partindo da estrutura coativa do direito, e este é “o preço que devemos pagar pelo reconhecimento geral de que o destino do homem deve depender de suas decisões, o que favorecerá a virtude social do autocontrole” (HART); e (d) a própria natureza das proibições penais (normas regulativas) pressupõe a possibilidade de serem seguidas ou não por seus destinatários, de forma que seriam também supérfluas e arbitrárias caso essa possibilidade não existisse.²⁴¹

Tais fundamentos, como facilmente se observa, são ligados ao próprio modelo de um Estado que pretenda ser “um meio de ordenação racional”, onde “o direito é indissociável da realização da justiça, da efetivação de valores políticos, econômicos, sociais e culturais” e aponte para “a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar ações e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos”, como CANOTILHO define o Estado de Direito.²⁴²

Conclui-se, portanto, que o princípio da culpabilidade não possui qualquer restrição de compatibilidade com as pessoas jurídicas, uma vez que não se justifica no caráter humano dos indivíduos, senão antes na própria ideia de justiça da punição. Não fosse isso, poderíamos ainda nos conformar com sua aplicabilidade aos entes coletivos por conta da igualdade a eles

²⁴⁰ Idem ibidem, p. 451.

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 451.

²⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 244.

estabelecida pela Constituição da República, que lhes confere “direito a iguais atribuições na comunicação política” (Habermas), bem como “direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei”,²⁴³ em direção sempre ao ideal de justiça. Ainda seria possível estender a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas na busca de proteção às pessoas humanas, na medida em que os efeitos secundários da pena ultrapassam a esfera dos entes coletivos e atingem também os indivíduos.

Se o Estado, portanto, age irracionalmente caso puna em desatenção ao princípio da culpabilidade, pode-se dizer que há um direito dos subordinados ao poder estatal à garantia ao juízo de culpabilidade, a fim de que a razão seja respeitada na punição, como primeiro limite ao poder penal. O direito fundamental a uma responsabilidade penal subjetiva parece ser, então, o que se traduz pelo princípio da culpabilidade, como norma constitucional que determina que o Estado justifique a punição que dirige de maneira racional, de forma que recaia apenas sobre o reprovável. E tal direito deve ser garantido às pessoas jurídicas, a fim de que a elas também seja imputada pena tão somente quando se orientem em desacordo com as normas proibitivas. O contrário em nada acrescenta à ordem jurídico-social, sendo irracional.

3.2. O fator simbólico da incriminação penal e a violação injustificada de direitos fundamentais

Simbólico é aquilo que tem caráter de um símbolo. E o direito penal, como a própria constituição e todas as leis, é também um símbolo. Um símbolo que encerra, dentre tantos outros significados, o poder proibicionista do Estado.

É certo que o símbolo da pena está no mundo com alguma finalidade. E é fácil avaliarmos que o objetivo principal é o fortalecimento da proibição que determinada sociedade almeja impor à coletividade. Mas a fim de se promover uma utilização legítima de tal símbolo, a ordem constitucional não permite que esse símbolo coercitivo seja utilizado de forma arbitrária ou ideológica, não orientado em busca de uma função justa.

E como a finalidade legítima do direito penal não é a de buscar reparações às violações de bens jurídicos, senão a de prevenir tais injúrias, a função justa da pena se acomoda na possível

²⁴³ Idem ibidem, p. 245.

dissuasão dos agentes à prática daquilo que se proíbe, visando defender os objetos de proteção das normas.

Portanto, uma pena que não cumpre função de dissuasão não é legítima, porque ineficaz, já que desprovida de efeitos protetivos concretos, de modo que a lei penal que a comina se torna meramente simbólica, nada funcional.

ROXIN explica de forma mais simples o mesmo. O termo direito penal simbólico “é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”.²⁴⁴

Como já dito, entretanto, o direito penal tem também sua função simbólica legítima, de atuar sobre a consciência da população impondo deveres e, indiretamente, criando direitos. A razão para a (i)legitimidade, então, do fator simbólico de um dispositivo penal “depende de se o dispositivo, ao lado de suas finalidades de atuar sobre a consciência da população e de manifestar determinadas disposições de ânimo, se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica”.²⁴⁵ Disso não se pode ter dúvidas.

Dessa forma, o que foi dito até aqui pode ser colocado nos seguintes termos: se o que se objetiva com a sanção penal é a orientação de seu destinatário em conformidade com um comando normativo, que protege um determinado bem de valor relevante para a ordem jurídica por meio de uma coação, de nada adianta que a sanção recaia objetivamente, tornando-se resposta a resultados ocorridos sem orientações contrárias ao direito, de modo que o fator preventivo da pena (sua preocupação última) seria assim diminuto, uma vez que às pessoas jurídicas não importaria dirigir suas atividades em prol da prevenção aos riscos criados aos bens jurídicos porque esse custo não lhes beneficiaria. Pode-se também concluir que haveria prejuízos à função simbólica do direito penal diante do recado dado à sociedade de que as sanções aplicadas não necessariamente decorrem de uma responsabilidade do agente, senão de um simples casuísmo, de modo que os apenados não seriam vistos como infratores da lei penal, senão como azarados.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

²⁴⁵ Idem *ibidem*, p. 47-48.

Dessa forma, sendo o princípio da culpabilidade compatível com a natureza das pessoas jurídicas e tendo o direito penal a necessidade de manter suas precisas funções sociais e constitucionais, nada mais necessário do que se garantir um julgamento penal subjetivo também aos entes coletivos.

Assim, tudo se compatibiliza de uma maneira proporcional. E, deve-se dizer, não há motivos coerentes para se desejar o contrário. Pois, qual seria o interesse social por trás de uma resposta penal que não se fundamente na não orientação da pessoa jurídica aos comandos normativos? E tal fundamentação só se pode buscar por meio de um juízo de culpabilidade.

Garantindo-se uma responsabilidade penal subjetiva às pessoas jurídicas, a violação a seus direitos fundamentais, pela pena, não é injustificada e desproporcional, sendo legítima. Proíbe-se, assim, a proteção deficiente; proíbe-se, de igual forma, a proteção excessiva.

3.3. Conclusão parcial

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em acórdão recém-publicado,²⁴⁶ que não é constitucional a teoria da dupla imputação penal, tornando desnecessária a concomitante denúncia de pessoas físicas, relacionadas ao evento delituoso, nas ações penais em que se imputam a pessoas jurídicas delitos ambientais. Não decidiu, contudo, esse tribunal, pela constitucionalidade da responsabilidade penal objetiva das pessoas jurídicas. Até porque a decisão tomada não guarda relação automática com a segunda questão.

Além do mais, é significativa a posição da doutrina constitucional defensora, no mundo e aqui, da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, sempre que o direito em questão lhes seja compatível. Como demonstrado, os fundamentos por trás do princípio da culpabilidade (justificados pelo direito a uma penalização atenta à relação do sujeito com o delito) não apresentam incompatibilidades com a natureza das pessoas jurídicas, de modo que elas são também titulares desse específico direito constitucional.

Nessa direção, por mais que o direito penal deva se moldar a uma nova realidade, não perderá suas principais funções, e conquistas milenares, mantendo suas bases normativo-

²⁴⁶ RE 548.181 RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

categóricas, ao invés de sucumbir a uma prática que não apresenta qualquer razão de ser. Se a responsabilidade penal objetiva não condiz com a própria finalidade do direito penal, não há razão para almejá-la. Se o Supremo Tribunal Federal desejava caminhar rumo contrário à impunidade dos entes coletivos pela prática de delitos ambientais, não altera seu caminho a exigência de que seja avaliado o nexo de causalidade entre as atividades da pessoa jurídica e os eventos delituosos (imputação objetiva) e a sua orientação contrária às normas proibitivas (imputação subjetiva), dupla faceta do princípio da culpabilidade.

Por outro lado, a afirmação da teoria da dupla imputação, de igual modo, também não levaria à afirmação da responsabilidade penal subjetiva dos entes coletivos.

É imperioso, por isso, que se garanta também às pessoas jurídicas o juízo de culpabilidade, uma vez que se mostra como a saída mais adequada tendo como norte os parâmetros do Estado de Direito.

Cabe, então, à doutrina adotar modelos de imputação que desenvolvam as teorias necessárias para a compatibilização da categoria da culpabilidade com a realidade dos entes coletivos, impedindo o regresso aos tempos da punição pelo acaso.

Como demonstrado, esses modelos existem, e um deles apresenta a possibilidade de compatibilizar os fundamentos da reprovação da pessoa física às pessoas jurídicas. Justificado na existência de um direito fundamental extensivo às pessoas jurídicas, é sobre esse modelo, então, que trabalharei.

4 ENFIM, A CULPABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. HÁ ESPAÇO PARA O COMPLIANCE CRIMINAL?

O que se deve ainda explicar, nesse capítulo final, é de que forma se assenta e se comporta o modelo de imputação defendido (Capítulo 2), que se justifica diante do direito das pessoas jurídicas em serem responsabilizadas penalmente de forma também subjetiva (Capítulo 3), da maneira como atualmente se encontra o ordenamento jurídico penal brasileiro. Por fim, analisar-se-á brevemente o papel dos programas de *compliance* criminal no âmbito desse mesmo modelo, inserindo-o como parâmetro de aferição da culpabilidade da pessoa jurídica.

4.1 O modelo de imputação compatível e suas consequências jurídicas

O modelo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas que se mostrou mais apto a garantir as funções do direito penal de acordo com as prescrições legais brasileiras é aquele que encontra a culpabilidade no seu fato próprio, que concorre necessariamente para o delito de um indivíduo. A culpabilidade por esse fato próprio (critério de autorresponsabilidade), que é entendido como a falha de organização, justifica a extensão da culpabilidade alheia contida no delito concretamente realizado.

Por mais estranho que, para alguns, isso possa parecer, essa forma de reprovabilidade (heterorresponsabilidade) não nos é desconhecida e é o que justifica a imputação de pessoas físicas também em determinados casos. A e B estabelecem um plano comum de furto, onde ao primeiro compete destruir o obstáculo e vigiar a entrada do segundo, que subtrai os objetos.²⁴⁷ A existência de um plano comum e de uma contribuição relevante, que conferem domínio na coautoria, justifica a imputação recíproca, de forma que os fatos cometidos por cada um são atribuídos a todos. A e B respondem por furto qualificado (art. 155, § 4º, I, CP).²⁴⁸ Aqui se tem

²⁴⁷ O exemplo é de GRECO e ASSIS. (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et alii]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 88)

²⁴⁸ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et alii]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 88.

uma boa ideia de que o critério (autorresponsabilidade) que justifica a imputação da culpabilidade alheia à pessoa jurídica é o mesmo que justifica a imputação recíproca na coautoria.

