Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Elisa Ramos Pittaro Neves

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal

Rio de Janeiro

2017

Elisa Ramos Pittaro Neves

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.

Rio de Janeiro

2017

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

N518 Neves, Elisa Ramos Pittaro.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal / Elisa Ramos Pittaro Neves.- 2017.

120 f.
Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade penal – Teses. 2. Direito penal – Teses. 3. Pessoa jurídica – Teses. I. Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.221

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

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

_____ _____

Assinatura Data

Elisa Ramos Pittaro Neves

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

Aprovada em 28 de novembro de 2017.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Universidade do Estado de São Paulo

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Ao meu Pai, meu grande amigo e inspiração eterna.

RESUMO

NEVES, Elisa Ramos Pittaro. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal.* 2017. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Presente trabalho aborda as dificuldades dogmáticas na implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica diante das construções teóricas elaboradas nos moldes do Direito Penal Clássico fruto do Iluminismo e do Direito Processo Penal garantista, aplicados na criminalidade individual. A pesquisa tem por objetivo principal analisar as incompatibilidades e resistências na adoção dessa nova forma de responsabilidade penal e apontar caminhos para superar esses entraves trazidos pela expansão penal, bem como identificar soluções para a efetiva responsabilização penal da pessoa jurídica. Nesse contexto, o trabalho aborda vários aspectos do debate que o tema exige, destacando a necessidade de adoção de estratégias que superem o individualismo penal clássico e que estejam dispostas a aceitar os institutos processuais do modelo de justiça negocial, mas sem o estigma de uma desnecessária e simbólica expansão criminal.

Palavras-chave: Bem jurídico coletivo. Garantismo. Expansão Criminal. Justiça Negocial-Pessoa Jurídica – Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

NEVES, Elisa Ramos Pittaro. *The criminal responsibility of the legal person in the context of the expansion of criminal law and its repercussions on the classic dogmatics of law and criminal procedure.* 2017. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The present work deals with the dogmatic difficulties in the implementation of the criminal responsibility of the juridical person in the face of the theoretical constructions elaborated with the Classical Penal Law fruit of the Enlightenment and of the Criminal Procedure Guarantor applied in the individual criminality. The main objective of the research is to analyze the incompatibilities and resistance in the adoption of this new form of criminal responsibility and to point out ways to overcome these obstacles brought by the criminal expansion, as well as to identify solutions for the effective criminal responsibility of the legal entity.In this context, the paper addresses several aspects of the debate that the theme requires, highlighting the need to adopt strategies that overcome classic criminal individualism and that are willing to accept the procedural institutes of the model of bargaining justice, but without the stigma of an unnecessary and symbolic criminal expansion.

Keywords: Collective bargaining. Garantism. Criminal expansion. Negotiating Justice – Legal Entity. Criminal Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ……08

1 **A TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS** ……..... 11

1.1 **O Movimento Iluminista e a Racionalização do Direito Penal**…….. 11

1.2 **Garantismo e a Concepção do Bem Jurídico Penal**…… 17

1.3 **A Evolução das Concepções de Bem Jurídico Penal e sua Função de Garantia** ……22

2 **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E AS ALTERNATIVAS A TEORIA DO BEM JURÍDICO INDIVIDUAL** ……..…… 31

2.1 **A crise do bem jurídico** ……31

2.2 **Alternativa de Jakobs e as expectativas normativas** ……..... 32

2.3 **A Legitimidade da Tutela Penal de Bens Jurídicos transindividuais** ……..... 34

2.4 **Do Direito de Intervenção às velocidades do Direito Penal** ……..... 40

3 **ASPECTOS PROCESSUAIS E A RELEVÂNCIA DO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL NORTE-AMERICANO NA EXPANSÃO CRIMINAL** ……46

3.1 **A Justiça Negocial** …… 47

3.2 **O Processo Penal Norte- Americano e Plea Bargaining** …… 47

3.3 **A Justiça Negocial da Europa Continental** ……56

3.4 **Indícios da Justiça negocial na legislação brasileira** ……..67

3.4.1 Considerações iniciais 67

3.4.2 Os Juizados Especiais Criminais 68

3.4.3 A Delação Premiada 70

3.5 A **Justiça Negocial e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica** 77

4 **A NECESSÁRIA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA DIANTE DA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA** 80

4.1 **Considerações Iniciais** 80

4.2 **Origem Histórica e Justificativas Penais do Direito Anglo-saxão** 83

4.3 **O Sistema de Responsabilidade Penal Norte- Americano** …….86

4.4 **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil** ….....92

CONCLUSÃO ……..105

REFERÊNCIAS ……...……108

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação tem por escopo a pesquisa, o debate e a conclusão acerca da Responsabilidade Penal da pessoa jurídica no contexto da expansão criminal e as dificuldades de trabalharmos com essa nova forma de responsabilidade diante das construções dogmáticas do Direito Penal e do Processual penal calcadas no indivíduo.

A ideia de bem jurídico penal necessitou sofrer uma transmutação em seus contornos conceituais para que fosse possível a aglutinação de novos valores genericamente chamados de bens jurídicos coletivos, mudança que implicou em sua descaracterização político-criminal de contenção do poder estatal punitivo, justificando a indesejada expansão criminal.

A discussão é direcionada para a necessidade do Direito Penal tutelar também bens jurídicos não individuais, como o meio ambiente e a ordem econômica, rompendo assim um dos primeiros obstáculos teóricos para implementarmos a responsabilidade penal dos entes coletivos, seguindo uma tendência mundial de expandir o alcance da proteção penal para além dos limites da dogmática penal clássica do período iluminista.

No aspecto processual, em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal. O trabalho pretende desenvolver análise das tendências de ampliação dos espaços de consenso no processo penal, pautadas fundamentalmente por influxos de exemplos estrangeiros, principalmente no modelo norte americano do *plea bargaining*, bem como a forma como esse modelo processual foi essencial para o êxito na responsabilização penal dos entes coletivos nos Estados Unidos.

Na sociedade contemporânea as pessoas jurídicas desempenham um papel cada vez mais importante, gerando empregos e fomentando a economia. Mas elas também podem produzir malefícios incalculáveis. A sociedade civil organizada através de empresas, grupos econômicos, multinacionais, enfim, todo o tipo de seguimento de pessoa jurídica, não mede esforços para encurtar distâncias e obter lucro em pouco espaço de tempo, muitas vezes violando as leis e se favorecendo de suas complexas estruturas organizacionais para ficarem impunes. A responsabilização penal da pessoa jurídica, torna-se nesse contexto, um instrumento importantíssimo para a tutela penal de bens coletivos relevantes na sociedade moderna e globalizada.

Neste contexto, o trabalho foi estruturado em quatro capítulos, que se organizam desde os fundamentos conceituais jurídicos de bem jurídico penal, passando pelos aspectos processuais, até o exame da responsabilidade penal das pessoas jurídicas na legislação brasileira.

No primeiro capítulo, sob o título "da Tutela Penal de Bens Jurídicos", foi abordado todo o contexto histórico do surgimento da teoria do bem jurídico penal, com contornos nitidamente individuais e sua relação com o garantismo penal que traz como seus consectários a mínima intervenção penal na solução de conflitos e a maximização das garantias processuais. Essa construção dogmática é considerada uma conquista do período iluminista que rompeu com um modelo criminal extremamente cruel, de forma que qualquer tentativa de expansão penal é considerada um retrocesso inadmissível.

No segundo capítulo, sob o título "A Expansão do Direito Penal e as Alternativas a Teoria do Bem jurídico individual", o trabalho retratou a crise que a teoria do bem jurídico enfrenta nos dias atuais, uma vez que as modificações sociais impulsionaram, a nível mundial, uma ruptura nos paradigmas do Direito Penal Clássico. A necessidade de uma nova dogmática jurídico-penal que acolha a responsabilização da pessoa jurídica, que tutele bens coletivos, que supere antigos dogmas criminais foi analisada e considerada extremamente relevante para ajustarmos o nosso modelo punitivo aos novos problemas que surgiram com as modernas relações interpessoais e às imposições Constitucionais expressas.

No terceiro capítulo, "Aspectos Processuais e a Relevância do Modelo de Justiça Negocial Norte-Americano na Expansão Criminal", foram retratados os modelos processuais penais norte- americano e da Europa continental, que apresentam inúmeros mecanismos de acordos entre as partes em busca de uma maior eficiência processual. Esse novo escopo processual é extremamente relevante no enfrentamento do crime organizado, da criminalidade empresarial, dos crimes contra a ordem econômica praticados no país e no exterior, que ganharam impulso em todo mundo com a globalização e as transformações econômicas mundiais, sendo importante também na responsabilização penal da pessoa jurídica, como nos mostrou a experiência norte-americana.

No quarto e último capítulo, sob o título " A Necessária Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica diante da Criminalidade Contemporânea", o trabalho retrata a experiência internacional no trato da responsabilidade penal da pessoa jurídica, destacando a opção constitucional expressa para criminalizar o ente coletivo e as resistências doutrinárias em aceitar

esse comando constitucional. Foram abordados também as dificuldades de aplicarmos institutos da responsabilidade individual na pessoa jurídica, bem como a necessidade de o legislador pátrio superar os entraves da dogmática clássica através da elaboração de leis específicas para os entes coletivos.

1 A TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS

1.1 O Movimento Iluminista e a Racionalização do Direito Penal

Nas sociedades primitivas a criminalidade apresentava um forte aspecto religioso, e basicamente consistia em não cumprir as regras do culto, em violar as proibições ritualísticas ou não observar antigos costumes, fatos que implicavam em não obedecer aquela autoridade fortemente constituída e impregnada com sentimentos coletivos de religiosidade.

Segundo Luiz Luise, o Direito Penal vigente até o século XVII se caracterizava por um profundo atraso e pela extrema crueldade das suas punições. Os tribunais eclesiásticos, cuja jurisdição não se limitava aos delitos religiosos, estranha e contraditoriamente, não se afastaram desta tradição de suplícios. Os assim chamados Práticos dos séculos XV e XVI, Juluis Clarus, Farinacius, Carpzov, Schwarzenbert, entre outros, que construíram sua rotina penal com base em leis romanas, recrudesceram os castigos e levaram ao extremo a concretização da vingança pública[1] .

> Com a aproximação da modernidade, a construção do poder de punir do Estado teve como partida a legitimação e monopolização do uso da força física frente aos demais poderes existentes, o que lhe permitiria exercer a política penal. Foi o que Max Weber chamou de "associação de domínio institucional", que seria a soma do monopólio de ditar a lei e tributar os cidadãos submetidos ao seu domínio. Com a monopolização do uso da força física surge um "processo de pacificação" social e consequentemente observamos um processo civilizatório[2].

No século XVII Thomas Hobbes[3] desenvolveu uma justificação para a existência de um poder absoluto com capacidade de punir, afirmando que seria impossível a existência de uma vida social autônoma enquanto subsistisse o "*estado de natureza*", ou seja, um estado de igualdade e autonomia de cada um na representação social. Haveria então a necessidade de um Leviatã para castigar e conduzir independente das vontades dos homens.[4]

---

[1] LUISE, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. p.34 e ss.
[2] PEGARO, Juan S.A *construção histórica do poder de punir e da política penal.* São Paulo: UNESP, 2010. P.75.
[3] Ibidem. p.76.
[4] Ibidem.

Para que esse modelo de sociedade pudesse apresentar um mínimo de coesão, seria necessário que os seus integrantes priorizassem o fato social sobre o fato individual, ou ainda, que tivessem uma consciência coletiva que os tornasse integrante de uma mesma comunidade. Mas para resolver seus conflitos interpessoais havia a necessidade do Leviatã, ou conforme Nietzsche[5], da "invenção diabólica", do Estado, com poder de institucionalizar prêmios e castigos, pacificando e restabelecendo a harmonia no grupo social.

A sociedade moderna traz então a secularização do poder nas mãos do Estado, e com o gradativo desenvolvimento das sociedades industriais, a definição do delito e a justificação para poder castigar necessitam de um modelo de legitimação distinto daquele anteriormente reconhecido na religião.

A legitimação desse poder de punir, que agora não está mais nas mãos do Soberano que expressavam a vontade de Deus, torna-se emblemática, e deve ser construída partindo do "acordo" feito entre os homens que desejam viver em sociedade de forma minimamente harmoniosa.

A figura do Estado deve existir em função do homem e somente se legitima quando atender a essa finalidade. A forma de expressá-lo é afirmar que todo individuo é detentor de direitos subjetivos ou inatos, isto é, independente da condição pessoal ou social, e sem depender da generosidade do soberano, é ele o titular de direitos, devendo a ordem jurídica, principalmente o Estado, respeitar seus direitos subjetivos, sob pena de ilegitimidade. Destacam-se o direito a liberdade, a igualdade de todos perante a lei e a propriedade privada, que gradativamente se consolidaram como direitos naturais.

Com o surgimento do iluminismo e com o questionamento do arbítrio penal característico daquele período, conforme assinalado por Beccaria através da sua obra Dos Delitos e Das Penas, surgiu a grande mudança no panorama punitivo, operada a partir do final do século XVIII. O autor manifestou inúmeras críticas àquele modelo criminal extremamente cruel, e inspirado nos ideais iluministas, reforçou a ideia de que o indivíduo deveria ser entendido como uma realidade que precede ao Estado, que mesmo neste e integrando-o, conserva uma série de direitos natos irrenunciáveis. O Estado então não poderia ignorar ou violar os mesmos, pelo contrário, deveria respeitá-los e fazê-los respeitar.[6]

---

[5] PEGORARO Juan S. *Op. Cit.* p.78.
[6] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas.* Rio de Janeiro: Edipro, 2015. p.12 e ss.

No século das Luzes e graças a Beccaria e Rousseau, o Direito Penal mudou o seu paradigma, deixando de se preocupar com os aspectos moralizantes ou divinos da conduta criminosa, passando a priorizar a proteção de direitos subjetivos, de forma que o crime passa a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo de uma pessoa natural, um dos bens fundamentais para cuja tutela o Estado fora estruturado, como liberdade, patrimônio, etc.

Suas ponderações foram tão significativas que a partir da obra de Beccaria surgiu a Escola Clássica, cujos integrantes destacam-se Carmignani, Carrara, Feuerbach, Filangieri, Romagnosi, entre outros. Para os clássicos, a pena é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo por ter praticado, consciente e voluntariamente, um ato considerado crime, cuja finalidade daquela é o bem social, e o Direito Penal passa a ser aperfeiçoado como uma ciência social e normativa.[7]

Estas transformações de caráter político-filosófico ocorridas no século XVIII na Europa continental tiveram grande repercussão no Direito Penal, impondo o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança pública. A sociedade deveria encontrar uma forma mais justa e humana para punir os criminosos, com proporção entre delito e punição, uma vez que estas perderam a função de reafirmar o poder dos reis. O criminoso passa a ser considerado um violador do pacto social e não apenas alguém que desagradou a divindade.

É claro que esse avanço deve ser interpretado nos moldes do que era vivenciado nos séculos XVII e XVIII, ou seja, de acordo com o momento histórico e político do período e considerando as características da sociedade daquela época. O que se enaltece como uma conquista do período iluminista foi a ruptura de um modelo de vingança privada, pública ou divina para uma concepção humanitária de poder punitivo.

O movimento iluminista, à luz da filosofia política liberal daquele período, elaborou uma crítica ao Antigo Regime e ao poder ilimitado dos soberanos que, quando comparado aos direitos naturais dos homens, era considerado arbitrário. O Iluminismo volta-se contra toda autoridade que não esteja submetida à razão, que recorra à superstição, à força, ao medo ou à submissão. O movimento teve um caráter ético e emancipador que objetivou retirar o homem do seu estado de submissão absoluta e inquestionável perante o soberano.

Nesse contexto, o poder de punir e a natureza das punições não tardaram a serem alvos das críticas esclarecidas, que visavam à imposição de limites ao Estado em seu exercício de poder

[7] PRADO, Luiz Regis**.** *Curso de direito penal brasileiro*: arts. 1.° a 120. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

punitivo. Decorre daí as novas concepções acerca do Direito Penal e, com elas, as possibilidades de manutenção do exercício do poder punitivo pelo Estado, erigidas de modo a adequar-se às limitações que se lhes impunham.[8]

O Direito Penal iluminista passa a ser caracterizado pelo contratualismo de Rousseau, pelo utilitarismo das penas, pela noção de legalidade e proporcionalidade, pela primazia do homem com a respectiva humanização da sanção, ideias que são invocadas na tentativa de impor limites aos métodos desumanos de persecução penal, averiguação da verdade e imposição de penas

A atualização do poder punitivo nesse período assinala a busca de novas legitimações para o poder punitivo. Na procura de uma resposta para a justificação ou legitimação do Direito Penal, Ferrajoli afirma que tal missão se identifica com a busca da legitimidade do Estado, cuja soberania é associada ao poder de castigar, a manifestação mais violenta e mais seriamente lesiva dos interesses fundamentais do cidadão e em maior medida suscetível de degenerar em arbitrariedades.[9]

De acordo com o jurista italiano, no Direito Penal manifesta-se de maneira mais direta e conflitiva na relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. "O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito."[10]

A expressão "*garantismo"* nos remete século XVIII, mais especificamente à figura de Mario Pagano, para quem o "*garantismo"* seria uma doutrina voltada à limitação da discricionariedade e arbitrariedade punitiva do Estado-juiz.[11] Porém, sua incorporação no universo jurídico ocorreu na Itália, nos anos 70, na esfera criminal. De forma simples, poderia ser compreendido como o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo penal é algo correlato ao conceito Estado Constitucional de Direito.

Para Ferrajoli, garantismo significaria de forma genérica a tutela de valores ou direitos fundamentais cuja satisfação é a finalidade do Direito Penal: a proteção dos indivíduos contra a

---

[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.73.
[9] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230.
[10] Ibidem.
[11] IPPOLITO Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, 2011. p. 34, 2011.

arbitrariedade das proibições e das punições, a igualdade entre as partes no processo e a dignidade da pessoa do imputado.[12]

O modelo proposto serve para fundamentar apenas um modelo de "Direito Penal mínimo", com a máxima redução da intervenção penal, a mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e a rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva.

Neste contexto, o Direito Penal passa a ser considerado um importante instrumento de manutenção da paz social, tendo como tarefa proteger os valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual deve obediência ao princípio da intervenção mínima, visto que neste processo seletivo de escolhas de valores, o direito penal surge como a *ultima ratio*[13].

A realização de um delito e a necessidade de aplicar a respectiva sanção penal, ou seja, a materialização do poder punitivo nas hipóteses concretas trouxe a necessidade de reformular o modo de materialização desse poder. Com um Direito Penal com as características mencionadas, o seu exercício exigiu um modelo de processo penal estruturado de forma racional, sem mecanismos atentatórios a integridade física e moral dos acusados.

O processualista Aury Lopes Jr. assinalou corretamente que "existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena."[14]

Se o Direito Penal atende a proposta de uma de intervenção mínima, o Processo Penal, por conta da relação existente entre ambos, deve garantir ao imputado todas as garantias constitucionais de um processo justo. O chamado "modelo garantista" pretende resguardar os cidadãos contra eventuais abusos que o Estado possa apresentar quando da apuração e punição pela prática de um delito, maximizando as garantias individuais.

A terminologia "garantismo" possui três significados distintos. Em uma concepção inicial a expressão designa um modelo normativo de direito, com a observância da estrita legalidade no âmbito penal, característica típica do Estado de Direito. Trata-se de um sistema cognitivo ou de poder mínimo voltado para concretização de uma tutela idônea a minimizar a violência e a

---

[12] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 230.
[13] JESHECK, Hans Heirich. *Tratado de derecho penal-parte.* Barcelona: Ed. Comares, 1981. p. 2 e ss.
[14] LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 3 e ss.

maximizar a liberdade apresentando um sistema de vínculos e limitações impostos ao estado em garantia dos direitos dos cidadãos.[15]

A terminologia também expressa uma teoria jurídica da validade e da efetividade do Direito como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência ou vigor das normas, permitindo a identificação de antíteses do Direito. Desta forma, a palavra exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no Direito. [16]

O último significado da expressão aponta para uma filosofia política que impõe o dever de justificação ético política ao Estado e ao Direito, não sendo suficiente a mera justificação jurídica. Este último sentido de garantismo pressupõe a distinção entre Direito e moral, entre validade e justiça, tão relevante ao Positivismo, preponderando a última.[17]

O autor desenvolveu sua obra partindo do postulado do Direito Penal mínimo, contudo sem deslegitimar o Direito Penal como os abolicionistas, porém, justifica a intervenção penal apenas em hipóteses estritamente necessárias e a partir de parâmetros bem definidos e rigidamente limitados pelas normas jurídicas.

Oposto a esta relação "Direto penal mínimo- Processo Penal Garantista", há um modelo de Direito Penal máximo, com incriminações excessivas, tipos penais vagos ou abertos e a presença de inúmeros crimes de perigo abstrato, de forma que o legislador teria total liberdade de criar figuras típicas e suas respectivas sanções sem a observância de qualquer parâmetro limitativo ou até mesmo legitimador.[18]

No plano processual não são adotados os parâmetros do sistema acusatório, o modelo é o inquisitivo, com a busca da verdade real, prisões automáticas decretadas sem necessidade e despidas de cautelaridade, redução ou muitas vezes eliminação das garantias individuais.[19]

A proposta garantista cria uma correspondência entre Direito e o Processo Penal, de forma que aplicação de uma sanção penal justa exija um processo que seja utilizado como instrumento de proteção do indivíduo contra o poder punitivo estatal e ao mesmo tempo esse poder punitivo deve ser aplicado de forma racional e limitada. Qualquer tentativa de expansão do poder punitivo ou redução de garantias individuais é rechaçada diante de uma flagrante incompatibilidade que representaria um retrocesso às conquistas obtidas no período iluminista.

---

[15] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit. p*. 785 e ss.
[16] Ibidem.
[17] Ibidem.
[18] Ibidem
[19] Ibidem.

1.2 Garantismo e a Concepção do Bem Jurídico Penal

O Direito Penal dos ordenamentos jurídicos desenvolvidos que adotam o modelo garantista clássico, fruto do Iluminismo e do Liberalismo, possuem seus alicerces no princípio da legalidade estrita, na lesividade das condutas delitivas, na responsabilidade penal individual, no contraditório entre as partes, na presunção de inocência e na intervenção mínima.

Se por um lado o Positivismo Jurídico é inerente ao princípio da estrita legalidade, por outro lado poderia autorizar modelos penais absolutistas, autoritários e antigarantistas, sem limites ao poder normativo do soberano, buscando um ideal de segurança máxima e totalmente neutro em relação às garantias penais e processuais penais.

Porém, a unidade deste sistema vincula-se aos diversos princípios e garantias individuais que formam um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientados a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, limitando o poder punitivo e protegendo o indivíduo contra a arbitrariedade, minimizando a possibilidade de uma expansão punitiva arbitrária supostamente legitimada pela estrita legalidade.

Segundo Ferrajoli, este modelo garantista apresenta dois elementos constitutivos estruturantes, quais sejam, o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. [20]

O primeiro elemento está relacionado à definição legislativa, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, que se traduz no caráter legal ou formal do critério de definição do desvio punível e no caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio. Segundo as máximas clássicas *nulla poena et nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimine et sine culpa, esse* elemento refere-se à determinação abstrata do que é punível e apresenta duas condições distintas:[21]

A primeira condição refere-se ao o caráter formal ou legal do critério de definição dos desvios puníveis. Neste aspecto, considera o que em cada ocasião é tido como lesivo e relevante. Caberá então a lei indicar quais condutas são passíveis de pena *(nulla poena et nullum crimen sine lege*).

[20] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. p. 25 e ss.
[21] Ibidem.

A segunda condição trata do caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. A definição legal do crime deve ser realizada com referência a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a máxima clássica *nulla poena sine crimine et sine culpa.*[22]

A aplicação do princípio da legalidade estrita resulta numa técnica legislativa de exclusão de convenções penais arbitrárias e discriminatórias, como aquelas normas que perseguiam bruxas, hereges ou judeus, com alto caráter constitutivo e não regulador, e que até pouco tempo criminalizava desocupados, como a contravenção penal vadiagem prevista no art. 59 do decreto lei 3.668/41.

Assim, o real alcance da norma penal seria punir o indivíduo pelo que ele fez, e não pelo que é ou representa no contexto social que se encontra inserido, com relevância a lesividade do comportamento criminoso. Neste sentido Nilo Batista afirma que um dos consectários da observância do princípio da lesividade é proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais.[23] Busca-se, assim, impedir a existência do chamado "Direito Penal do autor", que segundo preleciona Zaffaroni, "qualquer que seja a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana"[24].

O que confere relevância penal a um fenômeno não é a moral, a justiça ou a natureza, mas apenas o que diz a lei. Porém, esta não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese de desvio, mas apenas aqueles comportamentos empíricos determinados, identificados como tais e aliados à culpabilidade do agente.

O convencionalismo penal acaba, então, produzindo dois efeitos principais: garante aos cidadãos liberdade, visto que o agente só pode ser punido pelos fatos que estão definidos na lei, e coloca os indivíduos em posição de igualdade, já que os tipos de desvios são objetivos, não consideram diferenças pessoais, políticas, sociais.

O segundo elemento do modelo garantista, muitas vezes associado ao primeiro como sua condição de efetividade, está relacionado a comprovação jurisdicional do desvio punível. O

[22] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit* p. 30 e ss.
[23] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan. p. 92-94.
[24] ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro.* v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 72.

cognitivismo processual guarda correspondência com o princípio da estrita jurisdicionariedade, que por sua vez, exige a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias através de uma série de procedimentos que possibilitem tanto a verificação quanto a refutação.[25]

A estrita jurisdicionalidade exige a observância de duas condições: a primeira é a verificabilidade das hipóteses acusatórias, por conta de seu caráter assertivo; a segunda é a sua comprovação empírica através de um procedimento que permita tanto a refutação como a verificação.

Para que seja possível a realização da verificabilidade, é necessário que a norma não tenha caráter constitutivo, mas recognitivo.[26] Assim, os tipos penais demasiadamente vagos ou abertos, que dependem de verificações discricionárias do juiz, como o desacato e o ato obsceno, acabariam prejudicando a verificação e esvaziando o princípio da legalidade.

Por conta disso, o modelo de Processo Penal é um processo de cognição ou de comprovação, submetido a um procedimento probatório que exclua ou minimize valorações e admita apenas ou primordialmente, afirmações ou negações que se possa extrair a verdade ou a falsidade processual.

Formatado de forma oposta, no modelo inquisitivo a busca da verdade real é o objetivo do processo. Como nesses modelos não há qualquer limitação a atividade persecutória do Estado, a confissão do acusado, muitas vezes obtida através da tortura, atende o objetivo pretendido e basta para a condenação, sem qualquer preocupação com o exercício do direito defesa ou outro direito ou prerrogativa do réu.

A verdade que se busca no modelo processual garantista deve estar em conformidade com um Estado de Direito, portanto submetida a uma série de limitações legais e constitucionais. O modelo garantista estabeleceu um modelo teórico e normativo do processo penal, no qual haverá a comprovação ou não dos fatos alegados, não se valendo de valorações, mas admitindo-se, tão somente, a verificação ou refutação, a verdade ou a mentira.

