

F383	<p data-bbox="485 1264 792 1289">Ferreira, Ana Gabriela Souza,</p> <p data-bbox="485 1293 1192 1402">Justiça restaurativa aplicada à pessoa jurídica: uma proposição de alternativa eficaz para responsabilização penal da corporação no direito penal ambiental / por Ana Gabriela Souza Ferreira. – 2015. 110 f.</p> <p data-bbox="485 1436 1105 1520">Orientadora: Profa. Dra. Selma Pereira de Santana. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.</p> <p data-bbox="485 1579 1192 1663">1. Justiça restaurativa. 2. Pessoa jurídica. 3. Crime contra o meio ambiente 4. Direito penal. I. Universidade Federal da Bahia</p> <p data-bbox="1057 1696 1166 1726">CDD- 364</p>
------	---

ANA GABRIELA SOUZA FERREIRA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA À PESSOA JURÍDICA:
Uma Proposição de Alternativa Eficaz para Responsabilização Penal da
Corporação no Direito Penal Ambiental**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 08 de abril de 2015.

Banca Examinadora

Selma Pereira de Santana - Orientadora _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Universidade Federal da Bahia.

Sebastian Mello de Albuquerque _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia.

Yuri Carneiro Coelho _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal do Tocantins.

A Fernando Santana Rocha, sem o qual o direito penal seria somente mais uma paixão irrealizável. Por tudo o que me ensinou a questionar.

AGRADECIMENTOS

Agradecer, neste momento, parece mais significativo que há dois anos. Talvez porque, após algumas situações, a gratidão se mostre mais valiosa do que se houvera pensado. Como não agradecer ao perceber que, sem algumas forças externas, sem o amor imponderável, não seria possível continuar? No decorrer do curso, no meio da tentativa de construção de um caminho, ainda na fase da vida em que “a ladeira é de subida”, me descobri com uma doença crônica que debilita e exaure corpo e mente, causando uma sensação de impotência imensa.

Por tudo o que passei neste último ano, por todas as dores(literalmente) sentidas, por tudo o que vivenciei e pelo crescimento espiritual, acima de tudo, tenho que agradecer. E o faço com amor sobrando no peito. Agradecer é uma forma de amar. Então, oferto um pouco de amor aos que aqui menciono.

À minha tríade amorosa, minha bisa, minha mãe e minha irmã, sem as quais não estaria sequer de pé. Por tudo o que passamos, em especial no último ano, por tudo o que só vocês viram meu corpo penar e minha alma sentir, por serem as mãos que me levantaram depois que eu já não tinha forças, agradeço e agradecerei em cada conquista que houver em minha vida. E, em especial, aqui, reitero, minha mãe. Sem você, eu não estaria de pé. Não haverá gratidão suficiente traduzida.

Ao meu amado professor Fernando Santana Rocha, por desde sempre ser aquele que despertou em mim as inquietações e os ideais de uma justiça efetiva. Pelo seu exemplo e seu carinho, pelas ideias e discussões, pelo ser humano generoso que é.

Ao meu professor e amigo Sebastian Mello de Albuquerque, por toda a paciência, todo o apoio, todas as discordâncias, todas as opiniões e estímulos, por todo o afeto. Por todo o carinho não somente quanto às minhas dúvidas acadêmicas, mas nas dúvidas de vida.

À minha orientadora, Selma Santana, por todo o auxílio e carinho. Por ter aceitado o projeto que escolhi, pela liberdade no processo de criação, pelo enriquecimento adquirido no convívio e pela confiança que demonstrou em mim.

Ao meu companheiro, parceiro, amigo, amor, meu admirado homem, por tudo de bom que vem despertando em minha alma, desde nossos primeiros momentos. Por ser, através da própria prática, um indivíduo que me inspira a ser o melhor de mim a cada nova atribuição. Por ser catalisador de saltos de consciência e do desejo de crescer mais, de ser ainda mais. Por ter, desde o início, sido uma fonte de energia para o desenvolvimento deste trabalho. Por todo o estímulo e o cuidado. Por estar aqui, segurando minha mão.

À minha irmã Ingrid, a quem sempre agradecerei a cada nova conquista de minha vida, sem precisar de muita justificativa, já que o amor devotado faz qualquer especificação parecer pequena.

Ao meu médico, “Dr. Myiagi”, que me trata e cuida não só de minhas algias, mas de um projeto de vida. Por iniciar a “alforria” de meu corpo físico e mental dos sintomas que há tanto tempo me incomodavam aparentemente sem razão. Por haver sido a ponte para um processo de revisão de parâmetros de vida e ser mais que um médico, também um mentor, cujo cuidado possibilitou que eu tivesse forças para terminar este ciclo e iniciar outros em minha carreira.

A Héliide Borges, que entrou em minha vida como um “instrumento” de mobilidade profissional, mas se tornou uma alma materna, catalisadora de mudanças pessoais, um abraço reconfortante e uma imensa inspiração, por seu bom humor, sua alma jovem e romântica e sua força, a cada dia.

A Deus, que atuou através de cada um aqui mencionado.

*Também se pode ser feliz
assim, mas quando se chega a
conhecer o outro, torna-se
impossível seguir o caminho da
maioria. O caminho da maioria é
fácil, o nosso é penoso.
Caminhemos.*

Herman Hesse.

FERREIRA, Ana Gabriela Souza. **Justiça Restaurativa Aplicada à Pessoa Jurídica: Uma Proposição de Alternativa Eficaz para Responsabilização Penal da Corporação no Direito Penal Ambiental.** 2015. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RESUMO

O presente trabalho pretende propor uma aplicação do paradigma restaurativo às ofensas perpetradas pela pessoa jurídica, em especial nos crimes ambientais. Para tanto, realizamos um estudo acerca das modificações no pensamento criminal hodierno, em conjunto com sua atual sistemática de aplicação das penas, abordando a defasagem do programa penal comum diante das novas teias de relações sociais decorrentes da globalização. A pesquisa se orienta pela hipótese de utilização da Justiça Restaurativa no trato das ofensas perpetradas pela pessoa jurídica, que possuem como vítima imediata a própria comunidade lesada, através de artifícios da diversão penal, possibilitando-se uma efetivação das sanções em seu caráter restaurador e modificativo das relações entre empresa e comunidades afetadas pelo delito.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Penal Econômico; Justiça Restaurativa; Pessoa Jurídica; Crimes Ambientais

FERREIRA, Ana Gabriela Souza. **Justiça Restaurativa Aplicada à Pessoa Jurídica: Uma Proposição de Alternativa Eficaz para Responsabilização Penal da Corporação no Direito Penal Ambiental.** 2015. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ABSTRACT

The present paper aims to present an application of restorative paradigm to offenses committed by corporations, particularly at environmental crimes. Thus, we performed a study of the changes in hodiernal criminal thinking, with its current systematic application of penalties, approaching the inconsistency of the ordinary penal program when its confronted to the new social relationships resulting from globalization. The research is guided by the hypothesis of use of restorative justice in dealing with offenses perpetrated by legal entities, which have as immediate victims the aggrieved community, through devices of criminal diversion. It enables a realization of penalties on it's restorer and modificatory character when it is applied to relation between companies and communities affected by crimes.

Keywords: Criminal Law; Corporative Criminal Law; Restorative Justice; Corporation; Environmental Crimes

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
Objeto de Estudo.....	13
Hipótese	13
Justificativa.....	16
Metodologia.....	20
Estilo e Conteúdo.....	21
2. A IDEOLOGIA INSURGENTE – CRIMINALIDADE PLURAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	22
2.1 O PERIGO AMBIENTAL E CRIMES VAGOS.....	24
2.2 A FALÊNCIA DAS VIAS COMUNS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS.....	27
2.3 A DERROCADA DO PARADIGMA TRADICIONAL.....	34
3. O DOGMA DA EXPIAÇÃO E O MÉTODO DE RETRIBUIÇÃO.....	37
3.1 SOCIOLOGIA CRIMINAL – A PRECURSORA DOS ROMPIMENTOS..	43
3.2 A PREOCUPAÇÃO COM EFICIÊNCIA À LUZ DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO.....	48
3.3 A EFICÁCIA DO RESULTADO PENAL COMO SOMA DE VALORES.	52
4. A PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA – A MODERNIDADE E O OFENSOR COLETIVO.....	56
4.1 COMO FALAREMOS DE PUNIR A CORPORAÇÃO? A QUESTÃO DA CULPABILIDADE.....	61
4.1.1 A Confusão entre a parte e o todo no Paradigma Subjetivo de Culpabilidade.....	65
4.2 DO DESENVOLVIMENTO DE TEORIAS NOVAS ÀS TEORIAS DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA.....	68
4.2.1 Culpabilidade da Pessoa Jurídica – Um Conceito Possível Numa Realidade Explorável.....	71

5. JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA À PESSOA JURÍDICA – PROPOSIÇÕES PARA UMA NOVA APLICAÇÃO	81
5.1 . CRIMES AMBIENTAIS . O PONTO DE PARTIDA DA APLICAÇÃO	86
5.2 OPERACIONALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO QUANTO À PESSOA JURÍDICA – CONTRIBUIÇÕES.....	94
6. CONCLUSÕES.....	98
REFERÊNCIAS.....	100

Havia um homem apaixonado pelas estrelas. Para ver melhor as estrelas, ele inventou a luneta. Aí, formou-se uma escola para estudar a sua luneta. Desmontaram a luneta. Analisaram a luneta por dentro e por fora. Observaram os seus encaixes. Mediram as suas lentes. Estudaram a sua física óptica. Sobre a luneta de ver as estrelas escreveram muitas teses de doutoramento. E muitos congressos aconteceram para analisar a luneta. Tão fascinados ficaram pela luneta que nunca olharam para as estrelas...

(Rubem Alves)

1. INTRODUÇÃO

OBJETO DE ESTUDO

Qualquer um que se depare com as dissonâncias entre o discurso oficial e a política criminal em voga pode perceber que a ineficácia é traço marcante do paradigma penal comum. As penas aflitivas, de raízes retribucionistas e preventivas, fomentam-se, em especial, nas sociedades em que os direitos sociais¹ não se sustentam, e têm-se demonstrado muito mais ligadas à manutenção do poder de força do Estado e à imobilização de substratos sociais que a qualquer finalidade efetiva associada à sistemática penal, seja na seara de proteção de bens jurídicos, resolução de conflitos, prevenção da criminalidade ou ressocialização do ofensor.

Via de regra, questiona-se a utilidade real de sanções penais numa era em que a diminuição ou mesmo a contenção da criminalidade por vias ordinárias já se verificou, por dados reais, infrutífera. Muitas vezes, o estabelecimento de novas normas penais, com o intuito de reforço das sanções, cujo caráter expiatório é notório, apenas reforça a sensação de insegurança tão disseminada no que Beck denominaria sociedade do risco².

1 Cf. MARTINEZ BUJÁN-PEREZ, Carlos. *Algunas Reflexiones Sobre la Moderna Teoría del "Big Crunch" en la Selección de Bienes Jurídico penales (Especial Referencia al Ámbito Económico)*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña: 2003, p. 954/956.

2 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

Diante da teia de relações macrodinâmicas que se intensificaram no período posterior à globalização, o cidadão moderno possui maior acesso às notícias, à informação e, por isso, tomou consciência de uma série de riscos decorrentes do uso de tecnologias e criações industriais, até então pouco discutidos. A tomada de consciência acerca destes riscos gerou, ao mesmo tempo, uma maior preocupação com a prevenção aos possíveis danos e com um meio de coibi-los ou sanar seus efeitos. Verificam-se novos tipos penais, associados a atos de figuras antes nem sequer consideradas capazes de delinquir, como por exemplo a corporação.

Decorrendo de tal consciência abrangente, verifica-se um maior receio quanto ao crime, maior disseminação midiática sobre a criminalidade (usualmente de forma seletiva, vinculada ao interesse político vigente)³ e o indivíduo é constantemente incentivado a um clamor por novas normas penais. Em contrapartida, este cidadão encontra-se também exposto a um novo modo de operação da criminalidade⁴, mais enredada às teias estruturais do sistema penal, menos noticiada que os crimes ditos violentos, muito embora associada a estes de forma indireta.

Trata-se de uma criminalidade organizada, empoderada e intrinsecamente ligada às esferas de poder, cujas tramas envolvem desde o crime “de rua” às redes de corrupção que o mantêm, muitas vezes até em escala internacional. Envolvem poderio econômico e político e ocultam-se, muitas vezes, pelo excessivo enfoque do direito aos delitos de classes mais baixas da sociedade⁵.

A ramificação expansiva do direito penal, contudo, é uma medida cuja conveniência obedece aos comandos (ou desmandos) de um *processo penal do espetáculo*⁶, em que não se busca uma solução do caso penal a partir da atividade

3 Cf. CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Processo Penal do Espetáculo*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/> Consulta em 14/02/2015.

⁴ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997

⁵ Cf. PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Direito penal econômico: a globalização e as questões controvertidas envolvendo os déficits de sistematização eficiente e o caráter transnacional dos delitos econômicos*. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande: 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1818>. Acesso em: 06/06/2014.

⁶ CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Op cit.*

das partes e encontra-se verdadeira substituição da resolução do conflito pelo discurso dirigido pelo juiz, que se traduz, no mais das vezes, num “discurso construído para agradar às maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais (...)”⁷.

No que concerne aos crimes da atualidade, cada vez mais ligados ao poderio econômico e estabelecidos em redes transnacionais⁸, observamos o surgimento de organizações criminosas que se utilizam, muitas vezes, da pessoa jurídica, nova figura presente no cenário de relações sociais, para o cometimento de delitos. Em se tratando de tal ente ofensor, é ainda mais cristalina a incapacidade do direito penal pautado nas penas ordinárias, quase sempre relacionadas ao encarceramento, de alcançar qualquer finalidade anunciada pelo discurso oficial.

HIPÓTESE

É da percepção de contraposição entre o verdadeiro sentido do processo para além das justificativas formais de existência do direito penal, qual seja, a resolução do conflito de maneira eficaz, e a insurgência de um direito penal simbólico, cada vez mais formal e menos efetivo, que os questionamentos ao paradigma vigente se intensificaram. Neste escopo, o surgimento de um novo ideal de justiça, com cunho restaurativo e meios de resolução pautados na dialética, nos chama a atenção.

A perspectiva da justiça restaurativa nos interessa enquanto um processo colaborativo, construtivo, que entende o crime como um conflito, propondo-se a resolvê-lo através da reunião entre vítima e ofensor alcançando-se não somente a dimensão material do conflito, mas também suas implicações subjetivas. Em especial no tratamento dos conflitos ambientais, cujas repercussões afetam a dignidade do indivíduo em suas mais diversas esferas, a possibilidade de restauração de laços e minoração de danos parece viável e muito mais interessante

⁷ Ibidem, p. 2.

⁸ Cf. SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. In: *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1, p.1/12. Indiana: American Sociological Association, 1940. Disponível em: <http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf>

que as vias de resolução tradicionais, ocupadas, em nossa visão, de aspectos formais, apenas.

Nossa hipótese, portanto, é de que seria possível aplicar a justiça restaurativa aos conflitos ambientais(e, a seguir, a quaisquer conflitos de um direito penal econômico) obtendo-se um resultado eficaz e funcional.

JUSTIFICATIVA

Justificamos, pois, o presente trabalho. Trata-se da busca por um novo paradigma de justiça capaz de responder racionalmente à criminalidade ambiental, em especial à ofensa perpetrada pela pessoa jurídica, através de meios de resolução de conflitos mais pautados na eficácia do resultado que no viés formal da sanção, que a justificaria originariamente através de caminhos distintos, de cunho preventivos ou retribucionistas. Escolhemos trilhar pelo caminho dialético de resolução, indispensável, a nosso ver, em qualquer tentativa de modificar o sistema penal e torna-lo funcional.

A escolha da justiça restaurativa neste enfoque advém de nossa percepção de que, para os crimes cometidos pela pessoa jurídica, os meios tradicionais são, no mínimo, insuficientes para o alcance do ofensor, enquanto o ideal alternativo de justiça demonstra-se não somente possível, mas, mais que isso, extremamente viável e potencialmente promissor no solucionar de conflitos criminais nos quais a pessoa jurídica é ofensora, por apresentar alternativas pautadas na diversificação das sanções.

É preciso que, num primeiro momento, apresentemos a nova face da criminalidade, de cunho global e veias intercomunicadas, que envolve novas figuras delitivas, como a pessoa jurídica, quanto à qual os padrões de resposta estatal comum na esfera penal não possuem resultados práticos e, muitas vezes, sequer

alcançam resultado, ainda que formalmente⁹. É preciso salientar que compreendemos a necessidade de aplicação de um direito penal diante do reconhecimento dos novos tipos de danos existentes e conhecidos após o processo de globalização.

Contrapomo-nos, portanto, às escolas minimalistas, pelo fundamento de que o direito penal, não pode omitir-se diante do desenvolvimento de novas relações, novos conflitos e novos bens jurídicos.¹⁰ Como exemplo, em nosso trabalho, utilizaremos o crime ambiental como referencial para a responsabilização penal da pessoa jurídica e aplicação da justiça restaurativa. Para os defensores das teses minimalistas, como Hassemer¹¹, crimes ambientais seriam exemplo de tutela jurisdicional sem bem jurídico definido ou vítima, ponto de vista do qual discordamos absolutamente.

Partilhamos das teses de que, sendo o meio ambiente essencial à sobrevivência digna do ser humano, sua degradação e os riscos criados quando este é violado compõem crimes também quando à integridade do indivíduo¹².

Viola-se a possibilidade de viver dignamente e isso só no imediato momento da composição do risco. Ademais, outros tantos bens jurídicos, como a saúde, a propriedade, dentre vários, são afetados neste tipo de delito. O que a doutrina corrente da Escola de Frankfurt¹³, ferrenha defensora de um direito penal menos interventivo, não parece admitir é que as modificações na atuação e nas relações

9 Cf. MEJÍAS RODRIGUES, Carlos Roberto. *La Pena y otras Consecuencias Jurídicas en Delitos Económicos*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Córdoba, 2013, p. 2/8.

¹⁰ No mesmo sentido, SCHUNEMANN, Bernd *et al.* *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In *Colección de estudios n. 7*. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1998.

¹¹ Cf. HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el Derecho Penal*. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre la justicia penal: homenaje al Prof. Julio. B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 63/70.

¹² Cf. BOTINNI, Pierpaolo Cruz. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 125.

¹³ Denominação de Schunemman a autores como Prittwitz, Hassemer, Luderksen e Albrecht, do Instituto de de Ciências Criminais da Universidade de Frankfurt, que desenvolveram críticas ao direito penal moderno, com fundamento essencial na ideia de que o direito penal contemporâneo não se coaduna com os preceitos fundamentais de um Estado democrático de direito. Cf. CASABONA, Carlos María Romeo(dir). *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Pompeu Fabras, 2000.

sociais implicam tanto na revisão de normas que já não se adéquam à realidade social, como na incorporação de bens anteriormente menos afetados(ou menos conhecidamente afetados) pelas condutas danosas.

Não obstante nos posicionemos favoravelmente à incidência penal na esfera dos crimes perpetrados pela pessoa jurídica, nossa crítica se dá à absoluta ineficácia das proposições de sanção do paradigma vigente. Para tanto, no desenrolar do texto, esboçamos o caminho de desencontros penais, através de teorias críticas das penas, essencialmente criminológicas, que culminaram no surgimento da justiça restaurativa, esta alternativa viável de resolução de conflitos, para que fiquem claros alguns pontos relativos à sua formação, caracterização e diferenciação quanto ao paradigma comum de punição¹⁴.

Demonstraremos as variações na perspectiva punitiva, através de um viés criminológico, desde as teorias clássicas, utilizando-nos da pesquisa por compilação¹⁵, comprovando que a busca de justificativas para a sanção expiatória encontra críticas¹⁶ e questionamentos desde os primórdios do estudo criminológico. E o que se destaca como maior ou mais anunciado fundamento de inadequação das sanções penais comuns é exatamente a ausência de preocupação com a eficácia punitiva ordinária diante dos delitos cometidos.

A justificativa de utilizar-se, neste trabalho, um viés criminológico para análise da sanção é a grande necessidade de observar-se, desde os questionamentos

14 Cf. GOHAR, Ali ; ZEHR, Howard J. *The Little Book of Restorative Justice*. Good Books: Pennsylvania, 2003, p. 2/3. "The western legal or criminal justice system's approach to justice has some important strengths. Yet there is also a growing acknowledgment of this system's limits and failures. Victims, offenders and community members often feel that justice does not adequately meet their needs. Justice professionals - judges, lawyers, prosecutors, probation and parole officers, prison staff - frequently express a sense of frustration as well. Many feel that the process of justice deepens societal wounds and conflicts rather than contributing to healing or peace. Restorative justice is an attempt to address some of these needs and limitations. Since the 1970s, a variety of programs and approaches have emerged in thousands of communities and many countries throughout the globe. Often these are offered as choices within or alongside the existing legal system. Starting in 1989, however, New Zealand has made restorative justice the hub of its entire juvenile justice system. Whether it will live up to this promise remains to be seen but in many circles today, restorative justice is considered a sign of hope and the direction of the future".

15 ECO, Umberto. ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997, p. 28/30.

16 Cf. THOMASIU, *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.228/232.

primordiais, o caráter prático da pena, ou seja, na aplicação quanto à tríade formada entre o criminoso, o dano e a vítima lesionada, em sua relação com a sanção aplicada.

Parece-nos, para tanto, mais interessante observar a resposta penal de um ponto de vista capaz de englobar fundamentos e finalidades da pena em conjunto, não apenas de um ponto de vista teórico. Daí a preocupação em não somente tecer uma crítica, mas, numa pesquisa exploratória¹⁷, com caráter essencialmente propositivo, apresentar como alternativa plausível a introdução da sistemática de novo paradigma de justiça nos conflitos em que a pessoa jurídica é o ente ofensor.