O injusto da pessoa jurídica, dessa forma, se concretizaria na sua colaboração para o delito necessariamente praticado por um indivíduo,²⁴⁹ na medida em que ela tenha falhado na organização de sua estrutura (seu dever), de modo que se lhe imputa o resultado que pode ser encarado como um “fato comum único”²⁵⁰. Nesse modelo, a atribuição de responsabilidade à associação depende de que o injusto de resultado tenha se realizado por conta das falhas de organização,²⁵¹ o que significa dizer (a) que diante da ausência das falhas verificadas o resultado hipoteticamente teria sido evitado e (b) que se a pessoa física “burla os sistemas organizativos estabelecidos pela pessoa jurídica, não se pode considerar que dita execução tenha se produzido no marco organizativo penalmente relevante, por mais que, formalmente, a atuação da pessoa física tenha tido lugar dentro do organograma da pessoa jurídica.”²⁵² A culpabilidade (como fundamento da reprovação), por sua vez, seria fundada no fato próprio da pessoa jurídica, que é a possibilidade de se organizar (liberdade) e não fazê-lo apesar da sua capacidade de se autodeterminar, ou se auto organizar, (responsabilidade) que lhe exigem uma organização ideal, aquela que teria impossibilitado o injusto de resultado²⁵³.

Isso porque parto do mesmo pressuposto de ESTELLITA, de que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro outro sistema jurídico-penal “que não aquele formado pelo conjunto das normas constitucionais relevantes e das constantes, especialmente, na Parte Geral do Código Penal (CP), além, para o caso concreto, da norma inculpada no artigo 3º da Lei 9.605/98, que não afasta,

²⁴⁹ Note-se que a própria lei estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica como contribuição para um delito comum: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.” (Art. 3º, parágrafo único, CP).

²⁵⁰ CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 66.

²⁵¹ Essa ideia é compatível com a proposição de Hafter, que unia a vontade da associação com a vontade dos indivíduos executores da ação delituosa para a consecução do delito, como explicado na nota 114. Ou seja, um injusto plural, onde sempre deverá haver a composição de culpabilidades; de um lado, a pessoa jurídica culpável por sua omissão às medidas de prevenção que deveriam ter sido tomadas; de outro, as pessoas físicas culpáveis porque praticaram o injusto proibido por conta da contribuição advinda da falha de organização.

²⁵² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 232.

²⁵³ Esse critério dogmático chegou a ser positivado pelo legislador espanhol, segundo SILVA SÁNCHEZ: “Por otro lado, que el texto sí indica que es preciso que el debido control, de haber sido llevado a cabo, hubiera impossibilitado el hecho delictivo del subordinado.” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 22.)

contudo, as regras do CP (bem ao contrário, conforme artigo 79)²⁵⁴”.²⁵⁵ Assim, a contribuição da pessoa jurídica para o delito deve atender ao mesmo sistema de imputação legal que determina a imputação do delito às pessoas físicas.

Ou seja, o legislador não criou para a pessoa jurídica uma responsabilidade penal por fato que não esteja definido por lei como crime (tipicidade), que não seja lícito ou que não atenda aos ditames da culpabilidade. Pelo contrário, o artigo 2º da Lei 9.605/98 é claro em dizer que quem concorre para a prática de crimes (e só há uma concepção para “crime” no ordenamento jurídico brasileiro: fato típico, antijurídico e culpável) responde na medida de sua culpabilidade.²⁵⁶ Não há exceção para isso, e não deveria haver, pelos argumentos esboçados no capítulo anterior.

Se o conjunto de regras penais não excepciona legalmente o tratamento das pessoas jurídicas, a forma em que se estabelece o concurso necessário entre o fato da pessoa jurídica (falha na organização) e o delito do indivíduo deve se resolver também de acordo com as regras ordinárias do concurso de agentes.

Na medida em que a empresa não emite comandos para a prática delitiva, em princípio sua contribuição para o delito se dá na forma omissiva, por não ter se organizado de maneira a impedir o resultado (falha de organização): no momento da prática do delito, a pessoa jurídica contribui com sua omissão na evitação do fato, que sua boa organização deveria ter evitado. A omissão em se organizar de forma correta só se torna relevante – não apenas por obrigação legal (art. 13, §2º, CP), senão também por obrigação racional – quando a pessoa jurídica possuía o dever de se organizar de tal maneira que pudesse concretamente evita-lo (causalidade hipotética). Outra possibilidade seria a de encarar a atuação da pessoa jurídica na forma comissiva, fundamentando que a existência da falha de organização instrumentalizaria a pessoa física, de modo que aquela realizaria o delito por intermédio desta, numa forma de autoria mediata, como propõe Heine, que

²⁵⁴ “Art. 79, CP - Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”.

²⁵⁵ ESTELLITA, Heloisa. ESTELLITA, Heloisa. A responsabilidade isolada da pessoa jurídica por crimes ambientais. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais>>. Publicado em: 16.12.2014. Acessado em: 27.5.2015.

²⁵⁶ De forma similar, GÓMEZ TOMILLO sustenta que “la culpabilidad implicaría un juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. (GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español. In: Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 25, septiembre 2011, pp. 72.

trabalha com a ideia de um domínio funcional-sistêmico da organização.²⁵⁷ ²⁵⁸ A proposta já é conhecida no direito penal econômico no que diz respeito à posição dos superiores hierárquicos, mas é alvo de severas críticas.²⁵⁹ ²⁶⁰

Para a conclusão desse trabalho, é evitável a tomada de posicionamento nessa questão. Mas, parece advir naturalmente das posições concluídas no capítulo 2 que o dever de agir sendo vigilante das práticas no seu marco de atividades surge da expectativa social no controle sobre as fontes de perigo, que alça o coletivo (a pessoa jurídica) à posição de garantidor, na medida em que lhe cabe controlar o perigo que cria e domina.²⁶¹

Mesmo para os que se omitem, no entanto, é exigível que essa omissão tenha se dado de forma culposa ou dolosa. A questão da imputação subjetiva é o ponto mais polêmico que envolve a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Há pequenas sugestões de onde encontrar o elemento subjetivo,²⁶² mas vários são os problemas que delas surgem, a começar pelo fato de que a verificação desse elemento nos indivíduos em posições de controle poderia representar a renúncia a uma responsabilidade pelo fato próprio. Isso se daria na medida em que algo que pertencesse ao

²⁵⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, p. 231.

²⁵⁸ E. BACIGALUPO apresenta críticas quanto à conclusão de que tal proposta fundamentaria uma posição de autor mediato da empresa (BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ªed., 2012, p. 48-49). SHECAIRA, por outro lado, defende a imputação à pessoa jurídica na qualidade de autora mediata do delito. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010, p. 168-169.

²⁵⁹ Com relação às críticas pelo emprego da teoria do domínio da organização para fundamentar posição de autoria mediata, ver GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et alii]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 98-105.

Para uma crítica geral ao emprego da teoria no Direito Penal empresarial, ver FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007.

²⁶⁰ Para críticas quanto à extensão da teoria do domínio do fato às empresas como aparatos organizados de poder, ver BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 49-54.

²⁶¹ A respeito das fundamentações materiais para a posição de garantidor, ler GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. op. cit., p. 108-115. Os autores trabalham os fundamentos materiais para a posição de garantidor das pessoas físicas que controlam a pessoa jurídica, mas os fundamentos materiais parecem poder ser estendidos para justificar a posição de garante das empresas também, caso sejam lidos em harmonia com os fundamentos da responsabilidade da pessoa jurídica expostos no capítulo 2.

²⁶² Resumidamente, duas posições compatíveis com o fato próprio da pessoa jurídica são exploradas pela doutrina: uma vê no conhecimento do risco criado pela falha na organização o elemento subjetivo da pessoa jurídica; outra, na imputação funcional do elemento subjetivo na medida da concepção social, em função dos indícios avaliados sob uma perspectiva social. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, p. 149).

fato de uma terceira pessoa (por exemplo, a decisão do presidente que é consciente dos riscos) fosse encarado como fato da pessoa jurídica.²⁶³

Não é o objetivo resolver problema tão complexo nessa ocasião, mas parece haver uma forma de se interpretar a determinação legal constante no art. 3º, da Lei 9.605/98 de modo a compatibilizar o que se defendeu até aqui.

O fato culpável da pessoa jurídica é a falha, dolosa ou culposa, na sua organização. Essa falha se verifica em algum injusto de resultado que tenha a colaboração necessária²⁶⁴ de um indivíduo. E a reprovação desse injusto de terceiro à pessoa jurídica se dá por questões ligadas ao coletivo – isso foi o que se defendeu. Acontece que a sanção (tanto na cominação como na aplicação) tem o caráter de prevenir os bens jurídicos, já que o legislador espera alcançar com ela a fonte que domina os meios de prevenção. Na medida em que tudo que o legislador pode esperar dominar com a ameaça de pena é um ato físico, porque o instrumento de domínio é a coação, conhecer essa fonte significa conhecer quem a domina. Se o que faz responsável a pessoa jurídica é o seu fato próprio, o seu elemento subjetivo deve estar ligado a esse seu fato próprio. Portanto, requer-se que o conhecimento da empresa alcance tão somente sua falha de organização (fato próprio), e não o resultado delituoso. No entanto, o problema está em delimitar por meio de quem são aferidos esses elementos subjetivos a respeito da organização falha. Há uma saída legal que, no entanto, deve respeitar os limites dogmáticos.

Poderia a lei dizer previamente quem é encarado como possuidor desse elemento subjetivo em nome da pessoa jurídica. Mas a lei não poderia dizer que a decisão sã, mas reprovável, do controlador de máquinas de uma empresa em apoiar a ideia do lavador de máquinas de lançar os resíduos tóxicos no vaso sanitário – ao invés armazená-lo no coletor próprio que estava ao seu lado, conforme as determinações superiores – seja considerada como própria da pessoa jurídica. O legislador não poderia fazê-lo porque a cominação da sanção à pessoa jurídica não tem a capacidade de coagir aqueles que são indiferentes a ela (o controlador de máquinas não evitará um delito por conta da ameaça de sanção à empresa). É necessário um critério a mais, que cabe à dogmática.

²⁶³ Esse problema é anunciado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. op. cit., p. 123.