A correlação entre as garantias penais e processuais devem coexistir, pois na falta de uma a outra perde, também, a essência. Deixando de existir a garantia penal, o juízo torna-se arbitrário, assim como se o processo for manifestamente inquisitivo e não garantista, também o

[25] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 30 e ss.
[26] Ibidem.

será o Direito Penal. Desta forma, esses dois aspectos, material e processual, funcionam como garantia da efetividade do conjunto garantista.[27]

Porém, durante séculos, a realidade processual foi oposta ao que é sugerido pelo modelo garantista, que em muitos aspectos ainda se assemelhariam, as teorias da prevenção especial, da defesa social e do tipo normativo do autor, ideias apontadas como autoritárias e distanciadas dos princípios garantistas.

Esse sistema processual foi utilizado como instrumento de justiça durante várias décadas, tendo despontado em Roma e persistido durante toda a idade média. Neste período, não era permitido o contraditório, no intuito de evitar que a diferença de forças entre as partes ocluísse a justiça. Consequentemente, o magistrado concentrava em suas mãos as funções de julgar, acusar e defender, tornando-se assim, o representante da arbitrariedade estatal, manifestada em processos sigilosos e sem garantias para o acusado.

O modelo inquisitivo apresentava dois aspectos ou elementos simetricamente opostos aos elementos do modelo garantista, e como este, também, se relacionam à definição dos desvios puníveis e a sua comprovação judicial, são eles a concepção substancialista do desvio punível e o decisionismo processual.

Oposto ao convencionalismo e seu caráter formal de definição de tipos, o modelo antigarantista apresenta uma concepção substancialista do desvio penalmente relevante. De acordo com esta concepção, além da previsão legal, os aspectos imorais, antissociais, a pessoa do delinquente cuja maldade é manifestada na realização do delito, também são fatores considerados para justificar a punição. Seja em razão de ideias moralistas, que consideram o delito um pecado, ou naturalistas, outros elementos eram utilizados na consideração do desvio punível.[28]

O substancialismo acaba desvalorizando o papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição de delitos, utilizando, nesse intento, várias técnicas, como a previsão de tipos elásticos e indeterminados. Outra forma ainda mais drástica de desvalorizar a função da lei, é dissolver o comportamento criminoso identificando *tipos* de delinquentes a partir de ponto de vista ético, naturalista ou social, como a figura do delinquente natural de Cesare Lombroso.

---

[27] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 38 e ss.
[28] Ibidem. p. 40 e ss.

A utilização desses critérios de definição substanciais do desvio punível acaba aniquilando o princípio da estrita legalidade, visto que o indivíduo não mais será punido apenas pelo que fez, mas pelo que é.

Enquanto o convencionalismo separa nitidamente o direito e outros critérios extrajurídicos de valoração, o substancialismo penal confunde direito e moral, direito e natureza, permitindo discriminações subjetivas e invasões discricionárias na liberdade do cidadão.

O Processo Penal garantista deve cumprir uma dupla função relevante no Estado Democrático de Direito. De um lado garante a dignidade do acusado estabelecendo que o puder punitivo será exercido com respeito as suas garantias individuais. Do outro lado pacifica os conflitos de interesse com a escorreita aplicação da lei. Esse escopo garantista do processo reafirma o modelo acusatório e prestigia as regras constitucionais.

É inquestionável a importância do modelo garantista nos aspectos penal e processual, ou seja, ele preconiza um reducionismo criminal e ao mesmo tempo a maximização das garantias individuais no curso do processo.

Nessa ótica, a criação de novos tipos penais ou o agravamento de tipos penais já existentes e ainda a reinterpretação das garantias clássicas do Direito Processual Penal seriam sintomas de uma indesejável ou inadmissível expansão do Direito Penal, uma espécie de "cruzada contra o mal", desprovida de uma mínima fundamentação racional.[29]

Afastar-se dos parâmetros deste Direito Penal liberal, preocupado exclusivamente com a tutela de bens individuais e com estrita vinculação aos princípios de garantia significaria sempre um retrocesso, independente das modificações sociais e intersubjetivas ocorridas nas últimas décadas e desconsiderando também das diferentes sanções aplicadas no período iluminista e nos dias atuais.

A rigidez característica do Direito Penal mínimo não permitiria a criminalização da pessoa jurídica ou da ordem econômica, desprezando por completo a evolução e a modificação da sociedade na qual surgiram, devolvendo eventuais conflitos ou danos ao Direito administrativo ou outros ramos menos drásticos.

Sob o aspecto processual, acordos ou negociações que afastariam o devido processo legal e suas garantias consectárias e, mesmo com a anuência do réu, seriam inadmissíveis, uma vez que

[29] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: RT, 2011. p. 27.

tais acordos levariam a abdicação de conquistas processuais relevantes e garantias constitucionais, com absoluto desprezo por esse modelo eficientista considerado como antigarantista e autoritário.

Porém, seguindo uma tendência mundial, foi-se o tempo em que a proteção de bens jurídicos individuais como a vida, a honra, o patrimônio, por sua relevância social, eram os principais ou únicos objetos da tutela penal.

Com a globalização e a complexidade das relações sociais, novos bens transindividuais passam a ocupar papeis relevantes na sociedade contemporânea, como o meio ambiente e a ordem econômica. Novos atores também surgem como sujeito ativo do crime, como os entes coletivos.

Sem perder a sua função garantista, o processo penal também passa a dar ao réu ou ao investigado a possibilidade de realizar acordos de forma voluntária, que implementados na hipótese concreta, afastarão a concepção tradicional de processo.

A necessária reflexão que deve ser feita é até que ponto seria possível compatibilizarmos os traços clássicos dos Direitos Penal e Processual Penal, com as respectivas modificações trazidas pela modernidade e que impulsionam a adoção de novas formas de responsabilização criminal e novas ferramentas processuais.

1.3 A Evolução das Concepções de Bem Jurídico Penal e sua Função de Garantia

A teoria do bem jurídico foi desenvolvida na tentativa de buscar um conteúdo material para o crime, uma vez que o delito não poderia representar apenas a realização de um comportamento proibido pela norma, o que seria óbvio e comum em todos crimes. O tipo deveria apresentar um conteúdo material ou uma justificação especial, legitimando a incriminação e trazendo potencial de limitar o poder punitivo estatal.[30]

A necessidade de atribuir um conteúdo material com capacidade limitadora do *ius puniendi* está intimamente relacionada com o ideal liberal que surgiu no século XVIII com o movimento iluminista. A proteção das liberdades fundamentais do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado impulsionou o Direito Penal a estabelecer limites ao que poderia ou não ser considerado ilícito.

[30] RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário:* A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Rio de Janeiro: Nuria Fabris. 2013. p.30.

O Estado não poderia mais considerar crime a "agressão a Deus" ou ao "soberano", ou ainda o simples descumprimento de deveres impostos aos cidadãos segundo os desejos dos detentores do poder. As condições básicas do convívio social passam a ocupar o lugar antes destinado ao pecado, retirando da base conceitual de crime conteúdos religiosos ou éticos.[31]

Neste contexto, em 1764 Beccaria publicou sua obra "*Dos delitos e das penas",* considerado por alguns autores como um manifesto garantista.[32]O livro abordou as relações do cidadão com o poder punitivo e reformulou o papel do Estado diante de uma violação do Contrato social, passando o delito a ser considerado sob o prisma da violação deste contrato.

Segundo Beccaria[33]:

> Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: ele está, portanto, certo de que qualquer um não quer entregar em depósito público senão a menor porção possível, somente aquela que baste a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto desta mínima porção possível forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não direito.

Os ideais iluministas promoveram uma mudança de paradigma no pensamento filosófico-penal, colocando a proteção das liberdades individuais contra os desmandos Estatais como o centro de preocupações do Direito Penal racional e humanizado, autorizando o surgimento das primeiras teorias sobre o bem jurídico, que de fato ocorreu no início do século XIX.

Desde o surgimento da sua concepção, o conceito de bem jurídico penal sofreu a influência de algumas teorias criadas com o objetivo de justificar a legitimidade das normas penais em face de determinado organismo social. Esse fluxo fez com que a noção de bem jurídico-penal ficasse vinculada ao regime político adotado pelo Estado que pretende estabelecer a sua forma de poder punitivo.

As ideias e os ideais iluministas procuravam limitar esse poder de punir preponderando a noção de violação de direitos subjetivos, ou seja, o delito passa a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo de uma pessoa natural. Havia então o pressuposto de que a lesão a qualquer direito subjetivo repercutiria no chamado "contrato social". Assim, verificada a lesão a direitos

---

[31] RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Op. Cit* p. 31.
[32] BECCARIA, Cesare. *Op. Cit.* p.12 e ss.
[33] Ibidem.

subjetivos, o aparato estatal estaria legitimado a constranger cada indivíduo, em busca do restabelecimento do pacto acordado. [34]

Sem romper a ideia de lesão a direitos subjetivos, Feuerbach tentou se afastar das antigas ideologias absolutistas. Na busca de uma concepção de delito, Feuerbach utilizou elementos jusnaturalísticos. Para o autor o delito passaria a adquirir relevância na órbita positivada se existisse, ao mesmo tempo, uma violação a quaisquer normais de direito natural.[35]

Depois de ceder parte de sua liberdade para formação do Estado, o indivíduo deveria pautar suas atitudes centradas na ética e na razão. Entretanto, a acentuada influência do individualismo característico do iluminismo impediu que Feuerbach considerasse bens jurídicos não individuais.

Johann Michael Franz Birnbaum, elaborou seu pensamento dentro de uma perspectiva sociológica, segundo o qual o bem jurídico estaria inicialmente a *latere* do direito e do Estado, na medida em que a atividade legislativo-penal destinava-se a reconhecer elementos preexistentes ao homem.[36]

Surgiu assim uma concepção instrumental do Direito Penal, voltada aos aspectos sociais. Nesse sentido, as teorias de desenvolvidas por Birnbaum e Feuerbach se aproximam, pois ambos partem de um mesmo fator antecedente. Porém para Birnbaum, o delito teria força para lesionar interesses de maior amplitude, e não apenas direitos subjetivos.

Diferente de Feuerbach, Birnbaum amplia o espectro de consideração do conteúdo material do crime, estabelecendo que o delito não lesiona meramente direitos subjetivos, e sim bens. A maior contribuição de Birnbaum em sua concepção de delito é a não incriminação de preceitos morais ou sentimentos religiosos como a lesão a direitos subjetivos, mas como bens.[37]

Karl Binding negava a existência de bens jurídicos preexistentes. O autor desconsiderava as bases iluministas e, adotando os preceitos da escola positivista, definiu o bem jurídico formalmente como tudo aquilo que o legislador definisse como tal. Com isso, atribuía ao Estado uma discricionariedade legislativa para incriminar condutas, pois era permitida a preservação de bens jurídicos tanto materiais como também formais. Não importava, assim, o real interesse

[34] RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Op. Cit.* p. 33.
[35] BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico penal.* Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2012. p. 31 e ss.
[36] Ibidem.
[37] Ibidem.

social em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador, que podia ser, até mesmo, aleatória e arbitrária.[38]

Franz von Liszt, no mesmo contexto positivista, voltou-se para a determinação essencial do delito a partir da tese de que o Direito existe por vontade humana e se volta à proteção de situações reais. Assim, o fim de todo o Direito Penal era somente a proteção de interesses sociais vitais. Tais interesses humanos, os quais Liszt denominou de bens jurídicos, não seriam produto do ordenamento jurídico, mas da vida, sendo, portanto, estabelecidos previamente.[39]

Ao longo da sua trajetória a teoria foi se incorporando a dogmática penal e se consolidando como uma importante ferramenta para limitar o poder punitivo, ainda que tenha se amoldado as características políticas e sociais de cada período.

Atualmente, partindo do postulado garantista da intervenção mínima do Direito Penal, recomenda-se a existência de um relacionamento estreito entre o bem jurídico a ser tutelado e o *ius puniendi*. O caráter fragmentário sinalizaria que o poder punitivo deve proteger bens jurídicos relevantes à subsistência e convivência dos indivíduos, sob pena de perder sua legitimidade.[40]

Neste contexto, Ferrajoli afirma que a necessária lesividade a um bem jurídico condiciona toda justificação utilitária do Direito Penal, como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo. A partir do reconhecimento da afirmativa de que algo é um bem jurídico penal, é de se proceder a um juízo de valor sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena e, inversamente, admitindo-se que um objeto somente deva ser considerado bem jurídico penal quando sua tutela esteja justificada.[41]

O autor assegura que não é possível alcançar uma definição exaustiva de bem jurídico, pois as teorias que o abordam servem, única e exclusivamente, para oferecer uma série de critérios negativos de deslegitimação, enfatizando, assim, a função limitadora do bem jurídico, cuja lesão é condição necessária, mas nuca suficiente, para a proibição e punição.[42]

A definição de quais bens será objeto de tutela da norma penal incriminadora deve recair sobre aqueles considerados fundamentais à convivência social pacífica, uma vez que devem estar integrados com valores essenciais de determinado grupo social.

---

[38] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. Cit.* p. 31 e ss.
[39] Ibidem.
[40] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 35 e ss.
[41] Ibidem. p.467.
[42] Ibidem. p.471

Para Régis Prado a concepção de bem jurídico penal é de capital importância para o Direito Penal cientificamente moderno, que é instrumento próprio do Estado Democrático Social de Direito, pois " o bem jurídico possui uma transcendência ontológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo dependem, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura."[43]

Para Juarez Tavares, o bem jurídico, na qualidade de valor e, consequentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção da pessoa humana e de limitação à atuação estatal. O bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real. Assim, entendido como valor e não como dever, o bem jurídico é reconduzido à condição de delimitador da norma.[44]

Claus Roxin continua trabalhando com o conceito de bem jurídico no seu aspecto limitador do poder punitivo estatal, mas tem alargado o âmbito de atuação do Direito Penal para locais onde não há bem jurídico, como nas hipóteses de proteção de embriões, a proteção de plantas e animais e a proteção da vida das gerações futuras.[45]

Apesar de reafirmar o seu papel de limitador e não de justificador de novas incriminações, o autor acaba admitindo criminalização de condutas sem que exista qualquer bem jurídico, o que de certa forma se afasta da proposta original que a teoria propõe.

Para Jorge de Figueiredo Dias o conceito de bem jurídico adquire um necessário contorno constitucional, afirmando que:

> Um Estado democrático deve exigir do Direito Penal uma intervenção apenas onde se verifique lesões insuportáveis às condições essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem, de forma que os bens jurídicos penais devem expressar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, político e econômica[46]

---

[43] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 22 e ss.
[44] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198.
[45] ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Tomo 1. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.p. 56.
[46] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência Constitucional Portuguesa*. Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 252.

A necessidade de proteção desses valores impulsionaria a elaboração de novas leis, fornecendo as diretrizes para a ação legislativa do Estado, ou a inserção destes valores na ordem Constitucional. Como a Constituição é o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal.

A relação existente entre valores sociais e a Constituição também fundamenta as teorias constitucionalistas. O fato do Direito Penal atingir diretamente a liberdade individual, que tem cariz constitucional, sendo coerente pretender que o bem, cuja lesão poderia ensejar a máxima intervenção estatal, possua, igualmente, natureza constitucional.[47]

A dignidade e legitimidade penal estariam diretamente relacionadas com a identificação, na sociedade, de bens passíveis de receberem a tutela penal, sendo justamente a Constituição quem revelaria essa dignidade penal ou o merecimento de tutela.

Os dignos ou merecedores dessa tutela seriam aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para a sua conservação, observando-se que essa dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal.[48]

As teorias constitucionalistas se diferenciam das demais na determinação do bem jurídico penal, na medida em que buscam maior limitação do leque de bens passíveis de serem protegidos pelo Direito Penal. Para aquelas, se antes o legislador estava diretamente limitado pelos valores sociais, agora estaria limitado pelos valores sociais reconhecidos na ordem constitucional.

Por essa razão Luige Ferrajoli afirmou que o fenômeno do “constitucionalismo” no Direito Penal pode ser identificado a uma segunda revolução, a do legalismo substancial, cabendo apontar que a primeira revolução foi a do legalismo formal.[49]

É perceptível que os contornos de quais bens jurídicos deverão ser objetos da tutela penal não são claros ou capazes de permitir que a partir dele se conclua automaticamente o que deve ou não ser criminalizado, mesmo porque seria impossível estabelecer um parâmetro atemporal e único de bem jurídico. Talvez seja razoável identificarmos um certo consenso, um núcleo comum

[47] PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo.* São Paulo: RT, 2003. p.50.
[48] Ibidem. p.51.
[49] Ibidem. P.53.

entre as inúmeras tentativas de sua identificação, ou seja, o bem jurídico penal deve ter como parâmetros os valores fundamentais de um grupo social.

Essa mutabilidade e dificuldade conceitual talvez se deva ao fato de que os bens não possuem uma existência ideal, mas sim social[50], ou seja, o eles são construídos em processos sociais comunicativos, são o resultado de um consenso na sociedade.[51] Tradicionalmente esse consenso colocava o Direito Penal na direção apenas de bens individuais, havendo muita dificuldade dogmática de compatibilizarmos a fragmentariedade típica de um modelo de intervenção mínima com a tutela de outros bens não individuais.

Entretanto, há uma tendência mundial evolutiva ou modificativa nos valores e bens que passam a ser considerados como fundamentais. Com a mutabilidade das relações sociais, muitas vezes globalizadas, há necessariamente o surgimento de novas demandas no sentido de proteger novos bens até então considerados irrelevantes. Esse processo pode surgir a partir de um rearranjo econômico, de novas dinâmicas sociais, de compromissos internacionais, ou novos riscos, individuais ou coletivos.

Não se trata de uma "expansão" injustificada do Direito Penal ou a implementação de um utilitarismo criminal, mas sim a criação legislativa de novos tipos penais, que apresenta como objetivo declarado a proteção de bens jurídicos não individuais, dos quais apenas atualmente se reconhece a importância da tutela por meio do Direito Penal, como tipos penais destinados à proteção ambiental e do sistema econômico.

Cezar Roberto Bitencourt critica essa expansão criminal, alegando que "todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como 'discurso legitimador' do abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, [...]. Na linha de 'lei e ordem', sustentando-se a validade de um Direito Penal Funcional, adota-se um moderno utilitarismo penal, isto é, um utilitarismo dividido, parcial, que visa somente à 'máxima utilidade da minoria', expondo-se, consequentemente, às tentações de autolegitimação e a retrocessos autoritários, bem

[50] NEUMANN Ulfrid. *Bem Jurídico, constituição e os limites do Direito Penal:* Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.521.
[51] Ibidem.

ao gosto de um Direito Penal máximo, cujos fins justificam os meios e a sanção, como afirma Ferrajoli, deixa de ser 'pena' e passa a ser taxa"[52]

A indagação gira em torno da possibilidade ou não de compatibilizarmos o garantismo penal e a proteção de bens não exclusivamente individuais. A tutela de novos interesses e novas formas de relações humanas que surgiram na sociedade pós-industrial mereceriam ou não uma nova abordagem criminal, encurtando os espaços do Direito Penal mínimo.

A transição de uma sociedade primitiva para uma industrial e capitalista impulsionou o desenvolvimento da tecnologia e a corrida desenfreada em busca do lucro. Tal situação somada ao aumento populacional e a consequente massificação do consumo passaram a gerar situações de "risco social" que nunca antes experimentada, gerando assim constantes ameaça a bens jurídicos socialmente relevantes e não individuais, como o meio ambiente, a saúde pública, dentre outros imprescindíveis para a vida em comunidade.

Como destacado por Silva Sánchez, o fenômeno da globalização intensificou as relações humanas de tal forma que poderia ser comparada às grandes navegações, que a partir de século XV promoveram uma grande difusão comercial e científica.[53]

Mas a globalização promoveu um resultado diferente quando comparado ao das navegações, pois enquanto estas promoveram um alargamento de horizontes até então desconhecidos, aquela encurtou os espaços, permitindo avanços econômicos e tecnológicos sem precedentes na história da humanidade, com repercussões diretas no bem-estar individual.[54]

Por outro lado, essas modificações também trouxeram seu aspecto negativo, pois todos esses avanços na indústria, na biomedicina, na genética, na tecnologia, etc., permitem a prática de crimes de forma difusa, diferente da delinquência tradicional típica do modelo liberal, como a *ciberdelinquência*, a criminalidade organizada transnacional, e criminalidade econômica, a criminalidade da pessoa jurídica, entre outras.

O Direito Penal atual poderia se furtar a acompanhar essas mudanças e deixar de tutelar esses novos interesses que surgiram e, que ainda surgem, em razão da globalização e dos avanços tecnológicos? Mesmo sendo a *ultima ratio*, o Direito Penal deveria empenhar esforços e mais uma vez mudar seus paradigmas, se afastando ou reduzindo sua concepção minimalista?

---

[52] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 241.
[53] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: RT, 2011. p. 35.
[54] Ibidem.

O debate sobre uma eventual resposta jurídico-penal a estes novos horizontes de criminalização levaria ao surgimento do que Silva Sánchez chama de Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional, com um modelo menos garantista e com relativização das garantias político-criminais materiais e processuais, apto a lidar com essa nova delinquência, mas sem abandonar os ideais do modelo clássico e iluminista, compatibilização conhecida como velocidades do Direito Penal, o que será analisado posteriormente.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E AS ALTERNATIVAS A TEORIA DO BEM JURÍDICO INDIVIDUAL

2.1 A crise do bem jurídico

A doutrina nacional e estrangeira tem debatido a fundamentação do Direito Penal na contemporaneidade, preocupada com a manutenção das garantias historicamente conquistadas a partir do iluminismo diante de uma série de problemas trazidos pela modernidade com o rompimento de fronteiras econômicas e culturais.

Neste contexto, a teoria do bem jurídico com sua função limitadora da intervenção penal vem sendo questionada e, muitas vezes, vem sendo utilizada de forma oposta, ou seja, como legitimadora de novo tipos penais, contrariando a tradicional doutrina individual do bem jurídico penal, conforme crítica elaborada por Hassemer.[55]

Apesar dos debates e divergências, existe certa unanimidade na constatação de que a doutrina do bem jurídico não tem conseguido frear a expansão do Direito Penal, surgindo algumas teorias alternativas, como a de Jakobs, que afirma que a norma penal não tutela bens jurídicos, mas apenas assegurar expectativas de comportamentos.

Se afastando da tutela exclusiva de bens individuais, para Jorge de Figueiredo Dias os valores supra individuais também constituem bens jurídicos autônomos quando comparados aos individuais, pois também seriam imprescindíveis à vida em sociedade e ao desenvolvimento do indivíduo, o que legitimaria incriminações sem que para isso fosse necessário recorrer a um bem individual específico.[56]

Apesar de se manifestar contrariamente a esta expansão, Silva Sanches entende que esse fenômeno vem acontecendo a nível global e é de certa forma inevitável, dividindo o Direito Penal em velocidades, permitindo de certa forma a tutela de bens transindividuais e a relativização de garantias individuais na esfera processual.

---

[55] HASSEMER, Winfried. Crisis y *características del moderno derecho penal. Actualidad Penal. Madrid,* n° 43/22 de 1993. p. 635-646.

[56] DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do Direito penal na proteção de gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito,* Coimbra, nº 55. Disponível em: http://www.defensesociale.org/02/9.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p.52.

Acertada as colocações de Helena Regina Lobo inspirada em Silva Sánchez quando afirma que a crise na teoria do bem jurídico, não se revela como uma crise de sua estrutura ou da função de seu conceito, sendo mais uma consequência das características da sociedade contemporânea, com sua complexidade social, seus avanços tecnológicos, a crise do modelo de Estado de bem-estar social, ao lado de aspectos que aumentam o sentimento de insegurança e medo, como geradores de uma sociedade de sujeitos passivos, que clama por intervenções estatais, bradando pela criminalização de todo e qualquer comportamento lesivo ou arriscado.[57]

Seria difícil acreditarmos que o paradigma penal da sociedade do século XVIII, de todo o século XIX e do XX, tenha se mantido inalterado de forma a inviabilizar a criminalização além dos bens individuais, como a vida, patrimônio, liberdade, entre outros, que surgiram com a própria transformação social e que eram inimagináveis na formulação clássica do Direito Penal.

A reconstrução das diversas formulações da teoria do bem jurídico sinaliza que seus contornos e limites são esparsos, o que impossibilita a apresentação de um rol preciso que possa ser objeto legítimo das normas penais. Muitas vezes não identificamos nenhuma relação direta entre proteção de bens jurídicos e garantias liberais, pelo contrário. A ideia de proteção de bens muitas vezes pode servir não à limitação, mas sim à legitimação da expansão penal.

O seu potencial descritivo e crítico vem perdendo a força diante da complexidade da sociedade atual que reclama a intervenção penal para além dos bens individuais, com o surgimento de novas figuras típicas protetivas de interesses coletivos.

Admitida a mudança de paradigma e a tendência expansionista, resta analisarmos as novas doutrinas e alternativas a concepção clássica de bem jurídico individual.

2.2 Alternativa de Jakobs e as expectativas normativas

A obra de Welzel apresenta certa duplicidade ao tratar do bem jurídico, pois se por um lado ele reconhecia a importância de proteger bens como estados materiais valorosos, por outro, no entanto, afirmava que a proteção penal de bens jurídicos seria apenas um momento parcial e condicionado da verdadeira proteção penal, qual seja, aquela que garantiria os valores éticos-sociais e exercitaria no sujeito uma atitude conforme o Direito. Ou seja, o autor chamava a

[57] LOBO, Helena Regina da Costa. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. Direito Penal como Crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons. p.117.

atenção para algo mais importante, a dimensão social a que está na base da proteção realizada pelo direito penal.[58]

É para esse aspecto que Jakobs se volta. Partindo das premissas formuladas por Welzel, o autor entende que fundamentar a intervenção penal na necessidade de proteção de bens jurídicos é um ponto de partida equivocado, pois os bens não transitam independentes pelo mundo, mas são adstritos a titulares. Os titulares detêm, e não os bens, a pretensão de não serem lesados.

O Direito Penal não pode ser visto como um complexo de bens a serem protegidos, mas sim como um mundo de titulares de direitos que de forma recíproca, devem respeitar os direitos alheios. A teoria do bem jurídico ignora o complexo comunicativo das interações humanas, pois enxerga a sociedade como mero conjunto de bens.

Ademais, a teoria do bem jurídico enfrenta grande déficit descritivo e muita dificuldade de tratar os chamados bens supra individuais, como segurança no tráfico viário, meio ambiente, sistema financeiro, ordem econômica e outros tantos tão diferentes daqueles até então tutelados, como a vida, patrimônio, integridade física, etc.

Segundo Jakobs, a discussão sobre esses novos interesses serem ou não bens jurídicos passíveis de tutela penal seria indiferente, pois não enfrentariam a questão mais relevante, que é a razão deles serem importantes, pois mais uma vez não seria considerada a relação entre o Direito Penal e a sociedade. As normas estruturantes da sociedade atual não cuidam apenas dos processos de interação direta entre indivíduos, mas também protege expectativas relacionadas à estabilização de instituições e a fenômenos sociais de grande porte, como as relações de consumo, meio ambiente, ordem econômica. Apesar de serem mais difusas, estas expectativas são concretas e extremamente relevantes na sociedade atual.