É preciso observar doutrina e legislação estrangeira, o que se faz, no momento seguinte à apresentação da opção de sistemática restaurativa. Faz-se necessário que nos arvoremos à demonstração de que sim, é razoável e necessária a responsabilização penal da pessoa jurídica, não somente através de seus gestores. Na análise de doutrina mundo afora já se discute tal possibilidade. Se, em alguns países, como Portugal, ainda de maneira tímida, vigem direitos ditos de “contra-ordenações¹⁸”, um ramo intermitente, entre o direito administrativo e o direito penal, outros países, como a Espanha¹⁹, já tratam do que se verifica uma responsabilização penal direta, ainda que parte da doutrina mantenha-se atada à irreal concepção de que o Estado deve quedar-se inerte diante da conduta ofensiva reiterada da pessoa jurídica cuja ausência de *compliance* facilita a prática de crimes.

Justificando o posicionamento favorável à responsabilidade penal da pessoa jurídica, seguiremos em compilação de teorias que não somente tratam da imputação penal, mas vão além, esboçando uma possível existência da culpabilidade corporativa. Não pretendemos, impende ressaltar, chegar, neste

17 GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27/30.

18 PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Decreto-Lei 433 de 27 de outubro de 1982*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis Acesso em: 20/10/2014.

19 DE LA CUESTA, José Luís. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español*. In: *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*. Toulouse, 2011, p. 5/29. Acervo pessoal.

trabalho, à definição de tal conceito, pela natureza do tema, ainda não sedimentado sequer na esfera da pessoa natural.

Contudo, buscamos mostrar que é sim real e possível tratar da aferição de responsabilidade da corporação²⁰, não de forma objetiva, mas através da avaliação de sua política interna²¹, diferenciando-se sua culpabilidade daquela observada em relação às pessoas físicas que a compõem, haja vista que a empresa, em suas práticas tradicionais, pode facilitar ou desestimular o cometimento de ilícitos em seu domínio.

METODOLOGIA

O método de realização do presente trabalho é essencialmente o fenomenológico. Busca-se encontrar, através da compilação, análise e questionamento de teorias sedimentadas uma essência de eficácia do sistema penal. Guiamo-nos, para tanto, através de uma pesquisa originariamente exploratória²², que parte da análise de teorias doutrinárias e teses jurisprudenciais já construídas, em especial na seara criminológica, e de sua exposição para que seja possível observarmos a construção muitas vezes desconectada entre sistema penal e resultado da aplicação das penas.

Perscrutamos, ainda, à análise de teorias já existentes acerca da possibilidade de responsabilização penal da corporação, que complementa o raciocínio do trabalho, sustentando sua segunda marca metodológica, qual seja, o caráter de pesquisa prescritiva. Isso porque, numa segunda parte da pesquisa, tratamos essencialmente da proposição de aplicação da justiça restaurativa aos crimes ambientais perpetrados pela pessoa jurídica. Ressaltaremos o fundamento propositivo e não taxativo, já que os meios restaurativos são essencialmente

20 ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Responsabilidad Penal de los Entes Colectivos: Estado Actual y Reflexiones Preliminares*. In: Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal", Lima, 2011, p. 27/95.

Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal", Lima, 2011, p. 27-95

21 Cf. DOYLE, Charles. *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*. Congressional Research Service. Washington, 2013, p 7/9.

22 GIL, Antonio Carlos. *Op.Cit.*, p.28/29.

maleáveis, mas ainda aplicados de forma tímida. Contudo, vêm demonstrando eficácia na restauração de laços entre as partes, o que ensejaria imensas possibilidades de atuação em conjunto entre a comunidade afetada e a empresa causadora do ilícito em observação.

ESTRUTURA E CONTEÚDO

Num primeiro capítulo, tratamos do surgimento da justiça restaurativa diante da nova realidade jurídico penal. Traçamos algumas das razões da chamada expansão do direito penal diante dos novos riscos, percebidos como efeitos da inovação tecnológica decorrente da modernidade. Tratamos, ainda, do surgimento e justificação do direito penal econômico *lato senso*, cujo objeto de tutela é essencialmente preventivo.

No segundo capítulo, abordamos a construção crítica do sistema penal atual através da perspectiva da criminologia, desde seus entornos clássicos até suas teses radicais modernas. Tratamos da visível modificação do perfil criminológico no período contemporâneo, que incide no visível descompasso entre o discurso de sustentação do direito penal em sua sistemática atual e a falta de operacionalidade dos instrumentos atualmente utilizados, culminando em uma crise de legitimidade profunda, que enseja o surgimento da justiça restaurativa.

No terceiro capítulo, discorreremos sobre a nova figura criminosa decorrente da modernidade e a dificuldade em alcançá-la pelas vias tradicionais. Discutimos sobre as possibilidades de responsabilização penal da pessoa jurídica e algumas teses de culpabilidade.

No último capítulo, tratamos da aplicabilidade da justiça restaurativa às ofensas ambientais perpetradas pela pessoa jurídica, de forma essencialmente propositiva, em por esboços de comparação com as vias tradicionais de resolução de conflitos, tratando de pontos básicos como as partes, formas de procedimento e preceitos básicos de sua aplicação.

2. A IDEOLOGIA INSURGENTE – CRIMINALIDADE PLURAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A criminalidade verificada no período moderno, que sofre efeito intensivo da globalização²³, tem como um de seus traços marcantes a diferenciação quanto aos tipos de conflitos verificados nas sociedades. Se, no período prévio à expansão industrial global, as relações sociais menos aceleradas incidiam em um maior número de crimes praticados entre indivíduos (crimes pessoa-pessoa), *a posteriori*, o que se verifica são crimes com teias de relações muito mais complexas.

Com a percepção mais definida sobre os efeitos da inserção de tecnologias surgidas no período pós-industrial, sedimenta-se a concepção de novos perigos, até então pouco conhecidos, decorrentes de seu uso. Vale dizer, a sensação de risco aumentada decorre do conhecimento dos possíveis danos que outrora já existiam, mas eram ignorados. Junte-se a isso a dispersão de informações, acessíveis em maior velocidade e mais larga escala, que implicam a tomada de conhecimento acerca do potencial lesivo de tecnologias até então utilizadas sem que houvesse uma real noção de seus riscos, agora descobertos por uma coletividade interconectada, cuja preocupação resulta em conflitos e questionamentos globais.

Notamos um crescimento de ofensas mais intrincadas, pautadas em relações de poder²⁴, com um destinatário final muitas vezes plural. Isso quer dizer que mais pessoas são atingidas, muitas vezes por condutas que não permitem a

23 Globalização aqui entendida “como sendo um estreitamento (e aprofundamento) espaciotemporal de toda uma estrutura econômica, social, política e cultural, suportado por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera todo um processo de diluição (outra vez a figura do Leviatã nos assalta...) do uno no múltiplo, do ser-ai-diferente no ser-em-todo-o-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, econômicas, políticas e sociais, em consequência do qual cada vez menos se encontra um eu ‘genuíno’”. Cf. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 41/42.

24 “Crimes of the Powerful” é uma expressão bastante utilizada na criminologia e poderia representar um traço desta criminalidade pós-global. De acordo com Silva Sanchez, são traços da nova face do delito a criminalidade organizada, somada à internacional e a criminalidade de poderosos. Cf. Sanchez, *apud* SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

contabilização individual de seus efeitos²⁵, o que não significa dizer que não haja vítima identificável, tampouco dizer que não haja dano.

Além da exposição dos danos a vítimas coletivas, a expansão das relações sócio-políticas alavancou a aproximação global, mas culminou também no surgimento de novas figuras delitivas²⁶ não singulares, organizadas em estruturas mais complexas, cujos atos demandam disciplinas diferenciadas de atuação. Conforme descreve Anabela Miranda Rodrigues²⁷

a nova criminalidade é a expressão deste novo modelo de organização social para que tendem as sociedades contemporâneas. A mobilidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial sobre a qual elas repousam. Este movimento de fundo – um pouco retardado pela confrontação Leste-Oeste – produz agora seus efeitos. As grandes construções institucionais e a concentração de poder dão lugar ao declínio dos Estados e a um mundo onde proliferam as redes.

Define-se, sobre a marca delitiva deste período, uma criminalidade cujo entranhamento nas relações socioeconômicas gera ciclos viciosos de “corrupção-contaminação” das estruturas que(em tese) regulamentam a licitude e a fiscalização das práticas delitivas²⁸.

Neste íterim, dois pontos específicos demandam atenção neste trabalho – o surgimento de novo ente ofensor, a empresa, ao qual o ideal hodierno de justiça, pautado na pena aflictiva tem se mostrado especialmente ineficaz, e a necessidade de revisão de paradigmas penais, com ênfase especial no estudo da justiça restaurativa, que surge como via alternativa e paralela de resolução e vem se

²⁵ Este é o caso, por exemplo, do terrorismo e de crimes ambientais. Neste trabalho, nos utilizaremos da criminalidade ambiental, que nos permite proposições em concreto.

²⁶ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad.: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização, democracia e crime*. In: Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da Silva. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 279.

²⁸ SANTANA, Selma Pereira de. *Op. Cit*, p. 6.

demonstrando apta a lidar com os novos conflitos vivenciados através de uma nova ótica do processo penal²⁹.

Em especial, dentre as ameaças que despertaram a reflexão acerca da necessidade de intervenção do direito penal, destacam-se aquelas que afetam ou podem afetar a vida dos indivíduos através da modificação do meio-ambiente. Trata-se de uma seara de expansão de tutela estatal que rende divergências doutrinárias imensas. É preciso, contudo, que nos posicionemos diante de tais divergências, para prosseguir com este trabalho. E o fazemos, nos manifestando pela necessidade e coerência de haver um direito penal de tutela ambiental, por razões melhor debatidas na sequência deste estudo.

2.1 O PERIGO AMBIENTAL E OS CRIMES VAGOS

As causas de expansão do direito penal estão intrinsecamente conectadas aos avanços tecnológicos em busca da garantia do bem-estar dos indivíduos³⁰, avanços estes que trouxeram consigo uma série de possibilidades de danos e novos riscos. A tomada de conhecimento acerca de tais riscos implicou a conscientização sobre a necessidade de limitar determinadas ameaças que geravam danos a curto, médio e longo prazo, como o uso de radioatividade, as substâncias farmacêuticas, os detritos industriais despejados em áreas comuns, dentre outras atividades com consequências potencialmente ou efetivamente lesivas.

A percepção de que o dano causado abalaria não somente as gerações diretamente afetadas, mas também as posteriores, aumentou a sensação de insegurança e o clamor por políticas e legislações preventivas³¹. Isso porque a mera

29 Sobre o tema, cf. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.34 et seq.

³⁰ Cf. ANTUNES, Leandro Leal Peret. *A Expansão do Direito Penal da Era da Globalização e a Criminalidade Moderna*. In: Tribuna Virtual do IBCCRIM. Ano 1, ed. 13/2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: S.l., 2013, p. 54/72. Disponível em:

http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_02_Leonardo.PDF. Acesso em 05/10/2014.

³¹ Sobre o tema, posiciona-se Buján-Perez: “Entre las causas de la expansión se contaría en primer término la efectiva aparición de nuevos riesgos de procedencia humana (v. gr., para el medio ambiente, para los consumidores) en una sociedad de enorme complejidad, ante los cuales

intervenção quanto aos danos somente quando já causados passa a ser vista como insuficiente diante da crescente sensação de insegurança quanto à extensão de seus efeitos, duráveis até por décadas, que seriam capazes de por em risco gerações futuras. Conforme nos explica Figueiredo Dias³²:

Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.

O papel do direito penal econômico, em seu *lato senso*, que engloba o direito ambiental, passa a ser de inibição dos danos, em contraponto a visões anteriores que o concebiam como uma espécie de reforço ao direito econômico nas esferas administrativas de sanção³³. Visualizamos um alargamento de sua função, que

existe una generalizada sensación (subjetiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo¹⁴ • A este factor vendrían a añadirse otros factores, característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, como ante todo el dato de que dicha sociedad se configure como una sociedad de "clases pasivas", en la que se tiende progresivamente a una restricción de las esferas de actuación arriesgada y se forja una resistencia psicológica frente al caso fortuito; ello traería como consecuencias la eliminación de espacios de riesgo permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, así como la propuesta de aumentar la tipificación de delitos de peligro." MARTINEZ BUJÁN-PEREZ, Carlos. *Op. Cit.*, p.957.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 33. São Paulo: RT, 2001, p. 43/44.

³³ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1999, p. 31/32.

converte-se não somente na tutela do dano já causado, mas em uma tentativa severa de limitação que impeça a prática perigosa.

Se, por um lado, parece-nos racional buscar coibir práticas lesivas e impedir o surgimento de danos de extensão acentuada, por outro, o surgimento de normas penais de cunho protecionista abstrato atiçou os receosos de que o Estado aumentasse suas esferas de atuação através de legislações, muitas vezes, sem obter qualquer resultado prático, gerando normas meramente simbólicas e desvirtuando o processo penal, que passaria a funcionar como um instrumento invasivo de contenção³⁴.

Não obstante a preocupação doutrinária, parece-nos que o grande desvirtuamento do processo penal e, até mesmo, a maior parte das críticas feitas, decorre muito mais de um sectarismo e interesse de classes na formulação das normas e das penas que da pretensa desnecessidade de sua existência. Ora, se há riscos reais na prática adotada por determinadas empresas e, além disso, não se verifica a conduta consistente de evitabilidade dos riscos, há que se falar em sanções capazes de frear as macroorganizações³⁵.

Contudo, formulações pautadas num escopo doutrinário criado pensando em crimes individuais não serão capazes de abarcar as novas figuras delitivas, seja pela insuficiência de meios que efetivamente previnam ou reparem os danos, pela natureza pulverizada da responsabilidade por decisões dentro da empresa e pela

34 Cf. KARGL, Walter. *Protección de Bienes Jurídicos Mediante Protección del Derecho*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo(dir). *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Pompeu Fabras, 2000, p. 61. “Nunca podemos estar seguros ante agresiones violentas o ante la experiencia del menosprecio, como tampoco es posible pronosticar o regular conductas futuras. Por lo menos, no con medios penales. Pero como mínimo podemos saber qué expectativas gozan de respaldo social y cuáles no y sólo desde el plano de las expectativas es posible orientarse hacia un futuro aún incierto. Esta es la única función propia y exclusiva del Derecho: aportar capacidad de resistencia, en caso de conflicto, a un sistema de expectativas”.

³⁵ A escolha da criminologia neste trabalho busca retratar como o enfoque penal sempre foi bastante específico – atacar atos cometidos, no mais das vezes, por pessoas de classe mais baixa – pelo que não se verifica um estudo criminológico relacionado a crimes da modernidade praticados por corporações. Não à toa, até as pesquisas de Sutherland, sequer se verifica uma preocupação em diagnosticar os crimes de classes mais altas. A seletividade influencia também na escolha das sanções após o surgimento das normas relacionadas à nova criminalidade, notoriamente ineficazes para alcançar as figuras criminosas organizadas de forma coletiva.

notória inaplicabilidade de sanções aplicáveis a pessoas físicas quando deparadas com as atividades ilícitas de pessoas jurídicas.

A escolha da justiça restaurativa como ideal de solução alternativa ou paralela às vias tradicionais de resposta aos conflitos neste trabalho vem exatamente da busca por um padrão de resolução que não se atenha à face “retributivo-preventiva” e bastante seletiva do paradigma punitivo atual, inclusive nas fases de execução penal. Em contraponto ao discurso de endurecimento das penas, decorrente, no mais das vezes, de um clamor público em Estados pouco voltados aos direitos sociais e com baixa preocupação com a efetividade da sanção, exsurge uma tentativa de diversão³⁶, ou seja, de utilização de meios diversos do sistema de aplicação da justiça penal ordinária.

2.2 A FALÊNCIA DAS VIAS COMUNS DE RESOLUÇÃO NOS CONFLITOS PENAIS

Prima dizer que a imperfetividade das sanções já era notada na aplicação das penas aos crimes “usuais”. Nas relações um a um, verificadas nos crimes em larga escala anteriores à formação desta nova realidade de interação social, mencionada acima, a disparidade entre o discurso oficial³⁷ e o discurso real das penas de prisão já denotava o desgaste de ver comprovada a incapacidade das penas tradicionais de realizar suas pretensas finalidades de existir.

A globalização, contudo, intensifica a visibilidade da falência do sistema penal ordinário diante do surgimento de uma nova criminalidade, para a qual as sanções estabelecidas não cumprem sequer seu papel oficial, relativo ao caráter preventivo da sanção. Em paralelo, a imposição de força na efetivação das penas se apresenta em seu caráter mais essencial – retributivo – como que ratificando as previsões

36 SANTANA, *ibid*, p. 41.

37 Cf. LUZ, Ilana Martins. *Justiça restaurativa: a racionalidade criminal da ascensão do intérprete*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 21 *et seq*.

criminológicas de que o sistema penal possui mais uma função de legitimação da ordem³⁸ que um objetivo específico de revisão do conflito social.

Vale dizer, a dogmática e a política criminal ainda traduzem como objetivo da norma penal a prevenção geral ou especial. Isso significa que o discurso penal ainda se alimenta do intento, malgrado num viés formal, de reafirmação da norma, ratificação do poder estatal, afastamento e ressocialização do ofensor. Ocorre que a repetição do discurso não sedimenta seus basilares, ao revés, cria a sensação de inabilitação³⁹ e risco na sociedade moderna.

Isso porque a incapacidade de conter a criminalidade ou ressocializar o ofensor, somada à política simbólica legislativa, que aumenta o número de normas, como retorno aos clamores sociais, sem a oportunização, contudo, de políticas que assegurem um Estado de Direito⁴⁰, incrementa as estatísticas da criminalidade e a sensação de não efetivação das sanções.

Na ausência de um provimento social eficaz, o Estado lida com a tensão social por meio da baixa seletividade dos bens protegidos pela norma jurídica e, por conseguinte, vale-se do direito penal como forma de manter as estruturas sociais engessadas, num ciclo atávico de “inoperância-criação de normas-ineficácia-inoperância”.

Nesta senda, interessam-nos, em especial, os delitos abarcados pelo direito penal especial, que passaram a ser objeto de tutela estatal após o *boom* de interações e novos riscos pós globalização⁴¹. As reprimendas comuns do Estado não abarcam, nem poderiam abarcar de forma satisfatória, os delitos cujo objeto de

38 Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 203.

39 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Algunas Reflexiones sobre la Moderna Teoría del "Big Crunch" en la Selección de Bienes Jurídicopenales* (Especial Referencia al Ámbito Económico). Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña. La Coruña: 2003, p. 958/963.

40 JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Sociedad del riesgo e intervención penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. S.l., 2014, p.3. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf> Acesso em 09/12/2014.

41 Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. In: Revista para el Analisis del Derecho. Disponível em: www.indret.com. Acesso em: 13/06/2014.

tutela mereceria uma preocupação com a reparação para além da sanha retribucionista prisional. Ora, o direito penal passou a ocupar-se da inevitabilidade de condutas danosas⁴² através da norma posta, mas, depois de ocorrido o dano, a preocupação em diminuir, atenuar ou reparar os efeitos lesivos não se verifica no sistema tradicional.

A quebra de paradigmas penais é uma das inúmeras dimensões decorrentes da ruptura de padrões, acelerada pelo ritmo pós-global de convívio entre os indivíduos.⁴³ Dentre as muitas perspectivas revistas, pôde-se perceber uma crescente sensação de inabilitação os paradigmas punitivos atuais diante das premissas de contraestímulo e ressocialização do indivíduo ofensor.

A análise de incapacidade e insuficiência dos sistemas penais quanto à facilitação da estabilidade social, ou seja, prevenção e minoração do conflito, além da atenuação de seus efeitos⁴⁴, tem fomentado a rediscussão, em maior ou mais intensa e divulgada escala, de qual a real funcionalidade da pena. É sobre a análise da eficácia da pena, enquanto seu fundamento e finalidade precípuos, que se tem firmado uma busca geradora das mais diversas acepções do *ius puniendi*.

É importante ressaltar que, neste trabalho, abraçamos um conceito propositivo de eficácia. Trata-se de conceito multidimensional, concernente à capacidade da pena de diminuir a extensão dos efeitos do dano causado e desestimular a reiteração da conduta criminosa⁴⁵. Muito embora saibamos que,

42 Frise-se, neste ponto, a inegável característica de prevenção geral positiva da legislação penal econômica. Sobre esta função, explana-se: “La tarea que se le debe assignar a la pena es mantener la vigência de ciertas normas insispensables, necessárias o esenciales para la pervivencia de la sociedade, buscando sentar las bases de la confianza de la población en su validez como modelos de orientación. No se trata de un concepto formal de validez o vigencia, sino de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social. Se trata, pues, de entender la validez en sentido sociológico o práctico como la existencia de un sistema jurídico que efectivamente orienta la vida social”. CANCIO MELIÁ, Manuel. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo.(ed) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad*. Seminário com Gunther Jackobs en la UAM. Thomson Civitas: Madrid, 2006, p. 151/153.

43 Sobre o tema, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa/ Amir Lopez da Conceição – Rio de Janeiro: Revans, 1991,

44 Trata-se tanto de diminuir a expansão do dano quanto evitar que seu reflexo atinja vítimas indiretas.

45 O conceito de eficácia da pena que adotamos tem inspiração nas premissas esboçadas pela Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas, em que se dispõe sobre a justiça

em muitos casos, o bem jurídico lesionado pela ofensa não possa ser recuperado, consideramos possível atenuar o impacto lesivo causado pela tensão a que se submete a vítima ou aqueles diretamente ligados ao dano.

É pelo conceito de eficácia acima descrito que a Justiça Restaurativa tornou-se fonte dos estudos e proposições presentes, decorrentes da percepção de que a alterar a significação do processo penal tem-se demonstrado um instrumento mais apto à resposta estatal aos conflitos criminais.⁴⁶

Observamos, nas teorias penais confrontadoras dos tempos atuais, uma revisão conceitual quanto a finalidades e fundamentos da sanção, reapreciando-a desde a sistemática perspectiva da escola clássica até os debates calorosos no âmbito das teorias abolicionistas do sistema jurídico penal. Das perspectivas retribucionistas originárias às teorias abolicionistas, inúmeros fatores se agregam à visão doutrinária sobre a pena. Com a finalidade de demonstrar os objetos comuns às discussões criminais, desde suas raízes clássicas, cumpre-nos esboçar breve esboço do escalonamento dos direitos até a fase atual de sistemática penal.