²⁶⁴ No mesmo sentido empregado em “colaboração necessária”, SHECAIRA fala em uma “coautoria necessária” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010, p. 168-169).

Se se defende que a imputação se dê de forma subjetiva para evitar a declaração de reprovabilidade social de um ato àqueles que não poderiam ter agido para evitá-lo (direito fundamental à responsabilização subjetiva – Capítulo 3), então é isso que se deve buscar com ela. Só se declara a reprovação de um ato de alguém (imputação) porque esse alguém é dominante da fonte de perigo que se espera ver controlada, a ponto de se tornar responsável pelo perigo.²⁶⁵ Quem domina as fontes de perigo em nome da pessoa jurídica não é o controlador de máquinas, ele não vai além de ser a própria fonte de perigo. Quem às domina propriamente em nome da pessoa jurídica são os que, no fim, seriam prejudicados por uma declaração de reprovabilidade, justamente porque a falha de organização poderia socialmente ser atribuível a eles e, por isso, os efeitos secundários da pena lhes resvalariam (argumento que justificou a responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica – capítulo 3).

Assim, quem domina concretamente a organização da empresa (poder efetivo de organizá-la de modo diferente) pode ser considerado como fonte do domínio, de modo que seus elementos subjetivos possam ser considerados como próprios da pessoa jurídica. O conhecimento da empresa seria o conhecimento de quem domina a sua organização.

No entanto, é necessário estabelecer limites mais precisos acerca de quando o elemento subjetivo da pessoa física pode de fato estar em função da pessoa jurídica. O presidente de uma empresa que agride seu funcionário por ciúmes de sua mulher adúltera não parece possuir um elemento subjetivo que possa ser encarado como da empresa. A questão parece ser a de buscar vínculos entre o elemento subjetivo do presidente aos fatos que são próprios da pessoa jurídica, como o controle da organização. Uma proposta interessante seria considerar que o elemento subjetivo dessas pessoas no comando esteja em função da pessoa jurídica até o limite das suas competências, de modo que “se a prestação do órgão traz consigo ademais uma infração de suas

²⁶⁵ É semelhante a posição desenvolvida na Inglaterra do “controlling officer test”, de que os agentes que representam a pessoa jurídica são os que agem com independência funcional sem submissão a cargos de comando. No entanto, tal teoria não é utilizada no sentido proposto aqui, na medida em que não serve para fundamentar a verificação do elemento subjetivo próprio da pessoa jurídica nos agentes independentes, senão que é um critério de atribuição da responsabilidade dos agentes independentes à pessoa jurídica. (DEL SEL, Juan María. *Societas delinquere, ¿potest o non potest? La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona*. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (dir.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B. de F., (2010), p. 101).

próprias competências, caberá perfeitamente atribuir-lhe responsabilidade penal junto com a pessoa jurídica”²⁶⁶.

A princípio, poder-se-ia dizer que o elemento subjetivo pertencente às pessoas físicas é que está sendo transferido às pessoas jurídicas, no entanto, esse elemento não se relaciona com os fatos da pessoa física (por exemplo, do presidente como indivíduo), senão com os fatos reprováveis apenas à pessoa jurídica (a organização efetiva), sempre que referidos ao âmbito das atividades empresariais.²⁶⁷ Dito de outra forma, o que se propõe como interpretação é que sejam analisadas nas pessoas físicas, prescritas por lei como possuidoras do conhecimento sobre o fato da pessoa jurídica, o elemento subjetivo exclusivamente sobre a falha de organização, e nesse sentido serão encarados como conhecimento da pessoa jurídica. Como os fatos da pessoa jurídica se restringem ao conhecimento dos atos da organização e não ao injusto de resultado em si, no momento em que se afirma nesses agentes o dolo e a culpa com relação ao delito, supera-se o limite do que pertence à pessoa jurídica e se passa a encarar o elemento subjetivo como propriamente dos indivíduos, porque um elemento que se liga ao delito e não simplesmente à organização. Mas, por conta de previsão legal esse elemento exercerá a função de servir à pessoa jurídica até os limites de seu fato próprio.

Suponhamos que o diretor responsável pelo setor de extração de madeiras em uma área de propriedade da pessoa jurídica seja alertado pela administração pública a respeito da impossibilidade legal de corte de árvores acima de determinada altura. Em seu setor, trinta funcionários trabalham diariamente extraíndo madeiras na região. O diretor deve informar a proibição aos funcionários. No entanto, decide ser prescindível fazê-lo porquanto consultando documentos da empresa descobre uma medição recente que informa a não existência naquela área de árvores que ultrapassem o limite legal. A medição realizada por outro departamento da pessoa jurídica estava incorreta, no entanto, e essas falhas na organização da pessoa jurídica (o não contato entre o diretor e os empregados e a medição errônea) possibilitaram o corte de três árvores acima do limite, por funcionários experientes que sabiam ser ilegal cortar aquelas árvores, mas

²⁶⁶ Tradução livre de CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 66.

²⁶⁷ No mesmo sentido, CAVERO: “La persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización. No se trata, por tanto, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino de una infracción propia de la persona jurídica.” (Idem *ibidem*, p. 67).

que optaram por seguir a única ordem recebida até então, que era a de cortar todas as árvores daquele perímetro.

Se à pessoa jurídica é exigível uma organização eficiente, pode-se dizer que uma atividade de risco ambiental deve fundamentar deveres de cuidado amplos, que deem conta de reforçar a legalidade das atividades em todos os seus ambientes, justamente porque sua composição é complexa e vários segmentos podem falhar, de forma que os riscos devem ser cercados por todas as medidas exigíveis de uma boa administração.²⁶⁸ Assim, era previsível dizer que a organização possuía falhas evitáveis (a informação aos funcionários que realizavam atividade de risco legal sobre todas as normas que deveriam seguir), mas não é possível dizer que o diretor possuía sequer previsibilidade a respeito do corte concreto das árvores, na medida em que confiou em um documento técnico que provava a ausência de árvores protegidas na região (para fundamentar sua responsabilidade penal individual, seu elemento subjetivo deve se relacionar com o delito e não com a simples falha de organização).

O que é importante frisar é que se está tratando do fato ilícito da pessoa jurídica, a falha de organização, que concorre para o injusto de resultado. Mas as duas coisas não são a mesma coisa. À pessoa jurídica será imputado o injusto de resultado porque sua falha de organização contribuiu para ele, mas ao diretor não pode ser imputada a concorrência para o crime se lhe falta previsibilidade quanto a tal realização.

Essa interpretação, no entanto, parece resolver apenas o problema da atribuição de fato próprio à pessoa jurídica. O maior problema não pode ser resolvido por essa interpretação, que é o fato de que em raríssimas hipóteses se poderá com isso atribuir somente à pessoa jurídica os elementos subjetivos da tomada de posição em relação à organização das atividades; na maior parte dos casos, a decisão em relação à organização já pode representar um conhecimento previsível por parte do indivíduo que organiza a empresa sobre a realização do injusto concreto, e será suficiente para afirmar a responsabilidade individual desse indivíduo dominante da organização.²⁶⁹

²⁶⁸ Poder-se ia falar também em uma composição de elementos subjetivos, onde vários setores possuam os fragmentos que compõe o elemento subjetivo global da pessoa jurídica, que, se estiverem relacionados aos fatos de organização, pertencem a ela e justificam sua culpabilidade. Mas esse problema, de fato, passa ao largo do objeto desse trabalho.

²⁶⁹ Se o diretor não se baseasse a respeito das árvores por documento técnico, mas por informações de outra funcionária durante bate-papo em Happy Hour da empresa, a situação seria diferente, houve quebra de dever de cuidado ao se informar sobre os riscos concretos ao bem jurídico.

Deve-se ressaltar, ainda, que essa leitura não conduz à atribuição do fato de uma pessoa física à pessoa jurídica, o que desnaturaria a responsabilidade por fato próprio,²⁷⁰ senão apenas o elemento subjetivo, relacionado ao fato que continua sendo próprio da empresa (falha organizativa), é atribuído. E o que prova que a falha de organização continua sendo pertencente apenas ao coletivo é a circunstância de que qualquer outro que exerce o domínio quanto a essa falha, não apenas o diretor que a previu, podem modificá-la sem que tenham previsibilidade qualquer sobre ela.²⁷¹

Nesse ponto, a lei já não pode ser tão criticada, porque elegeu apenas as pessoas dominantes da pessoa jurídica como fontes do elemento subjetivo, diferente do que fez, por exemplo, a lei austríaca.²⁷² O que dispõe o art. 3º, da Lei 9.605/98 é exatamente que a pessoa jurídica será responsabilizada penalmente nos casos em que a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado (pessoas a quem pode ser atribuído domínio de organização). Assim, o elemento subjetivo da pessoa jurídica deve ser lido nesses atores elencados pela lei com relação ao fato da pessoa jurídica (ou seja, enquanto os mesmo estiverem, no âmbito de suas competências, a serviço da organização estrutural da empresa), de forma que se a falha em se organizar efetivamente não contar ao menos com a culpa de uma dessas pessoas, ou com a culpa somada de diversas dessas pessoas, não há que se falar em responsabilidade do coletivo.

Outra questão relacionada ao elemento subjetivo da pessoa jurídica é referente à qualidade do conhecimento que a mesma (por meio de seus representantes citados pela lei) deve possuir sobre sua falha, se sua responsabilidade por essa falha deve ser dolosa ou culposa.

S. SÁNCHEZ informa um problema que nos deve ser também sensível: se um delito exige forma de comissão dolosa, e é assim praticado por um subalterno que contou com a falha de organização para sua prática, a imputação desse delito à pessoa jurídica só se daria se ela estivesse

²⁷⁰ Preocupação externada por GÓMEZ-JARA DÍEZ, nota 263.

²⁷¹ Imagine-se que o departamento de *compliance* da mesma empresa exploradora madeireira resolve oferecer palestras a todos os funcionários com o objetivo de afirmar o interesse da pessoa jurídica em seguir as normas legais, de forma que ordens superiores contrárias a normas legais não devem ser seguidas e, pelo contrário, devem ser comunicadas por canal próprio da ouvidoria. Isso teria feito a falha organizativa que deu causa ao delito desaparecer, porquanto os lenhadores experientes não teriam cometido o fato sabidamente ilegal apenas por conta da ordem geral anterior, imaginariam pelo menos que a ausência de exceção relacionada às árvores maiores deveria ser consultada.