De acordo com o autor, as normas que penalizam lesões efetivas de bens devem ocupar lugar de destaque, porém, em uma sociedade complexa e que permite contatos anônimos, isso não seria suficiente.[59] A natureza dos interesses que se pretende proteger por meio das mais recentes criminalizações tornara impossível manter o tradicional *modus operandi* da regulação penal, baseado na reação em face de danos concretos.[60]

---

[58] CORREA, Yuri da Luz. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do Direito penal contemporâneo. *Botelim IBCCRIM*, 2013. P.142.
[59] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p.43.
[60] CORREA, Yuri da Luz. *Op. Cit.* p. 147

A tarefa do Direito Penal não seria proteger bens, mas assegurar a validade e vigência das normas jurídicas. O crime seria a transgressão da norma penal e a sanção seria o restabelecimento da obediência ao Direito. A finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contato social. O comportamento criminoso rompe expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da defraudação da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas.

Ao conceber o delito como comunicação que viola deveres normativos, de um lado estabelece-se que nem todo delito constitui uma lesão de bem jurídico e, de outro, por dar evidência à esfera de liberdade e competência de cada cidadão, autoriza sustentar que nem toda lesão de bem constituiria um delito, Jakobs traz uma alternativa consistente e que levaria a muitas mudanças em nossa perspectiva teórica com novos critérios de legitimação das normas penais.

Essa funcionalização e essa desmaterialização da teoria do bem jurídico proposta por Jakobs trazem a possibilidade de descrever muitas das transformações pelas quais passa o Direito Penal de hoje e, consequentemente, dessa nova postura, surge a alternativa para superarmos as lacunas trazidas pela teoria do bem jurídico.

2.3 A Legitimidade da Tutela Penal de Bens Jurídicos transindividuais

As modificações sofridas na teoria do bem jurídico têm apresentado como resultado o distanciamento do seu aspecto exclusivamente individual, reconhecendo a relevância do sistema social nos critérios de criminalização. Não se trata de ignorar o modelo clássico cujas garantias individuais estão fixadas na Constituição e que são inafastáveis, mas de reconhecer a evolução e importância na manutenção do sistema social e os bens jurídicos que lhe são correspondentes.

Nesse sentido, Munõz Conde e Garcia Arán apontam a existência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e bens jurídicos coletivos, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, conta a saúde pública, o meio ambiente, a organização política, etc.[61]

[61] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*: Parte General. 3. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 65.

Para Zaffaroni não existe diferença qualitativa entre bens supra individuais e bens individuais, porém reconhece a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.[62]

Jorge de Figueiredo Dias demonstra a importância da proteção dos interesses meta individuais para o presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal, afirmando que "Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância antropocêntrica da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos".[63]

Sérgio Salomão Shecaira também reconhece o interesse na proteção penal dos interesses difusos e coletivos, e considera que a utilização de novas tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana. Não é por outra razão que o Direito, e também o Direito Penal, devem dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem certa efetividade do próprio sistema punitivo.[64]

Distinção interessante é aquela feita por Gianpaolo Poggio Smanio que diferencia os bens jurídicos penais coletivos dos bens jurídicos penais difusos, tendo como parâmetros os aspectos civis da distinção entre direitos individuais, coletivos e difusos e nos mesmos moldes do direito privado, destaca a relevância da proteção dos últimos para o convívio em sociedade.[65]

Os bens jurídicos penais de natureza coletiva estariam compreendidos dentro do interesse público, são aqueles que decorrem de um consenso coletivo, onde há uma unanimidade de

---

[62] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal:* parte ceneral. Buenos Aires: Ediar. 1981. , p. 242.
[63] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 74.
[64] SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação**.** I*n:* GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal.* São Paulo: RT, 1999. p. 133.
[65] POGGIO SMANIO, Gianpaolo. *Tutela Penal dos Interesses Difusos***.** São Paulo: Atlas, 2000. p. 217

proteção, pois se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares, como a incolumidade pública, a paz pública etc.[66]

Os bens de natureza difusa apresentariam certa conflituosidade entre grupos de uma mesma sociedade, apesar de também se referirem à sociedade como um todo. Os indivíduos não têm a sua disponibilidade sem afetar a coletividade, sendo, portanto, indivisíveis em relação aos titulares. São exemplos a proteção ao meio ambiente, em que os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na proteção das relações de consumo, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, dentre outros.[67]

A ideia de bens jurídicos que não afetem apenas o indivíduo, mas a sua coletividade, passa gradativamente a ser aceita pela doutrina do Direito Penal, que se mostra sensível as modificações sociais e econômicas ocorridas na sociedade pós-industrial. Apesar da variedade de terminologias empregadas, muitas vezes chamados de transindividual, coletivo, meta individuais, difusos, etc., o certo é que os bens não individuais são uma realidade nos debates penais da atualidade.

Inobstante as variantes teóricas, há uma dificuldade na delimitação penal do bem jurídico transindividuais, como também ocorre nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Talvez isso ocorra em razão de seus contornos serem indefinidos, porém em todas hipóteses elencadas os bens jurídicos transindividuais carregam consigo o caractere do "interesse público" em seu maior grau de relevância.

A tentativa de sua delimitação sempre trará consigo um sentimento de incompletude metodológica, posto que seu significado não remonta a única disciplina, mas sim a multifacetadas linhas de interesses, como o direito ambiental, a ordem econômica, o direito ao consumidor, o direito da criança e adolescente, o direito do idoso, entre outros.

As complexas relações interpessoais atuais são marcadas por grande tensionalidade, gerando problemas de ordem econômica, política, ideológicas, entre outros, e promovendo variados conflitos de difícil solução e muitas vezes com aspectos interdisciplinares.

---

[66] POGGIO SMANIO, Gianpaolo. *Tutela Penal dos Interesses Difusos***.** São Paulo: Atlas, 2000. p. 217
[67] Ibidem.

Segundo Durkheim, esses conflitos e tensões sociais evidenciam algo típico das relações intersubjetivas e institucionais em ambientes de alta competitividade e disputas, decorrendo daí muitos comportamentos tipificados penalmente.[68] Ulrich Beck têm denominado tais fenômenos como próprios da Sociedade de Risco[69], ou seja, uma sociedade globalizada sob o ponto de vista econômico, na qual os problemas e soluções se generalizam cada vez mais. Referem-se a ambientes coletivos mais do que individuais, o que impacta as decisões tomadas neste âmbito, eis que afetam a muitas pessoas e comunidades.

De qualquer sorte, e tomando todas as cautelas para que esse conceito de Sociedade de Risco não justifique expansionismos normativos desmedidos e redução de direitos ou violação de garantias constitucionais, tudo em nome da insegurança gerada por níveis elevados de violência e criminalidade social muitas vezes potencializados, inclusive pelos meios de comunicação de massa, é inconteste que muitos riscos ameaçam valores tutelados pela constituição e geram uma instabilidade no bem-estar social.

O que fará com que qualquer bem existente se transforme em um bem jurídico penal é um processo de escolha legislativa que perpassa por escolhas políticas inseridas num contexto social, econômico e histórico de uma determinada sociedade numa dada época, seja este individual ou transindividual.

Como tais escolhas políticas estão materializadas na Constituição, o legislador ordinário elegerá os bens jurídicos penais partindo dos ditames e limites impostos na Carta Política e nos valores nela consagrados, tendo a norma constitucional, neste aspecto, a função possibilitar ou não tutela penal.

Roxin correlaciona o Direito Penal ao Estado Democrático de Direito, de modo que este modelo estatal pode se utilizar, quando necessário, dos mecanismos do Direito Penal para proteger os bens jurídicos antecipadamente eleitos pelo constituinte e promover o bem-estar dos indivíduos no corpo da sociedade.[70]

Porém, o autor reconhece que existem certos pressupostos indispensáveis à vida em comum como os próprios "bens da comunidade", que também seriam merecedores desta proteção

---

[68] MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de criminología:* introducción y teorías de la criminalidad. Madrid: Espasa-Calpe, 1988. p.35.

[69] BECK, Ulrich. *Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona: Paidós, 2001.

[70] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p. 84.

penal.[71]A única restrição à eleição dos bens jurídicos reside na Constituição, e lança um conceito de bem jurídico vinculado político-criminalmente, derivado da Lei Fundamental com base na liberdade do indivíduo e nos limites da capacidade punitiva do Estado.[72]

Régis Prado menciona Rudolphi que sustenta que os valores a serem protegidos subsidiária e fragmentariamente, pelo Direito Penal, devem ter sempre uma referência constitucional, sendo necessário que se observe a função social do bem jurídico para a sobrevivência coesa e harmônica da comunidade. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional deve sempre ter por parâmetro aqueles bens jurídicos previstos no sistema da Constituição, ou seja, os valores e interesses eleitos como mais importantes pela sociedade.[73]

Segundo Luís Greco, o caráter aberto e impreciso das Constituições acaba repercutindo no conceito de bem jurídico-penal, afirmando que apesar de existir eventual previsão constitucional, os bens jurídicos penais devem ser necessariamente mais restritos do que o conjunto dos valores constitucionais, tudo isso em atenção ao princípio da subsidiariedade.[74]

Para Greco o caráter fragmentário do Direito Penal seria imperioso no momento da escolha pelo legislador, dos valores constitucionais que seriam tutelados criminalmente, restringindo ou limitando o campo legislativo ainda mais. [75]

Jorge de Figueiredo Dias tenta buscar no Texto Constitucional um padrão de referência da valoração social sobre seus interesses e nesse filtro tenta fundamentar sua eleição de bem jurídico[76]. Apesar de entender que a teoria do bem jurídico não se encontra desenvolvida suficientemente para formular com nitidez e segurança um conteúdo fechado e apto a indicar o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado, reconhece que há certo consenso em torno do núcleo central do conceito do bem jurídico que permite defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto

---

[71] ROXIN, Claus. Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individidual*. São Paulo: RT, 2001. p. 52.
[72] ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* Lisboa: Vega Universidade, 1996. p. 27 e ss.
[73] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 35.
[74] GRECO, Luis. Princípio da Lesividade e Crimes de Perigo Abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, Jul./ago. 2004. p. 100.
[75] Ibidem.
[76] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.2 e ss.

ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.” [77]

A teoria do bem jurídico ancorada na Constituição traz como consequência, além de um reforço na limitação ao poder de criminalizar condutas, imposições de criminalização, como ocorre na Constituição Federal brasileira em relação ao meio ambiente e a ordem econômica. Assim a Carta Política seria ao mesmo tempo, um limite e um fundamento para o Direito Penal.

Isso ocorre porque ela contém princípios fundamentais que protegem o indivíduo em face do poder estatal, e ao mesmo tempo, preocupa-se com a defesa dos indivíduos e da sociedade e seus respectivos direitos e bens que, para serem efetivamente tutelados, impõe ao Estado uma atuação protetiva desses valores fundamentais.[78]

A autora Maria da Conceição Ferreira Cunha preleciona que a obrigatoriedade de criminalizar trazida em alguns dispositivos constitucionais não representaria uma subversão da concepção originária de bem jurídico no seu aspecto limitador, mas apenas o desenvolvimento coerente, que apresentaria a dupla faceta do Direito Penal e também da própria Constituição. Ela prossegue e afirma que “a Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso, mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade.”[79]

Apesar dos debates em torno do fato da Constituição funcionar como um limite negativo ou positivo para o Direito Penal ser extremamente complexo e extrapolar os limites deste trabalho de pesquisa, uma simples leitura da Constituição Federal de 1988 não deixa qualquer margem para dúvidas sobre a determinação de criminalização da pessoa jurídica nos crimes ambientais e nos crimes contra a ordem econômica e financeira, conforme redação expressa dos artigos 225 §3º (as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos acusados’) e 173§5º (“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos

[77] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62 e ss.
[78] PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo.* São Paulo: RT, 2003. p.70.
[79] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Coimbra, Portugal: Ed. Universidade Católica Portuguesa, 1995. 273.

dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.")

Além de determinar a tutela penal em bens ou valores não individuais, a Constituição Federal abriu caminho para que o país trouxesse essa nova forma de responsabilidade criminal, expandindo o Direito Penal pátrio para além dos limites da responsabilidade individual, seguindo assim uma tendência mundial. Isso porque o desenvolvimento industrial e econômico, o progresso tecnológico, a explosão demográfica e a urbanização crescente são fatores que repercutem no meio ambiente e no bem estar social.

Mas a possibilidade de tutela penal nestas questões deverá percorrer um caminho longo e hostil, pois novas soluções ou tendências são apresentadas como uma simpática alternativa a criminalização.

2.4 Do Direito de Intervenção às velocidades do Direito Penal

Os precursores da Escola penalista de Frankfurt, em particular Winfried Hassemer, propagam a ideia de que diante dos novos riscos oriundos da modernidade houve um aumento no sentimento de medo da população e, consequentemente, um incremento na demanda por maior atuação do aparato criminal.[80]

Segundo Hassemer, o aproveitamento do Direito Penal como meio de transformação social e de garante do futuro da sociedade ofende, manifestamente, os axiomas garantistas a que se encontra inexoravelmente vinculado, principalmente o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização se dá como *prima ratio*, sempre que rentável politicamente.[81]

O Direito Penal deixaria assim de exercer sua missão de tutela exclusiva de bens jurídicos concretos, para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas. A tendência do Direito Penal de prevenir riscos se contrapõe a premissa clássica de ser ele o último recurso de contenção de conflitos sociais. A antecipação penal a esferas anteriores ao dano ao bem jurídico,

---

[80] HASSEMER, Windfried. Processo penal e direitos fundamentais. *Revista Del Rey jurídica,* Belo Horizonte, ano 8, n° 16, 1º sem. 2006. p .73.

[81] _____. Crisis y *características del moderno derecho penal. Actualidad Penal. Madrid,* n° 43/22 de 1993. p. 635-646.

em última instância, poderia resultar no abandono total de pressupostos que inspiraram e justificaram o Direito Penal.

Ainda que se reconheça a existência de uma sociedade de riscos, o Direito Penal deve se restringir ao seu núcleo clássico e protegendo bens eminentemente individuais. A intervenção penal para neutralizar grandes riscos e proteger novos interesses coletivos criaria efeitos colaterais indesejados, como penas injustas e desproporcionais.

O Direito Penal seria o meio menos eficiente e mais gravoso para enfrentar novos interesses contemporâneos. Mesmo porque a existência de um bem jurídico, por mais relevante que seja, não é o suficiente para autorizar o Estado a lançar de imediato, meios penais para sua proteção.

A utilização do Direito Penal em novos segmentos implicaria no sacrifício de garantias essenciais do Estado de Direito. Repudia-se o que considera o abandono de uma estrita observância das regras de imputação objetiva e subjetiva e dos princípios penais e processuais de garantia, em prol de uma duvidosa função preventiva que possa vir a desempenhar diante dos riscos derivados das disfunções dos modernos sistemas sociais.[82]

Hassemer demonstra forte oposição à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supra individuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, incompatíveis com as conquistas do Direito Penal clássico, obtidas ao longo dos anos, para os quais ele sugere como solução outro ramo jurídico, criado especialmente para tal desiderato, chamado *"direito de intervenção"*. [83]

O Direito Penal deveria manter seu aspecto reducionista, limitado aos delitos de lesão, ou de perigo concreto, desde que relacionado com bens jurídicos individuais, e excepcionalmente poderia tutelar de bens supra individuais desde que estivessem estritamente ligados ao indivíduo, como ocorre nos crimes contra a incolumidade pública.

Além disso, ele estaria vinculado as rígidas regras de imputação de responsabilidade pessoal e aos princípios garantistas, como lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, entre outros.

---

[82] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: *INOVAÇÕES do Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011. p.124.

[83] HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, n° 08, p. 49, out. 1994.

Os bens jurídicos não individuais que necessitariam de proteção em razão dos "novos riscos" não seriam objeto do Direito Penal clássico, mas de um novo ramo do Direito, situado entre o Direito penal e o Administrativo, chamado de Direito de Intervenção.[84]

O Direito de Intervenção seria, para Hassemer, uma alternativa no controle da criminalidade moderna com um Direito menos grave normativamente, porém mais adequado para recepcionar novos problemas, com a redução de garantias individuais, novas formas procedimentais abreviadas, flexibilização das regras de imputação, etc., desobrigando o Direito Penal do dever de prevenção ou punição a atos que atentem contra os bens não individuais.

Para Artur Gueiros, citando Martínez-Buján Perez, a essência político-criminal dessa corrente de pensamento apresenta dois aspectos complementares entre si: de um lado restringe a seleção de bens jurídico-penais àqueles bens que se qualificam como clássicos, na medida em que estão associados a base de proteção dos direitos indivíduo; de outro lado, respeitam ao máximo todas as regras de imputação e todos os princípios político criminais de garantia característicos do Direito Penal da Ilustração.[85]

Jorge de Figueiredo Dias refuta a possibilidade de serem atribuídas apenas sanções administrativas a condutas socialmente tão gravosas que podem por em risco "a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que estão por vir", aduzindo ocorrer aqui o que lembra a velha crítica da "burla de etiquetas", que põe o princípio jurídico-penal da subsidiariedade e de *ultima ratio* de "pernas para o ar". Isso traria como consequência a perda do poder simbólico do Direito penal para condutas que considera de extrema gravidade e que assim deveriam ser criminalizadas.[86]

Silva Sánchez considera que diante da dificuldade compatibilizarmos os paradigmas do Direito Penal clássico e do novo Direito Penal do risco, propõe um Direito Penal de três velocidades : A primeira seria aplicada na tutela de bens individuais, punidos com penas privativas de liberdade, mantidos os rigores dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade individual e garantista; A segunda tutelaria bens não individuais e haveria a possibilidade de admissão de um modelo de menor intensidade garantística, admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica e as sanções previstas para os ilícitos correspondentes

---

[84] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 197.
[85] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. Cit.* p. 125.
[86] O DIREITO penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 33. São Paulo: RT, 2001., p. 50.

não seria prisional; A terceira seria aplicado aos crimes punidos com pena privativa de liberdade , com a ampla relativização das garantias político-criminais e das regras de imputação e critérios processuais, e seria utilizado como instrumento de abordagem de fatos em emergência, fazendo expressa referência ao "Direito Penal do Inimigo" de Jakobs.[87]

A globalização econômica, entendida como a eliminação das restrições às transações comerciais e ampliação de mercado, acaba gerando a globalização das comunicações com surgimento de novas tecnologias, de forma que propicie maior rapidez nas comunicações e negociações, e assim reduza os custos das operações.[88] Além disso, essa globalização promoveria uma integração de pessoas, para assim conseguir obter um mercado comum entre vários países com a livre circulação de pretensos consumidores, tudo com o objetivo de facilitar o livre comércio.

Esses fatores impactaram a delinquência de tal forma, que além de levar a revogação de tipos penais que impedissem a globalização, em contrapartida, levariam ao surgimento de novos delitos distintos da criminalidade clássica, porém fruto dessa integração, como a criminalidade organizada e as fraudes corporativas praticadas por pessoas jurídicas, entre outras.

O modelo de delito que serve de referência à construção dogmática do Direito Penal é diverso daqueles que surgem com a globalização. A impossibilidade de compatibilizá-lo com o modelo clássico implicaria na renúncia de uma teoria geral e uniforme do ilícito penal, criando outros subsistemas aptos a lidar com esse novo paradigma criminal, que o Silva Sanches chamou de "velocidades."[89]

Com absoluta propriedade, o Professor Artur Gueiros afirma que tanto o modelo de Direito de Intervenção de Hassemer, como o modelo penal dual de Silva Sánchez se prestam apenas a corroborar com uma ideologia que deve ser combatida, pois além deslegitimar o Novo Direito Penal, pode ainda acentuar um tratamento discriminatório entre este e o Direito Penal liberal –preocupado apenas com a tutela de bens individuais. Ademais isso geraria uma *desdignificação punitiva*[90], rebaixando o *status* de determinados delitos que não seriam mais punidos com penas privativas de liberdade.[91]

---

[87] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: RT, 2011. p.150.
[88] Ibidem. p.102.
[89] Ibidem. p.109.
[90] MIRANDA, Anabele Rodrigues, Apud. Gueiros, 1999. p.140.
[91] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. Cit.* p.141.

Apesar de Hassemer e Silva Sánchez divergirem em vários aspectos nas suas teorias, uma vez que para aquele a tutela de bens transindividuais se daria por meio de um Direito de Intervenção e não através do Direito Penal conforme sugere o último, de certa forma ambos reconhecem a necessidade de tutela destes bens, o que aproxima as duas teorias e reforça a pertinência do tema.

Seja trabalhando com a noção de bens jurídicos coletivos com cariz constitucional ou ainda abandonando a noção de que o fundamento do Direito Penal é tutela de bens jurídicos, como sugeriu Jakobs, as vertentes de criminalização devem se coadunar com o quadro de valores constitucionais previamente estabelecidos e que muitas vezes trazem mandados expressos de criminalização.

Gueiros, citando a obra de Lúis Gracia Martín, menciona que gradativamente está ocorrendo uma ruptura com o modelo histórico anterior, ou seja, passa-se do Direito Penal Liberal para um novo Direito Penal. A ruptura, que ainda está em desenvolvimento, envolve duas ordens de considerações, uma formal e outra material. No aspecto formal, o novo Direito Penal é o Direito Penal Econômico, que nele estariam inseridos o Direito Penal do meio ambiente, o Direito Penal comunitário, o Direito Penal da globalização, entre outras ramificações formais. É possível afirmar que de forma genérica, quase a totalidade das legislações tem apresentado um incremento quantitativo de figuras delitivas, por razões que coincidem com as apresentadas por Silva Sáchez. [92]

No aspecto material, a ruptura se completaria com a alteração político- criminal de uma história de predileção pelos pobres, ou seja, a modernização deverá recuperar a totalidade da matéria criminal, incluindo aquelas que foram excluídas pelo Direito Penal Liberal, especialmente no âmbito econômico. Segundo Lúis Gracia Martín, cuida-se de um embate pela criminalização das camadas sociais mais elevadas que até agora foram excluídas graças à sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio da legalidade penal.[93]

A necessidade de uma nova dogmática jurídico-penal que acolha a responsabilização da pessoa jurídica, que tutele bens transindividuais, que supere antigos paradigmas criminais será de

---

[92] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. Cit.* p. 130.
[93] Ibidem. p.132.

suma importância para ajustarmos o modelo punitivo aos novos problemas que surgiram com as modernas relações interpessoais e às imposições Constitucionais expressas.

Essa reestruturação do Direito Penal necessita da adoção de novos modelos que possibilitem a solução desses conflitos que sequer poderiam ser antes imaginados. O Direito Penal sempre pensado na perspectiva individual liberal não atende a proteção de novos bens supra individuais, de direitos difusos e de vítimas não identificáveis. Essa mudança de paradigma é um grande desafio que deverá ser enfrentado pela doutrina criminal.

Não seria razoável negar a necessidade de modernização do Direito Penal com base nos valores cunhados e nas conquistas obtidas durante o período liberal, pois naquele momento histórico-político as exigências penais eram voltadas para a proteção individual. Manter os ideais presos neste período implicaria em negar que a noção de Estado de Direito traz consigo a necessidade de tutelar os Direitos Fundamentais realizando uma proteção coletiva, ou seja, não basta apenas proteger o indivíduo de uma repressão desmedida do Estado, mas também proteger a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo.

Ademais, o modelo penal Clássico, a rigor, não poderia servir de inspiração ou de um paradigma absoluto para nortear todo o Direito Penal dos séculos seguintes, uma vez que ele servia para excluir de suas garras as classes sociais mais abastadas, incidindo nas classes mais baixas e funcionando como um instrumento a disposição do Estado Liberal burguês daquele período.

A partir do momento em que a sociedade não considera mais o Estado como a corporificação do arbítrio contra o qual devem lutar, mas sim como o responsável pela definição dos bens ou valores jurídicos que devem ser normatizados, essa visão liberal passa a ser insuficiente. A relação entre sociedade civil e Estado mudou, mudando também os interesses dignos de proteção.[94]

É nítida a opção político-filosófica tanto em privilegiar a tutela aos direitos e interesses individuais, como em proteger coletividade. Verifica-se, um distanciamento do padrão meramente negativo no que tange à tutela de bens jurídicos, com a ampliação do foco de tutela para os bens ou interesses transindividuais.

[94] CORREA, Yuri da Luz. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do Direito penal contemporâneo. *Botelim IBCCRIM*, 2013. p. 83.

Ainda que essa mudança de perspectiva não esteja isenta de críticas e de resistências normalmente relacionadas aos ideais liberais, o Direito Penal está caminhando neste sentido, e a nossa realidade jurídica deve ser capaz de operar nesse contexto.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS E A RELEVÂNCIA DO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL NORTE- AMERICANO NA EXPANSÃO CRIMINAL

3.1 A Justiça Negocial

Existe uma imprescindível conexão entre delito, pena e processo, de modo que eles se complementam. Não existe crime sem pena, nem pena sem crime e processo, nem processo penal senão para apurar o crime e impor uma pena.

Diante dessa íntima relação existente entre o Direito Penal e o Processo Penal, verifica-se que ao atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde um Processo Penal garantista, ou seja, um modelo processual que maximiza as garantias individuais do acusado diante da poderosa acusação formulada pelo Estado através do Ministério Público.

Aury Lopes Junior entende que apenas um Processo Penal que em relação a garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.[95] Em conformidade com a Constituição da República, o Processo Penal democrático não pode ser entendido como um simples instrumento a serviço do poder punitivo,

[95] LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 58.

mas como aquele que cumpre o imprescindível papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido.[96]

Nesse ambiente garantista, a introdução de mecanismos da justiça negocial que permitam a imposição de sanções sem o respeito às regras do devido processo é rechaçada, pois acarretaria inevitáveis violações às premissas do processo penal garantista por distorcer por completo a sua principal função, que é ser instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Mas se por um lado espera-se que o Processo Penal seja um instrumento legítimo de materialização da justiça, concretizando valores constitucionais que se traduzem em direitos e garantias, por outro lado, há a cobrança por maior celeridade e efetividade, que associadas a um sentimento de impunidade, produzem um cenário de insatisfação generalizada que vem impulsionando mudanças na estrutura dos processos penais a nível mundial, que gradativamente estão optando por institutos da justiça negocial.

As tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro são identificadas na adoção legal de institutos como a transação penal e a delação premiada, além de outros instrumentos incorporados pelos projetos de reformas legislativas - PLS 156/09 e 236/12, respectivamente, novos Códigos de Processo Penal e Penal-, os quais apresentam dispositivos que ampliam as possibilidades de acordos entre acusação e defesa para a obtenção do reconhecimento de culpabilidade.

Entretanto, em respeito a dogmática processual, devemos diferenciar os conceitos de justiça consensual ou negocial com a barganha. Na justiça consensual as partes podem firmar um acordo de colaboração processual onde o réu deixa de opor resistência a acusação, abdicando do devido processo legal e as garantias a ele inerentes, com o abreviamento ou suspensão do processo, em troca de uma pena reduzida. Já a barganha é uma espécie de justiça negocial expressando um instrumento processual que resulta na renúncia ao direito de defesa, normalmente através de uma confissão, em troca de algum benefício que implica em antecipação de punição sem processo.[97]

Essa nova concepção processual onde predomina o princípio da oportunidade com a possibilidade de acordos entre as partes gera uma constante tensão com os sistemas estritamente garantistas pautados na legalidade processual, o que será analisado a seguir.