A percepção de que os sistemas jurídicos possuem um comportamento anacrônico quanto à produção e aplicação de sanções não é recente. Apesar de o fenômeno global ter macrodimensionado a repercussão das falhas oriundas de reprimendas do poder Estatal diante das ofensas perpetradas por indivíduos em suas sociedades, já se poderia notar uma inclinação à crítica e sobreposição dos preceitos utilizados na forma de punir⁴⁷ desde as variações iniciais dentro da Escola Clássica de pensamento penal, que foi precursora na análise crítica aos paradigmas punitivos.

restaurativa, seu desenvolvimento e implementação. Cf. *ECOSOC Resolution 2002/12. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, p. Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Consulta em 16/10/2014.

46

47 Sobre considerações críticas iniciais acerca do poder punitivo, cf. BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Logicamente, havendo modificações culturais aceleradas, como as vivenciadas em plano hodierno, podemos notar um maior florescimento de consciências críticas distintas quanto ao sistema punitivo à medida que se tem maior comunicação de informações distintas sobre um mesmo tema.

Se, num plano inicial, na Escola Clássica buscou-se a caracterização criminológica através de análise dos efeitos do crime, de forma ostensiva, no momento atual de choques culturais e distintos sistemas de funcionamento sociais, há uma ampliação do campo de análise quando se intenta verificar por que, para que e como punir, sob a perspectiva de análise intensiva, mediata e multidimensional⁴⁸.

É perceptível a variação entre os vislumbres primordiais de questionamento penal e as noções a que se caminha atualmente. No entanto, advirta-se, o caminhar das percepções é cíclico, revolve acepções comuns de tempos em tempos, e baseia-se, via de regra, em caminhos alternativos saídos da mesma origem, maculados dos mesmos preceitos.⁴⁹

Muito embora o intento deste estudo não seja aprofundar-se na busca pela medida exata de fundamentos e finalidades do poder punitivo, é mister sejam apresentadas teorias que serviram de escopo à sistemática criminal, para que se faça possível a noção cristalina de que a caminhada de tal esfera no direito precisa de mais mais do que uma mudança de ângulo de observação das penas aplicadas. É imperiosa a modificação do paradigma punitivo.

48 GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Dilemas e Utopias quanto aos Fundamentos da Pena: Uma Reflexão A Partir do Debate entre Carlos Santiago Nino e Eugenio Raul Zafaronni*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3094.

49 Sobre o tema, percepção interessante marcou os estudos para o embasamento teórico deste trabalho. Percebeu-se que a nova criminologia retoma e renova preceitos do viés liberal clássico dos estudos sobre o crime. Isso porque, a escola clássica deteve-se particularmente sobre o delito entendido como violação ao direito - ou ao pacto social que lhe servia de base – entendendo que o direito penal e a pena tinham a função de instrumento de defesa da sociedade quanto ao crime, não de correccionalismo individual. O delito era encarado com um ente jurídico, não fático, porque se tratava de violação ao direito. Do mesmo modo, os ideais modernos de prevenção concebem a pena como instrumento de prevenção – seja geral ou especial – tendo uma visão mais elaborada dos mesmos preceitos-base já visualizados desde o Iluminismo pós-abolicionista, o direito penal como proteção à norma e ao sistema jurídico.

Ao falar da figura do “paradigma punitivo”, pode haver falsa impressão de se utilizar um conceito abstrato e mítico. Pois bem, é possível especificar o paradigma punitivo atual como essencialmente pautado em moldes retribucionistas. As mais diversas teorias, quando bem analisadas, encontram-se vinculadas a justificações retributivas⁵⁰, divergindo tão somente quanto ao posicionamento de dolo e culpa no tipo.

E, partindo de premissas retributivas, as legislações (frise-se, não somente o legislador brasileiro⁵¹) têm reiterado a sistemática falida e (mal) sustentada por teses penais obsoletas -

Para vislumbrar o enunciado, é útil esboçar um breve panorama dos estudos sobre teorias criminológicas justificantes sobre fundamentos e finalidades da punição ao longo do tempo.

Escolhemos a análise criminológica, neste trabalho, pois acreditamos ser esta a melhor via crítica do direito penal, capaz de conectar o pensamento da sistemática penal a conceitos reais e, assim, gerar prospectos mais condizentes com mudanças materiais, não somente teóricas.

Num primeiro momento, os escritores clássicos apegavam-se aos conceitos contratualistas, vendo na pena uma reafirmação do poder estatal e desestímulo à conduta criminosa, considerando o crime um ato de livre vontade que violava o pacto social – numa maior busca por um fim à pena que por uma razão do crime. Tal acepção de “ato de livre vontade”, notoriamente vinculada à ascensão de uma burguesia⁵², equiparava formalmente (apenas) as condições concedidas a todos, não as considerando na análise dos fatores de propensão à lesão dos bens jurídicos.

50 LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, p. 51/53.

51 Sobre o tema, GRACIA MARTIN menciona Alemanha, Itália e Espanha como alguns dos países que enfrentam a discussão sobre o direito penal moderno, sua necessidade, seus limites e a eficácia de seus paradigmas. Cf. GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos por la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y por la crítica del discurso de resistencia*. Editorial Tirant Loblan: Valencia, 2003.

52 Sobre a situação de marginalização desigual já no início do processo de expansão burguesa, cf. HOBBSAWM, Eric. *A Era do Capital - 1848-1875*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

No entanto, o sistema originalmente pensado demonstrou-se incapaz de evitar a prática de crimes. A contramotivação pautada no temor, pura e simplesmente, não foi capaz de desestimular suficientemente o comportamento lesivo. Diante desta ineficácia, e sob influência do cientificismo, o positivismo modificou o enfoque da pesquisa penal, observando pela primeira vez as características do criminoso, em si considerado, como relevantes no cometimento do crime.

Se, por um lado, criou-se um sofisma atualmente condenado, que partiu da premissa de relação atávica entre características biopsíquicas ou sociológicas e a conduta ofensiva, por outro foram os responsáveis pela primeira grande modificação na visão da pena especificamente em relação ao indivíduo que cometeu o delito.

Decorrencia do cientificismo, também as doutrinas psicanalíticas e sociológicas seguintes buscaram traçar explicações para a criminalidade. No entanto, o paradigma punitivo continuou pautado em retribuição e prevenção, somente aprimorando os elementos caracterizadores do indivíduo ofensor, sem que fosse capaz de lhe dar um retorno efetivo de restauração.

A “criminologia radical” moderna observou que o fundamento da punição relacionava-se muito mais à natureza de *quem* se intentava punir que do tipo de conduta a ser punida. E aprofundou a crise na sistemática punitiva. Se, anteriormente, o problema consistia em não conseguir refrear o crime através das sanções, agora a própria legitimidade de sancionar passava a ser questionada.

A crise de legitimidade dos paradigmas⁵³ penais atuais culminou em reações diversas. Da ratificação do pensamento *Law and Order* como premissa de funcionamento do sistema penal em determinados países, a exemplo dos

53 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*

Estados Unidos da América⁵⁴, à pretensão abolicionista de alguns autores, tem-se buscado as mais diversas formas de alternativas ao sistema atual, que se não são capazes de solucionar os problemas existentes, servem de comprovação da incapacidade da visão atual de política criminal e sistemática penal para promover modificações realmente eficazes.

Neste ínterim, propõe-se uma perspectiva distinta, amplificada, de pensamento voltado para a busca de soluções que demonstrem real capacidade na minoração e reparação de conflitos no seio social⁵⁵. Daí se origina a propositura de um conceito mais desenvolvido e extenso de *resultado eficaz* para a sanção penal, com base em fundamentos de uma nova perspectiva da reprimenda estatal.

2.3 A DERROCADA DO PARADIGMA TRADICIONAL

Na persecução do real sentido da aplicação penal, é preciso observar que há pontos de partida já bem estruturados em termos dogmáticos, que se apresentam como verdadeiras potências na construção da noção de eficácia. Dentre as mais diversas teorias, algumas possuem caráter notoriamente questionador dos parâmetros utilizados para a definição e aplicabilidade das penas – utilizam-se da política criminal, análise factual, portanto, como ângulo através do qual se busca definir um escopo à sistemática penal.

54 Neste país, tornou-se comum a prática do “*plea bargaining*”, uma negociação de antessalas, em que o Ministério Público oferta um benefício ao réu, desde que este se declare culpado. O objetivo é limitar a necessidade de comprovação, muitas vezes difícil, dos fatos aduzidos pela acusação e dar um retorno social de pretensa efetividade do Estado na persecução criminal. Nesse sentido, posiciona-se Selma Pereira de Santana: “O “*guilty plea*” (confissão) constitui a forma de resolução da maioria dos casos, exatamente porque muitos dos infratores negociam as suas culpabilidades, implicando essa negociação na admissão de todos os elementos de prova do fato de que se é acusado, e na circunstância de que o Estado não se encontra diante da necessidade de provar que os infratores sejam culpados.” SANTANA, Selma Pereira de. *Op Cit.*, p. 174.

55Cf. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 9/10.

No viés criminológico, o Labeling Approach⁵⁶ questionou a fundamentação e aplicação do sistema através de um viés prático. Partindo do plano real, a *Teoria do Etiquetamento*, como é conhecida, observa que o criminoso seria criado através do estigma – não pelo ato que pratica em si, mas pela pré-definição do comportamento do grupo a que pertence como um perigo social.

Assim, defende-se que não há sequer busca de eficácia no sistema penal. O que ocorreria é a predefinição de *quais cidadãos* segregar e, a partir de então, a mácula a determinadas formas de expressão cultural padrões de tais grupos. A ação somente será vista como perigosa se e quando praticada por esses “pré-selecionados”. Nos dizeres de Augusto Thompson⁵⁷:

“Idênticas características, apresentadas como negativas ao se ligarem a um criminoso, ganharão sentido positivo se estiverem vinculadas a uma pessoa prestigiada pela ordem vigente.”

Eficiente como crítica ao sistema atual, o Labeling ainda parece insuficiente quanto à definição de soluções que confirmam possibilidades de um maior êxito na aplicação das penas. Isso porque busca uma análise da fundamentação do sistema penal, não demonstrando uma real preocupação com seu fim. Concentrando-se na possível causa de muitas falhas na aplicação das penas, pouco se demora em analisar os momentos nos quais efetivamente a conduta é gravosa ao meio e se faz necessária a reprimenda. Deste modo, muito embora seja útil como ponto de partida, não é a resposta final à busca a que se destina a presente pesquisa.

Também questionando a sistemática penal, sua fundamentação e aplicabilidade, deparamo-nos com o funcionalismo. A partir de uma associação entre direito penal e política criminal, exurgindo da escola alemã numa associação entre a perspectiva do direito relacionada e o viés sociológico, o funcionalismo busca uma espécie de adequação entre a sistemática penal e a realidade, com ênfase na finalidade jurídico-penal.

56 Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia, Ed. Revan. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2002.

57 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano -falácia naturalista); o funcionalismo admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do direito penal.⁵⁸

Trata-se de perspectiva também crítica, que confronta a visão meramente ontológica do finalismo vigente até então, buscando uma solução viável às falhas do sistema de penas e o real fundamento da punição, com um embasamento axiológico e pautado no plano de adequação à realidade. Não há sistema penal apenas teórico para o funcionalismo, de modo que a justificação do sistema também não poderia se dar apenas no plano lógico-jurídico. Consoante explana Vives Antón⁵⁹:

De ese modo, el aseguramiento de expectativas por medio de normas, si bien puede ser descrito como definición de valores, no es más que un procedimiento de estabilización que puede fracasar. El sistema social y también el propio sistema jurídico han de poder dar una respuesta a ese fracaso. Cómo puede la dogmática jurídica (orientada en principio, al pasado) afrontar esa exigencia es un problema al que Luhmann ha dedicado importantes reflexiones. Pero, lo que importa destacar aquí es que la relación del sistema jurídico con su entorno comporta un reto para la dogmática conceptual, que atiente, para determinar el sentido de la norma al significado de las palabras. El sentido último de la norma vendrá, más bien, dado en última instancia por esa relación sistema-entorno, por naturaleza variable, y no podrá resolverse sino apelando a una racionalidad estratégica, consustancial a la idea de autopoiesis.

58 GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Jurídica. Porto Alegre, julho 2002, p.39.

59 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos Del sistema penal*. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 442.

No plano crítico, também o funcionalismo serve de esteio à busca pela eficácia. Em verdade, a própria perspectiva de autores como Claus Roxin corrobora com o entendimento de que a visão (ao menos teleológica) de tal corrente objetiva de certo modo a estruturação de um direito penal mais voltado ao plano de efetivação das normas na realidade.⁶⁰ Contudo, se neste estudo opta-se pela não adequação total aos parâmetros funcionalistas, explica-se a razão de ser – muito embora haja preocupação teórica em efetivar a norma penal, o funcionalismo volta-se a uma perspectiva mais atada à *justificação* do sistema que à sua *aplicação*. Ora, neste ponto, aproxima-se de tantas outras teses que não propõem uma solução, mas um fundamento.

Cumpra, pois, buscar neste projeto não a resposta perfeitamente delineada, mas um esboço, um prospecto do conceito de eficácia aplicável a determinados crimes, com base nos mais diversos fundamentos dogmáticos a que se teve acesso e na crítica aos parâmetros em voga no sistema atual, cuja ineficiência se comprova em números.

3 O DOGMA DA EXPIAÇÃO E O MÉTODO DE RETRIBUIÇÃO

Dos primórdios contratualistas aos atuais paradigmas de justiça ainda se afigura presente o imperativo sancionatório pautado em valores essencialmente relacionados à retribuição e ao exemplo, bem como à ratificação do poder estatal de reprimenda.

O castigo foi e ainda é uma espécie de “purificação” no ver comum, indispensável como meio de assegurar o retorno do sofrimento imputado pela ofensa e a criação do “bode expiatório” que reprimirá os desejos de potenciais ofensores

60 Nesse sentido, Roxin e Jackobs encontram-se em suas distintas perspectivas do funcionalismo. Mesmo que por vieses distintos, ambos os autores funcionalistas preocupam-se com a efetivação da norma no plano prático, realçando, a certo modo, a busca do funcionalismo por um direito eficaz. Sobre o tema, cf. Gunther, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal? In: ROMEO CASABONA, Carlos María. (dir) La Insostenible Situación del Derecho Penal. Comares: Granada, 2000, p.489/505.*

pela ratificação do poder de supressão dos desvios de comportamento causadores de ofensas. Nos dizeres de Baratta⁶¹:

De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime.

Esta ratificação é perceptível quando se analisa pontualmente alguns dos conceitos basilares correlacionados à finalidade da pena. Das primeiras abordagens analíticas aos fundamentos da sanção, partidas da Escola Clássica, temos a percepção de autores como Beccaria⁶² e Romagnosi⁶³, para os quais *o fim da pena seria a defesa social*.

Tratava-se de um contraestímulo ao impulso criminoso, cuja existência asseguraria a coadunação de interesses distintos, uma ratificação do contrato social, desencorajando a conduta criminoso. Francesco Carrara⁶⁴, por sua vez, corrobora

61 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.31.

62 BONESANA, Cesare, *Op. Cit.*

63 ROMAGNOSI, *apud* BARATTA, op. Cit, p.33/36.

64 CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral. Vol. I*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

com este entendimento, entendendo o delito como violação ao direito, ente jurídico, não fático.

Até este momento, não se verificava uma fundamentação claramente delineada do sistema punitivo. Muito embora seja possível definir com clareza a finalidade da pena naquele momento – a defesa social – a explicação sobre o porquê do crime, que tem vínculo lógico imprescindível à análise de porquê e como punir, é vaga e superficial⁶⁵. O contratualismo clássico, por si só, não foi capaz de minorar os fatores de eclosão criminológica.

Com um sistema punitivo que não controlava o *boom* criminógeno, mostrava-se inábil a simples observação do resultado final penal para a aplicação de penas *eficazes*. A eclosão do cientificismo do século XIX repercutiu no campo jurídico. E a Escola Positivista exsurge, propiciando o enfoque às causas da ofensa.

O método sancionatório utilizado para realizar o controle social na fase pré-moderna tinha total influencia eclesiástica. A principal pena utilizada era a de banimento e as execuções sumárias em praça pública. Com o advento da revolução burguesa e da centralização dos Estados na Europa o banimento tornou-se uma espécie de pena contraproducente, pois banidos começam paulatinamente a galgar de Estado Centralizado para estado e essa regulamentação vai ser um dos primeiros objetos de tratados após a paz de Westfália(1648).A pena privativa de liberdade tornou-se o modelo prioritário de controle social neste contexto. As execuções sumárias traziam muita revolta da população e o banimento acabava por gerar o incomodo de aparecer banidos de outros estados em território de terceiros. A sociedade necessitava de uma mudança nos seus padrões sociais. Métodos dedutivos Universais precisavam ser impostos ao controle social. A sociedade precisava se precaver da delinquência. Nesse momento médicos, psiquiatras, engenheiros, estatísticos

65 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit*, p. 38/39.

começam a se ocupar de formular teorias para o controle social. Surge o braço do positivismo de influencia Comtiana, Spenciana, Darwiniana, no que tange o controle social: A escola criminológica positivista cujos principais representantes na segunda metade do século XIX foram, Ferri, Lombroso, e Garofalo.⁶⁶

Não se estava, com isso, negando a função finalística de controle que os ideais clássicos atribuíam à pena, já que esta era pré-constituída ao crime e, portanto, fugiria, sob as perspectiva positivista, do âmbito de estudos criminológicos⁶⁷. Não obstante, a lente dos positivistas estava voltada com afinco às origens do problema.

Em sua busca, a Escola Positivista debruçou-se sobre a punição através da ótica científica etiológica, seja na análise de caracteres biofísicos, psíquicos ou sociológicos do ofensor. Se, de um lado, os vislumbres lombrosianos resultaram num temor posterior ao determinismo criminológico, de outro, a escola positivista foi essencial para a percepção do ofensor na análise da causa do crime e contribuiu, assim, para um novo viés na análise funcional da pena.⁶⁸

A pena, de acordo com os positivistas, tinha como objetivo inicial a prevenção da sociedade contra o indivíduo “anormal” responsável pela violação dos valores sociais. Assim, o caráter preventista, ainda presente no direito penal hodierno, era uma característica básica do positivismo. Não bastava que o direito penal servisse como um instrumento retribuição do mal que o indivíduo fez à sociedade, mas que contribuísse para a não ocorrência de um delito futuro. A prevenção dos atos criminosos consistia justamente na análise dos fatores realmente determinantes para que o criminoso delinqüísse. O sistema penal deveria atua com

66 MAIA, Fábio Fernandes. *A Dimensão Epistemológica do Discurso da Doutrina da Segurança Nacional no Contexto das Ditaduras da América Latina*. Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010, p. 5637/5638.

67 Sobre o tema: RIBEIRO, Homero Bezerra. *A necessidade de Superação do Paradigma Criminológico Tradicional: A Criminologia Crítica como Alternativa à Ideologia da “Lei e Ordem”*. Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010, p. 956.

68 Idem, p. 955/956.

eficiência justamente na repressão destes fatores e conter previamente os impulsos dos indivíduos potencialmente criminosos para que a ordem orgânica não fosse abalada.

Apesar de abrir espaço para a discussão sobre a origem do fato ofensivo, conformando em conjunto com o ideal clássico uma teoria pautada na ideia de defesa social, cujos frutos se percebem até nas modernas teorias de estudo da sanção, as teorias deterministas pecavam pelo atavismo e também se demonstraram insuficientes para a resolução do conflito social criminoso.

Ao qualificar os indivíduos criminosos como “defeituosos” e concentrar as possíveis soluções numa tentativa de “conserto” bio-psicológico, como meio de tratamento da pretensa patologia criminógena, olvidou-se fatores de relevância notória à percepção do fato criminoso no plano real. O erro original da escola clássica se repetiu neste plano, pois a premissa anterior, de pretensa igualdade de condições, manteve-se fiel, destoando apenas a busca pelos caracteres específicos do indivíduo ofensor, analisado isoladamente.

E tais falhas culminaram em novas buscas, agregando aos olhares anteriores elementos trazidos pela modificação de panorama vivenciada época a época.

Na senda de evolução dos estudos acerca do conflito, seguindo o curso das teorias que buscavam a funcionalidade da sanção, e sob influência da profusão de ciências pautadas no estudo das relações humanas – seja sob o viés intra ou intersubjetivo - aprofunda-se o movimento interdisciplinar que agrega outras áreas do conhecimento como fontes dogmáticas acerca da origem do sistema punitivo e da melhor forma de punir.

No decorrer das descobertas relacionadas ao mundo interior do indivíduo, capitaneadas pelos estudos de Freud⁶⁹, as teorias psicanalíticas do crime tiveram a atenção de diversos autores, dentre os quais Reik, Alexander e Staub. Tratam essencialmente do crime como um impulso incontido para o qual *a pena exerce um*

69 Cf. FREUD, Sigmund. *Totem And Taboo*. Tradução de James Strachey. Londres: 1950, Routledge and Kegan Paul.

*efeito racionalizante*⁷⁰ – uma satisfação inconsciente da necessidade de punição que evita a prática do impulso criminoso – seja pela presença masoquista do *id* de cada indivíduo, que necessita da punição como instrumento de satisfação, seja pelo desejo coletivo de punição que satisfaz, também de forma neurótica, a repressão à identificação com o delinquente.

Juarez Cirino dos Santos⁷¹ descreve as teorias psicanalíticas da seguinte maneira:

As explicações psicanalíticas da agressividade humana apontam distúrbios no desenvolvimento da libido, com projeções destrutivas do instinto de morte, nas seguintes situações:

- a) por falhas a identificação com o pai na experiência do Édipo, que continua como rival (e não modelo) objeto de agressão e protótipo de agressividade social;
- b) por repressão excessiva da experiência edípica, produzindo inconsciente sentimento de culpa e necessidade de punição para reduzir ou excluir o sentimento de culpa, com liberação de agressividade pela prática de crimes (o chamado criminoso por sentimento de culpa).