²⁷² A lei austríaca atribui o agir doloso e culposos de um funcionário sem poder de domínio na organização também à pessoa jurídica. (ROBLES PLANAS, Ricardo. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*. InDret, n. 2, p. 17, abr. 2006, p. 10-15).

concorrido dolosamente para o crime, ou seja, se tivesse praticado dolosamente sua falha de organização. A proposta de solução do autor é a de que o elemento subjetivo da pessoa jurídica seja encarado de uma forma “sui generis”, onde não haja distinção entre dolo e culpa, senão que uma simples imprudência (“sui generis”) seja verificada a ponto de fundamentar a reprovação pelo delito doloso praticado com a contribuição da falha de organização.²⁷³ VOLK delinea basicamente a mesma ideia.²⁷⁴ A proposta é melhor do que a solução apresentada por outra parte da doutrina, que sustenta a necessidade da existência de dolo no fato da pessoa jurídica para a reprovação por delitos dolosos.²⁷⁵

Como o modelo aqui adotado distingue o fato da pessoa jurídica do fato delituoso em si, de modo a fundamentar sua culpabilidade com relação ao seu fato próprio (uma espécie de culpabilidade antecipada)²⁷⁶ e não ao injusto de resultado, parece haver uma forma mais própria de encarar a discussão. O elemento subjetivo da pessoa jurídica com relação ao seu fato se mantém para o seu juízo de culpabilidade e fixação de sua pena, não importando a que título tenha sido cometido o delito, desde que tenha se dado em concurso com a falha de organização, como já explicado. A princípio, essa proposta não trará consequências práticas das mais difíceis, tendo em vista que a pena da pessoa jurídica não é estabelecida pelos tipos penais, onde os parâmetros de fixação de pena se encontram estabelecidos pela distinção dolo e culpa, senão que se dá atendendo

²⁷³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 27.

²⁷⁴ “(...) Torna-se difícil distinguir dolo e culpa. O dolo não pode ser entendido como “atitude”. É possível sustentar o contrário e vincular o dolo à tomada de posição da empresa em relação ao Direito. Com isso, porém, deixa de ser possível distinguir dolo e culpa. A “atitude criminosa” compreende em seu conceito também a culpa. O dolo teria de ser reduzido a um mero conhecimento. O aspecto característico do dolo, entretanto, a decisão contrária ao direito, só se apresenta como decisão individual em uma situação concreta. Quanto mais nos afastarmos dessa noção, mais turvas ficam as fronteiras entre dolo e culpa. Se seguirmos o exemplo do direito anglo-saxônico e costurarmos um conhecimento coletivo a partir de vários conhecimentos individuais, nos aproximaremos de uma ficção e propagaremos que é a empresa quem tem de fazer a contra-prova (...)” (VOLK, Klaus. Sobre a responsabilidade penal das empresas. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70 aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 721).

²⁷⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 27.

²⁷⁶ Como no caso de um controlador de linhas férreas que decide tirar um cochilo alguns minutos antes de sua tarefa de ordenar os trilhos para a passagem de um trem. Ele acredita que acordará com o barulho do trem chegando, no entanto, ao se deitar, relaxa e dorme profundamente. O trem que trafega em alta velocidade não consegue ser freado e colide com outro que vinha no sentido contrário pelo mesmo trilho. A culpabilidade recai no seu fato antecipado, a quebra de seu dever de cuidado em se manter atento, e não no delito global, de modo que ele responde pelos resultados delituosos causados hipoteticamente por sua omissão culposa.

normas gerais estabelecidas fora dos tipos penais. A princípio, parece que o próprio legislador não se importa com o título da punição da pessoa jurídica, estendendo-a a reprovação por todos os delitos de forma indiscriminada (Lei 9.605/98).

Por fim, é importante que se deixe claro que o modelo defendido aqui, que trabalha a responsabilidade da pessoa jurídica como na forma de um concurso necessário para o crime de terceiros, não justifica a teoria processual da dupla imputação. SARCEDO defende o mesmo: “o concurso necessário de agentes entre indivíduos e o ente coletivo na prática de determinado crime (...) não significa dizer que se faz necessária a imputação dos fatos a todos os agentes, pessoas físicas e jurídicas, para que uma acusação seja viável”.²⁷⁷ Ou seja, “não se deve confundir, pois concurso de pessoas com pluralidade passiva na ação penal, eis que a primeira nem sempre conduz à segunda”.²⁷⁸ Ou seja, o modelo não contraria o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, ao qual já se aludiu no início deste trabalho.²⁷⁹

A fim de explicar de maneira ainda mais clara o que está sendo proposto e passar à questão central, lançarei mão de uma alegoria para tentar demonstrar o que até aqui foi proposto. A alegoria conterá os fundamentos, os detalhes e as consequências do sistema de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica justificados até aqui, que serão explicados em nota.

4.1.1. Um modelo alegórico

Imagine-se que uma empresa é um revólver funcional e municiado. A simples existência de atividade nesse revólver em tais condições é uma fonte de perigo, porque pode leva-lo ao disparo. Quem resolve manuseá-lo assume esse risco, porque acredita poder controlá-lo de forma eficaz. Por algumas razões, a continuidade das atividades no revólver é importante, de forma que é aceitável um risco mínimo,²⁸⁰ já que as chances de disparo podem ser reduzidas a quase zero, a depender do bom manejo do artefato. Isso porque há duas coisas controláveis nesse revólver

²⁷⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 151.

²⁷⁸ O mesmo trecho, pertencente à SALVADOR NETTO, foi citado por SARCEDO. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coords.). *Comentários à lei de crimes ambientais - Lei nº 9.605/98*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 100-101).

²⁷⁹ Nota 7.

²⁸⁰ Viver em sociedade é arriscado, os riscos advêm da busca por benefícios.

funcional e municiado: é possível sempre remover a pólvora que vai se depositando gradualmente no tambor com o tempo (sem pólvora, não há disparo) e há medidas aptas à redução da chance do gatilho ser acionado. No entanto, a atividade da empresa gira em torno do gatilho, que pode ser pressionado (embora o seu acionamento não seja fácil), propositada ou acidentalmente, pelos funcionários que trabalham em seu entorno, de maneira que o mais importante é evitar o depósito suficiente de pólvora para o disparo: há que se ter quantidade significativa do explosivo para que se dê o tiro.

Aqueles que permitem a exploração do revólver pelo controlador, contudo, preocupados com o disparo, estabelecem a proibição de pressionar o gatilho (delito), de forma delituosa e também culposa, ao mesmo tempo em que estabelecem que, caso as funções ordinárias de prevenção não sejam cumpridas e possibilitem o delito, a exploração da atividade lucrativa será retirada do controlador, que ainda deverá devolver em dobro o lucro obtido com a exploração das atividades em caso de descumprimento grave (sanções). A fim de, no entanto, tornar mais atrativo o cargo de controlador, já que é necessária a permanência das atividades, estabelece-se que ele não será punido individualmente desde que não tenha agido ao menos com previsibilidade de que a falha das suas competências²⁸¹ ocasionaria o disparo²⁸². Isso é possível porque, nesse cenário, a previsibilidade quanto à falha da organização preventiva do revólver não gera automaticamente a previsibilidade do acidente global (disparo), por dificuldades inerentes ao acionamento do gatilho.

A sanção à pessoa jurídica não se impõe pela simples falha, o disparo tem que acontecer e de forma delituosa (dolosa ou culposamente). Além disso, o delito que será imputado à empresa é o disparo, e as sanções por esse disparo estão previstas especialmente para ela. Se se quisesse criminalizar a falha, dever-se-ia estabelecer tipos penais específicos, que vinculassem a sanção à (des)organização.²⁸³

A responsabilidade que assume o controlador do revólver é a de trabalhar na redução do risco de disparo nas duas frentes possíveis (pólvora e gatilho), pois essa é a obrigação assumida

²⁸¹ Dolo ou culpa na falha de organização. Na medida em que o injusto da empresa é a falha na organização, a reprovabilidade tão somente por essa falha justifica apenas as sanções que recaem à empresa, já que a responsabilidade pessoal dependeria de culpabilidade com relação ao disparo e não somente à falha.

²⁸² Dolo ou culpa no injusto de resultado. Na medida em que o conhecimento individual a respeito da falha de organização vai criando conhecimento a respeito da previsibilidade do injusto (o disparo) até sua completa previsão, o elemento subjetivo do indivíduo passa a não poder ser encarado como pertencente ao fato que é da empresa, senão que se vincula ao fato global que é o disparo, e pode fundamentar a responsabilidade penal individual do controlador.

²⁸³ Notas 149 e 150.

que justifica as sanções à empresa no caso de um disparo que se dê por falha nesses setores – se o disparo não for ocasionado por contribuição de uma falha nesses âmbitos, não poderá ser atribuído à empresa, porque seus controladores não dominam outras esferas, e por isso não haverá fundamento para a sanção. A questão principal é que as funções do controlador não envolvem seu alcance ao gatilho, de modo que se esse for tocado, certamente o será por outros indivíduos.²⁸⁴ que não podem ser controlados concretamente. A culpabilidade da empresa se dá pelo fato de que ela é idônea para seguir os deveres de prevenção, na medida em que ela sempre pode suspender (evitar), apesar de muito custo, suas atividades quando certa de que, em determinado momento, opera com um grande risco de disparo.

Suponhamos agora que o controlador resolva delegar suas funções, de modo que contrate duas pessoas (delegatários), uma para lhe auxiliar no controle da pólvora no tambor, outra, no controle da região do gatilho. O controlador não delega o que não tem, de modo que os delegatários também terão suas competências restritas aos âmbitos de controle, não aos de execução, e seus conhecimentos quanto às falhas de organização, pelos mesmos motivos, não conduzem automaticamente ao conhecimento quanto à ocorrência do delito (afinal o controlador não delega o que não tem). Os delegatários assumem suas posições e são tão bem preparados que há razões suficientes para acreditar que mesmo eventuais falhas em um dos setores não ocasionariam o disparo, porque a chance de falha concomitante entre os setores tende a zero.

Nesse cenário, um disparo pode ser ocasionado nessas cinco hipóteses exemplificativas: o delegatário do setor do tambor por quebra de seu dever de cuidado falha na administração da retirada da pólvora, nesse tempo, (a) um funcionário por imperícia empurra o gatilho e produz o disparo, (b) um funcionário se aproveita e pressiona o gatilho propositadamente, (c) um funcionário durante seu primeiro surto psicótico empurra o gatilho e produz o disparo; (d) o setor do tambor não falha na retirada da pólvora, mas alguém age imprevisivelmente inserindo mais pólvora no tambor e posteriormente aciona o gatilho; (e) o setor do tambor obtém informação de uma falha na retirada da pólvora, mas apesar de ciente de que o setor do gatilho tem sinalizado preocupação com o comportamento recente de determinado funcionário, não alerta o controlador requisitando a paralisação da atividade global (medida de extrema urgência, justificada apenas em

²⁸⁴ Fato da empresa que concorre necessariamente para um fato individual.

questões de previsibilidade concreta do disparo), e o funcionário durante seu primeiro surto psicótico empurra o gatilho e produz o disparo.