---

[96] Ibidem. p. 45.

[97] OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal:* uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p.114-115.

3.2 O Processo Penal Norte- Americano e Plea Bargaining

A compreensão do Processo Penal norte-americano exige a análise do processo penal no Direito Inglês, uma vez que a construção histórica de formação e desenvolvimento do Processo Penal daquele possui suas raízes na Inglaterra.

No ano de 1066, o rei Normando William venceu a batalha de Hastings contra o último rei saxão, tomando totalmente a ilha da Inglaterra. A Normandia, região ao norte da França, apresentava uma organização política mais elaborada quando comparada a organização das tribos saxãs, característica que foi levada para a Inglaterra, com o desaparecimento do período tribal e a instalação do feudalismo.[98]

Assim que tomou o poder na Inglaterra, o rei Willian notou que a ocupação militar era apenas a primeira etapa de uma conquista e que a tomada de um território deveria ser realizada também no plano político. O rei notou que a consciência e coração do povo inglês estavam com o penúltimo rei saxão, o rei Eduardo o Confessor, que possuía com uma relação muito íntima com o povo. Na sua coroação, William, intuitivamente, disse ao povo algo que virou tradição para todos os reis futuros: "juro cumprir as leis de Eduardo Confessor"[99].

A partir daí as leis deixaram de ser ***"as leis do Rei"***, passando a ser *as leis da terra*. Criou-se a tradição da incorporação da lei do rei à lei da terra, gerando a expectativa de que os novos reis iriam respeitar as leis que já existiam naquela região.[100]

Posteriormente, o Rei o Henrique I, criou o sistema judicial da Inglaterra, cuja composição era de Tribunais centrais em Londres, formados por juristas letrados e de juízes itinerantes, os "*sheriffs*" ou "*justicers*", que tinham não só a função jurisdicional, mas também outras funções administrativas, como a de coletor de impostos.[101]

O papel dos juízes itinerantes não era ser o construtor do Direito, mas sim o de propiciar ao povo a capacidade de ele mesmo produzir a Justiça. Quem produz o Direito é a consciência do

---

[98] DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 58.
[99] GUALBERTO, João Garcez Ramos. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Paraná, v. 46, n. 0, p. 101-110, fev. 2007. p. 102.
[100] DAVID, René. *Op. Cit.* p. 60.
[101] TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América:* sentimentos e opiniões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 13-14.

povo, pois ele conhece a lei, que não é a lei do rei, mas a lei da terra, é o direito comum, o "*Commom Law*".[102]

É característica marcante do common Law, a representação do campo jurídico como algo que se elabora dentro da sociedade e se desenvolve progressivamente, mas que encontra sua legitimidade e razão de existência na articulação com os fenômenos sociais por ele regulados. O Estado e o direito são parte da sociedade, e não a de que a sociedade é constituída pelo Estado e pelo direito. Por isso a tradição se denomina *rule of Law*, o governo da lei.[103]

O papel do Juiz é basicamente fazer com que o julgamento seja organizado de forma justa, com igualdade processual entre os litigantes. Caso fosse realizado um duelo, a função do juiz seria garantir que os envolvidos tivessem armas iguais, armaduras iguais e assim por diante, garantindo o que atualmente é conhecido como paridade de armas.

O Processo acusatório inglês nasce neste contexto. A ação cabe à vítima que vai ao Juiz apresentar as suas causas contra os réus, sem promotor público. O júri não é feito de juízes, mas sim de testemunhas, que conhecem os fatos.

As colônias norte-americanas reproduziram em parte o modelo do juiz britânico, no sentido de que o julgador deveria apenas promover as formas para que os próprios envolvidos, ou seja, o povo realizasse e efetivasse a Justiça.

Após a sua independência, gradativamente os Estados Unidos evoluem como País e como consequência disso, foram criadas as Universidades e delas surgiu a intelectualidade, o que fez com que deixassem de importar o conhecimento inglês, focando a solução de questões americanas partir de uma perspectiva própria.[104]

Até meados do século XIX havia uma batalha sobre qual modelo legal seria adotado no país. O debate girava em torno da possibilidade de seguirem a tradição inglesa do *common law* ou a possibilidade de optarem por uma legislação codificada com características romano-germânica. Diversos estados dos Estados Unidos chegaram a proibir a citação de acórdãos ingleses proferidos depois de 1776, tudo com o objetivo de evitar a influência inglesa nos seus julgados.[105]

---

[102] DAVID, René. *Op. Cit.* p. 60.
[103] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 893, 2010. p.54
[104] TOCQUEVILLE, Aléxis de. *Op. Cit.* p. 69-70.
[105] DAVID, Rene. *Op. Cit.* p. 453

Além disso, um movimento que surgiu em Nova Iorque , simbolizado pelo nome de David Dudley Field reclamava a codificação do Direito Americano, o que fez com que vários estados editassem códigos de processo civil e criminal.[106]

Após décadas de discussões, finalmente o país opta pelo *common law.* Mas todos os anos de debate até chegarem a esse consenso fez com que o *common law* dos Estados Unidos apresentasse peculiaridades quando comparado ao modelo da Inglaterra. Em parte, os conceitos e as formas de raciocínio foram mantidas nos moldes do Direito Inglês. Contudo o Direito Americano apresenta características próprias que muitas vezes se assemelham com os direitos da família romano-germânica.[107]

Neste contexto, o Processo Penal produto da *common law* expressa o chamado sistema *adversarial*, caracterizado pela predominância das partes ao longo do desenvolvimento do processo. Acusado e réu se enfrentam em igualdades de condições perante um grupo de jurados com a presidência de um magistrado.[108] Diante da aplicação do princípio da disponibilidade, as partes possuem liberdade para negociações, o que torna o modelo extremamente ágil e eficiente.

Modernamente o Processo Penal norte-americano é caracterizado pelo modelo conhecido como *plea barganing*, que consiste basicamente, na possibilidade de acordos entre acusação e defesa em troca da não submissão a um processo criminal tradicional.

Dominando o cenário processual nos Estados Unidos, o *plea* surgiu com os contornos atuais apenas no século XIX. Antes desse período, o procedimento dos julgamentos criminais era simples e sumário, apresentando elevado nível de eficiência em razão de algumas peculiaridades processuais. [109]

Naquele período, não era obrigatória a presença de advogados ou de profissionais com formação jurídica para exercer acusação e defesa, o que eliminava ou reduzia, ao extremo, petições e manobras judiciais dos advogados. Também não existia o chamado "privilégio contra a autoincriminação" nem mesmo a regra de exclusão de provas *(exclusionary rules of evidence*).

---

[106] Ibidem.
[107] DAVID, Rene. *Op. Cit.* p. 461
[108] GROSSI Ana Cláudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, p. 133-171, mai./jun. 2015.
[109] QUEIRÓS, Gabriel Silveira de Campos. Plea Bargaining e justiça criminal consensual*:* entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal.* 2012, v. 3, n. 2. p. 5.

Assim, a apresentação das provas e o interrogatório das testemunhas eram atos processuais mais simples, evitando a demora do sistema *adversarial* moderno. [110]

Sem a possibilidade de apresentar impugnações e a ausência de recursos nos julgamentos criminais marcavam o procedimento com a característica da celeridade, conforme destacou o professor da Yale Law School, John N. Langbein[111] em seu artigo publicado na Law & Socy.

Segundo o autor, [112]

> *We should also not be surpreised that this summary form of jury trial perished over the last two centuries.The level of safeguard against mistaken conviction was in several respects below what civilized peoples now require.The hard question, which remains unresearched, is whythe pressure for greater safeguard led in the Anglo-Americam procedure to the common law of evidence and dominance of the trial by lawyers, reforms that ultimately destroyed the system in the sense that they rendered trials unworkable as na ordinary or routine dispositive procedure for cases of serious crime. Similar pressures for safeguard were being felt in the Continental Legal systems in the same period, but they led to reforms in nonadversarial procedure that preserved the institution of trial.*

O *plea bargaining* atual resulta de negociações entre acusação e defesa com a possibilidade de aceitação da culpa pelo acusado através de confissão, em troca de benefícios propostos discricionariamente pela acusação, como retirada ou redução das imputações ou recomendação ao Juiz de sentença mais favorável, ou ainda, a não oposição pela acusação, ao pedido de sentença feito pela defesa (*sentence bargaining*).[113]

Na definição de Claudio José Pereira, [114]"trata-se de uma modalidade de troca consciente, sem obstáculos da legislação, ligada a um poder discricionário amplo de atuação do Ministério Público, onde há oportunidade de decidir quando deve ou não continuar com uma investigação, ou estabelecendo condições de imunidade a uma testemunha, declarações de culpabilidade e recomendações ao Tribunal, decidindo quando, como e por quais crimes o acusado será ou não submetido a persecução penal, podendo inclusive dela desistir depois de transacionar".

Prossegue o autor: "a realização da negociação se dá em busca da declaração de culpado ou, ainda, a de não contestação, *nolo contendere*, sem que se necessite provar mais nada do

---

[110] RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37.
[111] LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22.
[112] Ibidem.
[113] RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.* p. 39.
[114] PEREIRA, Claudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.56.

alegado, já que não ocorrerão impugnações, onde nada mais se requer do Juiz, apenas que profira a sentença, produzindo um salto da fase inicial para a de determinação de pena".

O modelo não implica, obrigatoriamente, em *guity plea*, ou seja, admissão de culpa. Mas, quando isso ocorre, o réu abre mão de diversos direitos constitucionais, como o julgamento pelo júri, o direito de contrariar as provas da acusação e até mesmo o direito de recorrer, que persiste apenas na hipótese de sentença manifestamente ilegal ou no caso do chamado *conditional plea of guilty,*[115] onde o acusado pode aderir ao acordo mediante determinadas condições previamente estabelecidas.

A defesa pode optar por apresentar o *nolo contendere* ou o *nolo plea*, que é uma manifestação de reconhecimento dos fatos descritos pela acusação, sem, porém, os efeitos de uma admissão formal de culpa. O Promotor não é obrigado a aceitar o *plea of nolo*, podendo optar em dar andamento ao procedimento criminal, produzindo provas que fundamentarão futura decisão condenatória.[116]

Cumpre destacar que o *plea bargaining* pressupõe ampla discricionariedade por parte do órgão acusador para retirar ou diminuir imputações. Na negociação do acordo, as opções da acusação são ilimitadas, pois não existe legislação estabelecendo qualquer parâmetro para a proposta, de forma que pode atingir qualquer delito, independente da sua gravidade e conter inúmeras cláusulas firmadas discricionariamente entre as partes.

Normalmente a proposta ocorre após apresentação de uma acusação formal. Uma exceção ocorre nas cortes estaduais, onde, em se tratando de crimes menos graves, o autor da infração que não tenha antecedentes criminais pode ser beneficiado com o que é chamado de *pretrial diversion*, que consiste na aplicação de medidas diversas da pena de prisão.[117]

Outra possibilidade de negociação é a *deferred prosecution*, que consiste basicamente na suspensão da acusação, desde que o autor concorde com o cumprimento de determinadas condições propostas pela acusação. [118]

Em casos de fraudes corporativas onde a empresa é o sujeito ativo do crime, o réu pode concordar em pagar multas, adotar reformas corporativas e cooperar com as investigações e o Promotor comunica ao Juiz que o caso está sendo suspenso, não sendo necessária homologação

---

[115] QUEIRÓS, Gabriel Silveira de Campos. *Op. Cit.* p. 4.
[116]QUEIRÓS, Gabriel Silveira de Campos. *Op. Cit.* p.4.
[117] MESSITTE, Peter J. *"Um resumo do processo penal americano."* Lisboa: fundação luso- americana para desenvolvimento, 1997. p.102.
[118] QUEIRÓS, Gabriel Silveira de Campos. *Op. Cit.* p. 5.

judicial. Sem prejuízo, o andamento do processo pode ser retomado se as condições acordadas não forem cumpridas.

Independente da gravidade do crime, o Promotor pode abdicar do ajuizamento da ação penal, mitigando a obrigatoriedade, desde que o investigado ofereça algo que interesse a acusação, como a sua cooperação que possibilite a identificação de coautores ou elucidação de outros crimes.

Esse modelo de justiça consensual ou negocial encontra seu fundamento em razões relacionadas ao eficientismo do sistema punitivo estatal. Para alguns autores norte-americanos, o *plea bargaining* implica na abdicação de direitos e garantias irrenunciáveis do acusado, se afastando ou até mesmo se opondo por completo de algumas reflexões próprias do garantismo criminal.[119]

Langbein, um dos maiores críticos desse modelo, menciona que a prática criminal norte americana e o seu sistema de *plea bargaining* coage o acusado a confessar sua culpa, tornando praticamente impossível que ele invoque seu direito constitucional à garantia de um julgamento. Para o autor, o Promotor o ameaça com uma sanção substancialmente mais severa caso decida utilizar seu direito de ser submetido a um processo, podendo então ser condenado de forma mais severa. *Plea bargaining* e tortura significam, em última análise, coerção.[120]

O autor acrescenta que a justiça negocial é representada pela barganha, fomentando a ideia de aceleração e simplificação procedimental, mas o modelo se concretiza "quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpa e a renunciar ao seu direito a um julgamento em troca de uma sanção penal mais branda do que poderia ser imposta se o acusado fosse julgado culpado ao fim do processo".

Ellen Yaroshefsky, professora da Columbia Law School, afirmou que *"The words ethics and plea bargaining are rarely used in the same sentence. Typically, prossecution and defense*

---

[119] LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 99 apud HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático:* a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. 2010. Tese. (Doutorado e Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010. p. 41.

[120] LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

conduct in plea bargaining is not perceives as na ethics issue but rather as governed solely by case law, statutes, and rules of procedure."[121]

Se nos Estados Unidos existem críticas sobre seu modelo de justiça consensual que supostamente coagiriam réus a firmarem acordos e "impulsionariam" condenações injustas, no Brasil e na Europa também existem opositores ferozes a esse modelo processual eficientista que, em tese, seria incompatível com garantias individuais típicas de um modelo acusatório.

Para Bernd Schunemann

> o plea bargaining vem aniquilando uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado. Afinal, o plea bargaining ocorre de um modo geral sem a presença do próprio acusado, que neste se sentido acaba sendo completamente mediatisado por seu advogado.[122]

Segundo Nereu José Giacomoll :

> Sob o argumento de que a justiça é lenta e formalista não garante a cidadania, não se podem sepultar princípios conquistados a duras penas pela doutrina processual penal, como o in dubio pro reo, o direito a não produzir prova contra si mesmo, o due process of law, o direito a um juiz pré-determinado, v.g. Estes princípios basilares restam eliminados ou enfraquecidos com um acordo a respeito de uma sentença criminal, de uma pena criminal, sobre o requerimento de prova, a respeito da utilização dos meios de impugnação e outras disposições à margem da legalidade.[123]

Giacomoll afirma que, mesmo sem analisar profundamente nas inúmeras violações ocasionadas, percebe-se a patente ruína dos paradigmas procedimentais mínimos de um Processo Penal adequado às premissas do Estado Democrático de Direito.[124]

A extensa discricionariedade do Ministério Público na formulação da proposta de acordo é um ponto que gera críticas e controvérsias há muito tempo. Os Promotores Públicos, personagem

---

[121] YAROSHEFSKY, Ellen. Ethics and plea bargaining What's Discovery Got to Do With It?. *Criminal Justice*, v. 23, n. 3, Fall 2008. American Bar Association. p.1.

[122] SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

[123] GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal Na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.113.

[124] Ibidem. p.117

central na administração da Justiça Penal norte americana, tomam as decisões mais importantes na administração diária da Justiça. Eles enfrentam a tarefa de escolher, a partir de uma grande quantidade de leis, qual delas se ajusta melhor aos fatos apresentados pela polícia.

A atuação dos promotores, contudo, não se limita a demonstrar sua habilidade jurídica em imputar as acusações adequadas para diferentes situações fáticas. Em suas decisões acusatórias os promotores consideram um leque de fatores, incluindo a análise das provas constantes nos autos, a extensão do dano causado pela infração, a proporção da pena prevista considerando o crime e o criminoso, a cooperação do acusado para a detenção e condenação de outros e o custo da ação para o sistema de Justiça Penal.

Na medida em que a legislação municiou os Promotores com novas armas como a Lei de Repressão ao Crime Organizado, a Lei de Controle do Crime e Aplicação do Direito, as leis *three-strike* -presentes em alguns estados, segundo as quais a terceira reincidência em crime leva à prisão perpétua- e as leis *truth-in-sentencing* - que exige o cumprimento de pelo menos 85% da pena imposta-, o judiciário passou a assumir uma postura limitada a supervisionar a atuação dos promotores. [125]

A expansão de seus poderes processuais, somada a uma mera supervisão judicial, transformaram o *parquet* no sujeito verdadeiramente mais importante na administração da Justiça Penal nos Estados Unidos.

Nos debates sobre a conveniência e o modo de limitar a discricionariedade dos promotores públicos, analistas inclinados à reforma voltaram repetidas vezes sua atenção para as práticas e experiências de países da Europa continental, acreditando que os modelos de direito continental possam oferecer soluções para vários aspectos problemáticos do sistema jurídico norte-americano.[126]

Na década de 1970, enquanto o sistema norte-americano se voltava cada vez mais para a transação penal como forma de solução dos casos, Langbein[127], um dos principais defensores da reforma jurídica, mencionava, com grande admiração, a inexistência desse instituto em países de

---

[125] DITTON, P.M.; WILSON, D.J. *Truth in Sentencing in State Prisons.* 1999. Disponível em: http://bjs.gov/content/pub/pdf/ tssp.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

[126] RICHARD S. Frase and Thomas Weigend. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 18, Issue 2, Boston, 2002**. p**. 317.

[127] LANGBEIN, J. H. (1981). Mixed court and jury court: Could the continental alternative fill the American need*?American Bar Foundation Research Journal*, 1981. p.195-219.

direito continental, sugerindo que o sistema norte-americano fosse reformado segundo o modelo "das nações que não possuem transação penal."

Porém, a crença sobre a inexistência de acordos penais na Europa era apenas um mito[128], vez que a negociação da pena não era um fenômeno exclusivamente norte-americano e existiam institutos análogos também em países da Europa continental. Os sistemas continentais, em essência, não operavam de forma tão diferente do sistema norte-americano. Assim, o ganho a ser auferido pela tentativa de reforma com base em modelos continentais seria pequeno.[129] O debate da década de 1970 resultou em poucas conclusões e em praticamente nenhuma reforma.

O interesse na experiência estrangeira ressurgiu como fonte de inspiração para a reforma jurídica norte-americana[130]. Contudo, os sistemas jurídicos continentais passaram por mudanças significativas nos últimos 30 anos, frustrando as expectativas dos reformistas.

3.3 A Justiça Negocial da Europa Continental

Na Alemanha a popularidade de negociação penal aumentou na década de 90, sobretudo devido ao forte incremento da prática de crimes do colarinho branco, de crimes contra a economia, evasão tributária, crimes ambientais e delitos relacionados as drogas.[131]

Entretanto, desde o final da década de 70 os alemães realizavam os chamados *Vergleiches,* espécies de acordos informais firmados entre as partes em que a confissão do réu trazia como contrapartida uma redução na pena que seria aplicada.[132]

---

[128] _____. Weinreb. Continental Criminal Procedure: "Myth" and Reality. *The Yale Law Journal* volume 87, Number 8, July 1978. p.1549.

[129] GOLDSTEIN, A. S. e Marcus M. Myth of judicial supervision in three inquisitorial systems –France, Italy and Germany. *Yale Law Journal*. v. 87, issue 2, dez. 1977. p.240-283.

[130] FRASE, R. S.; WEIGEND, T. (1995). German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions? *Boston College International and Comparative Law Review*, 18. P. 317-360.

[131] YUE Ma. *A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada.* (Artigo publicado originalmente com o título de "Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: a Comparative Perpective" na International Criminal Justice Review, Volume 12, 2002, p. 22-52.) (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Traduzido do inglês por Adauto Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado. Publicação Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. 2011. p.209.

[132] Ibidem. p. 212.

Promulgada em 1975, a seção 153ª - *Auflagen und Weisung*- trouxe inúmeras possibilidades para que a acusação e defesa negociem o destino do processo, como a possibilidade de suspensão condicional da ação, negociação quanto a ordens de pena e quanto a confissões. Na primeira hipótese a promotoria faz uma proposta ao investigado que uma vez aceita suspenderia evitaria o seu julgamento, com a suspensão do processo.[133]

A ordem de penal é um documento preparado pelo promotor que contém o crime praticado pelo acusado e a pena considerada adequada para este delito, que podem incluir multas diárias, suspensão da prisão, cassação da carteira de motorista, apreensão de produtos do crime, etc. Em seguida o juiz analisará a proposta e obtida a autorização judicial, o promotor despachará a ordem para o acusado, que terá alguns dias para se decidir.

As sanções propostas pela acusação são menos severas quando comparadas com aquelas que poderiam ser impostas se ele fosse condenado após julgamento. Na grande maioria dos casos, a pena contida na ordem de pena é a de multa. Ao pagar a multa, o acusado evita o constrangimento, a publicidade e os gastos do julgamento.[134]

De acordo com esse procedimento, embora exista a possibilidade de que o acusado receba penas mais severas ao escolher ir a julgamento, a rejeição da ordem de pena não resulta automaticamente em pena mais elevada. Se o juiz tiver que agravar a pena do acusado após o julgamento, ele deverá indicar as razões dessa decisão. A rejeição da ordem de pena, por si, não é fundamento suficiente para elevar a gravidade da pena a ser imposta ao acusado. Não há, assim, evidências demonstrando que a promotoria use a possibilidade de penas mais graves para pressionar o acusado a aceitar uma ordem de pena.[135]

A terceira forma de acordo é a possibilidade de negociação de uma confissão. Na Alemanha, a confissão do acusado e a admissão de culpa não substituem o julgamento. A vantagem para o promotor de obter uma confissão é que a admissão de culpa pelo acusado pode reduzir a duração do julgamento.[136]

---

[133] Ibidem. p.212.

[134] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: Descrição do Avanço da Barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, núm. 147, 2016, p.20.. Disponível em: http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv. Acesso em: 05 mar. 2018.

[135] FRASE, R. S.; WEIGEND, T. (1995). German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions? *Boston College International and Comparative Law Review*, 18. p. 317-360.

[136] Ibidem.

Para Schunemann, esses acordos informais em nada se assemelham ao *plea barganing*, pois neste há uma negociação da declaração de culpa, com ampla liberdade negocial entre as partes, o que não ocorre na Alemanha, pois a confissão servirá no Tribunal como mais um meio de prova geral para a sua culpabilidade.[137]

Antes da adoção do novo código em 1989, a Itália era um dos poucos países que seguia de forma rígida os princípios da legalidade em sentido estrito e obrigatoriedade, sem qualquer mecanismo que pudesse evitar o julgamento. Isso gerava um acúmulo de processos judiciais que congestionava e retardava a tramitação dos processos.

Inspirada no ordenamento norte americano, a Itália adotou em seu novo código o modelo do consenso onde há a *aplicazione dela pena su richesta dela parti*,[138] ou seja, a aplicação de pena a pedido das partes, com o objetivo de simplificar e acelerar os processos italianos.

Resolver o problema do congestionamento processual tornou-se uma das principais tarefas dos redatores do projeto para o código de 1989. Apesar deste não falar expressamente em negociação ou barganha penal, contém mecanismos que permitem a imposição de pena sem um julgamento completo.

O primeiro deles é conhecido como *"patteggiamento",* ou seja, penas acordadas pelas partes. Com este procedimento, a acusação e a defesa possuem legitimidade para propor acordo quanto à pena apropriada a ser imposta ao réu sem que este passe pelo julgamento. A viabilidade dessa negociação exige que a pena final não exceda dois anos de prisão. Esse requisito legal não proíbe que o procedimento seja usado em crimes puníveis com mais de dois anos de prisão. Significa apenas que, levadas em consideração todas as circunstâncias envolvidas, se o promotor de justiça e o advogado de defesa concordarem que a sentença final não ultrapassará dois anos de prisão.[139]

---

[137] SCHUNEMANN, Bernd. Crisis del procedimento penal?: Marcha triunfal del procedimento penal americano em el mundo?. *Jornadas sobre la "reforma del derecho penal em alemania",* Madrid, 1991. p. 51

[138] FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra:* Almedina, 2001. p.188.

[139] YUE Ma. *A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada.* (Artigo publicado originalmente com o título de "Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: a Comparative Perpective" na International Criminal Justice Review, Volume 12, 2002, p. 22-52.) (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Traduzido do inglês por Adauto Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado. Publicação Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. 2011. P. 213.

Outra possibilidade é a adoção do rito sumário, ou seja, trata-se de outra possibilidade de desobstruir os tribunais decidindo ações penais de forma rápida. Em contraste com as penas acordadas pelas partes, o julgamento de rito sumário pode ser requisitado somente pelo réu. Na audiência preliminar, o réu pode pedir que o juiz julgue a ação com base nas provas acumuladas até o momento. Havendo a concordância do promotor ao pedido do réu, o juiz determinará se é possível decidir usando o rito sumário. Caso determine que a ação pode ser julgada dessa forma, o juiz proferirá a sentença condenatória (Código de Processo Penal italiano, art. 438, 440[1], 442). [140]

O incentivo para que os réus se valham desse procedimento especial é que, se condenados por ele, suas penas serão obrigatoriamente reduzidas de 1/3 em relação à pena que seria imposta caso houvessem sido condenados após um julgamento completo- Código de Processo Penal italiano, art. 442[2].[141]

Na França prepondera o princípio da oportunidade, de forma que os promotores não estão obrigados a deflagrar a ação penal em todos os casos, muito menos a obter condenações com penas elevadas. Pelo contrário, sua obrigação, enquanto membros do Poder Judiciário, é de fixar uma solução justa para o caso e apresenta-la ao juiz, conforme art. 40 do Código de Processo penal francês.[142]

O Direito Penal francês apresenta três categorias de infrações penais, as contravenções, que são infrações penais leves, os delitos, que são infrações penais intermediárias e crimes, as infrações penais graves. Cada infração será apreciada em um juízo de primeira instância específico.

As contravenções são julgadas no Tribunal Policial; os delitos, no Tribunal Correcional; e os crimes, no Tribunal Criminal[143]. O processo de triagem preliminar difere conforme o tipo de infração envolvida e o tribunal em que a ação será instaurada.

---

[140] Ibidem.
[141] Ibidem p. 214.
[142] FRASE, R. S. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the French do it, how can we fi nd out, and why should we care? *California Law Review,* 78, 1990. p. 539-683.
[143] YUE Ma. *A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada.* (Artigo publicado originalmente com o título de "Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: a Comparative Perpective" na International Criminal Justice Review, Volume 12, 2002, p. 22-52.) (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Traduzido do inglês por Adauto Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado. Publicação Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. 2011. p.203.