Não obstante a tentativa de compreensão do conflito interno individual que culminaria no crime, as teorias psicanalíticas continuaram devendo quanto à possibilidade concreta de uma noção global do crime. Tal visão requereria uma análise mais extensa, não voltada somente às *labaredas interiores* do ser humano, mas através de visualização da realidade de conjunto na qual o indivíduo se

70 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, p. 51. No mesmo sentido, cf.: Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 301 *et seq.*

71 SANTOS, Juarez Cirino. *Os Discursos sobre Crime e Criminalidade*, p. 13. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf. Acesso em 30/03/2013.

encontra inserido. Neste sentido, mais uma vez se pronuncia Juarez Cirino dos Santos⁷²:

As explicações psicanalíticas podem ser importantes em casos individuais, mas são incapazes de explicar a criminalidade como fenômeno de massa, ou a criminalização como programa político nas sociedades de classes sociais antagônicas do capitalismo contemporâneo.

Na busca por uma visão geral do comportamento do indivíduo criminoso, sob a influência dos movimentos sociais classistas e de um adensamento dos estudos sociais, eclodem as teorias sociológicas da criminalidade, com bases originárias estabelecidas pelas obras de Durkheim⁷³ e Merton⁷⁴. Para estas teses, que seguiram caminhos voltados a diferentes aspectos mesmo se atrelando à base sociológica como cerne, a criminalidade tem vínculo direto com as disparidades entre camadas sociais. Exsurge uma sociologia criminal que, muito embora não tenha resolvido a problemática do crime, em muito contribuiu com a visão das teorias modernas criminológicas, fundindo a racionalidade penal moderna.

3.1 SOCIOLOGIA CRIMINAL – A PRECURSORA DOS ROMPIMENTOS

As desestruturas que culminam no crime, num viés sociológico, ensejam as mais distintas interpretações, que se sobrepõem compondo um esteio lógico para a quebra de paradigmas jurídico-penais diante da ineficácia da ideologia de defesa social.

A priori, Durkheim⁷⁵ entende que o desvio é fato comum a toda estrutura, mas seu crescimento exponencial denotaria a disfunção no convívio dos indivíduos naquela sociedade. A disfunção decorre não da superexpansão do conflito, mas de

72 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.* p. 13.

73Cf. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

74Cf. MERTON, Robert K. *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968.

75 DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 472-473, grifos adotados.

sua capacidade de demonstrar que o sistema de contenção em voga já não é capaz de resolvê-lo e ainda não vigora outro sistema capaz de resolver a expansão de lesões – uma anacronia clássica. É este o modelo que apresenta:

Ora, não há sociedade conhecida em que, sob formas diferentes, não se observe uma criminalidade mais ou menos desenvolvida. Não há povo cuja moral não seja cotidianamente violada. Devemos dizer, portanto, que o crime é necessário, que ele não pode deixar de existir, que as condições fundamentais da organização social, tais como são conhecidas, o implicam logicamente. Por conseguinte, ele é normal. É inútil invocar aqui as imperfeições inevitáveis da natureza humana e sustentar que o mal, embora não possa ser impedido, não deixa de ser o mal; isso é linguagem de pregador, não de cientista. Uma imperfeição necessária não é doença; caso contrário, deveríamos colocar doença em toda parte, porque a imperfeição existe em toda parte. [...] O que é condição indispensável da vida não pode deixar de ser útil, a menos que a vida não seja útil. Não há como escapar disso. [...] Contudo ele só é útil se reprovado e reprimido. Acreditou-se erroneamente que o simples fato de o catalogar entre os fenômenos de sociologia normal implicaria sua absolvição. Se é normal que haja crimes, é normal que sejam punidos. A penalidade e o crime são os dois termos de um par inseparável. Um não pode faltar mais do que o outro. Qualquer afrouxamento anormal do sistema repressivo tem por efeito estimular a criminalidade e lhe conferir um grau de intensidade anormal.

Robert Merton aprofunda os estudos de Durkheim e chega a compreensões que serviram de base a uma grande revolução do pensamento criminológico. Da análise cultural associada aos fatores econômicos, observa que a discrepância entre os valores propostos e os meios de alcance destas finalidades enseja o surgimento de vias alternativas de acesso. Nos dizeres do autor:

⁷⁶ [...] it appears from our analysis that the greatest pressures toward deviation are exerted upon the lower strata. Cases in point permit us to detect the sociological mechanisms involved in producing these pressures. Several researches have shown that specialized areas of vice and crime constitute a “normal” response to a situation where the cultural emphasis upon pecuniary success has been absorbed, but where there is little access to conventional and legitimate means for becoming successful. The occupational opportunities of people in these areas are largely confined to manual labor and the lesser white-collar jobs. Given the American stigmatization of manual labor which has been found to hold rather uniformly in all social classes, and the absence of realistic opportunities for advancement beyond this level, the result is a marked tendency toward deviant behavior.

Não obstante o grande avanço em termos de percepção global da criminalidade, num esboço capaz de captar as disfunções entre cultura e meios de acesso como fundamentos de determinados crimes, a teoria funcionalista, capitaneada por Durkheim e desenvolvida por Merton, manteve em aberto os questionamentos relativos à criminalidade de colarinho branco e demonstrou-se incapaz de observar as cifras negras do sistema.

Partindo de um posicionamento crítico destas lacunas, aprofunda-se um estudo funcionalista mais compatível com os problemas da moderna sistemática penal, culminando numa verdadeira ruptura do conceito de eficácia da pena diante do surgimento de um novo paradigma punitivo.

76 “[...] parece, pela nossa análise, que as maiores pressões no sentido do desvio são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos em questão nos permitem detectar os mecanismos sociológicos envolvidos na produção destas pressões. Várias pesquisas têm mostrado que áreas especializadas de conduta imoral e crime constituem uma resposta “normal” para uma situação onde a ênfase cultural no sucesso pecuniário foi absorvida, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para tornar-se bem sucedido. As oportunidades ocupacionais das pessoas nestas áreas estão em grande parte confinadas ao trabalho manual e aos empregos inferiores de colarinho branco. Dadas a estigmatização americana do trabalho manual, *que tem sido vista como permanecendo disseminada antes uniformemente em todas as classes sociais*, e a ausência de oportunidades realistas para o progresso além deste nível, o resultado é uma tendência manifesta no sentido do comportamento desviante.” MERTON, Robert K. *Op. cit.*, p. 198/199. Tradução livre.

Isso porque, com o aprofundamento de estudos sociológicos, ascende-se à noção de subculturas – os espaços de legitimação inseridos em microestruturas sociais, nos quais as finalidades são similares, mas os meios de alcance ao fim estabelecido culturalmente são baseados em legitimações internas, certas vezes em conflito com a macrolegitimação.

A teoria das subculturas abre espaço para a discussão sobre o pluralismo diante de teses de penalização que presumem haver consenso de valores. Nem mesmo numa comunidade específica se poderia falar, observando as subculturas, num imperativo moral, tampouco num estudo global de referenciais penais. Deste modo, há uma deslegitimação do discurso de que a codificação penal refletiria valores sociais consensuais.

A demonstração factual desta deslegitimação teve por ápice o surgimento de uma nova perspectiva denominada *labeling approach*. O modelo denominado “Teoria do Etiquetamento” inverte os conceitos de fundamento e finalidade da sanção. A partir da perspectiva do etiquetamento, não é o desvio em si que faz ser necessária uma norma caracterizadora da conduta ilícita e, a seguir, incide na necessidade da sanção como forma de reprimenda. Antes pelo contrário – pautada numa necessidade de manutenção do *status quo* estratificado, a norma é que torna o comportamento ilícito, e a sanção é meio de corroborar com o rechaço social à conduta – a marginalização, portanto, acontece de fora para dentro dos microssistemas.

Deste modo, é o poder que determina o objeto e a finalidade da sanção, não o intento de prevenção da criminalidade ou proteção do bem jurídico. Trata-se de um sistema formalmente forjado para manutenção do *status quo* estrutural. O impacto desta percepção é absurdo. Se já havia questionamentos quanto à ineficiência dos sistemas paradigmáticos, a noção de um *ciclo de cancelas*⁷⁷ torna

77 Perceba-se que a sistemática penal, nos moldes atuais, atua como cancela a determinadas classes, impedindo a coadunação de culturas distintas que ameacem as relações de poderio. O *labeling approach* explica também a relutância quase inconsciente da criminologia em aprofundar

ainda mais gravosos os questionamentos quanto à urgência de se aprimorar a sanção de forma efetivamente capaz de cumprir suas finalidades teóricas.

A crise paradigmática se amplia com tal percepção, pois além de visivelmente falho quanto aos crimes de poder, ostensivos na modernidade, o sistema demonstra-se vinculado à ineficácia como meio de sobrevivência das estruturas sociais de acordo com os parâmetros atuais. O questionamento da eficiência da pena eclode como pedra fundamental da construção de sanções modernas. Não se trata, aqui, de buscar a eliminação do fato criminoso nas sociedades, mas da busca de uma solução tão eficaz quanto seja possível. Nos dizeres de Durkheim⁷⁸:

se o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outro modo; assim, todas as discussões que ela suscita tem por objeto saber o que ela deve ser para cumprir seu papel de remédio. Mas, se o crime nada tem de mórbido, a pena não poderia ter por objeto curá-lo e sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte.

Havendo um delineamento da crise de legitimidade⁷⁹, surge espaço para o questionamento frontal quanto ao próprio conceito de eficiência das sanções. Indispensável à caracterização da base teórica de punições e à própria execução das penas, a busca pelo resultado eficaz da sanção, mais do que necessária, é imprescindível ao paradigma que pretende se firmar em detrimento do anterior, notoriamente falido.

os estudos face aos crimes de colarinho branco e de empresas – o sistema não foi pensado para lidar com a criminalidade de poder.

⁷⁸DURKHEIM, Emile. *Op. Cit.*, p. 73.

⁷⁹ Sobre o tema, explica Zaffaroni que apesar de formalmente vigentes, pautadas num dever jurídico, as sanções penais não possuem o condão realístico que as legitimaria. A existência do dever-ser não seria um escopo suficientemente forte para legitimar um sistema que se demonstra aplicado seletiva e esporadicamente e os seus próprios fundamentos – de repressão e disciplina vertical. Deste modo, há uma verdadeira crise de legitimidade do sistema penal. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. Cit.*, p. 107.

3.2 A Preocupação Com a Eficiência da Sanção à luz do Pensamento Jurídico Moderno

A insuficiência⁸⁰ dos parâmetros atuais para sanar de forma os conflitos advindos da expansão delitiva pós-globalização é cristalina. Essencialmente baseado em ideais revanchistas⁸¹ e fundado no ideal clássico de crime, o sistema punitivo convive agora com novos protagonistas no delito e novos objetos de lesão, necessitando da revisão⁸² de seus conceitos como via de revitalização.

O enunciado da fundamentação⁸³ da sanção, carente de solidez, é frontalmente açoiado pela moderna concepção de seu serviço à manutenção estrutural⁸⁴, que denota a absoluta disfunção quanto ao pretense intento de reinserção do ofensor e, bem assim, de ratificação da disciplina individual face à sociedade (representada pelo poder estatal).

Ao mesmo tempo, também aquele paradigma revanchista da finalidade da sanção, seja de defesa ou prevenção, como fim e embasamento da resolução conflitual demonstrou-se incapaz de lidar de forma eficaz com a criminalidade em expansão.⁸⁵ A mudança de perspectiva quanto à criminalidade, com o surgimento de novas figuras delitivas, requereu uma sistemática moderna mais resolutiva que teórica, sob pena de absoluta insatisfação das pretensões penais. Nos dizeres de Jesús María Silva Sánchez⁸⁶:

80 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. Cit.* p. 15. "Neste estudo, o sentido de "crise" refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal."

81 SICA, Leonardo. *Op. Cit.* p. 66.

82 Sobre a revisão de paradigmas através do rompimento com conceitos anteriores e releituras de elementares, um dos cerne deste projeto, cf. Kuhn. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

83 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. Cit.*

84 Nesse sentido, COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 91/105.

85 SANTANA, Selma Pereira de. *Op. Cit.*, p. 5.

86 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99.

Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico(da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*)

Os fundamentos jurídico-penais correntes, essencialmente baseados na sanção imediata como finalidade precípua⁸⁷, não acometem as outras possibilidades de alcance do sistema penal, que poderia atuar não somente na sanção, mas também na formação do preceito⁸⁸ jurídico aplicável a médio e longo prazo.

Esta atuação, mais que uma pretensão idílica, é uma necessidade para a quebra do ciclo vicioso “ofensa-punição-reincidência-punição...” que não somente não cumpre seu micropotencial – reforma da conduta do ofensor e resposta social – mas também olvida em absoluto da necessidade de retorno do Estado à vítima, esta sim diretamente atingida e interessada no resultado do procedimento.

Em conjunto com as disfunções de fundamentação e finalidade, a aplicabilidade das sanções é altamente questionada, quando se percebe que têm efeito nulo ou, pior, negativo sobre o indivíduo e o seio social em que este se encontra. Não se está a discutir somente a necessidade de modificação cultural, mas a ineficácia do próprio sistema processual penal atual. É necessária, mais do que a simples modificação instrumental, a modificação do conceito de eficácia da sanção. Sobre a percepção desta falha, Selma Pereira de Santana⁸⁹ aduz:

87 Neste sentido, Guadalupe Sanzberro afirma que “a concentração do discurso penal no aspecto punitivo tem atingido como consequência que – expressado simbolicamente – a atenção às “árvores”(as penas) não permite ver “o bosque”(o sistema penal em sua complexidade)[...]”. SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999, p. 338.

88 EUSEBI *apud* SICA, *Op. Cit.* p. 128.

89 SANTANA, Selma Pereira de. *Op. Cit.* p.138.

Sabe-se que ultimamente diversos ordenamentos jurídicos têm introduzido formas de simplificação e de diversificação nas reformas das suas legislações processuais penais, em razão da verificação da perda de eficiência desse setor. Paradoxalmente, contudo, permanece pouco tratada a relevante questão de apurar se essas formas de diversão seriam compatíveis com a necessidade de garantia.

A busca primordial do sistema jurídico-penal não pode se confundir, em nossa análise, com a pena ou mesmo com a prevenção – muito além disso, é mister que se analise o intento de efetivação da finalidade estatal, constitucionalmente designada, em âmbito ainda mais aprofundado, da integração dos entes cerne do conflito(“paz jurídica”⁹⁰), da reparação do dano e da efetivação das garantias constitucionais.

Percebidas as disfunções quanto à aplicação da sistemática penal, que culminam na deslegitimação de seus meios e na insuficiência de suas proposições, cumpre tentar um esboço do que poderia ser, em tempos hodiernos, o resultado eficaz da sistemática em estudo. Para tanto, é indispensável a observação de conceitos alavancados por estudiosos do tema. Nos dizeres de Paulo Queiroz⁹¹:

A missão do direito penal é a missão de todo o direito: possibilitar a vivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, resolver, enfim, conflitos de interesses de modo pacífico, segundo normas e processo previamente conhecidos. Não obstante seja esta a sua missão, de cujos demais ramos somente se distingue pelo maior rigor das sanções que adota para fazer em face dos comportamentos declarados criminosos, o direito penal, porque preso ainda, fortemente, à idéia de retribuição, responde aos conflitos de forma sensivelmente menos racional que os demais

90 BAUMANN, APUD SICA, Leonardo. *Op. Cit.*

91 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Para além da filosofia do castigo*. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/para-alem-da-filosofia-do-castigo/> Acesso em 03/04/2013.

ramos. Não sem razão, tem se afirmado que a justiça criminal “decide” conflitos, mas não os “resolve”.

O estudo isolado de uma única vertente de observação da estruturação penal demonstra-se, via de regra, incapaz de habilitar uma ou outra ciência em separado à percepção adensada de soluções eficazes face ao crime. A própria observação do caminhar de estudos sobre o tema demonstra a soma de percepções científicas distintas como trajeto evolutivo do pensamento sistemático penal.

Numa busca de correlações dogmáticas, traz-se à tona a conceituação de Robert Alexy⁹² e Andre Copetti⁹³, para os quais a sistemática penal é uma esfera de efetivação de garantias fundamentais. Tal acepção é uma das muitas elementares de compreensão do que seria e eficácia de resultado da sanção.

Entende-se, neste estudo, que é imprescindível que se tornem efetivas as possibilidades normativas e políticas que possui o Direito Penal, em seu âmbito de atuação, para a instrumentalização de garantias fundamentais. Aqui, abre-se espaço especialmente para a efetivação de dois preceitos máximos que norteiam o processo enquanto instrumento de resposta social – a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça. É dizer, propõe-se que o direito seja, de fato, um instrumento útil para a qualificação da vida humana em sociedade.

Trata-se de uma modificação conceitual que encontra vozes reverberantes na doutrina moderna. Claus Roxin⁹⁴ afirma que “o estabelecimento da paz jurídica é o único que legitima a pena”. Pautado nos preceitos de legalidade e dignidade da pessoa humana⁹⁵, se estende também tal acepção à efetivação da potencialidade da

92 Para Robert Alexy, a tutela penal configura-se um direito prestacional. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450-470.

93 COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 90.

94 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993, p. 32.

95 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162.

sanção de garantir ao indivíduo a utilidade de um processo penal, muito além da simples formalização procedimental que culmina numa restrição.

Ora, uma restrição disfuncional, ainda que aplicada e cumprida por inteiro, não repara, minora os danos, restaura ou ressocializa. É absolutamente disfuncional, portanto. E aqui se verifica uma complementaridade indispensável – somente é correto conceber o pleno acesso à justiça se, muito além do processo formalizado, há um resultado que modifique a estrutura lesada.

Tal modificação não pode significar - e isso se percebe de mera cognição empírica - apenas o resultado sancionatório, quando este é incapaz de trazer à vítima uma restauração ou minoração plena da lesão, ao ofensor a revisão conceitual sobre seu ato lesivo e potencialidade de reinserção aprimorada no seio social e ao Estado a maior garantia possível do refrear de lesões repetitivas.

3.3 A Eficácia do Resultado Penal como soma de Valores

Numa análise breve da correlação entre a história do pensamento penal e as distintas visões da funcionalidade da punição, pode-se observar que da escola clássica às modernas concepções do *labeling approach*, a soma de diferentes acepções científicas⁹⁶ tem-se demonstrado o caminho idôneo à resolução mais vasta e efetiva do conflito.

A sociologia jurídico-criminal, a criminologia, a dogmática penal, a política criminal e o direito processual penal caminham, ao que parece, em paralelo, mas de mãos dadas⁹⁷. E a linha que une as diferentes perspectivas de estudos é a busca por uma sistemática mais eficaz de penalização. É nesta soma de instrumentos em busca de uma melhor aplicação da pena que se verifica a atual noção de acesso à

96 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, 219.

97 FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

justiça na prática penal. O resultado eficaz, instrumentalizado pela soma dos meios mais assertivos de alcance de um objetivo reparatório na sanção,

Muito embora não se possa afirmar que já há um panorama bem estruturado capaz de noticiar com precisão qual a noção prática de pena eficaz, se é que se poderá algum dia falar em precisa da subjetiva ciência da punição, neste estudo se entende possível compreender e delinear em caráter de esboço uma noção de eficácia para a sanção, como lume na busca de práticas e procedimentos que alcancem um resultado satisfatório na aplicação da sanção.

Diz-se eficácia, neste estudo, da capacidade multifacetada que tem a política criminal adotada por um sistema penal de reparar danos, minorar efeitos e evitar a renovação da prática ofensiva no seio social. Trata-se da potencialidade de harmonização do núcleo atingido pela ofensa, se não em busca de um *status quo ante* dificilmente alcançável, ao menos a um estado de conformação entre a medida adotada e reparação das dimensões afetadas, não somente no viés formalista da proporcionalidade gravosa.

Esta reparação de dimensões lesadas pelo ato ofensivo perpassa distintos aspectos – a atenuação dos efeitos lesivos à vítima; a renovação de confiança social na segurança que o Estado busca proporcionar quanto à diminuição de conflitos; a tentativa de conscientização e “reforma” de potencialidades do ofensor. Não se está a afirmar a possibilidade de reforma da personalidade, eivada de peculiaridades explicáveis somente em âmbito supramaterial. Contudo, acredita-se na possibilidade de, em muitos casos, revigorar na vítima e no agressor, ambos relacionados à lesão criminal, seu potencial construtivo.

O resultado eficaz seria, portanto, uma soma de potencialidades da sanção, num aspecto muito mais positivo e abrangente que a simples repressão da conduta danosa e da perpetuação da reprimenda social. Ora, se é possível observar no ofensor a capacidade de reconhecer seu erro, a razão de ser da sanção pode ir muito além de simples afastamento da sociedade e supressão temporária do potencial agressivo do indivíduo.

É certo que haverá uma inicial resistência à observação da pena com um viés positivo. De suas origens de clausura e expiação, a sanção herdou a imagem de penitência devida por qualquer um que extrapolar sua liberdade e originar uma lesão ao bem jurídico alheio. Contudo, o resultado eficaz não se limita à exploração do potencial positivo de modificação do indivíduo ofensor. A acepção de resultado eficaz aqui buscada envolve a uma soma de fatores.

A reparação do dano, ou minoração de seus efeitos, que se estende para além da noção material de reparação, mas pode englobar a responsabilidade pelo *quantum* lesivo; a análise da ótica da vítima no processo sancionatório, que envolve muito além do que a simples condenação do ofensor; a busca pela maior proximidade possível com o *status quo ante* – o ofensor e a vítima aproximando-se da qualidade de indivíduos *normais*; a possibilidade de qualificação do ofensor para melhorar a comunidade na qual gerou o dano, sempre que possível reinseri-lo.

Por oportuno, deve-se ressaltar que nem toda espécie de crime ou de criminoso alcançará a eficácia plena dos moldes penais positivos a que se intenta neste trabalho. Para casos específicos é necessária uma moldagem específica. A eficácia da sanção tem por pressuposto a especificidade do tratamento dado à qualidade do ofensor e à necessidade da vítima.