Com referencial no fato da empresa (organização exigível) que concorre para o delito praticado (disparo), analiso resumidamente as consequências jurídicas em cada hipótese, explicando o modelo defendido para a situação brasileira.

Na hipótese (a), o elemento subjetivo do delegatário deve ser encarado, segundo a interpretação sugerida, como próprio da empresa, no que se relaciona à falha de organização (fato da empresa), não quanto ao fato global (delito), de modo que a empresa agiu com culpabilidade em sua omissão por quebra de seus deveres de cuidado que gerou o risco proibido causador do resultado,²⁸⁵ gerando uma causalidade hipotética para o delito (não tivesse falhado na retirada da pólvora, seria impossível o disparo); a culpabilidade antecipada da empresa no momento da falha²⁸⁶, que deveria ter evitado pela assunção de sua posição garantidora, justifica a extensão da imputação do resultado delituoso;²⁸⁷ houve injusto culpável praticado por um indivíduo (funcionário imperito); a empresa e o funcionário serão responsabilizados; a culpabilidade da empresa se dá nos limites em que a gravidade de suas falhas tenha contribuído para o disparo que lhe é imputado; o funcionário responde por seu delito culposo. Na hipótese (b), mantidos os raciocínios, empresa e empregado serão responsabilizados pelo disparo: a pessoa jurídica, na medida da sua contribuição para o delito; o funcionário, por seu delito doloso. Na hipótese (c), assumindo que o funcionário surtado estava em dia com suas avaliações médicas exigíveis (que isso não é uma falha da organização da empresa), e de que o conhecimento da falha organizativa não é mesmo indicativo ao menos de previsibilidade com relação ao evento delituoso (disparo),²⁸⁸ por não ter havido delito, ninguém será responsabilizado penalmente;²⁸⁹ afinal, a atividade é arriscada e algum risco deve ser tolerado, o limite da tolerância deve ser resolvido de outras

²⁸⁵ A culpabilidade advém da falha na organização apesar da capacidade para se organizar corretamente.

²⁸⁶ Nota 276.

²⁸⁷ Ou como autora mediata, a depender da teoria que se adote. A questão do concurso da pessoa jurídica para o injusto de resultado não teve tomada de posição nesse trabalho.

²⁸⁸ Parte-se do pressuposto de que a simples falha, por mais que sempre seja um risco, pode ser muitas vezes aceitável pelas chances mínimas de mesmo na sua presença dar causa ao delito (por conta das dificuldades naturais do gatilho, incluídas no exemplo). Se essa circunstância não se verificar, a resposta jurídica poderá ser outra.

²⁸⁹ Essa é sem dúvida a consequência mais suscetível de críticas dependendo do que justifique a ausência de culpabilidade do funcionário, mas falhas rotineiras no interior de pessoas jurídicas são próprias de falhas humanas e nesse sentido há riscos que devem ser minimamente aceitáveis, do contrário, a maior parte das atividades empresariais estaria inviabilizada. Desde que não seja de fato previsível que o delito ocorra, é inconsequente atribuir responsabilidade sem culpabilidade.

formas.²⁹⁰ Na hipótese (d), responde o sabotador pelo seu crime doloso, mas não há injusto da empresa que justifique a imputação, na medida em que não houve falha de organização por seus controladores. Na hipótese (e), o elemento subjetivo do delegatário do setor de tambor ultrapassa os limites do fato próprio da empresa, atingindo a previsibilidade do delito em si (disparo), de modo que há dolo (eventual) por parte dele para a concorrência do delito, e o elemento subjetivo dos controladores, em razão de determinação legal, é extensível às pessoas jurídicas: a empresa pode responder com a maior sanção possível (devolução dobrada dos valores auferidos), já que sua falha atingiu alto nível de culpabilidade, na medida em que foi completamente ignorante de seus deveres; o delegatário responde por seu delito doloso, na medida em que seu elemento subjetivo afirma sua colaboração individual para o delito (disparo); o funcionário não agiu tipicamente, seu ato foi um descontrole.

Vários serão certamente os problemas que surgirão a partir desse modelo alegórico que não cabem ser resolvidos nessa oportunidade. A ilustração pretende servir tão somente para demonstrar as consequências advindas do modelo de imputação adotado, que verifica a responsabilidade da pessoa jurídica por seu fato e culpabilidade próprios em relação ao delito e seu elemento subjetivo diretamente nas fontes que dominam sua organização (interpretação que tenta compatibilizar o teor do art. 3º, da Lei 9.605/98, com o problema da ausência de elemento subjetivo da pessoa jurídica que justifique a reprovação penal na sistemática brasileira).

Ainda voltaremos a esse modelo teórico quando for preciso, daqui por diante, explicar consequências advindas de outras questões.

4.2 A culpabilidade pela desorganização causadora do injusto apesar de idoneidade para ser destinatária dos deveres de organização e sua aferição

Por último, sempre com referencial no delito praticado, nossa pergunta principal aqui passa a poder ser respondida. Se a culpabilidade, que é possível ser construída para a pessoa jurídica e deve ser a ela garantida, advém da falha de organização que concorre para o injusto de resultado

²⁹⁰ A solução desse problema, em relação à pessoa jurídica, passaria a princípio pela antecipação do risco proibido, com a criação de delitos de perigo abstrato, que possam prever que o conhecimento quanto falha de organização já é eficiente para justificar determinada sanção, a exemplo do que fez a Alemanha (notas 149 e 150).

praticado por pessoas físicas vinculadas às atividades da empresa, há um possível papel para o *compliance* na avaliação dessa culpabilidade?

Antes, algumas outras breves considerações de definição.

A culpabilidade por vezes é definida como a categoria que torna reprovável um fato típico e ilícito, o terceiro parâmetro de aferição de um delito. A culpabilidade não é só isso, no entanto. A culpabilidade é na verdade toda a consideração do subjetivo no delito e se dimensiona já no injusto.²⁹¹ Prova disso é o fato de que a pena por um homicídio é mais severa do que por um furto, e não é a simples imputabilidade, consciência da ilicitude, evitabilidade e etc. que justificam a diferença de pena entre esses dois delitos, senão o maior grau de reprovação que merecem as considerações subjetivas de um indivíduo que dirige seus atos em desatenção aos maiores valores sociais dos bens atingidos. Aquele que é indiferente ao patrimônio não age com tamanha culpabilidade como aquele que é indiferente à vida.

Se o papel da dogmática é conferir racionalmente os pressupostos e medidas da responsabilização penal da pessoa jurídica,²⁹² cabe à culpabilidade trabalhar com esses pressupostos e medidas em atenção ao subjetivo, aquilo que não pertence propriamente ao evento senão a quem se atribua tal evento, mas sempre em consideração ao evento (com o perdão pela repetição). Nesse raciocínio, a culpabilidade é na verdade a fundamentação da responsabilidade penal a um comportamento, na medida em que fosse evitável (liberdade) e de se evitar (dever), mas que não tenha sido evitado (responsabilidade). Aquilo que se agrupa no que se chama de categoria da culpabilidade seriam as considerações mais subjetivas²⁹³ que analisam a liberdade e o dever – imputabilidade, exigibilidade de outro comportamento e conhecimento da ilicitude da conduta – para afirmar a responsabilidade – culpabilidade.²⁹⁴

ROXIN tem razão ao dizer que se a culpabilidade deve ser encarada como o pressuposto subjetivo da responsabilização, o que lhe sobra como denominador é apenas a “(a) realização do injusto (b) apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de

²⁹¹ “Afim, o ilícito como um todo encontra-se entre os pressupostos da culpabilidade, isto é, entre os fatos que fundamentam o juízo de culpabilidade; e aquilo que exclui o ilícito exclui, obviamente, também a culpabilidade.” (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137).

²⁹² Idem ibidem, p. 134.

²⁹³ Não há como se separar a culpabilidade do injusto por meio de uma divisão simplória definida entre objetivo e subjetivo, mas de fato ao injusto correspondem mais considerações objetivas e à culpabilidade, mais subjetivas.

²⁹⁴ Concordo com ROXIN de que alguns desses elementos não afirmam a culpabilidade, senão a necessidade de pena por questões preventivas, mas adotei a classificação usual. (Idem ibidem, p. 144-163).

autodeterminação que daí decorre”. Apenas a idoneidade para ser destinatário de normas pode fundamentar positivamente a responsabilização pelo injusto.²⁹⁵ No entanto, com esforços interpretativos (não recomendáveis) é também sempre possível conduzir os elementos que hoje compõem a categoria da culpabilidade como elementos que fundamentam a idoneidade para ser destinatário de normas. Dessa maneira, não é necessário trabalhar aqui com essa distinção entre sua concepção e a concepção clássica da culpabilidade. O que interessa mesmo definir é quando se pode dizer que a pessoa jurídica praticou seu injusto apesar de ser idônea destinatária de normas (esse denominador comum da culpabilidade).

Antes de tudo, é necessário dizer que já se defendeu a capacidade da pessoa jurídica de idônea destinatária de normas, e para lá se remete.²⁹⁶ A questão central é determinar quando se pode dizer que a pessoa jurídica realizou um injusto, o que comporá parte desse conceito de culpabilidade, e quando se pode considera-la idônea destinatária de determinada norma. Também já está definido nesse trabalho que a pessoa jurídica realiza um injusto quando concorre para ele por meio de uma falha evitável em sua organização. Dessa forma, a culpabilidade (como fundamento da reprovação), nesse caso, seria verificada na (a) contribuição de sua falha, cometida (b) apesar de sua idoneidade para se organizar, para o injusto. E é a culpabilidade por essa falha que fundamenta a reprovabilidade pelo injusto de resultado de terceiro que se ocasiona propiciado por ela.