A lei impõe uma triagem rígida para casos que serão julgados como crimes no Tribunal Criminal. Assim que se decide que uma ação será julgada no Tribunal Criminal, o promotor deve enviar a mesma ao juiz auxiliar para uma investigação judicial. Se o juiz auxiliar encontrar provas suficientes para encaminhá-la a julgamento, a ação deve ser remetida à câmara de indiciamento para nova triagem. Os promotores têm discricionariedade para tomar a decisão inicial quanto a submeter a ação ao exame do juiz auxiliar, mas uma vez submetida, eles perdem o controle sobre a ação. Após finalizada a investigação do juiz auxiliar, os promotores devem seguir as recomendações do mesmo para a decisão. [144]

Os delitos julgados no Tribunal Correcional ou no Tribunal Policial não se submetem a qualquer triagem, os promotores têm total discricionariedade para decidir se estes devem gerar um Processo Penal ou ser extinto. Por causa dos incômodos procedimentos envolvidos na promoção de uma ação penal no Tribunal Criminal, os promotores veem com reservas a perspectiva de remeter todos os crimes para o Tribunal Criminal para serem submetidos a um modelo processual tradicional. Por isso promotores podem acusar um infrator que cometeu um crime apenas por um delito ou uma contravenção. O poder de reduzir o enquadramento da infração denunciada é conhecido como correcionalização.[145]

A correcionalização de um crime, reduzido a delito ou contravenção, é uma espécie de negociação, motivada, muitas vezes, pela simplificação e aceleração processual, consistente na troca de uma pena reduzida quando comparada aquelas que seriam impostas pelo Tribunal Criminal.

Em Portugal também existem hipóteses de consenso cujo autor principal é o Ministério Público, como o arquivamento em casos de dispensa de pena (art.280º), suspensão provisória do processo (art. 281º), processo sumaríssimo (art. 392º), confissão pelo arguido (art. 344º) e não intervenção pelo tribunal coletivo (art. 16º).

Para Jorge de Figueiredo Dias as três primeiras hipóteses não são verdadeiras soluções consenso, mas meras concordâncias perante propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos

---

[144] FRASE, R. S. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the French do it, how can we fi nd out, and why should we care? *California Law Review*, 78, 1990. p. 539-683.

[145] YUE Ma. *A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada.* (Artigo publicado originalmente com o título de "Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: a Comparative Perpective" na International Criminal Justice Review, Volume 12, 2002, p. 22-52.) (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Traduzido do inglês por Adauto Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado. Publicação Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. 2011. p.204

processuais dirigidos a um ou a outros. O autor considera ser possível um acordo sobre a sentença com base no art. 344 do código de processo penal português e artigos 72 e 73 do código Penal deste país.[146]

Nesse contexto, a negociação portuguesa poderá ser celebrada desde que a pena máxima dos crimes não supere cinco anos, com ampla participação das partes. O acordo deverá respeitar o princípio da publicidade, sem que exista cláusula sobre renúncia de recursos, e como condição determinante, o acusado deve confessar a prática do delito.[147]

Assim como os demais países da Europa continental, Portugal também busca soluções de consenso diante do congestionamento de processos que existem em seus Tribunais, privilegiando assim a via consensual em detrimento da conflitual, pois a lentidão do processo criminal é extremamente gravosa e implica, entre outras coisas, na perda de provas e na sobrecarga de processos.

Ainda que os institutos da justiça negocial estejam presentes em vários países da Europa, os princípios da legalidade e da obrigatoriedade, característicos dos modelos continentais, fazem com que as negociações tenham seus contornos verificados pelo judiciário, limitando, assim, a discricionariedade do acusador público.

No *plea bargaining* existe uma verdadeira barganha entre as partes, característica que segundo Figueiredo Dias apresentam matrizes que "não parecem compatíveis com o modelo europeu continental de um processo penal acusatório integrado pelo princípio da investigação oficial, nem com a ideia de Estado de Direito e os princípios jurídicos-constitucionais em que ele se plasma."[148]

No contexto das atividades de acusação, nada ilustra melhor a extensão dessas mudanças do que a propagação da negociação penal em várias modalidades de acordos, o que implica na gradual expansão da autonomia dos Promotores. Não obstante, uma análise detida dos sistemas de acusação dos países continentais e dos Estados Unidos revela que, apesar da recente expansão da autonomia dos Promotores nos países de direito continental, o Ministério Público norte-americano ainda se destaca por conta da discricionariedade na atuação dos seus membros.

---

[146] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal:* o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p.21.

[147] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo pena: -um caso exemplar das relações entre o direito processual e o direito constitucional.* v. 2. Porto: Coimbra Editora, 2012. p. 259-280.

[148] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo pena:* um caso exemplar das relações entre o direito processual e o direito constitucional. v. 2. Porto: Coimbra Editora, 2012. p. 16

Embora a negociação tenha emergido em países de direito continental, continua sendo característica exclusivamente norte-americana o fato de promotores contarem com um domínio tão grande do processo transacional a ponto de conseguirem extrair confissões dos réus. É nesse aspecto que os modelos continentais se afastam do norte-americano diminuindo o tom das críticas vindas de seus opositores.

Os críticos argumentam que os mecanismos negociais em sentido amplo acarretariam inevitáveis violações às democráticas premissas que impõem a necessidade do respeito às regras do devido processo legal como requisito para uma condenação criminal, visto que inviabilizariam o exercício da defesa, distorceriam os papéis dos atores do campo jurídico-penal, aumentariam exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, acarretariam punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, e desvirtuariam a presunção de inocência e o contraditório, entre outras inúmeras violações.

Em sentido oposto, Timothy Sandefur defende o instituto negocial e o considera como uma espécie de acordo através do qual o Estado oferece leniência ao acusado em troca de sua confissão de culpa - *prosecutorial leniency*. O modelo traria benefícios para ambas as partes, pois se por um lado a acusação garantiria a condenação, por outro lado a defesa teria a possibilidade de negociar a sanção penal, reduzindo os custos que surgiriam com o prosseguimento do processo.[149]

Segundo Kelsie Harris:

> *Instead of risking going to trial and being sentenced to a lengthy prison term, the number of federal defendants opting to plead guilty is growing. The few defendants who are exercising their right to a jury trial make up a much larger base than the few hearing "not guilty" verdicts from a jury. The reason plea bargaining has become essential to the American judicial process is because the current infrastructure of the criminal justice system cannot accommodate every criminal defendant with a speedy and fair trial. Proponents of plea bargaining assert, and are probably correct, that the American criminal justice system would buckle under the strain if every criminal charge brought resulted in a full trial. Still there are others that argue that plea bargaining is more than coercive, it is unconstitutional and therefore illegal, and should be abolished outright, regardless of strain on the system.* [150]

[149] SANDEFUR, Timothy. In: *Defense of Plea Bargaining. Regulation*, v. 26, n. 3, p. 28-31, Fall, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=511302. Acesso em: 05 mar. 2018.

[150] HARRIS, Kelsie. *Deal or No Deal:* How Plea Bargaining Has Changed the Course of American Criminal Procedure. Disponível em: http://www.gwsba.com/org/crls/files/2016/05. Acesso em: 05 fev. 2018. p.8.

No Brasil, Fernando Fernandes pondera que a adoção desse modelo de justiça negocial traz uma modificação não apenas procedimental no processo penal, mas também principalmente filosófica:

> a substituição do ritual da condenação por soluções de natureza consensual presta-se ao fim de atenuar o efeito de estigmatização dos criminosos, representando, dentro de certos limites, uma forma adequada de alcançar os objectivos de ressocialização e de estabilização contrafáctica das normas que o Direito Penal se propõe tutelar. Desde logo, a observação de que esse programa só se mostra legítimo na medida em que seja definido na lei, seja controlado por uma entidade judiciária independente e, por fim, se submeta ao consentimento do arguido. Portanto, ainda com mais razão o modelo fundado num encontro entre as partes deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal do processo penal, sendo legítimo e admissível apenas na medida em que, para além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar também funcional e não elimine aquelas garantias essenciais inerentes a esse sector da Ciência Jurídica.[151]

O autor preleciona que a justiça criminal consensual se legitima em um duplo fundamento: filosófico e criminológico. Do ponto de vista filosófico, poderiam ser invocadas a teoria do utilitarismo, daí resultando um sistema punitivo estatal orientado para suas consequências, centrado na metodologia do *output,* ou seja, do maior rendimento possível. O autor entende que há uma aproximação entre o modelo consensual de justiça e a teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Jünger Habermas, que tem como tese central a criação de uma situação ideal de comunicação, na qual os papeis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coação, podendo a todo momento ser problematizada e corroborada pela via do discurso, da discussão.[152]

Fernando Fernandes apresenta uma série de críticas à aplicação da teoria do agir comunicativo no processo penal. Inicialmente, considera que a situação ideal em que se daria o agir comunicativo proposto por Habermas pressupõe que os papeis dos participantes sejam simetricamente distribuídos e que o consenso deveria ser o resultado de um diálogo isento de coação. [153]

Ademais, a substituição da verdade material pela verdade consensual no processo penal é bastante perigosa, pois existem direitos irrenunciáveis do acusado que devem ser respeitados,

---

[151] FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra:* Almedina, 2001. p. 41
[152] Ibidem. p. 146-147.
[153] Ibidem. p. 146-150.

entre eles o direito ao silêncio. Sem contar que no Processo Penal é necessária intervenção do Estado na solução dos conflitos, por razões de interesse público, o que impediria a formação de uma verdade consensual entre as partes, obtida tão somente através de um discurso efetivado entre elas.

Por fim, o autor relembra que a punição estabelecida para aquele que for condenado por um determinado crime não depende da aceitação deste para a sua aplicação, o que impede que o debate judicial possa ser visto como um verdadeiro discurso.

Essa dificuldade de coadunarmos a situação ideal e a situação real de comunicação de Habermas apontada pelo autor é realmente um fator que deve ser considerado.

Porém, se as condições ideais de comunicação propostas por Habermas podem parecer utópicas diante das disparidades sociais e econômicas da sociedade atual, a aplicação da teoria do agir comunicativo em situações reais, seguindo os seus parâmetros elementares de inclusão dos sujeitos, a transparência de objetivos e predisposição ao diálogo, certamente apontaria caminhos para a interação entre os indivíduos através da argumentação realizada por meio do discurso e, consequentemente, uma solução do conflito mais próxima do que se possa ser considerar ideal.

Ademais, para a efetivação do modelo consensual de justiça criminal, todos os participantes do discurso devem ter as mesmas oportunidades de participação através de intervenções ao longo do procedimento, bem como todos devem expor os seus argumentos de forma igualitária, participando ativamente na elaboração da responsabilização e problematização daquilo que for apresentado como proposta de solução.

Sob o ponto de vista criminológico, Fernandes afirma que o fundamento da justiça penal consensual seria a teoria do *labeling approach*,[154] que parte do princípio de que o delinquente se diferencia dos demais cidadãos pela estigmatização que sofre, ou seja, o crime não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social. Estudam-se as instâncias de reação e controle, formais e informais, bem como o processo de interação, ao final do qual um indivíduo determinado será estigmatizado como delinquente.[155]

A teoria volta a análise não para a pessoa do criminoso ou para o fato delituoso, mas sim para o próprio sistema de controle, desprezando o ideal ressocializador do Direito Penal.

---

[154] FERNANDES, Fernando. *Op. Cit.* p 156-158.

[155] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 49-50, 343-344.

O modelo consensual traz alternativas viáveis ao modelo criminal tradicional, essencialmente punitivo, que tem se mostrado ineficaz quanto à finalidade que ele se propõe a cumprir, que é a prevenção. A busca do diálogo como mais um elemento disponível para a resolução dos conflitos traz a possibilidade de maior participação das partes, e mesmo que isso promova uma flexibilização no procedimento, é mais um argumento voltado à legitimação do sistema negocial penal.

Nesse contexto, apesar das críticas que gravitam em torno de qualquer modelo processual e que muitas vezes possam ser pertinentes e forçar eventuais reflexões e modificações legislativas, na hipótese elas ainda não foram capazes atingir os seus aspectos da eficiência e objetividade características do consenso.

No caso específico dos Estados Unidos, o receio de uma condenação diante de um sistema de investigação criminal moderno e ágil e o elevado custo de elaborar uma defesa capaz de fazer frente a uma acusação bem municiada, ainda não foram argumentos capazes de retirar a legitimidade do *plea*. Longe de ser um modelo processual perfeito e isento de críticas, principalmente aquelas relacionadas ampla liberdade da acusação, é inegável que o modelo traz vários aspectos positivos, principalmente no trato da pessoa jurídica.

Ademais, dar ao acusado ou a empresa a possibilidade de realizar um acordo significa deixar ao seu alcance mais um instrumento relevante para o exercício do seu direito de defesa. As críticas que atingem o *plea* norte americano estão, na maioria dos casos, relacionadas a discricionariedade absoluta dos Promotores, que acaba gerando o receio de uma condenação elevada e o alto custo das despesas processuais com a preparação da defesa. Assim, as críticas atingem aquilo que gravita em torno do sistema processual consensual e não o próprio sistema, ou seja, os argumentos não consideram em momento algum que a possibilidade de realização de um acordo entre as partes é mais um instrumento a disposição dos interesses da defesa.

Como o Processo Penal desempenha um importante papel para o alcance das finalidades do Direito Penal, a adoção de um modelo funcionalista/eficientista pode ser adotado sem aniquilar ou violar direitos e garantias fundamentais. Se ao Estado incumbe garantir os direitos individuais estabelecidos pela Constituição Federal, também cabe a ele promover o bem estar da coletividade, com a possibilidade de um modelo processual eficiente e célere que surge como uma alternativa ao modelo tradicional, cuja opção estaria a disposição do acusado.

Nesse contexto, a liberdade para formulação de propostas de acordos pela acusação dá muita agilidade a esse modelo de sistema acusatório estadunidense, mas ainda assim, existem dificuldades de conciliar esses institutos com as garantias individuais e principalmente com o modelo de responsabilidade penal dos entes coletivos. No último caso, a quase inexistência de dispositivos legais regulamentando o tratamento do ente coletivo criminoso, torna praticamente desnecessária a previsão constitucional de sua responsabilidade penal.

Apesar das dificuldades operacionais, é inconteste que se trata de institutos capazes de fazer frente a uma nova forma de criminalidade, mais sútil, porém mais devastadora, a criminalidade organizada, que ganhou impulso em todo mundo com a globalização e as transformações econômicas mundiais, como bem analisou Silva Sanches.

Se os efeitos das práticas criminosas antes eram localizados e conhecidos, hoje são globalizados e indeterminados. O modelo penal do Direito penal clássico era aquele calcado na lesão a bens jurídicos individuais, com vítimas determinadas, e praticados em local definido.

Atualmente ocorre o inverso, ou seja, o crime é cometido por pessoas muitas vezes desconhecidas, como na hipótese de grandes corporações, com divisão de trabalho, sócios e sedes em diversas partes do mundo. As vítimas são indeterminadas e imprecisas, como nos delitos de caráter econômico ou ambiental, e, muitas vezes, com consequências transnacionais.

A tutela penal de bens jurídicos individuais não deveria mais ser o principal ou único objeto de preocupação do Direito Penal. As ações e violações humanas numa sociedade globalizada devem ser o cerne de preocupações. Os bens jurídicos coletivos, antes exceção, tornam-se a regra no Direito penal do novo cenário mundial.

Essa mudança de foco no Direito Penal deve repercutir no Processo Penal que não pode mais apresentar um mesmo modelo, adequado e pertinente aquele Direito Penal centrado na tutela de bens individuais.

A expansão dos espaços de acordos na justiça criminal, a partir da introdução de mecanismos negociais, e que vem apresentado forte inclinação no cenário internacional, tem introduzido vários institutos processuais importantes no enfrentamento dessa criminalidade contemporânea, atribuindo-lhe mais funcionalidade e eficiência.

Considerando a Política criminal como o conjunto de decisões técnico-valorativas sobre os instrumentos, regras, estratégias e objetivos do exercício institucionalizado do poder político

estatal pelo uso da coerção penal em face de condutas indesejadas[156], a presença dessas decisões valorativas de política criminal na própria estruturação do processo penal é cabível em sua própria elaboração normativa.

Para que o Processo Penal também seja um instrumento de política criminal, este deve ser um processo funcionalmente orientado uma verdadeira exigência irrenunciável do Estado de Direito, visto que tem este o dever de realizar a justiça de modo rápido e eficiente, de forma que transmita à sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas.[157]

Não se trata de abandonar ou repudiar os princípios garantistas do Processo Penal, mas sim de adotar um equilíbrio entre os interesses da funcionalidade e de garantia, municiando o Processo Penal com novos institutos aptos e enfrentar a criminalidade atual, praticada muitas vezes por corporações transnacionais, com quedas de barreiras legais, com tecnologias de ponta, capazes de causar graves violações ambientais e socioeconômicas. Criminalidade que extrapola os limites de bens individuais e que exige uma nova abordagem do Processo Penal.

Sem a pretensão de esgotar um tema tão árido e complexo neste trabalho de pesquisa, a análise despretensiosa desse modelo processual torna-se relevante para analisarmos novas formas de enfrentamento da criminalidade globalizada que surgiram nas sociedades pós-industriais, com o incremento de entes coletivos praticando delitos de forma difusa e que exigem uma atuação mais contundente dos órgãos responsáveis pela persecução criminal.

3.4 Indícios da Justiça negocial na legislação brasileira

3.4.1 Considerações iniciais

No Brasil, a primeira vez que foi cogitada a possibilidade de adoção legal de um acordo feito entre as partes que repercutisse na punição surgiu nas Ordenações Filipinas (1603-1867), que continha dispositivo legal de atenuação de pena em crime de falsificação de moeda, caso o autor confessasse a prática do delito.

Atualmente existem vários dispositivos legais que regulamentam várias espécies de acordos com repercussões penais, como a Lei 8072/90, lei 9099/95, Lei 7.492/86, art. 25, § 2º,

---

[156] GALVÃO, Fernando. *Política criminal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 28-29.

[157] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal:* o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 37

Lei 8.137/90, art. 16, parágrafo único, Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º, Lei 9.807/99, art. 14, Lei 11.434/06, art. 41 , Lei 12.850/13, art. 4º, entre outros dispositivos legais.

Torna-se então inquestionável que estes instrumentos negociais de inspiração norte-americana integram o sistema processual brasileiro, de marcante característica acusatória ainda que de forma sútil e embrionária, sendo também uma alternativa à solução de conflitos criminais que substituem a relação processual tradicional, mesmo que ainda recaiam basicamente sob pessoas físicas autoras de delitos.

Apesar de ser compreensível a desconfiança sobre esse novo paradigma de justiça criminal, como bem ponderou Jorge de Figueiredo Dias ao problematizar entre a ocorrência do "fim do Estado de Direito" ou o desvelamento de um "novo princípio"[158], é inegável que trata-se de uma propensão contemporânea o reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, já identificado em diversos ordenamentos internacionais.

Ademais, não podemos esquecer que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, admitiu expressamente a possibilidade da busca de soluções negociadas ou consensuais no processo penal como alternativa às formas coativas e verticalizadas de resolução dos casos criminais.

Assim como o Direito Penal, o Processo Penal também sofre a influência de valorações de política criminal tanto na sua base normativa como na sua aplicação prática. Neste contexto, o processo deve ser instrumento para a realização de uma justiça rápida e eficiente e que transmita a sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas, sem, contudo, abandonar a sua fundamental natureza garantista.[159]

Mesmo porque, as garantias típicas desse modelo garantista são essenciais à elaboração de um Direito Criminal compatível com o Estado democrático de Direito adotado pena Constituição Federal de 1988.

Essa tensão entre os modelos garantista e eficientista provavelmente sempre existirá. Porém, ambos apresentam aspectos positivos que não são absolutamente inconciliáveis ou incompatíveis, e talvez esse modelo híbrido de "Processo Penal" seja importante para o enfrentamento de novos tipos penais que exigem um modelo processual mais ágil e moderno.

---

[158] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p,36 e ss.

[159] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 37.

Reproduzindo as ponderações de Fernando Fernandes, para um Processo Penal que não esteja apenas limitado à proteção do acusado, mas também em conformidade com os valores políticos criminais do Sistema Jurídico-Penal como um todo, deve se realizar uma integração teleológica entre o Sistema Punitivo. O modelo processual nele adotado deve apresentar uma estrutura de normas processuais de tal forma que permitam em si um conteúdo prognóstico, cumprindo as necessidades de funcionalidade e eficiência do processo penal, sem dispensar sua irrenunciável tradição de garantia, irrenunciabilidade que se representa, no Estado Democrático de Direito, pela intransponível tutela da dignidade da pessoa humana.[160]

3.4.2 Os Juizados Especiais Criminais

O art. 98, I da Constituição Federal orientou o legislador infraconstitucional a criar os Juizados Especiais Criminais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, com a possibilidade de transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Os Juizados são competentes para o processo e julgamento das infrações penais de bagatela, entendidas como todas as contravenções penais e os crimes cujas penas máximas não sejam superiores a dois anos de pena privativa de liberdade.

Os delitos de menor potencial ofensivo que tramitam nos Juizados Especiais são orientados pelos princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade, a fim de dar efetividade à rápida tramitação das causas e promover a conciliação ou a transação como forma de solução do conflito litigioso.

É possível identificarmos a clara opção da Constituição Federal, que foi seguida pelo legislador ordinário, em introduzir mecanismos da justiça criminal negocial no ordenamento jurídico brasileiro prestigiando a celeridade e a eficiência processual no trato dos delitos de menor gravidade.

Neste contexto surgiram os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo como medidas alternativas ofertadas ao réu ou investigado como opções a um processo

---

[160] FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal.* Coimbra: Almedina, 2001. p. 70.

penal tradicionalmente garantista, e em alguns aspectos muito próximos do *plea bargaining* norte americano.

Entretanto, se por um lado é indiscutível que o *plea* e as medidas alternativas dos Juizados Especiais Criminais refletem um modelo de justiça criminal negocial, por outro lado devemos considerar que existem significativas diferenças entre eles.

Nos Estados Unidos a negociação é admitida para qualquer delito, independente da sua gravidade, não se limitando aos delitos de menor potencial ofensivo e a criminalidade de média gravidade. Ademais, pelo instituto da *plea bargaining* a atuação da acusação é ilimitada, não existem limites ou parâmetros legais a eventuais propostas de acordo feitas pela acusação que atua com total discricionariedade.

No *plea* a negociação implicará no reconhecimento de culpa através da confissão em troca de alguma vantagem que será proposta pela acusação, o que não ocorre no modelo brasileiro de transação penal onde o investigado e o Ministério Público não discutem culpabilidade. O primeiro aceita cumprir uma pena restritiva de direitos ou pagar uma multa em troca da não submissão a uma ação penal.

No modelo criminal norte-americano a negociação é ampla, pois o titular da ação penal possui discricionariedade quase irrestrita sobre a persecução criminal. O controle judicial é considerado fraco, e, muitas vezes político, uma vez que a forma de provimento dos membros do Ministério Público normalmente é a eletiva, o que faz com que os promotores respondam a seu eleitorado, possuindo responsabilidade política. Essa característica influi diretamente no trabalho diário dos *prosecutors*, positiva ou negativamente.[161]

No Brasil o Ministério Público não atua com essa discricionariedade e a proposta de transação penal é elaborada nos estritos termos da Lei nº 9.099/95 e submetida a análise judicial através de homologação.

O *plea bargaining* é realizado após o emprego, pela acusação, de alguma dose de "coerção", pois os promotores estadunidenses podem acusar o réu por crime mais grave ou recomendarem a aplicação de pena mais severa caso ele não aceite a proposta feita pela acusação. Essa possibilidade de agravar a sanção funciona como forte pressão sobre a decisão a ser tomada pelo acusado.

---

[161] QUEIRÓS, Gabriel Silveira de Campos. Plea Bargaining e justiça criminal consensual*:* entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal.* 2012, v. 3, n. 2, p. 1-26. p.35 e ss.

Ademais, o *plea* normalmente se obtém em ambiente privado, em reuniões com a presença exclusiva das partes (acusação, réu e defensor), longe dos olhares do público em geral, o que dificulta a compreensão pela sociedade dos mecanismos de funcionamento da justiça.[162]

A lei 9.099/95 trouxe mecanismos alternativos para a justiça criminal, dando ao investigado a opção entre um Processo Penal tradicional impregnado com os princípios garantistas da ampla defesa, devido processo legal, contraditório, etc. ou um modelo negocial com a possibilidade de aceitação de um acordo feito pela acusação com parâmetros legais pré-estabelecidos e submetido a análise judicial.

Apesar da influência do *plea bargaining*, o exame destes mecanismos de justiça criminal consensual, existentes na lei dos Juizados Especiais Criminais, manteve suas peculiaridades e buscou um equilíbrio entre a obtenção de maior eficácia do sistema penal, sem prejuízos ao direitos e garantias individuais, compatibilizando aspectos dos modelos processuais eficientista e garantista.

3.4.3 A Delação Premiada

Outro instituto anglo saxão muito utilizado em países do *common law*, a delação premiada, também faz parte desse aparato de mecanismos típicos da justiça negocial.

Sua origem remete a figura do colaborador no Direito Romano existente nos delitos de lesa majestade da Lex Cornelia de 65 sicaris et veneficis- sobre apunhaladores e envenenadores- promulgada no ano 81 a.c., e posteriormente no Direito Canônico, sendo implementado no direito anglo-saxão, como um dos principais mecanismos de combate a criminalidade. [163]

A partir de sua aparição nos Estados Unidos, o instituto da delação premiada foi largamente utilizada no combate à Máfia e Cosa Nostra e outras organizações criminosas, onde por via de uma transação de natureza penal, pactuada entre os Procuradores Federais e os criminosos, era prometido aos delinquentes a imunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda organização e seus membros.[164]

---

[162] Ibidem. p.21.
[163] ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal.* 7. ed. São Paulo Saraiva 2006. p.136.
[164] Ibidem. p.138.

Apesar tratar-se de um mecanismo oriundo da *common law*, a colaboração premiada foi adotada na legislação de vários países nas últimas décadas, inclusive nos que adotam a *civil law*.

Na Espanha a Ley Orgánica n.º 19 de 1994, (Art. 1.1) regula a proteção às testemunhas, sem contudo, abranger os chamados colaboradores da justiça, permitindo que a referida proteção seja estendida aos familiares e pessoas com vínculos afetivos com a testemunha em caso de grave perigo (Art. 1.2).[165]

Quanto ao imputado colaborador, verifica-se, a título de exemplo a possibilidade de concessão de benefícios às figuras míticas do terrorista arrependido e para o traficante de substâncias ilícitas (estupefacientes) que, abandonarem suas atividades delitivas, se apresentando às autoridades confessando sua conduta, colaborando de forma ativa para impedimento de novos delitos e para a prisão dos demais acusados.

A *Ley Orgánica* n.º 07, de 30/06/2003, que trata de medidas de reforma para o cumprimento íntegro e efetivo das penas, prevê institutos de natureza premial para a legislação referente à fase de execução penal sendo que tais institutos guardam vínculo com a execução propriamente dita ao prever a classificação ou progressão de regime bem como, a obtenção da liberdade condicional.