Defende-se, portanto, uma nova moldagem de sanções que agregue em si as diversas percepções galgadas no decorrer dos estudos do crime, nas mais diversas ciências, de um modo sistemático, que permita uma normatização capaz de dar à sociedade um retorno não somente formal de penalização, mas efetivamente capaz de promover a resolução conflitual que originou a problemática vigente.

Não haveria, *a priori*, um molde de sanção eficaz a todo e qualquer crime. Ora, se a proposição de um resultado eficaz envolve a busca pela reparação efetiva e ampla, multidimensional, dos efeitos da ofensa, não se poderia estabelecer, ao menos de início, uma fórmula penal indistinta que abarcasse a profusão de crimes da modernidade. Mas as bases para o traçado preciso da sanção agrupada pelo

potencial de dano causado, pela natureza da ofensa e do ofensor e, ainda, pela presença de interesse em observar a vítima como uma das destinatárias dos efeitos sancionatórios, resolvendo-se no cerne do conflito as questões insurgentes, estes sim podem e devem ser observados na construção de um novo modelo penal.

4. A PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA – A MODERNIDADE E O OFENSOR COLETIVO

Sendo a pessoa jurídica, no novo cenário global, uma relevante figura com poder de atuar sob sistemas de direito, gerando e contraindo obrigações, seria imprescindível que a nova face da estrutura penal abarcasse suas condutas. Ocorre que, muito embora haja sido criado um arcabouço penal voltado para crimes da era globalizada, em que figuram as pessoas jurídicas como diretamente envolvidas, não se verificou a potencialidade de alcance das sanções e das designações estabelecidas para cumprir as metas do sistema penal.

Do ponto de vista político-criminal, a dificuldade em se verificar a autoria individual nos crimes coletivos demanda punições autônomas da Pessoa Jurídica. Do ponto de vista dogmático, o surgimento de novos bens jurídicos num novo tipo de criminalidade, sobretudo a econômica, demandava um instrumento de imputação ao ente coletivo, cujas lesões afetam a um coletivo, não mais individualmente, como decorrência das próprias relações modernas, pautadas na interação social supra individual.

Do ponto de vista criminológico, o que verificamos neste trabalho, o fenômeno do crime passou a fazer parte das organizações de forma estrutural, tendo as próprias empresas como base de condutas criminosas, o que justifica a necessidade de modificação na perspectiva punitiva e avaliação deste tipo de ofensa.

A oposição fortemente apresentada pela doutrina⁹⁸ latino-americana e ibérica⁹⁹ à reflexão sobre a existência de uma responsabilidade atribuível à

98 Neste sentido, ROBES PLANAS, Ricardo. *El "hecho propio" de as personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*. In: Revista Para el Analisis del Derecho. Barcelona, 2009. Disponível em: www.indret.com Consulta em 13/08/2013.

pessoa jurídica independentemente¹⁰⁰ ou à noção de “pessoa jurídica criminosa” demonstra-se coerente com a dificuldade enfrentada na análise do próprio conceito de vontade e culpabilidade que ainda enfrenta o direito penal. No direito de origem anglo-saxã, a modificação de pensamento quanto à questão deu-se de maneira mais simples, muito embora as discussões permeiem ainda o tema.

Não obstante as ressalvas usualmente apresentadas, fervilham os estudos sobre responsabilidade penal da corporação em toda a comunidade jurídica. Os questionamentos quanto à incongruência de “normas sem sujeito”, ou seja, de um direito penal que pode tutelar, mas não alcançar a figura da corporação, demonstram-se cada vez mais fortes. À medida que conceitos já pacíficos na doutrina anglo-saxã, como *compliance*¹⁰¹ e *criminal liability*¹⁰², são apresentados como ideias realistas e eficazes diante da realidade global, estruturada em coletivos e não mais em crimes individuais, é mais forte o escopo de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Neste sentido, vale observar a discussão sobre a responsabilidade da P.J.¹⁰³ em relação ao Código Penal Espanhol, que previu nas “consequências acessórias” das sanções especificamente voltadas para as associações, fundações e sociedades de forma autônoma, de forma independente das pessoas físicas que as compõem. A doutrina discute se o reconhecimento de sanções

99 A legislação espanhola deu margem a grandes discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, desde que o Código Penal Espanhol, em seus artigos 31 e 129, previu sanções a sociedades, fundações e associações de forma independente, o que a diferencia de normas similares verificadas em outros Estados.

100 Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *¿Organizaciones Culpables?* Barcelona: 2006, pp. 2/6. Disponível em: www.indret.com Consulta em 13/08/2013.

101 Sobre o tema, imprescindível citar a Lei 12.846/2013, denominada “Lei Anticorrupção”, sancionada em setembro de 2013, que prevê a responsabilização da pessoa jurídica nos âmbitos civil e administrativo, com imputação única e independente (art. 2º, parágrafo 1º) e cria o CNEP (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas Condenadas), com o objetivo de dar publicidade aos atos lesivos e sanções aplicadas às corporações. A legislação estimula a prática de uma política de evitabilidade de danos(resumidamente, a *compliance*) adotando uma postura já conhecida dos sistemas internacionais. Parece-nos um modelo de estrutura que pode ser utilizado como um meio facilitador à responsabilização penal.

102 Cf. CANADA, Department of Justice. *Criminal Liability of Organizations*. A plain language guide to Bill C-45. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/c45/c45.pdf> Consulta em 24/08/2014. Ainda sobre o tema: DOYLE, Charles. *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*. Congressional Research Service Report. [S.l.]: 2013. Acervo Pessoal.

103 Forma abreviada de pessoa jurídica, utilizada neste trabalho com o intuito de evitar a repetição das palavras.

voltadas exclusivamente a tais pessoas jurídicas seria equivalente ao reconhecimento da responsabilidade penal da própria organização. Sobre o tema, posicionamento de José Luis de la Cuesta¹⁰⁴:

Ya el nuevo Código Penal de 1995 –en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro– aludió en su art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas), algo que, si para ZUGALDÍA ESPINAR constituía una prueba del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasó por lo general como anecdótico: un mero descuido del legislador.

Pero, sobre todo, el elenco de reacciones penales tradicionales –penas y medidas de seguridad– se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre éstas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual, como con personalidad jurídica propia) y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (art. 129.3). La nueva regulación suscitó un importante debate doctrinal, que se vio acentuado cuando la LO 15/2003 afirmó su voluntad expresa de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Também o Código Penal austríaco, após influências da assinatura do Protocolo para a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias¹⁰⁵, adotou a responsabilização penal da pessoa jurídica, através de uma lei especial e utilizando-se de alguns preceitos fundamentais já assegurados à pessoa física no VbVG.

Não obstante a criação de lei especial penal e a preocupação com os termos processuais penais adotados aos novos procedimentos que envolvem a corporação, a imputação de pena de multa que não possui natureza penal confere

¹⁰⁴ DE LA CUESTA, José Luis. *Op. Cit.*

¹⁰⁵ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. *Segundo Protocolo da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias (97/C 221/02)*. Luxemburgo, 19 de junho de 1997. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31997F0719\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31997F0719(02)) Acesso em 10/06/2013.

à legislação austríaca um ar intermediário entre o direito penal e o administrativo¹⁰⁶, como também se verifica na ideia de contraordenações da legislação portuguesa.

Aproximando-se de uma nova perspectiva, que já reconhece a relativa autonomia da empresa quanto aos seus próprios atos, o legislador brasileiro criou, em setembro de 2013, a Lei 12.846/2013, vulgarmente conhecida como “Lei Anticorrupção”. Muito embora se trate de uma responsabilização objetiva e nas áreas cível e administrativa, serve de esboço à proposta de ônus penal corporativo e corrobora com o entendimento de que existe, sim, um interesse da organização emanado através de sua conduta e passível de observação. A análise deste interesse se dá de acordo com a política da empresa para evitar¹⁰⁷ e conter danos.

Nada obstante, numa realidade prática, a legislação dificilmente acusa resultados. Isso porque, ao pensar o sistema de imputação penal da corporação, o legislador deixou lacunas que servem de escopo às duras críticas sofridas pela responsabilidade penal voltada à pessoa jurídica.

Quando o legislador constitucional brasileiro abriu caminho para a imputação penal à pessoa jurídica, no art. 255, os problemas que envolviam a ideia de responsabilidade penal da corporação pareciam ser sanáveis por meio da tese de dupla imputação – a denúncia ofertada contra a pessoa jurídica em conjunto com a pessoa física possibilitaria a aferição de culpabilidade, requisito

¹⁰⁶ Sobre o tema, vale a pena conferir ROBES PLANAS, Ricardo. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*. In: Revista para Analisis del Derecho. Barcelona: Pompeu Fabra, 2006. Disponível em: www.indret.com Acesso em 14/06/2014.

¹⁰⁷ Nesse sentido, critérios apontados no relatório publicado no “Congressional Research Service”, que contém pareceres de especialistas para os comitês do Congresso norte-americano, a saber:

“The decision whether to prosecute a corporation rests with the Justice Department. Internal guidelines identify the factors that are to be weighed: the strength of the case against the corporation; the extent and history of misconduct; the existence of a compliance program; the corporation’s cooperation with the investigation; the collateral consequences; whether the corporation has made restitution or taken other remedial measures; and the alternatives to federal prosecution. As in the case of individual defendants, corporation prosecutions rarely result in a criminal trial. More often, the corporation pleads guilty or enters into a deferred or delayed prosecution agreement.”

indispensável e norteador da imputação penal de acordo com parâmetros constitucionais¹⁰⁸.

Contudo, um quarto de século após o texto constitucional, a tese de dupla imputação resulta, muitas vezes, na irresponsabilização corporativa, diante da grande dificuldade de identificar-se o liame entre conduta e resultado lesivo dentro de uma macroestrutura. Com a exclusão das pessoas físicas do polo passivo, a denúncia resta ineficaz quanto à pessoa jurídica, tornando-a praticamente inalcançável.

É preciso salientar que não acreditamos na tese de que o direito penal econômico seria intervenção penal desnecessária¹⁰⁹. Pela própria verificação do grau de descumprimento ou de descaso das empresas e dos empresários à conduta legal, mesmo quando estabelecidas sanções administrativas (via de regra as multas) se ratifica a necessidade de sanções que perpassem as esferas anteriores do direito.

. Um estudo publicado pelo Ministério da Justiça¹¹⁰, realizado em parceria com a Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, mostra que a vinculação do nome da empresa a um processo penal tem impacto muito maior sobre as tentativas empresariais de resolução do conflito que as cíveis e administrativas. As vias de resolução anteriores, usualmente convertidas em pecúnia, eram tratadas como dívidas comuns. Mesmo em se tratando de penas alternativas, a ameaça de existência de um procedimento penal gerava maior impacto e busca de resolução do conflito.

108 Cf. MELLO, Sebastian Borges de .Albuquerque. **O conceito material da culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

109 Sobre o tema, cf. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **Imputacion Objetiva en el derecho penal econômico y empresarial**. In: Revista para el Analysis del Derecho. Barcelona, 2009. Disponível em: www.indret.com. Consulta em 15/08/2014.

110 BRASIL. Ministério da Justiça. *Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro*. In: Projeto Saber o Direito, nº 18/2009, [s.l. p.129/130.

4.1 Como falaremos de punir a corporação? A questão da culpabilidade.

Antes de questionar a responsabilidade penal corporação, é inevitável, à luz de ideais garantistas em voga, que se questione o paradigma de culpabilidade relacionado à valoração subjetiva, em especial a acepção material de Welzel¹¹¹, constituinte de pretensão bloqueio de quaisquer compreensões referentes à corporação.

Como todo caminho de confronto, o questionamento encontra barreiras diversas, que têm por seu maior escopo o apego aos valores tradicionais do direito penal pautado na pessoa física, no mais das vezes, incapaz de correlacionar seus pressupostos a uma responsabilização da P.J..

O bloqueio advém, podemos cogitar, da tentativa de adequar hipóteses novas de responsabilidade e punibilidade a acepções teóricas insuficientes, fundadas em um tipo de crime “individuo-individuo”, muito distinto do verificado em sociedades complexas como as atuais.

Não é verdadeiro, entretanto, pressupor que a insuficiência na aplicação de teorias vigentes a hipóteses novas signifique uma vedação às considerações sobre a possibilidade de responsabilização ou mesmo vedação a proposições com viés prático. Nos dizeres de Feyerabend¹¹²:

A condição de coerência, por força da qual se exige que as hipóteses novas se ajustem a *teorias* aceitas, é desarrazoada, pois preserva a teoria mais antiga e não a melhor. Hipóteses que contradizem teorias bem assentadas proporcionam-nos evidência impossível de obter por outra forma. A proliferação de teorias é benéfica para a ciência, ao passo que a uniformidade lhe debilita o poder crítico. A uniformidade, além disso, ameaça o livre desenvolvimento do indivíduo.

111 Sobre o tema, Cf. WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, Prefácio e Notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.

112 FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977, p. 45.

A tarefa é essencialmente pautada na necessária ampliação das esferas de observação do direito penal e de seus fundamentos básicos de culpabilidade e responsabilidade, cujo exame exige uma reapreciação sob a luz de singular ótica, esta voltada à nova figura delitiva pós-global, a “pessoa de concreto”, quanto à qual as expressões de vontade não se verificam por elementos psicológicos unos, mas pela apreensão volitiva emanada de seu conjunto de atos.

Como em toda perspectiva de *construção*, é certo que os questionamentos iniciais acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda encontram poucos adeptos e possuem severas divergências¹¹³.

Não se poderia, portanto, tratar do tema com respostas absolutas ou argumentos capazes de sanar completamente o problema a que se destina a nova hipótese, pois como todo fundamento embrionário, ainda há que se lapidar suas arestas¹¹⁴. Buscamos, pois, sem a perspectiva de grandiosidade, esboçar um traçado inicial de uma jornada decerto conflituosa e que fundamenta discussões em todo o globo.

Fato é que, na busca pela nova acepção, mais do que necessária diante do panorama de responsabilização penal corporativa, as vozes dissonantes têm começado a reverberar. Torna-se nítida a percepção da essencialidade de uma reformulação embasada em preceitos jurídico penais compatíveis com a nova realidade, já que os conceitos atuais vem se demonstrando insuficientes em sua atual aplicação.

Maria Auxiliadora Minahim¹¹⁵ explica:

As noções de responsabilidade, culpabilidade e ação foram aperfeiçoadas pela dogmática penal alcançando um nível de perfeição

113 KUNH, Thomas Samuel. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad.: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 220.

114 Ibidem, p. 196.

115 MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. In: Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, Salvador – Bahia, v. 4, n. 1, 1995, p. 115/116.

teórica nem sempre compatível com a realidade.[...] No Brasil, apesar do rumo propiciado pela Constituição[...] o tema encontra grande resistência por parte dos penalistas. Apegam-se aos princípios do direito penal do iluminismo, afirmando que a responsabilidade pessoal e a culpabilidade são restritas à pessoa física e que, a não ser através do sacrifício de conquistas históricas, poder-se-á falar de pena para os entes coletivos. Em minoria, levantam-se vozes como a de Gerson Pereira dos Santos, em inúmeros trabalhos, para alertar que “as grandes construções da dogmática não surgiram para ser cultivadas pelos estudiosos e profissionais da especialidade[...].

Decerto que a busca pela sedimentação de novo modelo de pensamento invalida o outrora construído. O surgimento de novos parâmetros para tratar deste tema requer uma perspectiva comparativa de aperfeiçoamento – com certo distanciamento da pesquisa pautada na simples refutabilidade¹¹⁶.

Isso porque, embora conceitos como a culpabilidade conceituada em face da pessoa física não se demonstrem capaz de alcançar as noções de emanção de vontade da pessoa jurídica, servem como norteamento das novas percepções e como fundamentos sólidos do ideal de *reprovabilidade*, que nos parece elemento essencial de qualquer conceito de conduta punível, muito embora construídos sob a base de pensamento sistemático que considera o fator humano.

Balizados por Feyerabend¹¹⁷:

Qualquer idéia, embora antiga e absurda, é capaz de aperfeiçoar nosso conhecimento. A ciência absorve toda a história do pensamento e a utiliza para o aprimoramento de cada teoria. E não se respeita a interferência política. Ocorrerá que ela se faça necessária para vencer o chauvinismo da ciência que resiste em aceitar alternativas ao *status quo*.

116 Sobre o tema, Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1993.

117 FEYERABEND, Paul. *Op. Cit.*, p. 65.

Ainda neste sentido, podemos observar as considerações de Thomas Kuhn¹¹⁸, para quem “o processo de mudança pelo qual passa a ciência não pode ser comparado com um processo linear no qual tijolos são adicionados um a um visando a conclusão de um único edifício”. Ou seja, as mais distintas visões adquiridas no processo de construção de um paradigma são igualmente importantes, assim como os próprios paradigmas que vigem por certo tempo e fornecem, neste período, um ideal que melhor se aproxima à realidade experimentada.

Estabelece-se, portanto, o intento inicial de proceder à investigação do tema não de um ponto de vista incendiário das teorias já suscitadas – consoante supraexposição, não se intenta entabular um novo pensamento sob o simples refutar de teorias vigentes.

Principia-se de referenciais destas, como pontos de partida, com razões de inadequação ou, em alguns casos, como elementos de proximidade com os ideais fomentadores de um novo panorama da culpabilidade.

118 KUHN, Thomas Samuel. *A Função do Dogma na Investigação Científica*. In: Deus, Jorge Dias de (org.). *A Crítica da Ciência: sociologia e ideologia da ciência*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979, p. 16. No mesmo sentido, o autor exemplifica: “Antes, porém, é preciso frisar um aspecto bastante importante. Embora o acolher de um paradigma pareça historicamente uma precondição para investigação científica mais eficaz, os paradigmas que aumentam a eficácia da investigação não necessitam ser, e geralmente não são, permanentes. Pelo contrário, no esquema de desenvolvimento das ciências maduras vai-se passando, em regra, de um paradigma para outro. Esse esquema diferencia-se do esquema característico dos períodos de começo ou de pré-paradigma não por causa da eliminação total do debate em torno dos fundamentos, mas pela restrição drástica de tal debate, aos períodos ocasionais de mudança de paradigma. O *Almagesto* de Ptolomeu, por exemplo, não deixa de ser um paradigma pelo fato da tradição de investigação que partia dele acabar por ser substituída por outra incompatível baseada nos trabalhos de Copérnico e Kepler. Nem mesmo a *Óptica* de Newton deixou de ser um paradigma para os estudantes dos fenômenos da luz no séc. XVIII, por ter sido depois substituída pela teoria ondulatória do éter de Young e Fresnel, um paradigma que por sua vez cedeu lugar à teoria do deslocamento eletromagnético que se constitui a partir de Maxwell. Não há dúvida de que o trabalho de investigação que um dado paradigma permite torna-se uma contribuição duradoura para o corpo do conhecimento científico e técnico, mas os paradigmas eles próprios são com frequência postos de lado e substituídos por outros bastante incompatíveis com eles. Não podemos recorrer a noções como “verdade” ou “validade” a propósito dos paradigmas na tentativa de compreender a especial eficácia da investigação que a sua aceitação permite.”

4.1.1 A Confusão entre a “parte” e o “todo” no Paradigma Subjetivo de Culpabilidade

Cumpra explorar, ainda que de forma breve, o eixo objetivo de questionamento para a inaplicação do paradigma de culpabilidade pautado em critério valorativo-subjetivo no que concerne à pessoa jurídica.

A confusão na assimilação da culpabilidade parece começar na dificuldade em discernir entre o conceito de culpabilidade em si considerado e seus elementos. Para um esclarecimento diferencial, é mais do que necessário observar-se o entendimento de Welzel, que notou e modificou a compreensão do conceito discutido, “retirando” um de seus elementos e percebendo que tal subtração não ceifava a essência do mesmo.

Para o suprarreferido autor, a culpabilidade reside no caráter reprovável de poder agir de outro modo e não o fazer, não se reduzindo à subjetividade contida na vontade em si. Culpabilidade não se confunde com a vontade do autor, tampouco com um critério de reprovabilidade presente na mente daquele que analisa a conduta. O subjetivismo contido na pretensão associativa da culpabilidade como o simples elemento psíquico é superado quando se verifica que é elemento observado na conduta.

Nos dizeres de Nivaldo Brunoni¹¹⁹:

“Welzel desenvolveu o critério do “poder-agir-de-outro-modo”, que se baseia no livre-arbítrio do autor de um injusto. Para ele, o juízo de desvalor da culpabilidade realiza em relação ao autor uma censura pessoal por não haver atuado corretamente, a despeito de haver podido pautar-se de acordo com a norma. Em suas palavras, “a culpabilidade consiste na censura pessoal ao autor por não se haver omitido em relação à ação antijurídica apesar de haver podido fazê-lo”. Portanto, em Welzel a essência da culpabilidade reside no “poder do autor”.

119 BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade: Considerações**. Curitiba; Juruá, 2008, p. 168.

Para Welzel, “culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade”¹²⁰. Diferencia-se da vontade em si, sendo uma qualidade negativa da ação do agente. O esvaziamento de elementos de caráter psíquico ou abstrato na construção do conceito delineada pelo autor dá sentido menos metafísico da acepção da culpabilidade. A noção normativa exsurge como elemento marcante de teorias desenvolvidas a partir de então, sendo verdadeiro marco no desenvolvimento do tema.