Em primeiro lugar, um curso causal só é imputado a alguém, e, portanto, também à pessoa jurídica, quando representa o aumento de um risco não permitido criado pelo autor, e essa é a primeira consideração da culpabilidade (análise do vínculo do subjetivo com o fato) que exclui os acasos.²⁹⁷ No conceito da culpabilidade como realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas, esse aspecto (entendido como externo) excluiria o primeiro componente da culpabilidade, qual seja, a realização, na medida em que só se considera juridicamente relevante determinada realização que tenha representado um aumento de risco não permitido; do contrário, essa realização não é penalmente relevante, de modo que aqui basta considerarmos uma não realização (ou uma não realização delituosa).²⁹⁸

²⁹⁵ Idem ibidem, p. 138-163.

²⁹⁶ Notas 166-168.

²⁹⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135.

²⁹⁸ Idem ibidem, p. 136.

Segundo, se é definido que o injusto da pessoa jurídica é a não organização da forma devida, as considerações subjetivas devem ser verificadas também quanto à organização. Se a qualidade de “devida” é própria da análise objetiva (sem dependência quanto ao sujeito), é incontestável que a organização é um atributo do subjetivo. Assim, pode-se dizer que não há culpabilidade quando se está organizado da forma devida. Aqui, residem também considerações de culpabilidade. Uma empresa com organização mediana certamente age com menor reprovabilidade do que uma completamente desorganizada, porque o risco proibido gerado é maior nesta, mesmo que o injusto de resultado propiciado por suas falhas seja idêntico. Quanto melhor a organização empresária, que busca reduzir suas falhas, menor a reprovabilidade de seu comportamento (falha) em relação ao delito do indivíduo.

Em terceiro lugar, a capacidade de idônea destinatária de normas das pessoas jurídicas deve ser verificada da forma como o é em uma pessoa física. Primeiro, ela é aferida abstratamente no exercício intuitivo de que determinadas pessoas podem corresponder às expectativas da norma, porque compreendem a norma e conseguem se autodeterminar em relação ao comando dessa norma.²⁹⁹ Sendo positiva essa análise, torna-se possível destinar comandos em geral a essas pessoas, com ameaça de pena, declarando automaticamente suas culpabilidades, o que já é feito às pessoas jurídicas.³⁰⁰ Posteriormente, há que se buscar a existência de exceções, nesse conjunto de pessoas tidas como culpáveis, que não possuem essa capacidade presumida, a fim de torna-las exculpáveis. Em outras palavras, primeiro se diz que os humanos, e aqui se diz as pessoas jurídicas também, são idôneos destinatários de normas, depois se deve considerar se essa presunção geral comporta exceções. Para os humanos, pode-se dizer que se um indivíduo não tem capacidade mental suficiente para compreender a norma ou se autodeterminar em relação ao seu comando tornar-se exculpável (enfermos mentais, menores de dezoito anos, enfim, inimputáveis). Assim para se verificar exceções, dentro do conjunto de pessoas jurídicas, por inidoneidade para ser destinatário de normas, deve-se atenção também à possibilidade que têm de compreender o comando e se autodeterminar. O conceito de imputabilidade para pessoas físicas positivado que,

²⁹⁹ O exemplo do sinal vermelho utilizado por ROXIN, que fundamenta a extensão dessa concepção de culpabilidade para as pessoas jurídicas na nota 166, é que se um indivíduo obedece a um sinal vermelho em determinada travessia e, por outras razões, posteriormente se decide por desobedecer à sinalização, isso demonstra sua capacidade para ser destinatário dessa norma, porque ele pode entender seu sentido e tem capacidade para se autodeterminar por ele (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-140).

³⁰⁰ A culpabilidade das pessoas jurídicas já é afirmada por meio do art. 3º, da Lei 9.605/98, que estabelece que serão punidas por conta de delitos, no entanto, apenas os ambientais.

por exemplo, se baseia na idade mínima de 18 (dezoito) anos e num desenvolvimento mental mínimo exigível, deve ser remodelado legalmente para as pessoas jurídicas; esse conceito pode ser sugerido pela dogmática,³⁰¹ mas não pode ser definido por ela, pois depende de parâmetro legal, já que é matéria de política criminal. A ausência de critérios gerais de exclusão da culpabilidade torna aceitável em nosso ordenamento, a uma primeira análise, a responsabilização de qualquer pessoa jurídica envolvida nos delitos aos quais o legislador torna-las responsáveis (Lei 9.605/98), por meio da presunção de imputabilidade.³⁰² Penso, no entanto, que o caso concreto que demonstre a inidoneidade para ser destinatária de normas por parte de determinada empresa sugere sua exculpação, por força da própria lei que afirma que a pessoa jurídica também é julgada na medida de sua culpabilidade (art. 2º, Lei 9.605/98).

Assim, no modelo alegórico proposto, poder-se-ia analisar a questão da culpabilidade nessas três frentes acima. Primeiro, deve-se determinar se o resultado do delito (disparo) é proveniente de realização da pessoa jurídica (ou se, em relação a ela, diz-se que houve acaso); depois, verificar o nível da culpa pela falha de organização (retirada da pólvora e cuidados em torno do gatilho) que deu causa ao delito (disparo); em terceiro lugar, perguntar-se se a empresa era idônea para ser destinatária das normas que lhe exigiam a organização eficiente (a presunção geral é de que todas as empresas são).

Esse trabalho não se imiscuirá nos meandros das excludentes de idoneidade da pessoa jurídica para ser destinatária de normas, de forma que o debate aqui parte do pressuposto de que o legislador brasileiro ao não prever essas medidas ainda entende que não há cláusulas gerais de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica e uma análise sem apoio em cláusulas gerais

³⁰¹ Como fez CAVERO apoiando-se na teoria dos sistemas: “Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, puede llegarse a la conclusión de que el ente colectivo llega a alcanzar una individualidad cuando su complejidad organizativa permite una autorreferencialidad importante de la propia persona jurídica y el desarrollo de intereses societarios ajenos a los de sus órganos, representantes y socios. Por eso, resulta una posición sumamente interesante, en esta línea, la vinculación de la categoría de la imputabilidad penal en el caso de las personas jurídicas a la complejidad organizativa.” (CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, 2012, p. 60. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27.5.2014, p. 65.)

³⁰² No âmbito da idoneidade para ser destinatária de normas, não só a inimputabilidade é uma exceção a essa capacidade, senão também a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. É possível se pensar em exemplos que tornariam recomendável a manutenção dessas excludentes de culpabilidade também às pessoas jurídicas (uma recém-introduzida espécie de árvore numa lei complementar que fundamenta um tipo penal em branco ou uma crise financeira grave que justifique o não repasse de valores previdenciários recolhidos dos funcionários ao órgão competente seriam dois deles), mas não é aqui que se afere a culpabilidade, aqui simplesmente se a exclui ou a afirma (não que isso deixe de ser uma aferição), de modo que decido por não conduzir o trabalho a essas questões.

é medida casuística e demanda inúmeros fatores.³⁰³ Dessa forma, o que já é possível, diante da atual legislação brasileira, é analisar a existência e o grau de culpabilidade da pessoa jurídica na concorrência para o crime, e não os requisitos exculpantes.

Assim, deve-se partir do pressuposto de que todas as empresas são idôneas destinatárias de normas penais e analisar a eliminação do acaso e o aspecto da falha de organização. No entanto, a eliminação do acaso se dá por considerações de imputação objetiva, que são já muito debatidas pela doutrina e, em tese, suas formulações podem ser de grande dificuldade, ao que parece, ser moduladas para atender às pessoas jurídicas,³⁰⁴ desde que se tenha em conta seu fato próprio, porque é essa sua participação para o delito. A culpabilidade se afirma nesse momento na medida em que houve simplesmente uma realização do sujeito no curso do delito, o que se entende por aumento de riscos proibidos.³⁰⁵

Desse modo, o ponto crucial de análise é a questão da intensidade da culpabilidade que está intimamente ligada à intensidade da contribuição para o injusto, de modo que a questão da intensidade da culpabilidade da pessoa jurídica está intimamente ligada à intensidade da falha de organização.

Para a análise dessa intensidade, então, pensa-se que seu objeto, que é a falha de organização, pode ser medido por ferramentas hoje conhecidas por *compliance*. Para isso, torna-se imprescindível antes defini-las.

³⁰³ Nota anterior.

³⁰⁴ GÓMEZ TOMILLO tece considerações de imputação objetiva específicas para as pessoas jurídicas, com base no ordenamento jurídico espanhol, mas que já nos servem de base para o estudo desse problema (GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español. In: Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 25, septiembre 2011).

³⁰⁵ Por isso, para análise da exclusão de acasos por meio da imputação objetiva, remete-se a obras que tratam do tema da imputação objetiva (ver: ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, v. 12, f. 46, (jan.-fev. 2004); e *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Viente Remesal. Madrid: Civitas, 2001, p. 362-402; GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005; e *Imputação objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva em direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01-180; CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.)

4.3 *Compliance criminal*

Enquanto ainda empreendemos esforços na batalha entre responsabilidade penal subjetiva/objetiva das pessoas jurídicas, a tática que vem avançando mundialmente é mais sofisticada, e vem por outro flanco. Se a desregulação é a característica social de nossa era (Capítulo 1), e nela o risco é o problema central, tão difícil de ser contido externamente com a simples penalização posterior aos eventos, a regulação que antes competia ao Estado – com a redação de leis e, posterior, supervisão de cumprimento – vem transferindo-se gradualmente ao particular (autorregulação), de forma ainda subordinada às finalidades públicas pretendidas pelo Estado (regulada).³⁰⁶ Cabe à dogmática, hoje, não necessariamente com abandono à batalha ainda travada, preocupar-se também com essa nova modalidade interventiva. Uma das estratégias estatais nessa tarefa é aquilo que se conhece por *Compliance*.

Compliance é definitivamente um termo da moda.³⁰⁷ O estrangeirismo, justificado no fato de que essas ferramentas nasceram nos ordenamentos jurídicos anglo-saxões,³⁰⁸ tomou assento não só em nosso ordenamento jurídico, senão em outros também não falantes da língua inglesa ao redor do mundo, e se estende a outros ramos do saber além do direito.³⁰⁹ Não diferenciarei aqui o termo *compliance* de vários outros que fazem suas vezes, mas, na intenção de lhe definir um conceito mínimo para a continuação desse trabalho, deve-se dizer que seu significado corresponde a todos os programas internos de gestão de riscos jurídicos,³¹⁰ ou “à evitação de riscos juridicamente relevantes através da melhor organização empresarial possível”.³¹¹

³⁰⁶ Para explicações sobre a autorregulação, ver VILA, Ivó Coca. ¿Programas de Cumplimento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 43-4.

³⁰⁷ Idem ibidem, p. 54.