Na Alemanha as autoridades de segurança pública contam com forte aparato legal enquanto poderosos instrumentos coercitivos, como é o caso das testemunhas da coroa (*Kronzeugenregelung*) que, em troca da revelação da prática de um delito e de seus autores recebem o benefício da redução de pena ou até mesmo o perdão judicial.[166]

O § 129 n. 5 do Código Penal alemão *StGB (Strafgesetzbuch*), há a previsão legal da *Kronzeugenregelung* consistente na possibilidade de aplicação de uma atenuante de pena ou perdão judicial caso o imputado voluntariamente empreenda sérios esforços para impedir a continuação da associação ou a prática delitiva, ou voluntariamente divulgando os seus conhecimentos, consiga evitar em tempo hábil uma prática delituosa.[167]

A Inglaterra possui instituto similar na legislação que trata do combate ao crime organizado, a *Serious Organised Crime and Police Act 2005*, que além de possuir capítulo

---

[165] MACHADO, Marco Antônio Pinheiro; JOSÉ, Maria Jamile. *Crime Organizado e Terrorismo na Espanha.* In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs). *Crime Organizado:* aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009. p. 148

[166] HASSEMER, Winfried. *Direito Penal:* fundamentos, estrutura política**.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 271.

[167] Ibidem. p. 272.

específico conferindo proteção a vítimas e testemunhas, prevê em seu capítulo 2.71, o *immunity from prosecution*, instituto que permite que o promotor, para efeitos de investigação ou repressão a qualquer infração penal, conceda a qualquer pessoa a imunidade de acusação, mediante um aviso de imunidade, em troca de informações úteis à apuração de delitos.[168]

No Direito Italiano, a colaboração com a justiça está regulada pelo artigo 289bis e 630, do Código Penal e pelas leis nº 304/82, 34/87 e 82/91 e o pelo Decreto-lei nº 678/1994, tendo este disciplinado que os requisitos para a admissão de uma pessoa como colaboradora devem ser interpretados de forma restritiva, com a possibilidade de um procedimento instrutório para a avaliação das declarações preliminares.[169]

Em 1991, o art. 6º do Decreto-lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991 alterou o art. 289bis do Código Penal italiano, estabelecendo pena menor para o coautor de sequestro com fins de terrorismo ou subversão da ordem democrática que libertar a vítima, ou seja, pena de dois a oito anos de reclusão, e não a pena de 25 a 30 anos com possiblidade de prisão perpétua na hipótese de morte dolosa da vítima.

No Brasil o instituto surgiu no período do Brasil Colônia, mais especificamente durante a vigência das Ordenações Filipinas, constante no Livro V, que vigorou entre janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830.[170] Após previsão legal nas Ordenações Filipinas, e sua revogação pelo Código Criminal de 1830, o instituto da delação premiada ressurgiu em 1990, na Lei 8.072/90, sendo aplicada aos crimes hediondos.

Posteriormente, outras leis incorporaram a delação, como a Lei 8.137/90 com as alterações promovidas pela Lei 9.080/95, que define os contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a lei 7.492/86, com a redação alterada pela Lei 9.080/95, que define os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional; a Lei 9.034/95 modificada pela Lei 10.217/01, que regulamentou a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por tais "organizações criminosas"; A Lei 9.807/99, que estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas; A Lei 11.343/06, Lei de drogas, onde legislador manteve o

---

[168] PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JÚNIOR, Ivo Anselmo. O combate ao crime organizado e ao terrorismo na Inglaterra. In: CARANCE FERNANDES, Antônio. *Crime Organizado:* aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 217.

[169] GRINOVER, Ada Pellegrini. O Crime organizado no sistema italiano**.** In: Penteado, J. de C. (Coord.) *Justiça Penal*: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 103-104.

[170] JESUS, Damásio de. Delação Premiada. *Revista Justilex*, Brasília, ano IV, nº. 50, p. 26- 27, fev. 2006. p. 26- 27.

instituto da delação no Art. 41; lei 12.850/13,que define crime organizado e revogou integralmente a lei 9.034/95.

Apesar tratar-se de um mecanismo oriundo da *common law*, a delação premiada foi implementada em vários países nas últimas décadas, inclusive no Brasil, cujo ordenamento jurídico se origina do sistema romano-germânico da *civil law*. Talvez por conta de sua origem e da dificuldade de compreensão, o instituto seja alvo de inúmeras críticas, na maioria, relacionadas a uma suposta inconstitucionalidade.

Mais uma vez a polarização entre eficiência e garantismo é enfrentada quando o instituto é a delação. Segundo Fernando Andrade Fernandes[171], se por um lado a delação atenderia ao vetor eficiência processual, por outro lado e não menos importante, as garantias fundadas no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, que representam verdadeira justificação à sua utilização, não poderiam ser renunciadas, o que inevitavelmente ocorreria quando há a delação.

De acordo com o autor, citando Jorge Figueiredo Dias[172], a necessidade de que o processo penal sofra uma influência de valorações de política criminal na sua elaboração normativa, faz com que haja a expansão do pensamento funcionalista, de forma que o Direito Processual Penal tenha o dever de realizar justiça célere.

Desta forma, através do Processo Penal como instrumento de política criminal, propõe-se "a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientem o Sistema Jurídico-Penal como um todo", sugerindo-se uma reconstrução do processo penal em termos de política criminal, para alcançar-se uma maior funcionalidade e eficiência processual, sem, contudo, abandonar a fundamental e irrevogável natureza garantística. Desse modo, indica-se a imposição de "uma ponderação entre os interesses da funcionalidade e garantia, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias que se fizerem necessárias para a tutela da dignidade humana". Esta tensão entre o eficientismo e o garantismo reflete, sem sombra de dúvidas, uma das principais polêmicas acerca da proposta em questão. [173]

---

[171] FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, São Paulo, v. 3, n.1, p. 253, out. 2017. p.257 e ss.

[172] FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra:* Almedina, 2001. p. 53-ss

[173] _____. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, São Paulo, v. 3, n.1, p. 253, out. 2017. p.257 e ss.

Nesse contexto crítico, a atuação da defesa estaria fragilizada no momento da celebração do acordo de delação, em razão de um suposto comprometimento do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, uma vez que ela se afastaria de sua atuação tradicionalmente defensiva no Processo Penal, anuindo com a culpabilidade de seu cliente.

Além disso, o art. 7, § 14 da lei 12.850/12 estabelece que uma das exigências legais para a realização da delação é que o colaborador renuncie, em todos os depoimentos que prestar, ao direito ao silêncio, e assim estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. Neste dispositivo encontraríamos o afastamento de garantias fundamentais irrenunciáveis, como o direito ao silêncio e a não obrigatoriedade de produzir provas contra si.[174]

Ademais, como o colaborador deverá trazer elementos probatórios que corroborem com a sua narrativa, haveria uma nefasta inversão do ônus da prova, o que violaria a presunção de inocência constitucional.[175]

Inobstante a pertinência das colocações críticas, o argumento que legitimaria a possibilidade de afastamento das garantias do silêncio e da não-autoincriminação seria a voluntariedade do acusado na celebração do acordo e a opção do acusado por um modelo consensual em substituição ao modelo tradicional.

Entretanto, se levarmos estas críticas ao extremo, ou seja, se concordarmos com o fato de que o acusado não poderia abdicar de forma alguma do direito ao silencio e a garantia da não obrigatoriedade de produzir provas contra si, chegaríamos a absurda conclusão de que o interrogatório e a confissão são meios de prova inconstitucionais, uma vez que violariam as citadas garantias individuais.

A delação traz ao acusado a possibilidade de um acordo que lhe trará benefícios cuja a avaliação e aceitação é discricionária por parte de sua defesa. Assim como outros institutos e meios de prova disponíveis na legislação podem ou não ser utilizados pelo acusado, a delação faz parte dessa teia de opções que a defesa analisará na situação concreta.

A voluntariedade na realização do acordo é determinante para sua validade, sem prejuízo de que no caso concreto, o acervo probatório demonstre com maior ou menor intensidade, que a aceitação da proposta seria a melhor opção para a defesa, sem que isso afaste a voluntariedade.

---

[174] Ibidem. p. 53-ss
[175] Ibidem.

O que é imprescindível é que a contribuição tenha sido voluntária e efetiva, sem nenhuma coação externa irreversível e que seja caracterizada pela presença positiva e interessada do acusado e de sua defesa técnica. Assim, a exigência da voluntariedade seria aniquilada diante da possibilidade de negociação sobre a decretação ou de manutenção da prisão preventiva, que jamais poderia ser utilizada como fator determinante para a colaboração do acusado.

É possível que a colaboração do acusado repercuta na prisão preventiva decretada como garantia da instrução criminal, pois a sua colaboração afastaria a manutenção da prisão cautelar decretada com essa justificativa, mas isso seria uma consequência reflexa do acordo, mas nunca o seu objeto.

A suposta vulneração da vontade do acusado para celebração de acordos processuais, tão demonizada no direito norte-americano, igualmente reclama ponderação. Isso porque, na modelagem normativa brasileira, há participação ativa do juiz na verificação da voluntariedade de qualquer acordo realizado pelo acusado.

Da mesma forma deve ser ponderada a suposta violação de princípios constitucionais apontada acima, uma vez que tais instrumentos negociais ampliam as perspectivas e estratégias da defesa, fomentando o exercício da ampla defesa constitucional e ampliando suas possibilidades a partir de sua análise discricionária em aceitar ou não o acordo, podendo optar em se submeter a um processo criminal tradicional.

O instituto é extremamente relevante no enfrentamento não apenas do crime organizado, tendo se mostrado também como uma importante ferramenta para a recuperação de quantias desviadas por criminosos e empresas acusados de diversos crimes contra a ordem econômica praticados no país e no exterior, que ganharam impulso em todo mundo com a globalização e as transformações econômicas mundiais.

A discussão na verdade é direcionada a capacidade de funcionamento do sistema criminal contemporâneo e a possibilidade de institutos da chamada “justiça negocial” trazerem instrumentos eficazes na concretização do poder punitivo estatal, mesmo que isso ocorra com a colaboração do acusado.

Atento a este contexto, tramita no congresso nacional a PEC 230/2000[176] que pretende alterar o art. 129 da Constituição Federal estabelecendo como uma das funções institucionais do Ministério Público a negociação ou barganha da pena realizada entre o Promotor e o preso, o que

[176] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14581

uma vez aprovada, refutará de forma definitiva alegações de inconstitucionalidade sobre os mecanismos da justiça negocial no Processo Penal brasileiro.

Se a exigência de uma reação do jurídico-penal à criminalidade nas sociedades pós-industriais é crescente, deve o processo penal estar disposto implementar novas ferramentas e mecanismos que permita uma maior efetividade no seu combate, superando os paradigmas típicos da responsabilidade individual de Direito Penal Clássico.

Essa criminalidade, típica da sociedade capitalista e global, é denominada por Silva Sánchez de criminalidade dos poderosos, sempre com traços de transnacionalidade, organização e divisão de tarefas em caráter profissional. Tratam-se de crimes praticadas por grandes organizações e corporações, com alto poderio econômico e completamente diferente daquela delinquência marginal, pontual, desorganizada, que caracterizava o Direito penal clássico[177], exigindo novos mecanismos processuais para seu enfrentamento.

Talvez a lei 12.850/12 tenha sido omissa em vários pontos e necessite de uma reforma - como a ausência de previsão legal sobre o destino das provas produzidas pelo delator que o incriminam na hipótese do juiz não homologar o acordo firmado entre as partes- para garantir os Direitos do delator de forma mais eficaz. Mas o instituto da delação é uma ferramenta importantíssima no enfrentamento da criminalidade moderna.

3.5 A Justiça Negocial e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Diante da inexistência de regras procedimentais específicas para a pessoa jurídica, grandes dificuldades operacionais surgem e acabam impedindo a responsabilização de forma plena dos entes coletivos. Questões relacionadas a existência de um concurso necessário de agentes na denúncia, a forma de representação em juízo, a citação, o interrogatório, a execução penal e a aplicação das garantias típicas da responsabilidade individual não ocupam espaços de produção no campo legislativo.

Diferente do modelo francês de responsabilidade da pessoa jurídica que editou leis de adaptação para melhor receber essa nova forma de responsabilidade[178], no Brasil utilizamos os dispositivos legais e regras processuais aplicáveis às pessoas físicas, o que gera insegurança e

---

[177] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: RT, 2011. p.33

[178] AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Aspectos processuais da Lei n.9605J98, em Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*, Del Rey 2003. p. 361-407.

incertezas na solução dos conflitos que surgem nas hipóteses concretas. Nem mesmo a aplicabilidade (ou não) das garantias constitucionais é assimilada de forma plena em relação as pessoas jurídicas.

Ada Pellegrini entende que as garantias constitucionais do processo aplicam-se não somente às pessoas naturais quanto às jurídicas, pois embora historicamente relacionadas à proteção do indivíduo submetido à persecução penal, seu valor não pode ser menosprezado quando se admite hoje a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois se a simples instauração do processo penal sempre representou um dos maiores dramas para a pessoa humana, não são menores as repercussões que uma acusação criminal dirigida a uma empresa pode acarretar ao normal desenvolvimento de suas atividades e, sobretudo ao seu conceito de seus dirigentes e funcionários no seio da comunidade. [179]

Para a autora, as garantias da presunção de inocência, do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, bem como as regras relativas a inviolabilidade do domicílio, interceptação telefônica, entre outras, em tese, também seriam observadas na hipótese de pessoa coletiva ser autora de delito, nos mesmos moldes da pessoa física.

Assim como no Brasil, na Espanha também não há um critério claro para aplicabilidade dos de Direitos Fundamentais nos entes coletivos. Diferente critério porém, foi adotado na da Alemanha, onde o artigo 19.3 da Constituição estabelece expressamente que os Direitos Fundamentais regem também as pessoas jurídicas nacionais, na medida em que de acordo com sua própria natureza, eles são aplicáveis.[180]

Entretanto na Espanha, uma nova legislação- ley 37/2011- tentou adaptar para as pessoas jurídicas os Direitos Processuais Fundamentais que assistem uma pessoa física, considerando as peculiaridades de sua natureza jurídica. Mas ainda assim o sistema é alvo de críticas, uma vez que a legislação pretendeu equiparar as garantias processuais de sujeitos absolutamente distintos.[181]

A transposição de regras legais e garantias constitucionais das pessoas físicas para a pessoa jurídica atenderia apenas ao único propósito de unificarmos um modelo de responsabilidade criminal. Contudo, acabaria desconsiderando o contexto histórico, a justificativa

---

[179] GRINOVER, Ada Pellegrini, *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal.* São Paulo: RT, 1999. p. 46-50.
[180] FERNANDES, Miguel Bajo. *Tratado de responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Espanha: Ed. Thomson Reuters, 2012. p.280.
[181] Ibidem. p.281.

do surgimento de cada espécie de responsabilidade e as diferenças inerentes e inafastáveis que ambas apresentam.

A responsabilidade individual do autor de um crime deve ser manejada nos moldes de um processo penal garantista, ou seja, com a maximização das garantias individuais em prol da proteção de sua liberdade individual, o que não seria observado para a pessoa jurídica, uma vez que esta não possui capacidade de ir e vir. Sua liberdade está relacionada a atividade empresarial e realização de negócios.

Ademais, as sanções penais aplicadas nas pessoas jurídicas apresentam caráter patrimonial ou ainda, são penas restritivas de direitos não substitutivas, relacionadas a sua atividade empresarial, cujas garantias processuais deveriam ser estabelecidas em bases distintas das pessoas físicas.

A instrumentalidade garantista do Processo Penal não encontraria na pessoa jurídica a sua justificativa teórica, mesmo porque esta estrutura processual estaria atrelada a um modelo de direito penal mínimo, enquanto que a responsabilidade penal da pessoa jurídica surge em um contexto oposto, que é a expansão penal, que encontra correlação processual em modelo de justiça negocial.

A utilização dos mecanismos de justiça negocial com a pessoa física, que implica necessariamente na flexibilização das garantias individuais em nome da ampla defesa do agente, encontra ambiente ideal nos delitos praticados por pessoas jurídicas, uma vez que não há que se falar aqui em Dignidade da Pessoa Humana como principal garantia constitucional.

Os argumentos contrários a esses mecanismos processuais negociais se enfraquecem diante das peculiaridades da responsabilidade penal pessoa jurídica. Se por um lado a liberdade da acusação na formulação de acordos com os entes coletivos permite a pronta recuperação de ativos e a reestruturação da empresa de forma a minimizar os danos causados por uma conduta fraudulenta, por outro lado, ainda estamos presos em dogmas da responsabilidade individual, que normalmente são utilizados como argumentos para dificultar ou inviabilizar essa responsabilidade da pessoa jurídica.

Uma vez superados estes dogmas e admitida essa nova forma de responsabilidade criminal, esse modelo de processo criminal negocial torna-se uma ferramenta importantíssima para a restruturação da empresa criminosa e para a pronta recomposição financeira de ativos

desviados. Neste aspecto a experiência Norte americana, que será analisada no próximo capítulo, torna-se extremamente inspiradora e relevante.

4 A NECESSÁRIA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA DIANTE DA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

4.1 Considerações Iniciais

A história da humanidade passou por um longo processo evolutivo e demonstra que o homem primitivo extraia da natureza apenas o essencial a sua sobrevivência. Com o desenvolvimento das relações interpessoais e com o surgimento da indústria, mais precisamente com a Revolução Industrial no século XVIII, essa relação homem-natureza se alterou e começaram a existir agressões mais continuas ao meio ambiente e com relações comerciais mais complexas.

O delito deixa de ser um fato simples, com a agressão a um bem jurídico pessoal pertencente a uma vítima específica, praticado em local determinado e com a presença física de seu respectivo autor violando o conteúdo da norma penal proibitiva. Internet, globalização, grandes corporações e outros instrumentos típicos modernidade provocaram uma modificação nos interesses e valores humanos, impulsionando práticas criminosas menos precisas, com vítimas indeterminadas e com criminosos agindo de forma difusa e muitas vezes transnacional.

Oposto aos parâmetros conhecidos como os do direito penal mínimo, com caráter reducionista e liberal, esses novos interesses provocaram uma reflexão sobre os standards de criminalização e imputação do Direito Penal Clássico, legitimando o reconhecimento de bens jurídicos transindividuais e a possibilidade de novos atores ocuparem o espaço de sujeito ativo do crime, antes exclusivo da pessoa física, como os entes coletivos.

A construção de um sistema dogmático para a responsabilização da pessoa jurídica, paralelo ao da responsabilidade individual é inevitável e encontra fortes obstáculos naqueles que ainda estão comprometidos com os paradigmas do Direito Penal clássico.

Porém, a preocupação com a responsabilização dos atos praticados pelos entes coletivos, atualmente tratados de forma genérica como responsabilidade penal da pessoa jurídica, não é recente.

Segundo Sérgio Salomão Shecaira,[182] podemos observar dois momentos da responsabilidade dos entes coletivos, um anterior e outro posterior ao século XVIII. "Da Idade Antiga à Idade Média predominavam as sanções coletivas impostas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias etc. Após a Revolução Francesa, com o advento do liberalismo, surgido com o pensamento iluminista, a nova ideologia veio a extinguir as sanções às corporações e todas as referências associadas às punições coletivas que pudessem pôr em risco as liberdades individuais."

Diante de uma “difundida ignorância erudita”[183], muitos autores defendem que essa forma de responsabilidade penal é uma criação anglo-saxônica e que apenas há alguns anos vem sendo difundida para outros ordenamentos do *civil law*. Na verdade, a responsabilidade penal dos entes coletivos, não necessariamente empresas, nos países do *common law* era desconhecida até o sec.

---

[182] SHECCAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.211.

[183] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas:* the American Way. Montevideo: Ed Valencia, 2008. p. 36.

XIX, enquanto que na Europa ela já era conhecida nos séculos anteriores ao XIX, período em que foi abandonada.

A Europa continental majoritariamente decidiu negar a responsabilidade da pessoa jurídica devido a sua impossibilidade dogmática, já nos países do *common law* ela foi admitida. Durante muitos anos essas opções diferentes foram consideradas um ponto de divergência nos ordenamentos penais ocidentais.

Mas agora, sem embargo, está havendo uma convergência na adoção e na regulamentação dessa forma de responsabilidade e o encontro está se produzindo no direito anglo saxão: Os ordenamentos da Europa continental estão se aproximando do anglo saxão e não o contrário.

Em um passado mais próximo, precisamente após a segunda Guerra Mundial, o acordo de Londres sugeriu a criação de um Tribunal Internacional para o julgamento dos crimes ocorridos durante a guerra. A consequência foi o "reconhecimento de personalidade jurídica a determinados grupos no campo repressivo institucional."[184].

No VI Congresso Internacional de Direito Penal, em 1953, em Roma, houve grande debate sobre a criminalidade da pessoa jurídica na área, sendo concluído que "é possível compatibilizar certos institutos penais com a criminalidade de condutas de pessoas morais, mas é necessária a flexibilização do conceito de crime". "[185]

No XII Congresso Internacional de Direito Penal realizado em 1979 na cidade de Hamburgo, reconheceu-se que "os grandes atentados contra o meio ambiente são levados a efeito por pessoas morais, sejam elas pessoas privadas ou pessoas públicas, e a sua admissão como responsáveis criminais pelos seus atos é fundamental para a imposição de um respeito efetivo ao meio ambiente. " [186]

Em 1994, no Rio de Janeiro, o XV Congresso Internacional de Direito Penal aprovou recomendações específicas quanto à criminalização das atitudes das pessoas jurídicas que lesam o meio ambiente e a sua consequente responsabilização.

A grande preocupação com o meio ambiente no Brasil, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, impulsionou de forma definitiva o reconhecimento dessa norma forma de responsabilidade penal, sendo certo que os artigos 173, §5º e 225, §3º criaram regras expressas de criminalização, até então não mencionadas nas Constituições anteriores.

---

[184] BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito Ambiental Contemporâneo.* São Paulo: Manole, 2005. p. 140.
[185] BELLO FILHO, Ney de Barros. *Op. Cit.* p. 141
[186] BELLO FILHO, Ney de Barros. *Op. Cit.* p. 144

Atualmente, a aceitação dessa responsabilidade penal ainda é muito controversa, haja visto que a necessidade de adaptação de um modelo de Direito Penal clássico às mudanças sociais no combate à criminalidade hodierna esbarram nas garantias típicas da responsabilidade individual, na aparente impossibilidade de tutela penal dos bens transindividuais e também em uma concepção reducionista do Direito Penal, que pretende deslegitimar qualquer forma de expansão punitiva.

Entretanto, a consideração sobre o que deve ou não ser criminalizado por ter sido considerado socialmente inadequado já ocorreu, ou seja, opção de política de criminalizar a pessoa jurídica já foi realizada por aqueles que possuem a capacidade de associar atividades a práticas criminosas.

A responsabilidade penal resulta de um processo político de escolhas sobre quem deva suportar a pena a ser imposta pela violação da norma jurídico penal. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um tema que já foi equacionado no âmbito político, de forma que o sistema jurídico deva se adaptar a tal escolhas, pois não se trata de um posicionamento aleatório, mas de uma opção constitucional sobre uma estratégia para o enfrentamento da criminalidade moderna.

O profissional do Direito não pode ignorar essa opção política legitimamente acolhida, pode criticá-la ou considera-la inadequada, mas em razão de vivermos em um Estado Democrático de Direito, ele tem a obrigação de observá-la.

4.2 Origem Histórica e Justificativas Penais do Direito Anglo-saxão

Conforme afirmação de Giorgio Marinucci, existe uma espécie de crença de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma criação do anglo-saxônica e que há alguns anos tem se difundido para os países da *civil law*. Na verdade, os países da *common law* desconheciam essa forma de responsabilidade até meados do século XIX, enquanto que a Europa continental já havia tratado da responsabilidade dos entes coletivos-não necessariamente empresas- em vários séculos anteriores ao XIX, período em que fora abandonada.[187]

[187] MARINUCCI, Giorgio. *La Responsabilidade de las personas jurídicas. Um bosquejo Histórico-dogmático. Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat.* Madrid: Edisofer, 2008. p. 1174.

Quando ela surgiu na Inglaterra e nos Estados Unidos, a Europa continental resolveu abandoná-la em razão da sua dificuldade dogmática, sendo esse um dos principais pontos de divergência dos dois ordenamentos naquele período.

Mas antes do seu surgimento na Inglaterra e principalmente nos Estados Unidos, o caráter individualista do *common law,* relacionado a sua tradicional compreensão como forma de proteção dos cidadãos ingleses diante das prerrogativas dos monarcas dificultaram aceitação da responsabilidade da pessoa jurídica.

A exigência de uma responsabilidade penal subjetiva era um obstáculo intransponível para sua criminalização. Conforme a afirmação do Lord Chancellor Edward Thurlow do final do século XVIII, *"no body to kick no soul to dawn*", ou seja, o problema da pessoa jurídica é que não tem alma para censurar e sem corpo para chutar.[188]

No final do século XIX, com o início da era progressista, as empresas ampliaram suas atividades em diversos estados federadas, transformando-se em poderosos agentes de transformação social. Além disso, as funções operacionais dentro da empresa ficavam cada vez mais especializadas, surgindo uma separação entre a administração e a propriedade empresarial, o que trazia dificuldades para responsabilização penal individual baseada na responsabilidade subjetiva.[189]

Essa mudança de cenário fez com que fossem impostas às empresas obrigações e proibições específicas por via legislativa: *Sherman antitruste act* (1890), Elkins *act*(1903) e a *Federal food and drugs act* (1906), ou seja, normas federais que foram acompanhadas de uma intensa atividade regulatória por parte dos estados federados.[190]

Ao mesmo tempo, os tribunais começam a admitir, ainda que de forma desarticulada, sem grande fundamento teórico, a responsabilidade dos entes coletivos, inicialmente na forma omissiva e após na forma ativa e para um número limitado de delitos. Percebe-se que ela começa a ser concebida como uma necessidade político- criminal.

A admissão de responsabilidade penal no início do século XX surgiu com um contorno teórico hostil, pois ela infringiria as tradições mais arraigadas do direito penal. A responsabilidade

---

[188] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas:* the American Way. Montevideo: Ed Valencia, 2008. p. 41.
[189] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* .p 40.
[190] Ibidem. p.41.

coletiva, não individual, era um conceito que repugnava todos os instintos de um criminalista, calcada e elaborada na responsabilidade subjetiva e individual.[191]

Em 1909 a responsabilidade da pessoa jurídica ganhou um grande impulso. Neste ano o Supremo Tribunal Americano apreciou o *caso New York Central and Hudson River Colorado V. United States*, onde o administrador de uma operadora ferroviária havia oferecido descontos a empresas refinadoras de açúcar, violando legislação que proibia qualquer tipo de discriminação de preços.[192]

O Tribunal entendeu que os atos cometidos por qualquer empregado poderiam ser imputados a empresas quando estiverem atuando no exercício de suas funções e com o ânimo de beneficiar a empresas. A corte utilizou analogicamente a doutrina da *respondeat superior*- através da qual a empresa deveria responder pelos delitos cometidos por qualquer trabalhador -[193] admitida no direito privado e que por razões de interesse público, foi trazida para a esfera criminal.

Desta forma, dois fatores promoveram uma mudança de paradigma no Direito Penal norte americano: a edição de normas regulatórias e a admissão dessa nova modalidade de responsabilidade pelos Tribunais Superiores. A partir daí, a responsabilidade dos entes coletivos tornou-se uma realidade, embora a sua aceitação não tenha sido assimilada com facilidade, principalmente pelos entes coletivos, novos sujeitos ativos de delitos.

As empresas não aceitaram essa mudança de concepção e reagiram com alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade, tentando aplicar em sua defesa dogmas típicos da responsabilidade individual.