Importante marco de sua teoria, considerado nesta pesquisa como um dos sedimentos do esclarecimento quanto à possibilidade de culpabilidade da pessoa jurídica, é a percepção distintiva entre os elementos da culpabilidade que não se confundem com o todo. Em trecho da obra do autor, temos sua explanação sobre o tema:

A identificação de um estado anímico com a culpabilidade obedece à inexatidão do uso da linguagem, que designa muitas vezes o todo com uma simples parte (*pars pro todo*). Culpabilidade, nesse sentido amplo, é a vontade de ação, antijurídica e culpável ou (no sentido mais amplo) a ação (típica, antijurídica) culpável(...). É evidente que a culpabilidade em sentido amplo (como vontade de ação culpável ou ação culpável) pressupõe conceitualmente a culpabilidade como qualidade (reprovabilidade), isto é, a culpabilidade em sentido estrito e próprio. Neste capítulo trata-se, contudo, da culpabilidade como *qualidade* ou *reprovabilidade* da vontade ou de ação.¹²¹

Por sua vez, aclarando ainda mais a visão do autor, Pérez Manzano¹²², ao tratar da obra de Welzel, afirma:

Con su teoría de acción finalista, Welzel incluye en la acción y, por tanto, en el juicio de antijuridicidad de la conducta, parte del contenido

120 WELZEL, Hans. **Op. Cit.**, p. 93

121 WELZEL, Hans. **Op. Cit.**, p. 89.

122 MANZANO, Mercedes Pérez. **Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.** Madrid: Editorial de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 85, grifos insertos.

tradicional del dolo, que pasa a ser un dolo neutro, que no requiere el conocimiento de la antijuridicidad. Ello supone un vaciamiento de la culpabilidad de elementos no normativos, de modo que al formar parte el dolo del tipo de injusto de los delitos dolosos se retiene únicamente en la culpabilidad lo normativo; la culpabilidad no es entonces un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico que existe o falta, siendo esencia de la culpabilidad el reproche del proceso volitivo. Los elementos de este juicio son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de conducta adecuada a la norma. Con ello se salva la crítica realizada por Graf zu Dohna a la teoría normativa de confusión entre el objeto y el juicio de la valoración. Welzel tiene gran influencia en la doctrina posterior[...]

A “dessubjetivização” e o destrinchamento da culpabilidade em elementos através do realce das partes quanto ao todo são alicerces da teoria construída por Welzel que certamente são fatores metodológicos que podem ser utilizados na perspectiva de composição de conceitos afeitos à culpabilidade da empresa.

Não se está com isso tentando afirmar que a teoria finalista normativa da culpabilidade seria capaz de abarcar as noções relativas à corporação. O próprio Welzel foi claro quanto ao tema, ao dispor sobre seu conceito de reprovabilidade, aduzindo que somente se poderia falar em culpabilidade relacionada à pessoa física, capaz de expressar sua vontade, a saber¹²³:

Somente é culpável o indivíduo por estar dotado de uma vontade, mas não uma corporação ou outro ente coletivo. Um problema distinto é o de se e até que ponto responde uma corporação pelos delitos cometidos por seus órgãos[...]

Seu conceito, em si considerado, portanto, não permite um avanço deste trabalho no sentido da demonstração da hipótese aventada. Não obstante, o desenvolvimento de ideias em cuja base se verificam premissas de Welzel justifica sua utilização pontual para situarmo-nos no tempo, concentrando-nos

123 WELZEL, Hans. Op. Cit., p. 88.

apenas em teorias vindas após o estudo da culpabilidade normativa por ele desenvolvida.

4.2 DO DESENVOLVIMENTO DE TEORIAS NOVAS ÀS TEORIAS DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Da premissa firmada por Welzel, diversos autores seguiram através da diversificação de suas teorias, sem que o conceito de culpabilidade deixasse de ser encarado como tal, muito embora se haja atribuído uma rotulação distinta. Tal fator não parece refutar, mas ratificar os fundamentos de desvinculação do critério de abstracionismo e o desenlace entre a visão dos elementos da culpabilidade e a culpabilidade em si.

Interessam, aqui, especialmente algumas das ideias desenvolvidas a partir daí, que não eliminaram o caractere da vontade, mas aprimoraram a conceituação de culpabilidade com a adição de fatores solidificantes ao conceito de reprovabilidade, que é utilizado pelos autores na busca de uma noção balizadora para a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Parte-se neste ensaio do caminho de desenvolvimento de teorias normativas solidificadas por Welzel¹²⁴, buscando demonstrar que é possível tratar de responsabilidade da pessoa jurídica apartada da noção de elemento humano como único capaz de conferir vontade à corporação. É preciso, de início, observar determinadas noções de culpabilidade destrinchadas do ideal originário de Welzel, por seus sucessores.

124 Saliente-se que antes de Welzel, outros, como Reinhard von Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal já dispunham sobre o tema, na construção de uma análise normativa da culpabilidade. Cf. FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Segunda Reimpresion. Montevideo: Editorial IBdeF. Julio Cesar Faria. (ed), 2004. FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Traducción y prologo de José Luis Gusman Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.

Para Maurach¹²⁵, o conceito mais completo seria de atribuíbilidade, segundo o qual a culpabilidade se subdivide em responsabilidade pelo fato – exigibilidade de outra conduta diante das circunstâncias, de acordo com o padrão médio da coletividade – e culpabilidade propriamente dita – imputabilidade somada à consciência de ilicitude.

Seu conceito é importante, pois revela a noção de responsabilidade, um dos fundamentos da punibilidade à pessoa jurídica.

Claus Roxin, por sua vez, também aprimorando as teses de Welzel, utilizou-se da referência de bases já assentadas, entendendo, contudo, que a própria culpabilidade caminhava para um sentido de responsabilidade. Para Roxin, a culpabilidade não seria fundamento, mas limite da sanção e caminharia para a responsabilidade no sentido de vincular-se ao caso concreto para até mesmo demonstrar a desnecessidade da sanção penal. O autor afirma¹²⁶:

El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad [...]. El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de responsabilidad.

No mesmo sentido de desenvolvimento das ideias já observadas, Muñoz Conde e Mir Puig caminham ainda mais longe. Num resumo do pensamento apontado por ambos, afirma Karina Sposato¹²⁷ que “ a motivabilidade ou

125 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona, Ariel, 1962, p. 25.

126 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 791 *et seq.*

127 SPOSATO, Karina Batista. *Culpa & Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e*

capacidade de motivação para Muñoz Conde é a capacidade para reagir frente às exigências normativas. Sendo que tais exigências ou expectativas se estruturam à luz de necessidades preventivas, e vale-se das lições de Mir Puig:

“O fundamento da culpabilidade não pode derivar-se, sin más (apenas), da natureza das coisas, como crê a concepção tradicional não cabe castigo ao inculpável porque não pode atuar de outro modo e perigosamente como dá a entender a teoria da motivação normativa, não cabe castigo ao inculpável porque não pode ser motivado em absoluto pela norma -; é imprescindível introduzir um momento normativo essencial [...].”

As noções de culpabilidade evoluíram num sentido de capacidade de reagir diante do comando normativo através da conduta. Este conceito já era verificado em Roxin, na sua acepção de responsabilidade, e adotado pelo doutrinador como “dirigibilidade normativa”.

A enunciação da culpabilidade enquanto possibilidade de dirigir-se de acordo com a norma, indo além dos primeiros esboços de reproche adotados por Frank, Goldschmidt e Freudhental, perpassando Welzel, que analisou de forma atômica, decomposta, a culpabilidade, deu margem larga à composição de teses de culpabilidade da corporação com base em duas premissas básicas – reprovabilidade e dirigibilidade normativa. As teses neste esboço partem deste pressuposto e da noção de que os elementos da culpabilidade não se confundem com a culpabilidade como um todo, como sugeriria a sinédoque a que usualmente se submete o termo.

4.2.1 Culpabilidade da Pessoa Jurídica – Um Conceito Possível Numa Realidade Explorável

O objetivo deste estudo não é o de definir uma teoria de culpabilidade aplicável à pessoa jurídica, haja vista que o próprio conceito de culpabilidade moderno é altamente volátil. No entanto, para tratar-se de responsabilidade penal da pessoa jurídica aplicando-se o procedimento restaurativo aos casos em que o crime é perpetrado por este ente faz necessário ao menos percorrer esta discussão.

Doutrina e jurisprudência brasileira, em minorias cuja expressão tem se tornado mais firme, parecem caminhar no sentido da necessidade de observar-se nova conceituação, com base na existência de uma figura delitiva cuja essência difere da pessoa física, até então cerne dos estudos penalísticos. Fora do país, as discussões são cada vez mais comuns e ressonantes.

A perspectiva é positiva. Primordialmente, nem sequer a responsabilização penal da pessoa jurídica era considerada, e ainda há autores de renome que se posicionam de forma veementemente contrária a tal possibilidade. Neste sentido, Gracia Martín¹²⁸ afirma

“no caso das pessoas jurídicas[...] sujeito da imputação e sujeito da ação têm que ser sempre e irremediavelmente diferentes, pois aquelas só podem atuar através de seus órgãos e representantes, é dizer, as pessoas físicas(sujeitos da ação).[...] Se a ação é concebida, como eu entendo, como exercício da atividade finalista e a omissão como não realização de uma ação finalista, então é evidente que a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido do Direito Penal”

128 GRACIA MARTÍN, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa da Imputação Subjetiva.* PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. No mesmo sentido, René Ariel Dotti, Cezar Roberto Bittencourt, Luiz Regis Prado, dentre outros.

Partindo da mesma premissa, o Superior Tribunal de Justiça¹²⁹ possui posição consolidada no sentido da impossibilidade de imputação penal à pessoa jurídica sem o elemento subjetivo atribuível à pessoa física.

Não obstante, gradativamente, a barreira de aversão à responsabilização cede diante da ratificação do pensamento de que a conduta da pessoa jurídica não se confunde com a conduta de seus entes individuais, ou mesmo de seus órgãos.

O entendimento ganha força no direito, em especial no direito brasileiro, com certo atraso em relação a outras ciências que tratam do tema. As acepções referentes à organização e planejamento nas empresas já denotam a distinção entre intuito e ação do indivíduo e da corporação. Os conceitos empresariais são claros ao explicar tal perspectiva. Chiavenato e Sapiro¹³⁰, doutrina cediça nas Teorias de Administração, afirmam:

A estratégia tem muito a ver com o comportamento sistêmico e holístico e pouco a ver com o comportamento de suas partes. Isto é, ela envolve a organização como uma totalidade. Ela se refere ao comportamento adaptativo da organização.

No âmbito jurídico, Franz Von Liszt já afirmava que “quem pode firmar contratos, pode firmá-los fraudulentamente”¹³¹, distinguindo ato da pessoa jurídica

129 Sobre o tema: STJ, *REsp 800.817/SC*, Rel. Min. Celso Limongi Desembargador Convocado Do TJ/SP. Sexta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 22/02/2010. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO SIMULTÂNEA DO ENTE MORAL E DA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Aceita-se a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, sob a condição de que seja denunciada em coautoria com pessoa física, que tenha agido com elemento subjetivo próprio. (Precedentes). 2. Recurso provido para receber a denúncia, nos termos da Súmula nº 709, do STF: "Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.

130 CHIAVENATO, Idalberto. SAPIRO, Arão. *Planejamento Estratégico. Fundamentos E Aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 38.

131 VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. – Editores, 1899, p. 190/191. Disponível em: http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/bd000147.pdf . Acesso em 14/05/2012.

dos atos da pessoa física que o representa. No mesmo sentido, Paulo Queiroz¹³² afirma que quem age pela pessoa jurídica é pessoa jurídica.

Os questionamentos caminham para a compreensão de que são necessários conceitos novos para tratar da nova figura delitiva. O Supremo Tribunal Federal¹³³, até pouco tempo pautado nas teses de dupla Imputação, já denotava a percepção sobre a necessidade de reavaliação de conceitos e construção de novas teses capazes de abarcar a pessoa jurídica.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA COACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus. [...]

Ainda que de forma tardia e forçosa, a noção sectária entre responsabilidade da pessoa jurídica e física e a formação de uma teoria apartada sobre sua culpabilidade têm ganhado força, acercando-se da ideia de uma imputação única e não objetiva à empresa.

Em julgado recente¹³⁴, o Pretório Excelso reconheceu a possibilidade de recebimento de denúncia com base em imputação única à pessoa jurídica, tornando vertente e cristalina a noção de que é possível, sim, considerar um novo

132 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: Legitimação Versus Deslegitimação do Sistema Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

133 STF – HC 92921/BA. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. DJe 182, 25/09/2008.

134 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ag. no R.Ex. 548.181/ PA. Rel.: Min. Rosa Weber.

escopo que permita a responsabilização da corporação em apartado dos sujeitos que a compõem.

A maior parte das teses que trabalham a aceção de culpabilidade do ente corporativo veste nova roupagem para conceitos já sedimentados. Neste estudo são utilizadas apenas as formulações que parecem possibilitar avanços reais, não havendo uma preocupação de explanação de todos os vislumbres, mas tão somente dos que, somados, representam uma perspectiva mais densa do novo tema.

Apesar de ser tema interessantíssimo, por não se tratar do objeto específico deste estudo, não se intenta formular uma teoria delimitada da culpabilidade da empresa. No entanto, é imperioso, ao tratar da possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, expor perspectivas que vêm fomentando a discussão sobre o tema.

Partindo, portanto, de noções balizadoras já firmadas, é possível verificar em determinadas teses sobre a culpabilidade da empresa elemento de conexão, que ratificam o caráter do termo “culpabilidade” quando da avaliação da prática de ilícitos pela pessoa jurídica, usualmente associadas ao conceito de *responsabilidade*, ou seja, a capacidade de se organizar e atuar conforme as normas vigentes.

Dos conceitos supraexpostos de culpabilidade como violação ao comando normativo, adotados pela noção de responsabilidade de Maurach e, a seguir, Roxin, Mir Puig e Muñoz Conde, decorrem concepções das teorias de culpabilidade da empresa.

Klaus Tiedmann¹³⁵ é o expoente reconhecido da tese de Culpabilidade por Defeito da Organização, que ganhou força com a reforma do Código Penal espanhol, receptor da imputação penal à pessoa jurídica. Segundo sua tese, a

135 TIEDEMANN, Klaus. *Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 11 *et seq.*

culpabilidade da empresa está associada à noção de responsabilidade, com vinculação à política empresarial de promoção do cumprimento da norma.

Dar-se-ia através da ação ilícita de pessoas físicas por defeito organizativo da empresa que poderia e deveria ter evitado o ato lesivo. Os feitos da pessoa física, aqui, consideram-se de responsabilidade da pessoa jurídica porque a organização deve tomar medidas de *compliance*¹³⁶ necessárias para evitar a infração.

Muito embora capaz de sorver o ideal de culpabilidade por não cumprimento ao dever normativo quando se poderia fazê-lo, a tese de Tiedemann é severamente criticada por não prever exculpação à pessoa jurídica¹³⁷ – necessariamente vinculada ao ato da pessoa física, mesmo quando demonstrada a organização suficiente.

O autor aproxima-se de uma responsabilização objetiva sob o pano de fundo de aceção de culpabilidade da corporação. A proposição de Tiedemann, portanto, não parece madura para a fundamentação da responsabilidade penal com imputação única à empresa, muito embora seja a usualmente mais aceita por aproximação com um fator concreto de culpabilidade.

Carlos Díez¹³⁸ propõe, diante da falha da Teoria de Culpabilidade por Defeito de Organização, uma perspectiva construtivista de culpabilidade. Para o autor, a obrigação de fidelidade ao direito é reflexo direto da autonomia adquirida pela pessoa jurídica. Se o Estado não pode controlar os aspectos internos da organização, é mister que esta tenha uma postura de cidadã (ainda que dotada de uma cidadania corporativa) fiel ao direito.

136 Compliance é o procedimento interno da organização voltado a assegurar o cumprimento das normas e do padrão ético. Sobre o tema, cf. SANTOS, Renato Almeida. *Compliance como Ferramenta de Mitigação e Prevenção da Fraude Organizacional*. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/2-Lugar-Profissionais.pdf Consulta em 06/09/2013.

137 DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La Culpabilidad de La Persona Jurídica*. In: Bajo Fernández, Miguel; Sánchez, Bernardo Feijóo; Gómez-Jara Díez, Carlos (Org.). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012

138 Ibid., p.167 *et seq.*

Trata-se de observar a disposição jurídica do sujeito corporativo quanto à norma a que se subsume. A disposição consoante a norma faria parte do *hall* de obrigações decorrentes da auto-organização empresarial e, baseando-se em conceitos que tentam travar uma noção sobre a emanção da vontade da pessoa jurídica, o risco da empresa engloba o risco de um ilícito penal quanto ao qual a corporação deve se precaver.

Muito embora a teoria possua a preocupação de adotar teses de exclusão da culpabilidade para os casos em que a postura empresarial e o *compliance* são perceptíveis, parece tratar-se de uma nova roupagem para uma tese já apresentada. É preciso questionar, além da postura da empresa e de sua política, de onde se poderia apreender a emanção de sua vontade no sentido de evitar a infração à norma ou, ao reverso, de assumir o risco do dano.

Gunter Heine¹³⁹ entende a culpabilidade da corporação como fator apreensível através da condução da cultura empresarial. A atuação defeituosa da empresa no decorrer do tempo denotaria uma cultura falha em atender aos preceitos normativos. A deficiência na organização fundamentaria a preservação de certa filosofia criminógena no seio empresarial, que deveria ser observada em caso concreto.

O conceito de Heine é aprofundado por Dannecker¹⁴⁰ para o qual a capacidade de culpabilidade da empresa se verifica pela reprovabilidade ético-social advinda de suas falhas organizativas. A culpabilidade individual não se confundiria com a culpabilidade da empresa, e o estabelecimento de uma filosofia empresarial pautada na responsabilidade social é possível à empresa que o estabelece como parâmetro. A culpabilidade se confunde com o injusto sempre que se verificar a filosofia falha de contenção, pois, no momento em que o ato

139 Cf. HEINE, Günter. *New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Viceversa?* In: St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998, p. 187/ 191.

140 DANNECKER, Gerhard. *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* In: Revista Penal.Salamanca: La Ley, n. 7, 2001, p. 47/48.

ilícito ocorre, a empresa falhou em seu dever de atuação. Não obstante, quando a empresa tomou as atitudes cabíveis, é possível falar em exculpação

As teorias de culpabilidade da pessoa jurídica se assemelham em diversos pontos. Algumas, contudo, apresentam-se mais voltadas ao aspecto objetivo do cometimento da ofensa, como é o caso das ideias de Tiedemann, Díez e Schunemann¹⁴¹. Outras voltam-se aos possíveis elementos subjetivos que norteiam a apreensão de culpabilidade da pessoa jurídica. As teses de Heine e Dannecker se aproximam da acepção de uma emanção de vontade própria da corporação através de sua filosofia.

Aprofunda-se a subjetividade ao analisarem-se as proposições de Hafter¹⁴², que diferencia a “vontade especial” da pessoa jurídica como distinta da vontade das pessoas físicas que a constituem. A vontade especial surgiria pela formação da vontade da empresa, que difere da vontade individual de seus componentes. Sob um viés similar, Hirsch¹⁴³ desenvolveu o argumento de que a culpabilidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus membros.

O autor afirma que a essência da pessoa jurídica não é o mesmo que a junção das essências que a compõem – o todo é maior que a soma das partes. A culpabilidade residiria na inevitabilidade das deficiências de seleção e supervisão de seus representantes e das tendências criminógenas. A tese de Hirsch foi ponto de partida para as noções desenvolvidas por Anne Ehrhardt¹⁴⁴, para a qual a inevitabilidade foi o elemento mais trabalhado na acepção de culpabilidade.

141 Schunemann afirma: “[...]Essa legitimação racional de valor deve ter lugar junto a sua necessidade teleológica. A necessidade resulta do enorme efeito delitivo que possui um eventual atitude criminal corporativa. Conforme todas as experiências criminológicas, esta atitude supera as forças morais de resistência dos membros da empresa e não pode ser compensada mediante uma penalização mais severa do autor individual já que sua culpabilidade se encontra diminuída por seu pertencimento á entidade coletiva.” SCHUNEMAN, Bernd. *La Responsabilidad penal de las empresas y sus organos directivos en la Union Europea*. Conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009.

142 HAFTER, apud DIEZ, Carlos Gomez-Jara. *Op. Cit.*, p. 156

143 HIRSCH Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas*. Trad. Patricia Zi.er, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. t. III.

144 EHRHARDT, apud DIEZ, Carlos Gomez-Jara. *Op. Cit.*, pp. 158/159.

Segundo essa prospecção, as pessoas jurídicas possuem o dever de reprimir fatores criminógenos alocados em seu seio, estimulando o comportamento diante dos padrões normativos e evitando o ilícito. Neste trabalho, parece-nos mais adequado falar em um esboço de culpabilidade da pessoa jurídica através da soma da teoria da vontade especial e da evitabilidade. Ora, a vontade inicial da organização é sua pedra basilar. Até ser criada a soma de valores da empresa e sua perspectiva de atuação, nada mais existe senão a soma de indivíduos associada.

A partir de sua criação, no entanto, a vontade simples dos indivíduos, mesmo dos que criaram os pilares da organização, já não é capaz de confundir-se com o corpo axiológico empresarial. Formam-se núcleos de operacionalização dos ideais firmados em sede basilar, com o fito de adequar e instruir os indivíduos que compõem o corpo funcional da empresa. E é neste ponto que, além da vontade especial, se verifica também a evitabilidade.

A cultura empresarial, que não se confunde com a vontade da pessoa jurídica, mas dela decorre, é perceptível através dos esforços que fazem os núcleos operacionais sob comando da corporação para evitar infrações jurídicas. Daí que se pode perceber a vontade, num plano prático, através do *modus operandi* daqueles núcleos empresariais. Isto não quer dizer que o cometimento de infração por uma pessoa física que é parte da empresa, por si só, incorra na responsabilização do conjunto. É preciso diferir e entender como paralelas as possibilidades de responsabilização penal.

Vale dizer, o indivíduo que, ainda quando instruído de uma cultura empresarial pautada na evitabilidade das infrações, as comete em seu benefício, incorre em responsabilização própria. Não se está aí propondo qualquer teratologia, desde quando, nos moldes atuais, as pessoas físicas são responsabilizadas na medida de sua culpabilidade e contribuição ou omissão quanto a fato ilícito.

As visões que tratam do discernimento entre a vontade da corporação e a dos indivíduos que a compõem encontram barreiras no olhar binário do mundo jurídico, mas em verdade possuem escopo doutrinário nas ciências de organização empresarial.

A administração de empresas trata de organização e planejamento estratégico com base na acepção de criação de valores, missão e objetivos da corporação, bem como de sua aplicação e adequação dos indivíduos que a compõem. No traçado inicial de uma corporação, dispõe-se sobre seu cronograma estratégico, que consiste em sua emanação inicial de vontade. Nos dizeres de Jauck e Glueck¹⁴⁵

Estratégia é o conjunto de decisões coerentes, unificadoras e integradoras que determina e revela a vontade da organização em termos de objetivos de longo prazo, programa de ações e prioridade na alocação de recursos.