³⁰⁸ VILA aponta o nascimento dos programas de *compliance* em famosos escândalos financeiros americanos e a primeira posituação do termo nos EUA, na reforma das *Federal Sentencing Guidelines* de 1991. (Idem ibidem, p. 61.)

³⁰⁹ A respeito de comentários sobre o termo, ver ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. InDret, n. 1, ene. 2012. Disponível em: <<http://indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2013, p. 2-3; SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 64-66.

³¹⁰ Esse conceito é dado por VILA, e é adotado aqui justamente pela sua amplitude, que dá conta de abarcar todos os demais verificados na doutrina. (VILA, Ivó Coca. ¿Programas de Cumplimento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 60).

Vários outros conceitos que tentam precisar o termo são encontrados na doutrina; como exemplo, ver: KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz

O que se pode, a um primeiro juízo, com atenção ao conceito acima, facilmente supor é que o *compliance* não é estranho ao Direito Penal. Afinal, riscos juridicamente relevantes não nos são desconhecidos. Conforme o que se veio trabalhando até aqui, também não o é o significado de melhor organização empresarial possível. Dito isso, pode-se dizer que a classificação de *compliance* como ferramenta de autorregulação não possui para nossa teoria do delito qualquer capital heurístico. Esses programas são nada mais do que uma organização voltada à diminuição de riscos juridicamente relevantes.³¹²

No âmbito de nossa avaliação, o *compliance* deve ser assimilado como programas de gestão de riscos penais, ou seja, aqueles riscos que geram perigo a bens jurídicos tutelados com a administração de pena. Assim, há programas de *compliance* criminal que pretendem prevenir toda a sorte de crimes, e a instalação efetiva desses programas pode perfeitamente ser analisada na aferição de responsabilidade de pessoas físicas, em posições de garantes.³¹³

de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013, p. 51; BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013, p. 176; ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. InDret, n. 1, ene. 2012. Disponível em: <<http://indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2013, p. 2-5. Entre nós: SHECAIRA, Sérgio Salomão; de ANDRADE, Pedro Luiz Bueno. *Compliance e o direito penal*, Boletim IBCCrim, n. 222, mai/201; BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *Programas de compliance na lei 12.846/2013*, Boletim IBCCrim, n. 255, fev/2014.

³¹¹ Conceito de K. KIETHE, apresentado por VILA. (VILA, Ivó Coca. ¿Programas de Cumplimento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 55)

³¹² GIMENO explica bem a posição do *compliance* no âmbito do direito penal atual, rechaçando a validade em se qualificar esas ferramentas como medidas de autorregulação: “En realidad, en los ordenamientos que admiten la RPPJ la posición de las empresas no parece diferir de la de las personas físicas. También a las personas físicas se nos conceden amplios espacios de libertad que incluyen amplias facultades de autoorganización y se nos hace responder por los resultados penalmente relevantes que sean imputables a nuestra mala organización. Así, al conductor se le dejan importantes facultades de organización tanto sobre el cuidado de su coche como en su conducción. También en este caso el Estado quiere aprovechar las facultades de autoorganización ajenas para que no se produzcan delitos. Sin duda, hay ámbitos más y menos reglados (mi libertad a la hora de organizar el balcón de mi casa para evitar la caída de objetos a la calle es muy superior a mi libertad a la hora de conducir). Sin embargo, solo los partidarios más acérrimos de la Teoría de Sistemas sostendrían que la existencia de ámbitos de libertad y la posibilidad de control posterior por el Estado permitan también en el caso de las personas físicas hablar de autorregulación regulada. En realidad, por tanto, el fenómeno que se ha denominado “autorregulación regulada” es poco relevante en el ámbito del Derecho penal, puesto que este siempre ha funcionado conforme a los principios que caracterizan este “nuevo” fenómeno.” (GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Sanciones penales contra empresas en España* (Hispanica societates delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013, p. 267).

³¹³ Inúmeros são os trabalhos que analisam a relação entre programas de *compliance* na responsabilidade penal de indivíduos no interior de empresas, pode-se citar, como exemplo, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Deberes de vigilancia e compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013, p.100-105; e PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en

No entanto, as medidas de *compliance* também têm efetividade na aferição de responsabilidade de pessoas jurídicas. S. SÁNCHEZ informa que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa recomendou, sobre a responsabilidade penal das empresas, que deveriam ser isentadas de responsabilidade aquelas que não tiveram sua organização implicada no delito cometido e que tenham tomado as medidas necessárias para impedir sua realização.³¹⁴ E completa afirmando que a “a existência de um programa de cumprimento operativo possa ser (...) um indício significativo da aparição do delito da pessoa física como acidente ou desgraça para a pessoa jurídica”.³¹⁵ Essa é também a opinião de GIMENO.³¹⁶ E WELLNER mostra que essa é a situação também nos Estados Unidos.³¹⁷

O que é preciso reafirmar, e com apoio em S. SÁNCHEZ é que “a relação entre *compliance* e dever de vigilância jurídico penal é, em certa medida, uma relação de gênero a espécie”, porque as “medidas de *compliance* têm um objetivo mais amplo que o da evitação de delitos: a saber, outros ilícitos jurídicos ou éticos”.³¹⁸ Assim, *compliance* nada mais é para a teoria do delito do que a redução dos riscos proibidos de uma atividade, não diferindo das atitudes de evitação de risco tomadas por um indivíduo.

No interior de uma empresa, essas ferramentas devem ser analisadas com perspectiva à organização eficiente que se exige, e suas ausências de maneira formal não conduzem

especial posición de garante) de los *compliance officers*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013., p. 207-216;

³¹⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 31.

³¹⁵ Idem ibidem, p. 31-32.

³¹⁶ Apesar de defender uma relação contingente entre *compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídica, que se justificaria no exemplo alemão, onde há cultura de *compliance* apesar de não haver responsabilidade penal das pessoas jurídicas. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas em España (Hispanica societates delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013, p. 264.

³¹⁷ “Compliance programs play a significant role in the sentencing phase of a corporate criminal prosecution. The original Sentencing Guidelines chapter on “Sentencing Organizations” provided a sentence downgrade for the existence of an “effective compliance program.” Even where a corporation’s compliance program failed to prevent the commission of the criminal act, such a program still secured a sentence reduction for the corporation. That sentence reduction could be quite substantial, affording the corporation up to a fivefold decrease in fines in some instances.” (WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*. Cardozo Law Review. New York, 2005. Disponível em: <<http://www.friedfrank.com/index.cfm?pageID=25&itemID=5604>>. Acessado em 30.5.2015, vol. 27-1, p. 505).

³¹⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013, p. 100.

automaticamente à conclusão de que há falha de organização, porque a organização se dá de inúmeras formas, das quais o *compliance* é apenas mais uma. No entanto, enquanto uma pequena empresa se organiza de maneira informal, onde o proprietário muitas vezes estrutura todos os setores, as maiores corporações passam a dividir os riscos da atividade em setores, como representado no modelo alegórico proposto, onde cada departamento organiza suas atividades, administrando os riscos provenientes delas, e as medidas de organização, quanto maior a empresa, mais tomam forma concreta. E, por mais que se possa existir enormes programas formais de contenção de riscos na organização efetiva das atividades de uma empresa em cumprimento às leis, no final, o que resta saber para afirmação de sua responsabilidade penal é se, por conta de toda regulação que criada, houve falhas ou não em sua organizações, ou, em outras palavras, se sua atividade *ex ante* apresentava riscos juridicamente proibidos.

Deve-se concordar com S. SÁNCHEZ de que a efetividade de um programa de *compliance* pode chegar a excluir a própria realização do delito pela pessoa jurídica, na medida em que denota quase um acaso em relação a sua participação para o crime.³¹⁹ No entanto, como já pontuado anteriormente, o mais preocupante é que se estabeleça um meio de graduar a falha de organização existente que tenha proporcionado o cometimento do delito, uma vez que a simples exclusão da responsabilidade penal pelo acaso já pode ser resolvida por meio da imputação objetiva, como se defendeu acima.

O problema, em tese, é que se se constata a existência de uma falha da empresa que deu causa ao resultado e se a empresa é imputável, não se pode simplesmente lhe aplicar uma pena que desconsidere tudo aquilo que foi realizado na tentativa de evitar essa falha, do contrário como defendido nesse trabalho, a pena deixaria de atender às suas funções de forma justa, na medida em que a reprovação seria idêntica para uma empresa que falhou sem nunca ter se preocupado com a falha e para outra que, do contrário, tentou efetivamente se organizar apesar de ter cometido eventual deslize organizativo que deu causa ao delito.³²⁰ E esses parâmetros são funções da culpabilidade, que analisa o nível de injusto. Se o injusto da pessoa jurídica é sua falha de organização, o nível dessa falha é o nível de sua culpabilidade. Portanto, se os programas de

³¹⁹ Nota 314.

³²⁰ Essa é também a preocupação de SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 169.

compliance são a expressão concreta em determinadas empresas dos seus planos de organização, parece vantajosa e impositiva a utilização de algo concreto para a aferição do nível de injusto da pessoa jurídica.

Nosso ordenamento jurídico, de maneira geral, já determina que a culpabilidade seja levada em conta para a reprovação ao injusto, e como todas as medidas de redução de riscos e preocupação com os bens jurídicos sinalizam o grau de culpabilidade, seja de pessoas físicas ou jurídicas, não é medida de *lege ferenda* a análise dos programas de *compliance* na fundamentação do grau de reprovação. Quanto mais falha uma pessoa jurídica em sua organização, maior seu injusto, quanto mais se esforça na evitação da falha, menor o seu injusto, até o ponto em que não havendo falha possa ser isentada de pena por não ter contribuído para a realização do delito. Nessa análise de sua falha, todos seus esforços são valorados, inclusive os programas formais de *compliance* relacionados às falhas verificadas.

Apesar disso, caso ainda se entenda necessária expressa autorização legal para que se leve em conta, ao aferir a responsabilidade das pessoas jurídicas, as medidas implementadas coletivamente na evitação de resultados antijurídicos, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) supre tal necessidade, declarando expressamente que a sanção administrativa aplicada às pessoas jurídicas deve considerar “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.³²¹ Se um setor jurídico, como o administrativo, que responsabiliza declaradamente de forma objetiva as pessoas jurídicas (segundo a própria lei), valora seus esforços em cumprir seus deveres legais no momento de lhe sancionar, não há como se questionar a existência desse mesmo dever jurídico em valora-las para a imposição de pena.³²²

³²¹ Art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013.