Quanto as ilegalidades, argumentaram, basicamente, que deveriam ser isentas de responsabilidade por agirem de boa-fé (*Good Faith defense*), além da impossibilidade fática de controlarem todos os empregados. Ademais, para reduzir o âmbito de aplicação da doutrina do *respondeat superior*, através da qual a empresa deveria responder pelos delitos cometidos por qualquer trabalhador, elas alegaram que deveriam responder apenas pelos atos dos trabalhadores com certa relevância dentro da organização da empresa.[194]

---

[191] Ibidem. p.38.
[192] Ibidem. p.41.
[193] Ibidem. p. 43.
[194] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p. 43.

Se os entes coletivos questionavam a legalidade de sua responsabilidade, a legislação caminhou em sentido oposto, reconhecendo de forma cada vez mais clara a sua responsabilidade penal autônoma e distinta de seus empregados.

Em 1962 o *Model Penal Code*, elaborado pelo *Americam law Institute*, traçou alguns parâmetros para sua aplicação no seu art. 2.07, admitindo a condenação de uma empresa pela prática de um delito, com o objetivo de uniformizar as disposições relativas a responsabilidade penal da pessoa jurídica [195].

Paralelo a isso, no âmbito do Direito Federal, havia sido formada uma comissão nacional para reforma do Direito Penal federal, conhecida como *Brown Commission*, que propôs que as empresas fossem responsabilizadas pelas condutas de qualquer empregado, desde que observados alguns requisitos. Entre estes, o empregado deveria estar no cumprimento de seus deveres, agindo no âmbito de sua competência e sua conduta deveria beneficiar a organização para a qual trabalhava.[196]

Além das questões legais, as empresas traziam alegações de índole constitucional, afirmando que estas possuíam direitos constitucionais próprios e distintos dos empregados. A Suprema Corte chegou a reconhecer que eles eram pessoas e assim protegidas pela 14ª emenda (*substantive due process*), período de liberalismo econômico extremo que dificultava a regulação das atividades empresariais.

O ponto extremo dessa doutrina foi no caso *Lochner* de 1905 onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei de Nova Iorque que limitava o número de horas que seus empregados poderiam trabalhar, afirmando que esta lei impunha uma limitação que violaria a liberdade contratual.[197]

A utilização da *substantive due process* que impedia e dificultava a regulação jurídica das empresas começou gradativamente a ser alterada nos anos 30, com a chegada de Roosevelt ao poder. Nesse período teve início alguma regulação das empresas, mas apenas no que se refere ao seu desempenho econômico, como a proibição de monopólio, regulação de impostos, condições de trabalho, etc.

Nos anos 70 a regulação legal começa e se direcionar para outros temas, com marcante caráter social, como a proteção ambiental, proteção ao consumidor, etc. Gradativamente

[195] Ibidem. p.44.
[196] Ibidem. P.44
[197] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p. 46.

abandona-se um modelo de reação pós fato para assegurar um modelo mais preventivo, exigindo o cumprimento de alguns requisitos formais.[198]

Como as empresas não poderiam mais se apoiar na 14ª emenda, seus argumentos para resistir a essas mudanças foram direcionados para a 1ª,4ª e 5º emendas. Alegavam, entre outras coisas, a inconstitucionalidade de inspeções sem ordem judicial, a extensão do *double jeoparde clause*, etc.[199]

Porém, a desejada atribuição de Direitos Fundamentais para as empresas trouxe para elas efeitos opostos em sua responsabilidade penal. Se por um lado, maiores garantias acarretam em menores possibilidades de sanções, por outro lado, mais Direitos implica necessariamente em mais deveres.

Admitida essa nova forma de responsabilidade penal, os americanos tiveram que enfrentar questões práticas relacionadas a forma de imputar e punir os entes coletivos, o que exige uma breve análise do sistema penal norte americano.

4.3 O Sistema de Responsabilidade Penal Norte Americano

O modelo americano de responsabilidade criminal esteve ancorado por décadas, na reabilitação do delinquente, o que implicava na imposição de sanções por prazo indeterminado e que posteriormente, considerando a resposta que o apenado apresentava durante a execução penal eram ajustadas. Havia um enorme distanciamento entre as penas previstas nos códigos e as que eram efetivamente aplicadas, tudo com fundamento na proteção da sociedade na reabilitação do agente.

A aplicação de uma pena abaixo do seu limite em abstrato não atendia a sua função de proteger a sociedade. Entretanto, esse modelo trazia grande insegurança jurídica diante da impossibilidade de prever o término da pena, além de proporcionar tratamento diferenciado entre os condenados, baseado em circunstâncias irrelevantes, como por exemplo, a sua posição socioeconômica, que influenciava o juízo de periculosidade criminal e necessidade da pena.[200]

---

[198] Ibidem. p.46.
[199] Ibidem. p.47.
[200] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p.50.

Por conta disso, gradativamente os estados e a própria união elaboraram leis modificariam esse cenário, como a norma que exigiu o cumprimento de um percentual mínimo de pena antes dos condenados serem liberados.

Neste contexto foi criada a *sentencing commissions*,[201] que tive a incumbência de elaborar diretrizes para determinar a individualização da pena. A partir daí, a "ressocialização" do acusado deixa de ser uma razão determinante do modelo criminal americano, que passou por um período de reflexão e reformulação.

As diretrizes para determinar a individualização da pena das pessoas físicas entraram em vigor em 1987, seguidas por outras normas relativas a pessoa jurídica, chamadas de *Organizational Guidelines*, ou *chapter eight.* Os membros da *sentencing commission* acreditavam que as penas deveriam ser incrementadas todas as vezes que existissem acordos com pagamento de multas insignificantes, claramente inferiores as impostas em processo administrativo e ações de responsabilidade civil.

Na introdução do *Guidelines*[202] estava estabelecido que as sanções impostas as organizações e seus representantes, tomadas em conjunto, devem proporcionar um castigo justo, uma dissuasão adequada e uma série de incentivos para que as organizações mantivessem mecanismos internos de prevenção, detecção, e denúncia de condutas delitivas. Cumpre ressaltar que ao mencionar os mecanismos de controle interno, notamos o nascimento daquilo que atualmente conhecemos como *compliance*.

O *guidelines* proclamou quatro princípios principais:[203] a reparação do dano, ou seja, os tribunais deveriam ordenar que as empresas reparassem os danos causados por sua atividade; a inutilização das pessoas jurídicas cuja principal atividade ou meios de atuação fossem criminosos; a aplicação da pena de multa baseada na gravidade do delito e culpabilidade do ente; e o estabelecimento de condições para que as pessoas jurídicas cumpram suas sanções e reduzir a prática de medidas futuras.

O manual proclamava que "Estas diretrizes oferecem as organizações incentivos para reduzir e eliminar a conduta delitiva mediante a provisão de uma base estrutural onde a organização pode inspecionar a si mesma, a sua própria conduta, através de um programa efetivo de ética empresarial. Essa prevenção e detecção de conduta criminal facilitada por um programa

[201] Ibidem. p.53.
[202] Ibidem. p.52.
[203] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p.54.

efetivo de *cumplimiento* e ética empresarial ajudará a organização cumprir todas as leis pertinentes.”[204]

A entrada em vigor da *guidelines* foi um marco determinante, apesar dela não modificar o tradicional modelo de responsabilidade da pessoa jurídica vigente nos Estados Unidos, ele incorporou aspectos do modelo de auto-responsabilidade.

O processo americano é estruturalmente dividido em duas fases: a primeira determina a existência de responsabilidade e a segunda fase determina a pena que deverá ser aplicada. O *guideline* modificou apenas o segundo momento, ou seja, a aplicação da pena em concreto. O manual considerou a magnitude do dano e a culpabilidade da empresa, com reflexos relevantes na aplicação da pena de multa.

Em relação a culpabilidade, a colaboração com as autoridades, a existência de um programa de *compliance* repercutiam de forma positiva, vez que a culpabilidade da empresa é estruturada a partir de um critério de pontuação, ou seja a culpabilidade considera fatos anteriores e posteriores ao crime, como a obstrução da justiça, a existência de um programa de *compliance*, etc.[205]

Um dos principais efeitos da aprovação do *guidelines* para as pessoas jurídicas foi um incremento das atividades do Ministério Público, com o respectivo aumento do número de processos e condenações. Esse aumento no número de processos e a gravidade das condenações impostas coincidiam com um traço determinante desse modelo Norte Americano, a grande discricionariedade dos Promotores Públicos.

Esta discricionariedade alcançou tal ponto que chegaram a colocar em dúvida a existência e aplicação do princípio da legalidade nos Estados unidos. Por conta disso, o Departamento de Justiça americano publicou recomendações onde especificaram instruções para os Promotores processarem criminalmente as empresas e quando não deveriam processar. [206]

Os mais conhecidos foram o *Holder Memo*, *Thompson Memo* e *McNulty Memo*.[207] O primeiro foi publicado em 1999 e estabelecia que os critérios para acusar a pessoa jurídica, de modo geral, eram os mesmos para as pessoas físicas, devendo considerar a insuficiência de provas, probabilidade de êxito, etc.

---

[204] Ibidem. p.56.
[205] Ibidem p.58.
[206] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p.57.
[207] Ibidem. p.64.

Porém, além desses supracitados, haviam critérios específicos, tais como a pronta e voluntária comunicação do ilícito e a espontânea cooperação com as investigações de seus empregados. A renúncia ao privilégio advogado/cliente e de outros relativos à sua defesa também deveriam ser considerados. O Promotor deveria analisar a existência e adequação de um programa de *compliance*, além de eventual conduta reparadora da empresa pelos danos causados.

Assim, o Holder Memo estabelecia que a colaboração da empresa poderia ocasionar em imunidade ou anistia, sendo possível o surgimento de acordos entre acusação e defesa de DPA- *non prosecution agrément*- ou NPA- *defere prosecution agreement*.

O *Thompson Memo* segue as recomendações de seu antecessor, mas deu mais ênfase as consequências colaterais e eventuais danos a terceiros, afirmando que os Promotores deveriam ter consideração com as possíveis e graves consequências para os empregados e acionistas da empresa. [208]

Onde o *Holder Memo* permitia a imunidade ou anistia, ou seja, o *non prosecution agreements* e o *defered prosecution agreement*, o Tompson adicionou o *pretial diversion*, que consiste em outra forma de acordo, muito utilizado para delitos leves relacionados a responsabilidade individual.

Em suas regras, nota-se que o *Thompson Memo* levou em consideração as duras críticas relacionadas ao caso Andersen e as consequências colaterais que uma persecução criminal podem trazer para uma empresa, pois a mera acusação formal pode dar causa a sua condenação pública a morte.

Voltando ao caso, Andersen estava fazendo auditoria na empresa Enron, quando ordenou a destruição de vários documentos da empresa. Descoberto os fatos, Andersen admitiu a destruição e acabou perdendo muitos clientes. Ao mesmo tempo teve início uma negociação com o Procurador Geral, sendo que a empresa Andersen insistiu que o acordo fosse nos moldes do *nolo contendere*, sem admitir sua culpabilidade, uma vez que isso traria menores danos para sua reputação.[209]

O Procurador Geral não aceitou o acordo e Andersen foi processado por vários delitos, principalmente por obstrução da justiça. Com o processo, ele começou a perder muitos clientes, chegando ao ponto de não operar mais no mercado.

---

[208] Ibidem. p.66.
[209] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p.67.

Andersen foi condenado e depois a sentença condenatória foi anulada. Como parte de sua estratégia de defesa, Andersen fez campanha de relações públicas, lobby no congresso, protestos com empregados, etc. Mas nada disso adiantou. Apenas com a acusação formal a empresa caiu em desgraça e perdeu clientes de forma massiva. Neste caso específico o Procurador Geral decidiu mesmo assim promover a acusação, pois considerou a gravidade do delito, a falta de colaboração da empresa e principalmente a sua obstrução da justiça.

Diante da repercussão do caso Andersen e das consequências colaterais de um processo, na elaboração do *Thompson Memo* foram implementadas algumas alterações para equilibrar essa relação, mas sem dar "um cheque em branco" para as empresas, pois um dos condicionantes para a realização de acordos era que estas a colaborar com as autoridades.[210]

O *McNulty Memo* de 2006 manteve a tendência dos seus antecessores, e apresentou como uma de suas principais características a exigência de que a empresa não pagasse os honorários dos advogados das pessoas físicas investigadas, regra que não existia até aquela ocasião, o que gerou algumas controvérsias do ponto de vista do direito de defesa.

Em termos práticos, estes acordos realizados entre a acusação e as empresas exigiam o cumprimento por parte destas de algumas condições, como o pagamento da reparação dos danos, a promessa de uma cooperação, o pagamento de multas e adoção de medidas destinadas a evitar a repetição de infrações. Além disso, a empresa deveria contratar um monitor externo previamente aprovado pelo Procurador Geral para verificar o cumprimento do acordado.

Com a empresa KPMG o Procurador Geral propôs a maior denúncia na área fiscal dos Estados Unidos. Porém, em agosto de 2005 as partes alcançaram um *non prosecution agreements*, que incluiu o reconhecimento da culpabilidade, o pagamento de 456 milhões de dólares, várias restrições em atividades futuras, a implementação de um programa de *compliance* e a contratação de um monitor externo aprovado pelo Procurador Geral por três anos. Dada a sua magnitude, foi considerado um acordo único, sem precedentes no Direito Norte Americano.[211]

Gradativamente, o número de *non prosecution agreements* aumentou nos últimos anos. Um dos casos mais recentes e polêmicos foi o da empresa *Upper Big Branch*, de propriedade da empresa *Massey Energy* em Virgínia, onde a explosão de uma mina matou vários trabalhadores. [212]

[210] Ibidem. p.70.
[211] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p.73.
[212] Ibidem. p.73.

A polêmica se instalou, pois, esta empresa já havia feito acordo com a acusação em outro incidente que se envolveu. Sem contar que a *Massey Energy* avisou e orientou seus trabalhadores sobre a visita de inspetores, os intimidando para que não denunciassem as infrações em matéria de segurança e saúde no trabalho.

Apesar de essas informações serem de conhecimento da acusação, em 2011 o Procurador Geral fez acordo de *defered prosecution agreement* com a *Alpha Natural Resourses*, empresa que adquiriu a *Massey Energy*.[213]

Situações como essa levaram a doutrina norte americana a analisar de forma crítica a utilização do *defered prosecution agreement* e do *non prosecution agréments* na criminalidade econômica dos entes coletivos. Afirmaram que o *defered prosecution agreement* e o *non prosecution agreement* eram mais utilizados em grandes empresas e em empresas nacionais, enquanto que acusações formais incidem em pequenas empresas e empresas estrangeiras.

Porém, a resposta às críticas era que as empresas criadas para prática de crimes eram poucas e que os danos colaterais que deveriam ser evitados ocorriam apenas nas empresas grandes. Em relação as empresas estrangeiras, o Procurador Geral não tinha como fiscalizar eventuais acordos firmados ou as reformas estruturais pactuadas, o que inviabilizava eventuais tentativas de acordos.

Além do critério seletivo para propostas de acordos, os monitores selecionados pelo Procurador Geral estavam pessoas que ocupavam altos cargos do próprio Ministério Público, o que além de desconfortável, coloca em dúvida a integridade do acordo.

A incongruência na política do *defered prosecution agreement* e do *non prosecution agreements* quando comparada a um instituto jurídico equivalente aplicado as pessoas físicas, o *pretrial diversion*, aplicado para delinquentes primários, em crimes leves, trouxe uma enxurrada de críticas a forma como os acordos eram propostos e conduzidos, sem qualquer controle judicial.[214]

Ademais, a insistência por parte do Procurador Geral em utilizar o DPA e o NPA para exigir medidas de reforma estrutural, era considerada uma coação injusta, pois mesmo que houvesse condenação da pessoa jurídica, essas medidas não poderiam ser aplicadas coercitivamente, pois estas não estão previstas como sanção penal.

---

[213] Ibidem. p.74.
[214] URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Op. Cit.* p.75.

Diante do cenário acima descrito, é possível afirmarmos que novas críticas e novos regulamentos surgirão no Direito Norte-Americano, mas é inconteste que a forma pioneira e inédita como é tratada a responsabilidade dos entes coletivos neste país funciona como um parâmetro e serve de inspiração para sua implementação em outros países do ocidente.

Os norte-americanos notaram que a necessidade política de combater a criminalidade da empresa é sempre mais urgente. As diversas formas de atividade empresarial, muitas vezes a serviço do crime organizado ou até mesmo do terrorismo, geram patologias em escala internacional, expondo a perigo e lesionando bens individuais e coletivos com um número indeterminado de vítimas.[215]

A resposta a essas patologias tem acontecido a nível internacional, com a elaboração de uma série de normas, resoluções, recomendações e convenções onde os Estados se comprometem a introduzir em seus ordenamentos a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de forma autônoma das pessoas físicas, reduzindo os espaços de impunidade para a criminalidade das empresas.

Apesar de todas as controvérsias ideológicas e dificuldades dogmáticas, esse impulso internacional também chegou no Brasil, levando a adoção expressa na Constituição Federal de 1988 dessa nova forma de responsabilidade penal. A experiência internacional com criminalidade dos entes coletivos deve servir como ponto de partida para uma reflexão sobre a forma de trabalharmos com essa responsabilidade.

4.4 A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil

Muitos países adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além do Brasil, Estados Unidos e Inglaterra, outros como Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, China e Japão também cederam a tendência do Direito mundial e regulamentaram essa nova forma de responsabilidade penal. Alguns países como a Alemanha, Itália e Bélgica não cederam a pressão internacional, sendo que

[215] MARINUCCI, Giorgio. *La Responsabilidade de las personas jurídicas. Um bosquejo Histórico-dogmático. Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat.* Madrid: Edisofer, 2008. p. 1175.

a Alemanha adotou uma espécie de Direito penal-Administrativo para punirem a pessoa jurídica, algo parecido com o antigo modelo espanhol.[216]

Na Espanha o Novo Código Penal, reformado pela Lei Orgânica 5/2010, em vigor desde 24.12.2010, adotou de forma expressa um sistema jurídico penal com a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os entes dotados de personalidade jurídica, e estabeleceu em seu art. 31 bis.

> *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.*

No Brasil, o Código Penal brasileiro de 1890 adotou o modelo de responsabilidade individual em seu artigo 25. Porém, no artigo 103, P. único, o legislador admitiu a dissolução da pessoa jurídica quando esta era utilizada para a prática de crimes, sendo uma espécie de pena que atingiria os sócios que praticassem delitos através da empresa.

Na consolidação das leis penais aprovada pelo Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932, foram repetidos os mesmos dispositivos do Código de 1890, sem qualquer alteração significativa.

O Código Penal de 1940 e sua posterior reforma de 1984 não fizeram qualquer menção a pessoa jurídica. A mudança de paradigma só ocorre em 1988, quando a Constituição Federal, nos artigos 173§5º e 225§3º, admite de forma expressa a sua criminalização, deixando para o legislador ordinário a tarefa de regulamentar os critérios dessa responsabilização.

A redação do art. 225, § 3.º é mais direta quando comparado a do artigo 173 §5º, pois na tutela do ambiente natural, a Constituição equiparou as pessoas jurídicas às físicas, ambas sujeitas a sanções penais e administrativas. O legislador ordinário está obrigado a criminalizar e estipular as sanções penais cabíveis às pessoas jurídicas que praticarem crimes ambientais, por força de norma constitucional expressa, não deixando margens para ulteriores discussões ou deliberações.

---

[216] GALVÃO, Fernando A. N. da Rocha. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. Belo Horizonte**:** Del Rey, 2003. p.2.

No artigo 173, §5º a Constituição Federal não foi explícita como no dispositivo supracitado, mas permitiu que a legislação infraconstitucional estipulasse sanções penais cabíveis para a pessoa jurídica na chamada criminalidade econômica, ou seja, crimes contra a ordem econômica, financeira e economia popular.

O fato de a Constituição Federal prever a responsabilidade penal dos entes coletivos nessas duas hipóteses, não impede que o legislador ordinário regulamente outras situações, uma vez que não há comando constitucional em sentido contrário. Ademais, nos dias atuais, onde a atividade empresarial atinge nível globalizado, com a integração de mercados e da economia, com a realização de diversas operações complexas que movimentam grandes volumes de recursos e capitais, eventual ação criminosa lesionaria bens transindividuais capazes de gerar vítimas massivas, fatores que legitimam a tutela penal em várias outras direções.

As alegações voltadas à desnecessidade de intervenção penal, ou a preferência pelo Direito Administrativo no trato da pessoa jurídica não se justificam mais. O Direito Penal e o Direito Administrativo são as duas formas de o Estado sancionar, exercendo seu poder punitivo. A escolha sobre qual dos dois utilizar decorre de uma decisão político-criminal, independente de qualquer aspecto dogmático.

A opção pelo Direito Penal, como forma de tutelar determinado fato lesivo, decorre do poder comunicativo que ele possui que é bem mais contundente que os demais ramos do Direito, uma vez que ele traz consigo um juízo de reprovação ético e moral do fato, o que pode ser aplicado inclusive nas pessoas jurídicas.

A falta de legislação sobre os critérios mínimos de verificação da culpabilidade empresarial e de mandamentos organizacionais às pessoas jurídicas traz alto grau de insegurança na aplicação do instituto. É necessário superamos as alegações de inconstitucionalidade e direcionarmos os debates para os critérios utilizados para a sua efetiva aplicação, principalmente a forma de imputação, a compatibilização dos princípios da culpabilidade, individualização das penas, e as regras processuais procedimentais.

O indivíduo e os entes coletivos são distintos, exigindo que os conceitos de ação, culpabilidade, finalidades da pena, persecução criminal também sejam elaboradas em bases distintas. A punição da pessoa jurídica não se relaciona a ideia de castigo, mas sim de incentivar a implementação de programas de cumprimento normativo e prevenção de delitos. A adoção dos

mesmos critérios de responsabilização individual para os entes coletivos é insuficiente e muitas vezes tornam-se desastrosos.

A expansão do poder punitivo preconizado pelo Direito Penal nas sociedades contemporâneas é uma realidade, ainda que indesejada para muitos. Porém no Brasil, as resistências a essa expansão estão produzindo um resultado extremamente prejudicial, pois além da discricionariedade judicial que gera uma enorme insegurança jurídica nos processos criminais, a edição de normas administrativas extremamente punitivas é prejudicial à defesa dos interesses da empresa.

Nesse contexto, o legislador ordinário acaba cedendo às críticas e as alegações de inconstitucionalidades e edita normas administrativas com alto grau punitivo, como as leis 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência) e 12.846/13 (lei anticorrupção), que acabam sendo bem mais gravosas que uma norma penal, pois preveem a responsabilidade objetiva da empresa, sem qualquer garantia típica de uma persecução criminal.

De forma contraditória, aqueles que negam a possibilidade de pessoas jurídicas violarem normas jurídicas e serem, portanto, merecedoras de um juízo de reprovação penal, reconhecem que a complexa organização da pessoa jurídica é um ambiente propício para a pratica de delitos pelas pessoas físicas que integram a estrutura empresarial. Mas ainda assim, reafirmam que a responsabilidade penal é dos sócios, e não da pessoa jurídica, que se submeteria apenas a sanções administrativas.

As alegações de falta de capacidade de ação e a ausência de culpabilidade, características próprias dos seres humanos que embasam a responsabilidade penal individual e que seriam incompatíveis com um ente abstrato, criam um obstáculo quase instransponível para o avanço legislativo no trato da pessoa jurídica.

Apesar da resistência, várias teorias foram desenvolvidas pela doutrina na tentativa de superar esses obstáculos dogmáticos, merecendo destaque a teoria da ação institucional, que tem no penalista argentino David Baigún um dos seus maiores expoentes. Essa teoria surgiu da necessidade de se compatibilizar a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica com a dogmática penal, conceituando-se vontade e a ação dela resultante em um plano sociológico, e não mais em um plano metafísico, enquanto vontade individual inerente ao ser humano.

Propõe David Baigún que os elementos do crime - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade- devem se ajustar à natureza específica da ação institucional, retirando desses

elementos as notas de subjetividade próprias da pessoa física. Assim, a adequação da ação institucional ao tipo penal não necessitaria do dolo tradicional, enquanto a antijuridicidade permaneceria inalterada. Já a culpabilidade perderia o seu sentido, vez que ausente a capacidade de culpabilidade, categoria elaborada a partir da psique humana.[217]

Nesse contexto, conclui o autor que a responsabilidade penal do ente coletivo surge como consequência jurídica da ação institucional confrontada com o tipo e a antijuridicidade, aplicando-se aos entes coletivos as penas compatíveis com a sua própria natureza. A necessidade de se criar um novo sistema teórico para solucionar os conflitos que envolvem a atividade delitiva praticada pelas pessoas jurídicas, esclarecendo que esse subsistema do direito penal não poderia se afastar totalmente da dogmática da teoria do crime tradicional, mas apenas adaptar os seus conceitos e princípios a essa nova realidade.[218]

Giampaolo Smanio considera necessária a adoção do sistema de dupla imputação no Direito Penal, sendo que, em relação às pessoas físicas, não haveria mudança, devendo ser aplicado o sistema penal tradicional, com os seus próprios conceitos e garantias individuais e, quanto às pessoas jurídicas, poderiam ser estabelecidos novos contornos jurídicos de tal forma a se criar um novo sistema, rápido e eficaz, conforme exige a realidade da criminalidade empresarial.[219]

O autor, citando David Baigún, considera que a ação praticada pela pessoa jurídica, denominada de ação institucional, tem natureza diversa da praticada pelos seres humanos, razão pela qual o dolo e a tipicidade devem ser analisados de forma diferenciada. Essa ação institucional resulta da conjugação da ação de cada participante e da própria instituição, que pode apresentar um resultado diferente da vontade de seus próprios representantes.[220]

A noção de dolo e culpa, enquanto elementos subjetivos do tipo penal, estão demasiadamente vinculados a noção de responsabilidade individual, ao ponto que a sua aplicação no âmbito da pessoa jurídica constitui uma questão tão complexa, que Fernando Torrão chega a afirmar que só há duas soluções possíveis para esta problemática: ou se constrói uma dogmática para a criminalidade de empresa "em que não têm lugar as figuras do dolo e da negligência por se

---

[217] BAIGÚN, David. Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación: responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: _____ et al. (Coords.). *De las penas:* homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. p. 28-29.
[218] Ibidem. p. 28-29.
[219] SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 123 e ss.
[220] Ibidem.

entender que a sua natureza se não compatibiliza com a natureza da pessoa coletiva" , ou se considera esses elementos como indispensáveis à configuração da responsabilidade coletiva, "provindo, necessariamente, das pessoas físicas que participaram do fato típico"[221]

Em relação a culpabilidade, mesmo para as pessoas físicas já existe grande dificuldade de estabelecer seus parâmetros e sua definição, o que para as pessoas jurídicas é tarefa ainda mais árdua, uma vez que esta não possui o substrato psicológico da culpabilidade. Sem contar que as limitações constitucionais relacionadas ao princípio da culpabilidade estão estritamente relacionadas a pessoa humana, não podendo ser aplicado à pessoa jurídica, pelo menos não nos mesmos termos.