Há verdadeira distinção entre a vontade e valores dos indivíduos e a vontade e valores da organização, e a perspectiva distintiva se acentua ao observar os conceitos sobre o planejamento estratégico¹⁴⁶, que é a formulação de atuação corporativa, desde a concepção de valores, missão e objetivos empresariais até a elaboração de um plano de execução, pelos membros da empresa, de acordo com o estabelecido pela corporação.

Ora, parece ser perfeitamente possível observar uma emanação de vontade da pessoa jurídica, a partir do momento de criação do seu referencial de missão, objetivos, valores e metas – estes diferem da simples somatória de valores de seus componentes e devem ser absorvidos por tais membros que se unem à empresa após a formação da vontade original. Se tais valores e metas precisam ser absorvidos pelos indivíduos e pela própria direção da empresa, não se poderia dizer que são equivalentes aos valores dos próprios membros.

145 JAUCH, Lawrence R.; GLUECK, William F.. *Business Policy and Strategic Management*. New York: McGraw-Hill, 1980, p. 138, tradução livre.

146 Cf. CHANDLER, A. *Strategy and Structure*. MA: MIT Press, 1962. Ainda neste sentido, QUINN, J. B. *Strategies for change: logical incrementalism*. Richard D. Irwin Inc., 1980.

É certo que o desenvolver de teorias de uma vontade não humana assusta desde o princípio a usualmente atávica teoria normativa do direito. Contudo, se a dogmática jurídica não se permitisse discorrer e aventar novas teses em relação ao direito da corporação, jamais se poderia falar sequer em avanços já vastamente aceitos modernamente, como a própria noção de personalidade jurídica da corporação.

Destarte, se não é possível ainda falar em culpabilidade da pessoa jurídica como um conceito bem definido(pois a culpabilidade em si não o é), demonstra-se possível traçar um caminho para o conceito. É cada vez mais certo o rumo da aceitação do ideal de uma pessoa jurídica culpável, que se submete ao ordenamento jurídico em direitos e também em deveres, a despeito dos indivíduos que figuram como seus componentes transitórios. Uma nova sistemática penal pós-globalização apresenta-se, ainda que em seus primeiros passos, e merece atenta observação.

Compreendida a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, sem que seja violada a vedação de responsabilidade penal objetiva, supera-se uma das maiores entraves à proposição de medidas de diversão, abrindo-se o caminho para a aplicação da proposta restaurativa. Cumpre-nos passar às possibilidades práticas, em caráter propositivo, ressaltamos, vislumbradas na aplicabilidade do novo paradigma à pessoa jurídica ofensora.

5. JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA À PESSOA JURÍDICA – PROPOSIÇÕES PARA UMA NOVA APLICAÇÃO

Consoante já afirmamos em capítulo anterior, a responsabilização penal da corporação nos parece possível e necessária¹⁴⁷ em sua aferição e aplicabilidade e, através da diferenciação de conceitos acerca da culpabilidade ou responsabilidade, afastaríamos a crítica de possível responsabilização objetiva. A legislação ambiental ratifica o esforço doutrinário presente e possibilita-nos o ingresso na seara propositiva de diversão penal para este tipo de crime. Por este motivo, nosso trabalho busca apontar um instrumento de otimização da sanção penal aplicável à pessoa jurídica, ao revés de questionar, numa saga que consideramos infrutífera, a existência consolidada das normas penais disciplinadoras¹⁴⁸.

O atual paradigma penal, como demonstramos, verificou-se insuficiente¹⁴⁹ para sanar de forma eficaz os conflitos advindos da expansão delitiva pós-globalização. Essencialmente baseado em ideias revanchistas¹⁵⁰ e fundado no ideal clássico de crime, o sistema punitivo convive agora com novos protagonistas no delito e novos objetos de lesão, necessitando da revisão¹⁵¹ de seus conceitos como via de revitalização. Nos dizeres de Jesús María Silva Sánchez¹⁵²:

“[...]a delinquência da globalização é essencialmente econômica, em sentido amplo(ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se

¹⁴⁷ É útil rememorar a justificativa do presente trabalho, nas páginas primordiais.

¹⁴⁸ Em consonância com o pensamento defendido, encontramos respaldo na doutrina. Cf. GRACÍA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Loblanch, 2003. No mesmo sentido SCHUNEMANN, Bernd.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. Cit.* p. 15. “Neste estudo, o sentido de “crise” refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal.”

¹⁵⁰ SICA, Leonardo. *Op. Cit.* p. 66.

¹⁵¹ A revisão de paradigmas através do rompimento com conceitos anteriores e releituras de elementares é um dos cerne deste projeto, e possui por uma de suas bases de pesquisa a obra de Thomas Kuhn. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99.

ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico(o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico(da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*)”

A dogmática punitiva não se revela eficaz face aos novos crimes e, em especial, no que concerne às ofensas praticadas pela pessoa jurídica. Os fundamentos jurídico-penais correntes, essencialmente baseados na sanção imediata como finalidade precípua¹⁵³, não acometem as outras possibilidades de alcance do sistema penal, que poderia atuar não somente na sanção, mas também na formação do preceito¹⁵⁴ jurídico.

A busca primordial do sistema jurídico-penal não pode se confundir com a pena ou mesmo com a prevenção – muito além disso, é mister que se analise o intento de efetivação da finalidade estatal, constitucionalmente designada, em âmbito ainda mais aprofundado, da integração dos entes cerne do conflito(“paz jurídica”¹⁵⁵), da reparação do dano e da efetivação das garantias constitucionais. Neste sentido, posicionam-se Paulo Queiroz¹⁵⁶ e Robert Alexy¹⁵⁷ e Andre Copetti¹⁵⁸ sobre a natureza do direito penal.

¹⁵³ Neste sentido, Guadalupe Sanzberro afirma que “a concentração do discurso penal no aspecto punitivo tem atingido como consequência que – expressado simbolicamente – a atenção às “árvores”(as penas) não permite ver “o bosque”(o sistema penal em sua complexidade)[...]”. SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999, p. 338.

¹⁵⁴ EUSEBI *apud* SICA, *Op. Cit.* p. 128.

¹⁵⁵ BAUMANN, Jürgen *et al.* *Alternativ-Entwurf. Wiedergutmachung, AE-WGM.* Munchen: C.H. Beck, 1992.

¹⁵⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 124/125.

Trata-se de uma modificação conceitual que encontra vozes reverberantes na doutrina moderna. Claus Roxin¹⁵⁹ afirma que “o estabelecimento da paz jurídica é o único que legitima a pena”. Pautado nos preceitos de legalidade e dignidade da pessoa humana¹⁶⁰, o processo restaurativo demonstra-se hábil a revigorar a comunidade, através da tentativa de resgate e reparação na resolução da lide penal.

A Justiça Restaurativa surge, portanto, como uma alternativa de revisão¹⁶¹ jurídico-cultural do sistema penal. A busca do novo sistema perpassa a simples modificação normativa, em verdade, o próprio conceito finalístico¹⁶² do direito penal é revitalizado pelo processo restaurativo. Não se objetiva a supressão do sistema penal paradigmático, mas seu aperfeiçoamento em conjunto com a faceta autônoma¹⁶³ de atuação que intenta mais que a simples aplicação da pena – uma restauração efetiva em face da ofensa, através da dialética entre vítima e ofensor.

Em paralelo, o ideal de Justiça Restaurativa vem se consolidando enquanto tentativa de reelaboração do paradigma de justiça penal¹⁶⁴ através de práticas que buscam uma efetivação penal conglobante, ou seja, uma resposta penal que possa realizar “re-união” entre a vítima e o ofensor e promover uma restauração do dano, desvinculando-se do tradicional paradigma punitivo, essencialmente revanchista, que se tem demonstrado insuficiente¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Para Robert Alexy, a tutela penal configura-se um direito prestacional. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450-470.

¹⁵⁸ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 90.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993, p. 32.

¹⁶⁰ SICA, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 162.

¹⁶¹ JACCOUD, Myléne. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.) *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 163/188. Disponível em: http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf. Acesso em 14/05/2012.

¹⁶² BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: UnB, 2000, p. 172.

¹⁶³ ROXIN, *apud* SANTANA, *Op. Cit.* p. 71.

¹⁶⁴ SICA, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* 45/46.

Desta feita, lança-se um olhar atento ao processo restaurativo como via plausível de resolução de conflitos que abarcam a pessoa jurídica, especialmente no que concerne à mediação penal como meio de restauração efetiva e prevenção de ofensas futuras e, bem assim, de reaproximação da comunidade à qual se gerou lesão com a pessoa jurídica ofensora.

A nova percepção de justiça tem sido aclamada¹⁶⁶ como um meio possível para auxiliar a revitalização da Justiça Penal, sendo aplicada através de diversos modelos ao redor do globo. É de se observar que o novo paradigma vem sendo defendido como um sistema com autonomia condicional¹⁶⁷, ou seja, possui um espaço de atuação autônomo, mas mantém o paradigma atual como meio subsidiário, com a intenção de preservar suas virtudes e aperfeiçoar seus mecanismos.

Conforme se faz possível verificar, desde os primórdios de estudos sobre o crime, nas mais diversas escolas, há uma busca por fundamentos e finalidades da pena. A modificação cíclica de teses sobre a origem da criminalidade e a proposição de novos meios de combate dentro do sistema penal depura a percepção de falhas e insuficiências e a busca de variações nas vias utilizadas como reprimenda.

É da soma das insurgências observadas pela doutrina penal (aqui se abarcando o feixe de ciências que a envolvem) desde suas células embrionárias que surgem novas teses, destinadas a questionar e propor alternativas ao sistema tradicional. Em busca de referencial prático, pode-se afirmar que a sistemática pautada na pena em seus moldes comuns tem aprofundado a sensação de crise do sistema jurídico. Nos termos do pensamento de Aída Carlucci¹⁶⁸:

Es verdade que esa crisis es de toda la administración de justicia; más

¹⁶⁶ Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas se manifesta – “Restorative justice programmes can be used to reduce the burden on the criminal justice system, to divert cases out of the system and to provide the system with a range of constructive sanctions.” Em tradução livre: “Programas de justiça restaurativa podem ser usados para reduzir a sobrecarga no sistema criminal, para escoar casos do sistema e para abastecê-lo com uma gama de sanções construtivas.” UNITED NATIONS - Handbook On Restorative Justice Programmes. Criminal Justice Handbook Series. New York: United Nations, 2006, p.2., tradução livre.

¹⁶⁷ PELIKAN, *apud* SICA, *op. Cit.*, p. 80.

¹⁶⁸ KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída. **Justicia Restaurativa**. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p 35.

aún, podría afirmarse que es una crisis del *sistema* jurídico. En efecto, la expresión “crisis de la justicia” advierte sobre un hecho incontrastable. *El sistema no ha evolucionado convenientemente para poder responder a las expectativas (algunas claras, otras confusas) que maduran en la probación en estos últimos años.* En Italia, se há dicho con acerto: Si la *legalidad*, entendida como ejercicio del poder emanado del estado, puede prescindir del *contenido*, la *legitimidad*, em cambio, condiciona esse poder al contenido de la actividad normativa que tutela determinados valores. Ahora bien, la legalidad presupone – logica y sociologicamente – el conocimiento de la ley; um conocimiento que se basa no sólo em la información, sino em la convergência de los valores y modelos de comportamiento de las culturas de los cuales los poderes son expresión. La *legalidad* supone que existen ciertas reglas de juego a través de las cuales se formulan otras reglas. La *legitimidad*, propuesta como postulado de la misma legalidade, lleva a la norma a confrontarse con la situación concreta em términos no sólo de coercitividad, sino de aceptabilidad. Hay aquí um área de encuentro o desencuentro entre los dos poderes; cuando los poderes culturales son expresión y contenido deforme del poder formal se crea uma zona de conflictividad que impacta directamente el modo de hacer justicia desde que el juez no solo es um hombre de Derecho sino um hombre inserto em el contexto social. La crisis, pués, no e solo la crisis de la administración de justicia, sino del sistema juridico legal, entendido como crisis de legitimación y eficacia del ordenamiento mismo.

Con mayor o menor extensión, em todos los países, aun los más evolucionados, la confianza em el sistema judicial, no solo em la justicia penal juvenil, há declinado fuertemente(...)

Ora, vislumbramos dois grandes problemas na normatividade penal e na sanção penal dos dias atuais, em especial se analisados sob as perspectivas da criminalidade pós-globalização, que se dá em sociedades “hiperativas”, interconectadas e amplificadas: é cristalina a ausência de precisão nas disposições normativas e suas penas e, no que parece vir por consequência, nota-se a incapacidade das sanções para obtenção de qualquer resultado práctico – seja a reparação do dano ou a “prevenção” de nova conduta criminoso.

Demonstra-se, pois, ineficaz o paradigma atual, exigindo uma construção de novo esteio à lógica penal, fundado numa soma de ciências voltadas também ao cunho social do delito. É o pensamento de Leonardo Sica¹⁶⁹:

A necessidade de reelaboração do paradigma visualiza-se com maior nitidez se nos afastarmos, um pouco mais, do saber jurídico. Ou melhor, a integração do direito penal com outras ciências sociais, consideradas usualmente “ciências auxiliares”, é um ponto de partida seguro para fundamentar o novo paradigma, até porque, o saber jurídico parece ter sido absorvido pelo hábito de punir, fundando o castigo como um imperativo da existência do direito penal. Na sociologia, ao discorrer sobre o que chamou de leis da evolução penal, Durkheim formulou a hipótese de que “a intensidade do castigo é maior na medida em que a sociedade pertence a um tipo menos desenvolvido e no grau que o poder central tem um caráter mais absoluto”, de tal forma que a hipercentralização desse poder (punitivo) “dá lugar a uma força *sui generis* tão intensa que domina e subordina todas as outras”.

A retributividade continua, na contramão da lógica, a ser marca dos meios comuns de sanção, inócuos quanto aos crimes comuns, o que é demonstrado pelas cifras de criminalidade crescentes e, bem assim, pelo vertente aumento das cifras prisionais. Mais ainda é gritante a face inócua da justiça quanto às novas figuras delitivas. Propomos, portanto, a urgente modificação de pensamento paradigmático e a aplicação do modelo alternativo ao convencional, através do viés restaurativo como saída urgente e com imensas chances de ser eficaz diante da nova criminalidade.

5.1 CRIMES AMBIENTAIS – O PONTO DE PARTIDA DA APLICAÇÃO

Com o intuito de verificação prática da hipótese sustentada e reiterada neste trabalho, estabeleceremos o referencial de crimes ambientais, primordialmente estabelecidos pela Constituição¹⁷⁰ brasileira quando se discute a

¹⁶⁹ SICA, Leonardo. *Op. Cit*, p.39.

¹⁷⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO, 1988.

imputação penal à figura empresarial. Isso não significa, contudo, que não vislumbremos a aplicabilidade da justiça restaurativa a conflitos econômicos, cujos enlaces envolvam a cultura empresarial não condizente com a evitabilidade dos danos, num momento posterior, se houver designação de tutela específica para tanto.

Começamos, contudo, pelos delitos ambientais, analisando as sanções atualmente já previstas na Constituição e em legislação específica, para que seja possível partir de um marco real para demonstração dos benefícios da inserção das contendas ambientais que envolvem a pessoa jurídica nos procedimentos restaurativos. Sabemos que, na tutela ambiental, o legislador constituinte regeu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de forma independente da pessoa física que concorre para o crime.

O art. 3º da Lei 9.605/98¹⁷¹, a Lei de Crimes Ambientais, por sua vez, é norma igualmente cristalina quanto à responsabilização penal, demonstrando, *in casu*, que a imputação penal à pessoa jurídica é singular e independente e a corporação é foco de alcance do texto legal, a saber :

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, 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.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Estabelecemos premissas aprimoráveis, mas que oferecem pontos iniciais úteis à proposição prática a que nos dispomos. *Prima facie*, é necessário ressaltar o porquê da sugestão de aplicar-se a justiça restaurativa, quando a legislação ambiental carrega em si medidas que poderiam ser(e já são) utilizadas comumente. Trata-se, antes de tudo, como se buscou delinear durante todo o início deste

¹⁷¹ BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em: 12/06/2012.

trabalho, de uma necessidade de *modificação de paradigma*. A própria ideia de punir é aqui substituída por um caráter restitutivo ou reparatório, que busca, para além de finalidades criminológicas de contenção, uma finalidade filosófica de restauração dos laços entre ofensor e ofendido¹⁷².

As penas comuns, previstas pela lei supracitada, essencialmente carregam um cunho retributivo ou preventivo geral positivo. Cuidam, portanto, de uma resposta sem maior preocupação com a participação da vítima no processo da reparação ou minoração dos efeitos do dano. Excluindo o diretamente lesado, a pena aplicável já se limita imensamente em termos de eficácia. Além disso, pouco ou nada se preocupa com a efetiva modificação na relação entre os polos do conflito, o que acentua a diferença entre o poderio de uma empresa e uma comunidade regional afetada.

Como citamos, a discussão sobre o papel da vítima no processo de solução de conflitos ganhou nova relevância com a valorização das práticas de justiça restaurativa¹⁷³. Se, no decorrer da transferência do direito de sanção para o Estado, a vítima perdeu a capacidade de interferir no processo¹⁷⁴, no questionamento surgido do afundamento de premissas penais, a vitimologia ganha destaque como uma nova perspectiva, essencial à composição acerca do conflito.

A existência da norma penal não se traduz em eficiência do sistema quando do cometimento de crimes ambientais¹⁷⁵, pois, para muito além da existência da legislação e até na responsabilização penal da empresa, faz-se imprescindível observarmos a capacidade real da norma de alcançar e ao menos minorar a

172 ARCHILES, Mary; ZEHR, Howard J. *Restorative Justice for crime victims: the promise, the challenge*. [S.l.], 2000, p.1/8. Disponível em: http://www.rethinking.org.nz/assets/Newsletter_PDF/Issue%2019/03%20Howard%20Zehr.pdf
Acesso em: 20/12/2014.

173 BUSH, Roberta A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *La Promessa de la Mediacion. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Buenos Aires: Granica, 2008, p. 135 et seq.

174 SANTANA, Selma Pereira. *Op. Cit.* Pp.18/19.

175 Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit*

extensão dos efeitos do dano, já que este, muitas vezes, é irreparável. Segundo Milaré¹⁷⁶

“na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável”.

Ora, nossa proposta é de que, não sendo possível reparar o dano, seria ao menos possível, pelo viés restaurativo, buscar uma alternativa de construção através da mediação e interação entre a vítima, que, no caso de um dano ambiental, costumeiramente não pode ser individualizada, é o coletivo, a comunidade afetada diretamente pelo risco causado. Havendo mais de um interesse dentro da comunidade, é necessário o prévio assentamento de vontades, por meio da discussão e votação dos pontos dissonantes. O posicionamento definido por este critério seria, então, o levado à pauta para resolução com o ofensor.

Pelas vias tradicionais, teríamos quatro possibilidades cuja operacionalização se daria desta forma:

- i) Prestação de serviços à comunidade, consistente na realização de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível.
- ii) Interdição temporária de direitos, consistente na proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.
- iii) A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às prescrições legais.

¹⁷⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: Doutrina – Jurisprudência – Glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 769.

iv) A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.

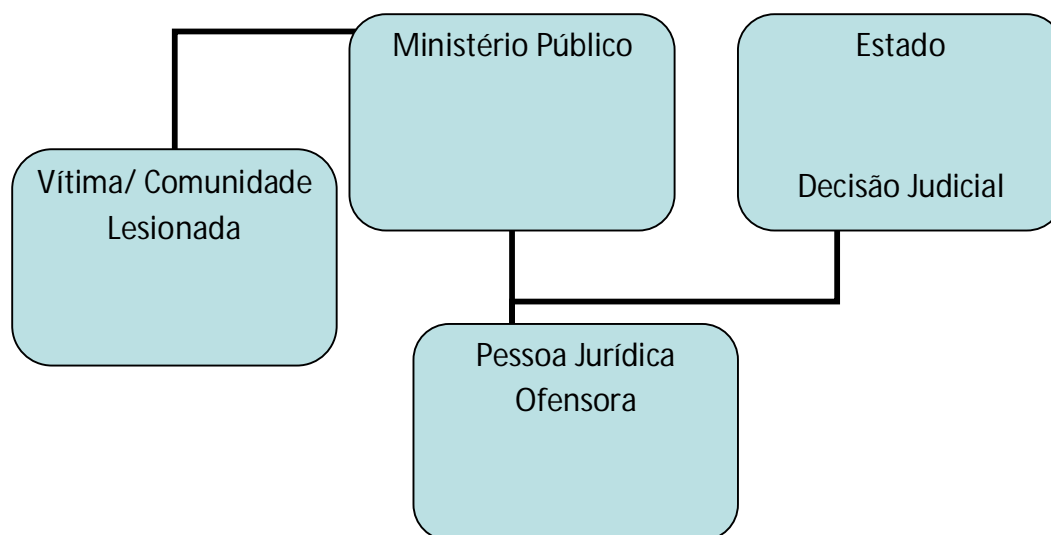
De imediato, verificamos problemas: a sanção relacionada à vítima limita-se, no texto legal, à pena pecuniária. Tais penas são limitadas ao teto de multa, nem sempre verificado na proporção do agravo e, mais ainda, muitas vezes desconectado das melhorias e reparações necessárias à vítima/comunidade ofendida, que pouco participa do procedimento de mensuração de extensão dos danos. Nas outras três possibilidades, nos incisos i a iii, muito embora haja uma sanção, não se verifica a preocupação com a modificação futura do comportamento da ofensora. Trata-se de mera reprodução do padrão retribucionista.

Não verificamos fatores que consideramos essenciais, tais quais o investimento supervisionado em políticas de compliance, com instrução e treinamento do gestor e equipe, a política direta de reparação assistida por profissionais da área em diálogo com a comunidade afetada, o custeio de meios alternativos à subsistência nos casos em que o dano impedir atividade comercial direta da comunidade e outras proposições inúmeras que o procedimento restaurativo permitiria, exatamente por sua fluidez e seu conjunto de instrumentos.