³²² Encaro com reservas a crítica de SARCEDO, que, ao analisar a lei 12.846/2013, entende que a previsão legal mencionada no texto acima, em verdade, desestimula a implementação de programas de *compliance*, na medida em que não possibilitaria a completa exclusão da responsabilidade diante de uma efetiva organização por meio desses programas. No entanto, a confusão se dá na medida em que o autor analisa uma lei que prevê responsabilidade administrativa e declaradamente objetiva às pessoas jurídicas. Em âmbito penal, como se defendeu, em que a responsabilização deva se dar de maneira subjetiva, e o legislador não declarou o contrário, a ausência de falhas levará à exclusão do injusto por ausência de realização por parte da pessoa jurídica. Ou seja, as consequências advindas da lei para o direito administrativo não devem se verificar no direito penal. (SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 169). No entanto, não se desconhece que há os que entendam que a Lei Anticorrupção é, em verdade, uma lei penal disfarçada de administrativa, na tentativa de burlar os procedimentos penais de garantia, mas esse problema

Sendo assim, os programas de *compliance* criminal desenvolvidos em empresas têm, em nosso sistema penal, o caráter de circunstâncias defensivas válidas a favor da inexistência e do nível das falhas organizativas de determinadas pessoas jurídicas, enquanto contribuição para os delitos eventualmente praticados em seus marcos de atividade. A não existência de programas formais de *compliance* não gera, por outro lado, automaticamente um juízo sobre a existência ou falha organizativa, porque esses programas são apenas uma das variadas formas de se organizar uma estrutura empresarial, e muitas vezes se fazem até desnecessários, a depender da extensão organizativa, como se defendeu acima. Por fim, a análise dessas circunstâncias para a afirmação e mensuração da culpabilidade das pessoas jurídicas não é nada além do que já determina toda nossa sistemática jurídico-penal.

Havendo, então, espaço para a avaliação dos programas de *compliance* na aferição da culpabilidade das pessoas jurídicas, caberá à doutrina brasileira a resolução dos problemas específicos que venham surgindo. Caberá às pessoas jurídicas, por sua vez, organizarem-se da forma exigível, seja com a utilização ou não de programas formais, de modo a reduzir os riscos jurídicos proibidos em suas atividades, evitando a prática de delitos, como parece ter desejado nosso legislador.

4.4 Conclusão parcial

Da forma como construída a última parte desse capítulo, pode parecer superficial a análise a respeito do *compliance* criminal. No entanto, a resposta para a pergunta transformada no título dessa dissertação, que era “há papel para o *compliance* criminal na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas?”, foi sendo respondida gradualmente desde o início do trabalho, de tal maneira que bastava conceituar aquilo que se chama de *compliance* para se poder afirmar que, sendo ele, simples ou complexamente, apenas medidas de organização das atividades

deve ser resolvido pontualmente. (cf.: o próprio SARCEDO, Leandro. *Idem ibidem*, p. 172; também SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptao-carater-penal>>. Publicado em 5.2.2014. Acesso em 27.5.2015; e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>>. Publicado em: 8.7.2014. Acesso em 27.5.2015.

empresariais, exerce, assim como qualquer outra maneira organizativa, papel fundamental na aferição da culpabilidade das pessoas jurídicas.

Isso porque o que já se havia defendido até então era que um juízo de culpabilidade na responsabilização penal é direito também das pessoas jurídicas e que essa culpabilidade se mede pela sua contribuição para os delitos, por meio de suas falhas organizativas que geram riscos proibidos, na forma como atualmente se encontra nosso direito positivo.

Assim, é claro que esse trabalho, de pretensões limitadas, não apresenta contribuições programáticas para os programas de *compliance*, esse já é um passo além daquele que se pressupunha dar e que se pensa tê-lo dado: há espaço (considerando-se a atual legislação) para a avaliação dos programas de *compliance* criminal instalados no interior de empresas brasileiras como critérios auxiliares na aferição de suas culpabilidades, que a depender de suas eficiências poderão até mesmo exculpá-las, quando demonstrado que o sucesso dessas medidas reduziu a zero os riscos proibidos em suas atividades voltadas, atualmente, para o meio-ambiente.

E a importância dessa afirmação justificada é o preenchimento do espaço existente entre as práticas organizativas e a sanção cominada, que uma responsabilidade penal objetiva pressuporia em branco.

CONCLUSÃO

O direito como construção social acompanha as evoluções e necessidades que o passar do tempo impõe. A responsabilidade penal da pessoa jurídica representa-nos uma consequência de nossa era, onde o risco não se encontra em mãos determinadas, senão gerido por incorpóreas estruturas nas quais, muitas vezes, nenhum homem assume o controle absoluto sobre todos os perigos. Na impossibilidade de se encontrar o real destinatário da ameaça penal dentre tantos homens fungíveis, nossas legislações passam a ameaçar todos em nome de um.

Mas os princípios e conquistas do direito, que tem a pretensão de respeitar limites intransponíveis, como os direitos fundamentais, devem e podem ser assegurados diante das novas e reais necessidades, desde que sejam utilizados na remodelação dos pressupostos de legitimidade de suas medidas. A culpabilidade, como fundamento da pena, mostra-se possível de ser estendida às pessoas jurídicas e os direitos fundamentais que a justificam exigem essa extensão, na medida em que se destinam ao Estado em face da imposição de qualquer sanção que tenha em si um caráter punitivo por alguma reprovação. Na medida em que só se reprova algo reprovável (culpável).

Algumas adaptações apenas, que não lhe reduzem o sentido, são capazes de acomodar a culpabilidade ao exame da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e, por consequência de tais adaptações, a organização das atividades empresariais torna-se o foco de análise dessa reprovabilidade, que será a medida da pena.

Nesse sentido, se a reprovabilidade é dependente do nível de organização, as ferramentas organizativas exercem papel de parâmetro para a culpabilidade, na medida da eficiência dos esforços empreendidos na redução dos riscos proibidos e, conseqüentemente, na evitação de delitos que se aproveitem dos riscos próprios da atividade.

Dessas ferramentas, os programas de *compliance* criminal se destacam como maneira de aferição objetiva do nível de organização, na medida em que o grau de injusto praticado pela pessoa jurídica de se medir pelo grau dos riscos proibidos que tenham dado causa à realização do injusto.

A forma de encarar os dados objetivos aferidos da organização empresarial é tarefa doutrinária, que deve sempre se orientar pelos pilares do *Compliance*.³²³

³²³ Sobre os sete pilares da organização em *Compliance*, ver VILA, Ivó Coca. ¿Programas de Cumplimento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 54-60.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Entrenchment, Interesse Público e Jurisdição Constitucional. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammuabi, 2001.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____. Programas de compliance na lei 12.846/2013. *Boletim IBCCrim*, n. 255, p. 9-10, fev. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. [S.l.: s.n.], 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em 27 maio.2015

BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto (e no texto substitutivo) do novo Código Penal. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 159-188.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBÓNELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luiz. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, Universidad de Chile, n. 16, p. 55-74, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf> Acesso em 27 maio.2014.

DEL SEL, Juan María. Societas delinquere, ¿potest o non potest? La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (dir.). *Derecho penal empresário*. Montevideo: B. de F., [2010].

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. *A responsabilidade isolada da pessoa jurídica por crimes ambientais*. Publicado em: 16.12.2014 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais>>. Acesso em: 27 maio 2015.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*. Palestra proferida no dia 25/03/2000, na sessão de encerramento do curso promovido pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. In: PODVAL, Robert. (Org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Sanciones penales contra empresas en España* (Hispanica societas delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 48, n. 272, jun. 2000.

_____. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva em direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, jan./fev. 2006.

_____. O projeto de Código Penal e sua retórica: uma réplica a Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. In: LEITE, Alaor (Org.) *Reforma Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et alii]. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993.

_____. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 8, p. 49, out. 1994.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundametales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 2013.

LEA, John. *Criminologia e postmodernità*. "Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale", Bologna, 1994, Vol. III. – versão aproximada em inglês pode ser encontrada em <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/misc/pmod.htm> Acessado em: 27.5.2015.

LEITE, Alaor. Formalismo, Democracia e Cinismo na Reforma Penal. In: LEITE, Alaor. org. *Reforma Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. São Paulo: Novos Estudos Cebrap, n. 68, março 2004.

PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação subjetiva*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PLANAS, Ricardo Robles. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidade de las agrupaciones por hechos delictivos. *InDret*, n. 2, abr. 2006.

_____. El “hecho próprio” de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. *InDret*, n. 2, p. 6, abr. 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial posición de garante) de los *compliance officers*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013.

REALE JR., Miguel. Entrevista: novo código penal é obscenidade, não tem conserto. In: LEITE, Alaor (org.). *Reforma Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *InDret*, n.1, jan. 2012.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. *InDret*, n. 1, ene. 2012. Disponível em: <<http://indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Viente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 12, f. 46, jan.-fev. 2004.

_____. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel Abanto Vázquez, Lima: Griley, 2007.

_____. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Reflexões Iniciais Sobre Criminal Compliance. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 18. Jan 2011.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007

_____. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzandi, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

_____. Deberes de vigilancia e compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo Ortiz de Urbina; GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. 1ª ed. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 3ªed., 2008.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptao-carater-penal>>. Publicado em 5.2.2014. Acesso em 27.5.2015.

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

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; de ANDRADE, Pedro Luiz Bueno. *Compliance e o direito penal*, Boletim IBCCrim, n. 222, mai/2014.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO

MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

SECRETARIA de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2009. p. 31. (Série Pensando o Direito, n.18) Disponível em: <portal.mj.gov.br/main.asp?view={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>. Acesso em: 15 jul. 2011.

SIERRA, Pablo Títo GONZÁLEZ. *La Imputación penal de las personas jurídicas: análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

TANGERINO, Davi de Costa Paiva. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim do IBCCrim*, n. 214, set. 2010.

_____. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n. 86, set-out./2010.

_____. *Culpabilidade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e de cominação de penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, dez. 1992.

TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. jul.set/1995.

_____. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Penal*. Universität Freiburg: Alemanha, ano 1996, ponto 14. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acessado em 17.4.2015.

TOMILLO, M. GÓMEZ. Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español. In: *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre 2011.

VILA, Ivó Coca. ¿Programas de Cumplimento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

VOLK, Klaus. Sobre a responsabilidade penal das empresas. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70 aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. A onda punitiva*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 3ª edição.

WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*. Cardozo Law Review. New York, 2005. Disponível em: <<http://www.friedfrank.com/index.cfm?pageID=25&itemID=5604>>. Acessado em 30.5.2015.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.