Diversas construções teóricas foram elaboradas, seja para construção de um conceito uma culpabilidade empresarial distinta da individual, seja realizando a mera transposição conceitual, ou até mesmo dispensando a culpabilidade como um critério de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A premissa de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não encontra sua legitimidade na culpabilidade é defendida por Bernd Schünemann. O jurista alemão entende que é impossível aplicar o princípio da culpabilidade, na sua concepção tradicional, à pessoa jurídica, devendo ser buscada outra forma de legitimação, que para ele deve se apoiar no estado de necessidade do bem jurídico. O decisivo para a criminalidade de empresa não é a vontade individual, mas sim a "atitude criminal coletiva", ou seja, o espírito de grupo que se estabelece em uma empresa econômica, e que anima os membros da corporação a praticarem, no âmbito da atividade empresarial, comportamentos lesivos a bens jurídicos que seriam incapazes de realizar na sua esfera de vida privada.[222]

Hafter é considerado um dos primeiros autores que se preocupou em elaborar um conceito autônomo de culpabilidade da pessoa jurídica. Em sua proposta, ele entende que a pessoa jurídica possui uma vontade especial que não se confunde com a dos indivíduos que a compõe. Essa consciência especial é que permitiria lhe qualificar como culpável. A atuação da pessoa jurídica

---

[221] TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere potest?:* da responsabilidade individual e coletiva nos crimes de empresa. Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 348.

[222] SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. In: _____. *Obras.* Vv 2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 123- 124.

só será culpável quando emanada de decisão conjunta de seus órgãos, mas jamais das vontades individuais de seus componentes.[223]

Diferente de Hafter, Busch parte da premissa da existência de espírito normativo da pessoa jurídica que se expressa na ação delitiva. Este espírito se produz entre todos os seus membros que constroem uma moral na comunidade organizada, de forma que todos os seus integrantes devam atuar para evitar um espírito normativo contrário ao direito, trazendo uma suposição de infração de deveres por todos os componentes do ente coletivo, permitindo que sua atividade apresente um caráter delitivo.[224]

Várias décadas após, outro jurista alemão, Schoth, trouxe o conceito de culpabilidade funcional do órgão, onde a empresa teria capacidade de ação derivada de seus componentes, compreendida como a capacidade de imputar como própria as ações daqueles indivíduos que compões suas estruturas ou que estejam autorizados para por ela atuar, capacidade próxima a capacidade de ação natural do indivíduo. [225]

O finalista Hans Joachim Hisch avança na distinção entre a culpabilidade corporativa e a mera soma da culpabilidade dos indivíduos que compõe a sua estrutura empresarial. Enquanto a culpabilidade coletiva está proibida pelo Direito Penal, o mesmo não se pode dizer da culpabilidade da pessoa jurídica que não se confunde com a culpabilidade de seus componentes. O conteúdo de sua culpabilidade daquela consistiria na evitabilidade do fato, que na estrutura empresarial se traduz na evitabilidade das deficiências na seleção e supervisão de suas representantes outras falhas organizativas, uma política empresarial criminógena, etc.[226]

A elaboração teórica de Tiedemann surgiu a partir da interpretação da legislação alemã de contravenções administrativas que estabelecia sanção pecuniária as empresas. Na discussão sobre a natureza jurídica dessa sanção, o autor reelaborou o conceito de culpabilidade das pessoas jurídicas.[227]

Como a noção de culpabilidade nas infrações administrativas é menos rigorosa quando comparada a infração penal, Tiedmann recorreu a categorias socais e jurídicas para fundamentá-la, se afastando da reprovação ética. Assim desenvolveu o conceito de culpabilidade por defeito

---

[223] GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidade penal (própria) de la persona jurídica: Reto para la teoria, necesidad para la práctica. In: SANCHES, Jesís-María Silva; LLINHARES, Fernando Miró. *Teoria del Delito em la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 515.
[224] Ibidem. p.517.
[225] Ibidem. p.517.
[226] GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Op. Cit.* p.518.
[227] Ibidem. p.523.

da organização, que apresenta como ponto central a ideia de uma deficiência organizativa na empresa que abriria espaços para a prática delitiva, colocando o ente coletivo na posição de garante, de forma que deva se organizar para evitar a prática de crimes.

Essa teoria considera que os fatos realizados pelos indivíduos que a compõe serão considerados da própria pessoa jurídica se produzidos como consequências de sua deficiência organizativa, recorrendo de certa forma, as teorias da omissão e da *actio libera in causa*. Essas referências fizeram com que sua teoria fosse objeto de críticas, por estarem ligadas a uma responsabilidade pelo fato alheio, além de equiparar culpabilidade ao tipo objetivo.[228]

Carlos Gomez-Jara Díez não elaborou um conceito análogo de culpabilidade individual, mas uma concepção funcionalmente equivalente e fundada na autorresponsabilidade empresarial ou heterorresponsabilidade, se afastando de aspectos inerentes a pessoa física integrantes de sua estrutura. O autor formula uma concepção de responsabilidade penal sem que isso traga como consequência a necessária exclusão da responsabilidade individual, uma vez que terão fundamentos autônomos.[229]

O autor reconhece que a empresa constitui um sistema organizativo que se compõe e se reproduz por meio de suas próprias decisões, construindo sua própria realidade que a torna independente do seu contorno social e humano. Tal como a capacidade de ação, a capacidade de organização significa que as empresas estão dotadas de liberdade, e como tal, podem optar em respeitar ou não a norma. Tais características lhe permitiria reconhecer na empresa uma cidadania corporativa, institucionalizando uma cultura de fidelidade ao Direito.

Pelo reconhecimento dessa liberdade de autorregulação empresarial, como expressão da sua auto reflexividade, a empresa teria o dever de controlar e gerir os riscos advindos de sua atuação, fator que justificaria imputar-lhe responsabilidade pelas consequências da atuação da pessoa jurídica. Assim como o indivíduo, a empresa possui liberdade para manter-se nos limites do risco permitido.

No modelo complexo construído pelo autor, o defeito da organização não será fundamento da culpabilidade empresarial, mas constituirá o injusto da pessoa jurídica, cuja responsabilização exigirá ainda, da verificação da culpabilidade traduzida como a ausência de ética empresarial ou de uma cultura de cumprimento da legalidade.

---

[228] Ibidem. p.526.
[229] Ibidem. p.529 e ss.

Desse modo, ao trazer a ideia de autorregulação, o autor acaba estabelecendo bases para aquilo que posteriormente seria conhecido *compliance*- medidas adotadas pela empresa com a finalidade de se organizar e impedir a prática de crimes, bem como a adoção de em sua atividade, de uma cultura ética.[230] A relação entre programas de *compliance* e a culpabilidade empresarial, parece ser o caminho ideal para solidificação dessa responsabilidade penal, pois além de se relacionarem com os modelos teóricos que pretende construir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, os modelos de *compliance* atende a outro aspecto inafastável da culpabilidade, que é a limitação do poder punitivo estatal.

A construção de um sistema de responsabilidade penal específico para os entes coletivos deve partir da premissa de que as pessoas jurídicas, por serem sujeitos diferentes, necessitam de um Direito Penal distinto daquele aplicado às pessoas físicas, com formas de imputação direta de responsabilidade penal coletiva, o que pressupõe a adequação dos conceitos e princípios tradicionais às características da empresa e ao seu caráter coletivo e supra individual.

Mercedes García Arán afirma que ao invés de se resignar com a impossibilidade de se incluir as pessoas jurídicas nas categorias subjetivas da dogmática penal tradicional, sob o argumento de que não teriam capacidade de ação e de culpabilidade, negando-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ou admitindo-a apenas de forma subsidiária, deve-se buscar a aplicação de procedimentos distintos de imputação penal às empresas, levando-se em consideração as suas peculiaridades.[231]

Para García Arán, a adoção de um sistema de responsabilização penal das pessoas jurídicas deve partir de duas considerações prévias: 1) os conceitos aplicáveis às pessoas jurídicas não são exatamente iguais aos aplicáveis às pessoas físicas, de modo que a discussão em torno da natureza desta responsabilidade – se constitui verdadeiramente uma responsabilidade penal ou não – não pode partir de uma comparação/equiparação de conceitos, pois não se pode pretender comparar conceitos que necessariamente, pela própria natureza do sujeito penal, não podem ser equivalentes; 2) o direito penal aplicável às pessoas jurídicas será um direito penal distinto do

[230] SIEBER, Ulrich. *Programa de compliance en el derecho penal de la empresa*: nna nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Tirant lo Banch, 2013. p. 64.

[231] GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (Dir.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Coruña: Universidad de Coruña, 1998. p.50.

tradicional, mas deve ter “algo” de direito penal, pois do contrário não se estará aplicando um direito penal distinto, “mas algo distinto do direito penal” [232]

Porém, a adoção de um modelo de responsabilidade penal com dupla imputação não poderia subordinar a responsabilidade penal da pessoa jurídica à da pessoa física que age em nome da empresa, pois acabaria retirando a autonomia da imputação penal coletiva. Tal interpretação conduziria ao esvaziamento das normas penais frente às grandes corporações, pois não raro, as pessoas físicas se valem da complexa estrutura organizacional das empresas para se esquivarem da aplicação da norma penal. Trata-se de um apego extremado aos parâmetros conceituais do Direito Penal clássico, calcados na responsabilidade individual, tornando a criminalização da pessoa jurídica uma simples complementação dos efeitos da reação dirigida à pessoa física.

Na lei 9.605/68 o legislador tratou da responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma superficial, estabelecendo no seu artigo 3º elas serão “responsabilizadas nos casos em que a infração ambiental seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. A redação legal não deixou muito espaço argumentativo para a análise dos defeitos organizacionais da estrutura empresarial, característica peculiar do reconhecimento da sua culpabilidade.

Ademais, quando tratou das causas de diminuição de pena no artigo 14, o legislador deixou de sedimentar as bases de um *compliance*, pois a comunicação prévia e a colaboração com as autoridades mencionadas em seus incisos foi muito genérica, sem referências a autorregulação da empresa criminosa, perdendo a oportunidade de elaborar dispositivos legais que dariam maior sustentabilidade a responsabilidade empresarial.

Apenas em 2013 a lei 12.846, em seu artigo7º, VII, introduziu no país de forma tímida o *compliance*. Mas ainda assim, o fez utilizando expressões genéricas e sem pormenorizar quais seriam os mecanismos e procedimentos adotados para atenuar a punição administrativa aplicada na pessoa jurídica. Não há qualquer referência legal a isenção ou atenuação da culpabilidade penal, realidade distinta dos países que adotaram a responsabilidade penal dos entes coletivos.

[232] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Sanción de las personas jurídicas en el código penal español y propuestas de reforma. In: URQUIZO OLAECHEA, José; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coords.). *Dogmática penal de derecho penal económico:* homenaje a Klaus Tiedemann. Lima: Universidad de San Martín de Porres - Fondo Editorial, 2011. p.130

Também não existe previsão legal sobre a possibilidade de elaboração de acordos pré-processuais entre o Ministério Público e a pessoa jurídica capazes de excluir sua responsabilidade penal, nos moldes no modelo norte americano de justiça negocial, desde que implementado modelos de prevenção de delitos, conforme ocorreu no *Guidelines* mencionado no item 4.3.

A pouca legislação nacional que trata da matéria é extremamente vaga e parece refletir a resistência doutrinária em romper os paradigmas do Direito Penal Clássico e adotar essa nova forma de responsabilidade penal típica do Novo Direito Penal produto da expansão penal.

Nesse contexto, antes da edição da lei 9.605/98, tomando como parâmetro temporal a Constituição Federal de 1988, é perceptível essa resistência em aceitarmos a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma autônoma e independente da pessoa física, seja negando a tutela penal de bens coletivos, seja apontando a incompatibilidade com a característica do Direito Penal garantista ser a *ultima ratio*, ou ainda apontando o Direito Administrativo como a melhor opção para tratar eventuais conflitos.

Somente em 2013 o Supremo Tribuna Federal, por maioria de votos, em decisão inédita, através da sua Primeira Turma, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física.

A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental cometido no ano de 2000, no Paraná. Segundo o voto da Ministra Rosa Weber, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que condicionou a responsabilidade da pessoa jurídica a da pessoa física, violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expresso, previsto no artigo 225, parágrafo 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas.

Para a relatora do Recurso Extraordinário nº 548.181, a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a responsabilidade penal, como fez o Superior Tribunal de Justiça ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física. A Ministra afastou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a persecução penal de pessoas jurídicas só é possível se estiver caracterizada ação humana individual. De acordo com seu entendimento, nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos.

Prossegue a Ministra relatora afirmando que a dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física. A exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional. A ausência de critérios de imputação da pessoa jurídica não levaria a simples transposição dos critérios de imputação da pessoa física aos entes coletivos. "O mais adequado do ponto de vista da norma constitucional será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios." [233]

A decisão deixa clara a dificuldade no trato dessa forma de responsabilidade penal diante das lacunas legislativas até o momento não preenchidas em razão de alegações de inconstitucionalidades e incompatibilidades com os dogmas da responsabilidade individual. A Ministra Relatora sugere que a doutrina e a própria praxe diária dos nossos Tribunais colaborem, na qualidade de fontes do Direito, com a elaboração de critérios adequados para finalmente darmos efetividade as normas constitucionais em apreço.

De todas as críticas e supostas incompatibilidades dogmáticas, a ausência de normas penais e processuais específicas, que acabam levando a utilização de critérios da responsabilidade individual nos entes coletivos, são as que adquirem maior relevância.

Sensível a tendência internacional de criminalizar a pessoa jurídica, o artigo 41 do projeto de lei 236/12 (novo código penal) trata de forma expressa da sua criminalização. Porém, o legislador não propôs soluções para os entraves dogmáticos apontados como impeditivos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, ele apenas reafirmou a opção político-criminal de responsabilizar o ente coletivo.

Estabelece o art. 41 do projeto de novo código penal:

art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física

[233] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Apesar do projeto reforçar a opção político criminal já expressa na Constituição Federal de 1988, a legislação não trará grandes avanços no sentido de criar um sistema de responsabilidade penal específico para os entes coletivos. Apesar da doutrina estrangeira estar elaborando teorias refinadas para superar os entraves dogmáticos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, principalmente em relação a culpabilidade empresarial, a legislação brasileira ainda tem um longo percurso pela frente para implementar de forma definitiva essa nova forma de responsabilidade.

CONCLUSÃO

1- A Responsabilidade penal da pessoa jurídica não é novidade na história do Direito, mas o tema é extremamente relevante diante dos embates que surgem entre a dogmática clássica do Direito Penal calcada na responsabilidade individual e seus aparentes obstáculos teóricos que dificultam a responsabilidade do ente coletivo.

2- A dogmática não pode servir de impeditivo às novas demandas sociais que aparecem na sociedade contemporânea, principalmente quando surge um novo protagonista neste cenário, cuja atuação é difusa e a capacidade de lesionar bens jurídicos coletivos é tão significativa e dotada de danosidade tão intensa, que faz que a esfera administrativa seja insuficiente para sancionar sua atuação.

3- A crise na teoria do bem jurídico penal de forma que esta não exerça mais a sua tradicional função limitadora do poder punitivo estatal é uma consequência das características da sociedade contemporânea que não pode de forma alguma ser comparada a sociedade dos séculos XVIII e XIX, onde o delito atingia apenas bens individuais cujo alcance territorial era limitado pela atuação fática do indivíduo no momento do cometimento do crime.

4- As alegações de uma desnecessária expansão criminal na tutela de bens jurídicos coletivos não subsistem diante das complexas relações interpessoais atuais que são marcadas por grande tensionalidade, gerando problemas de ordem econômica, política, ideológicas, entre outros, e promovendo uma gama variada de conflitos de difícil solução.

5- O que fará com que qualquer bem existente se transforme em um bem jurídico penal é um processo de escolha legislativa que perpassa por escolhas políticas inseridas num contexto social, econômico e histórico de uma determinada sociedade numa dada época, seja este individual ou transindividual.

6- Seja trabalhando com a noção de bens jurídicos coletivos ou ainda adotando a ideia de Jakobs que afirma que o fundamento do Direito Penal não é tutela de bens jurídicos, mas a manutenção das expectativas normativas, as vertentes de criminalização devem se coadunar com o quadro de valores constitucionais previamente estabelecidos e que muitas vezes trazem mandados expressos de criminalização.

7- A necessidade de uma nova dogmática jurídico-penal que acolha a responsabilização da pessoa jurídica, que tutele bens transindividuais, que supere antigos paradigmas criminais será de suma importância para ajustarmos o modelo punitivo aos novos problemas que surgiram com as modernas relações interpessoais e às imposições Constitucionais expressas.

8- Essa mudança de paradigma sugerida no Direito Penal deve servir de inspiração para o Processo Penal que não pode mais apresentar apenas um único modelo, adequado e pertinente aquele Direito Penal centrado na tutela de bens individuais. A criação dos espaços de acordos na justiça criminal, com a introdução de mecanismos negociais, tem introduzido vários institutos processuais importantes no enfrentamento dessa criminalidade contemporânea, atribuindo-lhe mais funcionalidade e eficiência.

9- O Processo Penal deve ser municiado com novas ferramentas aptas e enfrentar a criminalidade atual, praticada muitas vezes por corporações transnacionais, com quedas de barreiras legais, com tecnologias de ponta, capazes de causar graves violações ambientais e socioeconômicas. Esta criminalidade que extrapola os limites de bens individuais e exige uma nova abordagem do Processo Penal.

10- A necessidade política de combater a criminalidade da empresa, que é sempre mais urgente quando comparada com a individual, considerando as diversas formas de atividade empresarial existentes foi prontamente constatada pelos norte americanos, cujo tratamento penal e processual penal da pessoa jurídica servem de parâmetros e inspiração.

11- A ausência de legislação sobre os critérios mínimos de verificação da culpabilidade empresarial e de mandamentos organizacionais às pessoas jurídicas traz alto grau de insegurança jurídica. É imprescindível superamos as alegações de inconstitucionalidade e direcionarmos os debates para os critérios utilizados para a sua efetiva aplicação, principalmente a forma de imputação, a compatibilização dos princípios da culpabilidade, individualização das penas, e as regras processuais procedimentais.

12- A legislação brasileira reflete essas resistências não regulamenta de forma suficiente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, editando normas administrativas com alto grau punitivo, que acabam sendo bem mais gravosas que uma norma penal, pois preveem a responsabilidade objetiva da empresa, sem qualquer garantia típica de uma persecução criminal.

13- A ausência de normas penais e processuais específicas para a pessoa jurídica, conduzem a utilização de critérios da responsabilidade individual nos entes coletivos, o que apenas reforçam os argumentos de incompatibilidade e desnecessidade de tutela penal, formando uma espécie de ciclo argumentativo vicioso, impedindo os avanços na esfera legislativa e doutrinária que a matéria exige.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea Bargaining: *Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal.* 7. ed. São Paulo Saraiva 2006.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Aspectos processuais da Lei n.9605J98, em Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*, Del Rey 2003.

BAIGÚN, David. Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación: responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: _____ et al. (Coords.). *De las penas:* homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, nº. 5, jan. 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas.* Rio de Janeiro: Edipro, 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico penal.* Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2012.

BECK, Ulrich. *Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona: Paidós, 2001.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito Ambiental Contemporâneo.* São Paulo: Manole, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREA, Yuri da Luz. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do Direito penal contemporâneo. *Botelim IBCCRIM*, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do "harm principle":* direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13. n. 159, p. 7-9, fev. 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Coimbra, Portugal: Ed. Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal:* um caso exemplar das relações entre o direito processual e o direito constitucional. v. 2. Porto: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Acordos sobre a sentença em processo penal:* o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

_____. *O Direito Penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência Constitucional Portuguesa.* Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 33. São Paulo: RT, 2001.

_____. O papel do Direito penal na proteção de gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, nº 55. Disponível em: http://www.defensesociale.org/02/9.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992.

DITTON, P.M.; WILSON, D.J. *Truth in Sentencing in State Prisons.* 1999. Disponível em: http://bjs.gov/content/pub/pdf/ tssp.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Processo penal constitucional.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org). *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013*). São Paulo: RT 2009.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra:* Almedina, 2001.

_____. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, São Paulo, v. 3, n.1, p. 253, out. 2017.

FERNANDES, Miguel Bajo. *Tratado de responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Espanha: Ed. Thomson Reuters, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FISHER, George. *Plea bargaining's Triumph:* a history of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FRASE, R. S. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the French do it, how can we fi nd out, and why should we care? *California Law Review,* 78, 1990.

FRASE, R. S.; WEIGEND, T. (1995). German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions? *Boston College International and Comparative Law Review*, 18.

GALVÃO, Fernando. *Política criminal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GALVÃO, Fernando A. N. da Rocha. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. Belo Horizonte**:** Del Rey, 2003.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (Dir.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico.* Coruña: Universidad de Coruña, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal Na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOLDSTEIN, A. S. e Marcus M. Myth of judicial supervision in three inquisitorial systems – France, Italy and Germany. *Yale Law Journal*. v. 87, issue 2, dez. 1977.

GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidade penal (própria) de la persona jurídica: Reto para la teoria, necesidad para la práctica. In: SANCHES, Jesís-María Silva; LLINHARES, Fernando Miró. *Teoria del Delito em la Práctica Penal Económica.* Madrid: La Ley, 2013.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luis. Princípio da Lesividade e Crimes de Perigo Abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, Jul./ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Crime organizado no sistema italiano**.** In: Penteado, J. de C. (Coord.) *Justiça Penal*: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal.* São Paulo: RT, 1999.

GROSSI Ana Cláudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, ano 23, mai./jun. 2015.

HARRIS, Kelsie. *Deal or No Deal:* How Plea Bargaining Has Changed the Course of American Criminal Procedure. Disponível em: http://www.gwsba.com/org/crls/files/2016/05. Acesso em: 05 fev. 2018. p.8.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal:* fundamentos, estrutura política**.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

_____. Crisis y *características del moderno derecho penal. Actualidad Penal. Madrid,* n° 43/22 de 1993.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, n° 08, p. 49, out. 1994.

_____. Processo penal e direitos fundamentais. *Revista Del Rey jurídica,* Belo Horizonte, Ano 8, n° 16, 1º sem. 2006.

IPPOLITO Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* Porto Alegre, 2011.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

JESHECK, Hans Heirich. *Tratado de derecho penal-parte.* Barcelona: Ed. Comares, 1981.

JESUS, Damásio de. Delação Premiada. *Revista Justilex*, Brasília, ano IV, nº. 50, p. 26- 27, fev. 2006.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

_____.On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 15, n. 1, p. 119-127, 1992.

_____. Mixed court and jury court: Could the continental alternative fill the American need?*American Bar Foundation Research Journal*, 1981.

_____. Weinreb. Continental Criminal Procedure: "Myth" and Reality. *The Yale Law Journal* volume 87, Number 8, July 1978.

LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: The practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, v. 33, p. 225, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id= 931669. Acesso em: 10 fev. 2018.

LIMA, Roberto Kant de. Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. *Revista Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.16, n. 1, jun. 2007.

LOBO, Helena Regina da Costa. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. Direito Penal como Crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LUISE, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

MACHADO, Marco Antônio Pinheiro; JOSÉ, Maria Jamile. *Crime Organizado e Terrorismo na Espanha.* In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs). *Crime Organizado:* aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal***.** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARINUCCI, Giorgio. *La Responsabilidade de las personas jurídicas. Um bosquejo Histórico-dogmático. Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat.* Madrid: Edisofer, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Sanción de las personas jurídicas en el código penal español y propuestas de reforma. In: URQUIZO OLAECHEA, José; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coords.). *Dogmática penal de derecho penal económico:* homenaje a Klaus Tiedemann. Lima: Universidad de San Martín de Porres - Fondo Editorial, 2011.

MESSITTE, Peter J. *"Um resumo do processo penal americano."* Lisboa: fundação luso-americana para desenvolvimento, 1997.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de criminología:* introducción y teorías de la criminalidad. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 103, jul./set. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*: Parte General. 3. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998.

NEUMANN Ulfrid. *Bem Jurídico, constituição e os limites do Direito Penal:* Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.São Paulo: Marcial Pons, 2012.

O'HEAR, Michael M. Plea bargaining and procedural justice. Indeed, despite the strenuous objections plea bargaining seems to be growing only more entrenched over time. In: MARQUETTE Law School Legal Studies Paper. No. 07-02 (April 2007). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931669. Acesso em: 10 mar. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal:* uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo.* São Paulo: RT, 2003.

PEGARO, Juan S.A *construção histórica do poder de punir e da política penal.* São Paulo: UNESP, 2010.

PENTEADO, Jaques Camargo. *Delação Premiada.* In: COSTA, José de Faria; SILVA, Antônio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais:* Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Claudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JÚNIOR, Ivo Anselmo. O combate ao crime organizado e ao terrorismo na Inglaterra. In: CARANCE FERNANDES, Antônio. *Crime Organizado:* aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POGGIO SMANIO, Gianpaolo. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdiçã*o. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

PRADO, Luiz Regis**.** *Curso de direito penal brasileiro*: arts. 1.° a 120. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

QUEIRÓS, Gabriel Silveira de Campos. Plea Bargaining e justiça criminal consensual*:* entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal.* 2012, v. 3, n. 2, p. 1-26.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Paraná, v. 46, n. 0, p. 101-110, fev. 2007.

RICHARD S. Frase and Thomas Weigend. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 18, Issue 2, Boston, 2002**.**

RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário:* A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Rio de Janeiro: Nuria Fabris. 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tomo 1. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

_____. Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individidual.* São Paulo: RT, 2001.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* Lisboa: Vega Universidade, 1996.

SANTOS, Marini Barbeiro. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas.* Rio de Janeiro, Forense, 1992.

SANDEFUR, Timothy. In: *Defense of Plea Bargaining. Regulation*, v. 26, n. 3, p. 28-31, Fall, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=511302. Acesso em: 05 mar. 2018.

SHECCAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação**.** *In:* GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal.* São Paulo: RT, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Crisis del procedimento penal?: Marcha triunfal del procedimento penal americano em el mundo?. *Jornadas sobre la "reforma del derecho penal em alemania",* Madrid, 1991.

_____. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. In: _____. *Obras.* Vv 2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SIEBER, Ulrich. *Programa de compliance en el derecho penal de la empresa*: nna nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Tirant lo Banch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: RT, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos.* São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: *INOVAÇÕES do Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América:* sentimentos e opiniões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere potest?:* da responsabilidade individual e coletiva nos crimes de empresa. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas:* the American Way. Montevideo: Ed Valencia, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: Descrição do Avanço da Barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, núm. 147, 2016, p.20.. Disponível em: http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv. Acesso em: 05 mar. 2018

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 893, 2010.

YAROSHEFSKY, Ellen. Ethics and plea bargaining What's Discovery Got to Do With It?. *Criminal Justice*, v. 23, n. 3, Fall 2008. American Bar Association.

YUE Ma. *A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada.* (Artigo publicado originalmente com o título de "Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: a Comparative Perpective" na International Criminal Justice Review, Volume 12, 2002, p. 22-52.) (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Traduzido do inglês por Adauto Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado. Publicação Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro.* v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Tratado de Derecho Penal:* parte ceneral. Buenos Aires: Ediar. 1981.

_____. *Tratado de Derecho Penal:* parte ceneral. Buenos Aires: Ediar. 1981.