Em uma escala simples, poderíamos demonstrar a diferenciação no *modus operandi* dos diferentes procedimentos através de gráficos. Num primeiro plano, demonstraremos a relação vertical de resolução do conflito pautada no paradigma comum, com estabelecimento de sanções, nos moldes legais, eivada do formalismo estatal. Neste caso, a vítima somente é considerada para efeitos prévios à determinação da pena, estando excluída da esfera de formulação e aplicação da decisão pelo Estado, esta essencialmente verticalizada.

Aqui, o Ministério Público atuaria numa fase de verificação do cumprimento da lei, sem, entretanto, aprofundar-se nos interesses da comunidade lesionada, numa perspectiva formal e fiscalizadora da lei que em defesa de interesses coletivos, a saber:

GRÁFICO I - MODELO CONVENCIONAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

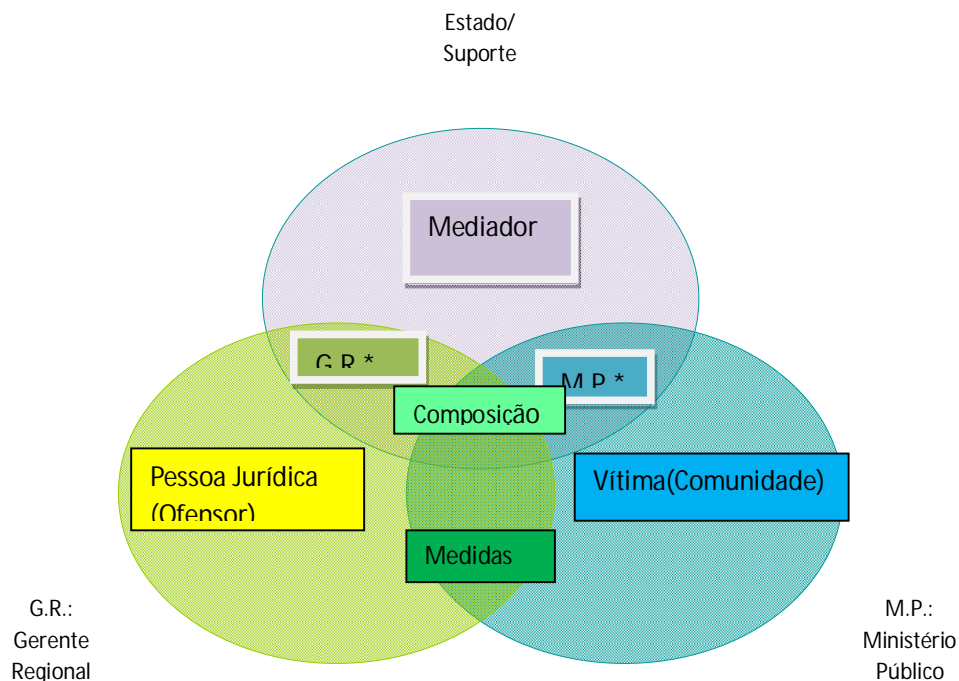


Já num procedimento restaurativo, a composição da decisão, através de processo conjunto, dar-se-ia de modo essencialmente horizontalizado e, mais ainda, com auxílio de mediadores capacitados (daí as imensas possibilidades, consoante já defendemos, de utilização da justiça restaurativa¹⁷⁷ como via alternativa.

Trataríamos de um gráfico diferente quanto à sua própria estrutura, exemplificado abaixo:

¹⁷⁷ SICA, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 49.

GRÁFICO II – MODELO RESTAURATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS



In casu, o diagrama de atuação é notoriamente mais complexo. Isso porque envolve interesses e participações, aqui especificadas, com o intuito de formulação *dialética* de uma resposta ao dano. É característica própria da atividade de mediação a busca maior por *revalorização e reconhecimento*¹⁷⁸, decorrente do processo de reestabelecimento de laços entre as partes envolvidas, para além da simples facilitação de reparação material dos danos. A divergência de valores é perfeitamente representada em mais um esboço gráfico¹⁷⁹

¹⁷⁸ Cf. BARUCH BUSH, Robert A; FOLGER, Joseph P. *Op. Cit*, p. 139 *et seq.*

¹⁷⁹ SLACKMON, C. R. de Vitto; PINTO, R. Gomes. (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 24.

VALORES

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Conceito jurídico-normativo de Crime - ato contra a sociedade representada pelo Estado - Unidisciplinariedade	Conceito realístico de Crime - Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos. - Multidisciplinariedade
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) - Monopólio estatal da Justiça Criminal	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade - Justiça Criminal participativa
Culpabilidade Individual voltada para o passado - Estigmatização	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados - desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Dissuasão	Persuasão

Daí decorre a coexistência de interesses e a não sonegação do diálogo na construção de uma resposta ao conflito. As partes diretamente envolvidas participam, auxiliadas por profissionais de áreas correlatas à natureza do dano e à capacitação, inclusive emocional, das partes para o procedimento restaurativo. . Essencialmente, a justiça restaurativa traz à tona um processo muito mais amplo da consensualização.

Note-se, no diagrama, a presença especificada de duas figuras, que interagem, dentro de suas respectivas esferas, em nome do ofensor ou da vítima, sobre as quais trataremos em próximo tópico. É necessário, antes de discutir tal questão, expormos como visualizamos as diferenças entre o procedimento restaurativo e o procedimento comum de resolução de conflitos ambientais.

5.2 A OPERACIONALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO QUANTO À PESSOA JURÍDICA

Mais uma vez, com o intuito de dinamizar e tornar prática a contribuição, nos utilizaremos de modelos gráficos¹⁸⁰, desta vez através da comparação direta entre procedimentos, representados em estudo acerca da proposição da Justiça Restaurativa em lugar da Justiça Comum:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Tutela Penal de Bens e Interesses, com a Punição do Infrator e Proteção da Sociedade	Resulta responsabilização espontânea por parte do infrator
Penas desarmazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminógeno - ou - penas alternativas ineficazes (cestas básicas)	Proporcionalidade e Razoabilidade das Obrigações Assumidas no Acordo Restaurativo
Vítima e Infrator isolados, desamparados e desintegrados. Ressocialização Secundária	Reintegração do Infrator e da Vítima Prioritárias
Paz Social com Tensão	Paz Social com Dignidade

¹⁸⁰Id, p. 25/26.

PROCEDIMENTOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Ritual Solene e Público	Comunitário, com as pessoas envolvidas
Indisponibilidade da Ação Penal	Princípio da Oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos - garantias.	Procedimento informal com confidencialidade
Atores principais - autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais - autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito
Processo Decisório a cargo de autoridades (Policia, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito - Unidimensionalidade	Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) - Multi-dimensionalidade

RESULTADOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Prevenção Geral e Especial - Foco no infrator para intimidar e punir	Abordagem do Crime e suas Conseqüências - Foco nas relações entre as partes, para restaurar
Penalização Penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa Estigmatização e Discriminação	Pedido de Desculpas, Reparação, restituição, prestação de serviços comunitários Reparação do trauma moral e dos Prejuízos emocionais - Restauração e Inclusão

É necessário, contudo, não somente esboçar as divergências entre procedimentos, mas tratar de outros detalhes que, decerto, têm gerado dúvidas a cada vez que se menciona o procedimento restaurativo aplicável a contendas que envolvem não um indivíduo isoladamente, mas uma comunidade.

Ora, há de se questionar quem seriam os responsáveis, havendo uma coletividade interessada, em defender seus interesses. Além disso, é mister que se indique, para a pessoa jurídica, quem seria o emissor de sua vontade, capaz de participar do diálogo entre as partes, indispensável ao procedimento.

Propomos, originariamente, que a pessoa jurídica seja “presentada”, não representada, por seu gerente regional. Este possui noção localizada do dano e necessário conhecimento das peculiaridades de atuação da empresa na região em que esta se insere, com certa autonomia na tomada de decisões, o que lhe permite dialogar com a vítima do dano. Isso não implicará no mesmo de atribuir ao gerente regional a responsabilidade pelo dano a que não deu causa, pois ali figurará como um indivíduo em nome da empresa, tão somente aportando seu conhecimento das operações regionais.

Se houver condutas viciosas da empresa e de pessoas físicas nela atuantes, que tenham benefícios pessoais envolvidos, o processo terá múltiplos réus, já que a responsabilidade da pessoa física não exclui a da jurídica e vice-versa.

Quanto à representação da comunidade, o CNMP editou, em 2013, orientação¹⁸¹ na Resolução 118, publicada efetivamente em 2015, em que indica a participação do Ministério Público, como representante das comunidades, em negociações restaurativas. Por óbvio, o seu papel transcenderia aqui o resguardo da lei. Propomos a coadunação entre as representações locais e o M.P, o que possibilitaria uma equalização de poderes entre a figura macro da empresa e a comunidade, muitas vezes em distinção nítida de suficiência em conhecimentos e capacidade monetária.

Para a realização de tais atividades, o Ministério da Justiça, em parceria com a Escola Nacional de Mediação e Conciliação e o Ministério Público, lançou o Manual de Conciliação e Mediação para Membros do Ministério Público¹⁸², no qual sugere práticas e estruturas possíveis para a realização dos projetos de conciliação, mediação e justiça restaurativa.

Além de tais figuras, propomos, nos moldes das orientações da ONU¹⁸³, alguns norteamentos básicos que ceifariam críticas à Justiça Restaurativa comumente arguidas pelos que a desconhecem:

¹⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 118 de 20 de janeiro de 2015.

¹⁸² BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

¹⁸³ United Nations. Office on Drugs and Crimes. *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programs in Criminal Matters*. New York: UNODC, 2002, p. 39 et seq. Em anexo.

- i) o procedimento será aplicado de forma voluntária, sem coerção. Por permitir o diálogo e a interação entre as partes, deve ser mais interessante, mas não imposto;
- ii) o procedimento restaurativo deverá ser aplicado no momento anterior ao processo, mas somente se houver efetivos indícios de autoria e materialidade delitiva. No caso de crimes ambientais, tais indícios podem ser verificados pela coadunação entre o resultado e a prática de políticas de contenção de danos da empresa. Não se verifica, portanto, uma supressão de garantias.
- iii) Antes de participar do processo restaurativo, é imperioso que haja clareza de informações e treinamento, assessoramento de especialistas nas áreas específicas de dano e especialistas na prática de mediação necessária às composições. A prática restaurativa não é equivalente e não deve confundir-se com as práticas de conciliação formais tradicionais, em que se verifica uma busca pela imposição de um consenso e se afere a efetividade por meio de número de acordos.
- iv) Seria interessante que, ao final de cada ano, houvesse um recenseamento daqueles cujos procedimentos foram trabalhados por via restaurativa, obtendo dados relacionados ao grau de satisfação e de cumprimento relacionados às práticas implementadas, o que possibilitaria ao Conselho Nacional de Justiça e órgãos afins uma visão real da eficácia, não medida somente em números.

Por fim, demonstrados os núcleos base de atuação, seria possível atuar através dos tribunais de justiça restaurativa, incentivados pelo CNJ¹⁸⁴ e pela ONU¹⁸⁵ como meios de resolução de contendas que auxiliam o acesso à justiça,

¹⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Planejamento Estratégico do Poder Judiciário 2015/2020*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014, p 5.

¹⁸⁵ Cf. UNITED NATIONS. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. New York: UNODC, 2006.

previstos pelos órgãos de justiça como essenciais ao desenvolvimento de um poder judiciário que garanta o acesso à justiça.

5. CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, podemos apresentar as seguintes conclusões, melhor organizadas em tópicos:

- i) A sociedade moderna possui, em sua formação, características mais complexas e amplas que as construções sociais anteriores. A complexidade das relações influencia também na complexa estruturação criminógena, não mais pautada na criminalidade “um a um”, mas verificada de forma coletiva e globalizada;
- ii) Ao mesmo tempo, tomou-se conhecimento dos riscos que vem sendo gerados pelas tecnologias implementadas desde o boom industrial, riscos estes cujos danos se estendem por gerações e que, agora descobertos, ensejaram o surgimento de uma contínua sensação de insegurança;
- iii) A midiaticização dos riscos amplia a sensação de insegurança, muitas vezes de forma seletiva. A normatização penal parece insuficiente por destinar-se a um tipo específico de crime para o qual as penas criadas são absolutamente anacrônicas, em especial porque muitos destes crimes são perpetrados por corporações;
- iv) Somado à crise de legitimidade do direito penal, que agora é questionado pelas teorias criminológicas modernas desde a criação da norma, em questionamentos como os verificados no *labeling approach*, a insuficiência de meios do paradigma atual para diminuir

ou inibir a prática de ilícitos aprofunda uma crise apercebida desde os primórdios dos questionamentos jurídico-penais;

- v) No contexto abolicionista, exurgido do clamor por uma justiça penal menos retributivista e expiatória, surgem teorias e proposições acerca de um ideal de restauração de laços no conflito, por meio da dialética, denominado justiça restaurativa;
- vi) Analisando o método e efeitos da Justiça Restaurativa, especificamente no cotejo entre suas práticas reparatórias e as ofensas perpetradas pela Pessoa Jurídica ofensora, verificamos o novo paradigma como apto a resolver conflitos situados na pós modernidade;
- vii) Reavaliar os elementos cognitivos relacionados aos crimes corporativos, através da releitura de conceitos sobre responsabilização penal, nos permite a adequação entre a norma penal e a pessoa jurídica, sem ofender preceitos fundamentais;
- viii) A função da vítima é essencial à composição de um ideal de justiça eficaz, pelo que a justiça restaurativa se demonstra ainda mais possível de ser realizada;
- ix) É viável propor mecanismos de ampliação da eficácia penal, diante das novas figuras delitivas e suas personagens, promovendo a reforma qualitativa da justiça penal, em detrimento da ineficaz e insuficiente prática do pragmatismo penal ordinário

REFERÊNCIAS

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. **Responsabilidad Penal de los Entes Colectivos: Estado Actual y Reflexiones Preliminares.** *In: Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*", Lima, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008

ANDRADE, Manoel da Costa. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ANTUNES, Leandro Leal Peret. **A Expansão do Direito Penal da Era da Globalização e a Crriminalidade Moderna.** *In: Tribuna Virtual do IBCCRIM.* Ano 1, ed. 13/2013, p. 54/72. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: S.l., 2013. Disponível em: http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_02_leonardo.PDF
Acesso em 05/10/2014.

ARCHILES, Mary; ZEHR, Howard J. **Restaurative Justice for crime victims: the promise, the challenge.** [S.l.], 2000, p.1/8. Disponível em: http://www.rethinking.org.nz/assets/Newsletter_PDF/Issue%2019/03%20Howard%20Zehr.pdf

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARUCH BUSH, Robert A; FOLGER, Joseph P. **La Promesa de la Mediacion**. Como afrontar el conflicto mediante revalorizacion y el reconocimiento. Buenos Aires: Granica, 2008

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTINNI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Planejamento Estratégico do Poder Judiciário 2015/2020**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 118 de 20 de janeiro de 2015**. Brasília: CNMP, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro**. In: Projeto Saber o Direito,[S.], nº 18/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 800.817/SC**, Rel. Min. Celso Limongi Desembargador Convocado Do TJ/SP. Sexta Turma, julgado em 04/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 92921/BA**. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. DJe 182, 25/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Agravo no Recurso Extraordinário 548.181/ PA**. Rel.: Min. Rosa Weber.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade: Considerações**. Curitiba; Juruá, 2008

CANADA, Department of Justice. **Criminal Liability of Organizations. A plain language guide to Bill C-45**. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/c45/c45.pdf> Consulta em 24/08/2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Psicopatía y Derecho Penal: Algunas Consideraciones Introdutorias**. In: MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). **Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas Perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2013.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Processo Penal do Espetáculo**. [S.l.] Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>

CHANDLER, A. **Strategy and Structure**. MA: MIT Press, 1962.

CHIAVENATO, Idalberto. SAPIRO, Arão. **Planejamento Estratégico. Fundamentos E Aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DANNECKER, Gerhard. **Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. *Revista Penal*. Salamanca: La Ley, n. 7, 2001

DE LA CUESTA, José Luís. **Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español**. In: *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*. Toulouse, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 33. São Paulo: RT, 2001.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **La Culpabilidad de La Persona Jurídica**. In: Bajo Fernández, Miguel; Sánchez, Bernardo Feijóo; Gómez-Jara Díez, Carlos (Org.). **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____ **O suicídio: estudo de sociologia**. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial**. *Esbozo de una teoría general de los delitos económicos*. In: Revista para el Analisis del Derecho. Disponível em: www.indret.com.

_____ (ed) **Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad**. Seminário com Gunther Jackobs en la UAM. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

FERNANDES, Fernando. **O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal**. Coimbra: Almedina, 2007.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FEYERABEND, Paul. **CONTRA O MÉTODO**. Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Segunda Reimpresion. Montevideo: Editorial IBdeF. Julio Cesar Faria.(ed), 2004.

FREUD, Sigmund. **Totem And Taboo**. Tradução de James Strachey. Londres: 1950, Routledge and Kegan Paul.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Traducción y prologo de José Luis Gusman Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

GOHAR, Ali ; ZEHR, Howard J. **The Little Book of Restaurative Justice**. Good Books: Pennsylvania, 2003.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Dilemas e Utopias quanto aos Fundamentos da Pena: Uma Reflexão A Partir do Debate entre Carlos Santiago Nino e Eugenio Raul Zafaronni**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3094.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegómenos por la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y por la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant Loblanc, 2003.

_____ **La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.In: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa da Imputação Subjetiva**. PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito.** Revista Jurídica. Porto Alegre, julho 2002.

GUNTHER, Klaus. **De la vulneración de um derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?** In: ROMEO CASABONA, Carlos María.(dir) **La Insostenible Situación del Derecho Penal.** Comares: Granada, 2000, p.489/505.

HEINE, Günter. **New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Viceversa?** In: St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998.

HIRSCH Hans Joachim. **Derecho penal. Obras completas.** Trad. Patricia Zi.er, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. t. III.

HOBSBAWM, Eric. **A Era do Capital - 1848-1875.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

JAUCH, Lawrence R.; GLUECK, William F.. **Business Policy and Strategic Management.** New York: McGraw-Hill, 1980, p. 138, tradução livre.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. **Sociedad del riesgo e intervención penal.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. S.I., 2014, p.3. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>

KARGL, Walter. **Protección de Bienes Jurídicos Mediante Protección del Derecho.** In: CASABONA, Carlos Maria Romeo(dir). **La Insostenible Situación del Derecho Penal.** Granada: Pompeu Fabras, 2000

KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída. **Justicia Restaurativa.** Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p 35.

KUNH, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

_____ **A Função do Dogma na Investigação Científica**. In: Deus, Jorge Dias de (org.). **A Crítica da Ciência: sociologia e ideologia da ciência**. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a racionalidade criminal da ascensão do intérprete**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. Salvador, 2012.

MAIA, Fábio Fernandes. **A Dimensão Epistemológica do Discurso da Doutrina da Segurança Nacional no Contexto das Ditaduras da América Latina**. Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

MANZANO, Mercedes Pérez. **Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**.

MARTINEZ BUJÁN-PEREZ, Carlos. **Algunas Reflexiones Sobre la Moderna Teoría del "Big Crunch" en la Selección de Bienes Jurídico penales (Especial Referencia al Ámbito Económico)**. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña: 2003, p. 954/956.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Barcelona, Ariel, 1962.

MEJÍAS RODRIGUES, Carlos Roberto. **La Pena y otras Consecuencias Jurídicas en Delitos Económicos**. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Córdoba, 2013, p. 2/8.

MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968.

MELLO, Sebastian Borges de .Albuquerque. **O conceito material da culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. *In*: Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, Salvador – Bahia, v. 4, n. 1, 1995.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **¿Organizaciones Culpables?** Barcelona: 2006, pp. 2/6. Disponível em: www.indret.com.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1993.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Decreto-Lei 433 de 27 de outubro de 1982*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Para além da filosofia do castigo**. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/para-alem-da-filosofia-do-castigo/> Acesso em 03/04/2013.

_____ **Funções do Direito Penal: Legitimação Versus Deslegitimação do Sistema Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

QUINN, J. B. **Strategies for change: logical incrementalism**. Richard D. Irwin Inc., 1980.

RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de Superação do Paradigma Criminológico Tradicional: A Criminologia Crítica como Alternativa à Ideologia da “Lei e Ordem”**. Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)**. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Globalização, democracia e crime**. In: Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da Silva. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 279.

ROBES PLANAS, Ricardo. **El “hecho próprio” de as personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008**. In: Revista Para el Analisis del Derecho. Barcelona, 2009. Disponível em: www.indret.com.

_____. **¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos**. In: Revista para Analisis del Derecho. Barcelona: Pompeu Fabra, 2006. Disponível em: www.indret.com.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993, p. 32.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. **Os Discursos sobre Crime e Criminalidade**, p. 13. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf.

SANTOS, Renato Almeida. **Compliance como Ferramenta de Mitigação e Prevenção da Fraude Organizacional**. In: Prevenção e combate à corrupção no

Brasil: 6º Concurso de monografias: trabalhos premiados / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2011

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. **Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?** Granada: Comares, 1999.

SCHUNEMAN, Bernd. **La Responsabilidad penal de las empresas y sus organos directivos en la Union Europea.** Conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal.** O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SPOSATO, Karina Batista. **Culpa & Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir.** In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do CONPEDI, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Criminality.** In: American Sociological Review. Vol. 5, Nº 1. s.l., 1940, p 1/12. Disponível em: <http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf>

TIEDEMANN, Klaus. **Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos.** In: Revista Jurídica de Buenos Aires. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, vol. 2, 1988.

_____ **Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán).** Barcelona: PPU, 1999.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Segundo Protocolo da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias (97/C 221/02).** Luxemburgo, 19 de junho de 1997.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. **Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programs in Criminal Matters.** New York: UNODC, 2002.

Handbook on Restorative Justice Programmes. New York: UNODC, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos Del sistema penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I.** Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. – Editores, 1899.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis, Habitus, 2001.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** Tradução, Prefácio e Notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vania Romano Pedrosa/ Amir Lopez da Conceição – Rio de Janeiro: Revans, 1991